

# **Rättens individualisering**

**Mot en ny juridisk antropologi**

**av**

**Bo Wennström**

© Författaren, Uppsala 2005  
ISBN: 91-974391-1-8  
URN:NBN:se-2005-13  
Tryck: Universitetstryckeriet, Uppsala universitet  
Distribution: Uppsala universitet, Juridiska  
fakulteten, att: Bo Wennström, Box 512, 751 20  
Uppsala  
Tel: 018/471 76 75  
E-mail: [bo.wennstrom@jur.uu.se](mailto:bo.wennstrom@jur.uu.se)  
[www.jur.uu.se](http://www.jur.uu.se)

## Förord

Det finns många människor som jag vill tacka för tillkomsten av den här boken. Till en början är det de personer som deltog i ett seminarium januari 2004 när ett större avsnitt ur boken diskuterades, nämligen: Håkan Andersson, Reidar Andreasson, Jes Bjarup, Marianne Dahlén, Anders Fogelklou, Mikael Hansson, Alvar Nelson, Rolf Nygren, Mats Persson, Caels Peterson, Nils-Johan Päiviö, Joel Samuelsson, Marie Sandström, Carl Gustaf Spangenberg och Lenart Åqvist.

Förutom dessa personer vill jag också särskilt tacka Jaana Kaiste för granskningen av mina översättningar från tyska till svenska. Åke Frändberg för att han läst och kommenterat större delen av boken. Anna Gustafsson för att hon läst och kommenterat avsnittet om barn och barndom. Petter Asp för givande diskussioner om de straffrättsliga avsnitten i boken. Joel Samuelsson vill jag särskilt tacka för alla diskussioner vi haft om tidigt tyskt 1800-tal.

Förutom de högre seminarierna i allmän rättslära och rättshistoria i Uppsala vill jag också framföra ett tack till kollegorna vid Juridiska institutionen vid Umeå universitet. Vad gäller de sistnämnda tänker jag särskilt på Görel Granström, Åsa Gunnarsson och Lotta Wendel vilka alla

tre bidragit till att mina höstveckor i Umeå när jag undervisat i allmän rättslära varit så angenäma.

Till sist vill jag bara säga att det varit ett rent nöje att skriva den här boken.

Uppsala maj 2005

Bo Wennström

## Innehåll

<b>1 Inledning</b>	<b>7</b>
<b>2 Metod</b>	<b>35</b>
Inledning	35
Historisk genealogi	36
Misstankens semiotik	44
Begrepp – frågor och svar	51
Avslutning	56
<b>3 Från modern till senmodern individ</b>	<b>58</b>
Inledning	58
Den moderna individen	59
Juridiska aspekter på den moderna individens födelse	108
Avslutande diskussion om den moderna individen	158
Den senmoderna individen	170
Avslutande diskussion och vidare uppläggning av arbetet	184
<b>4 Medborgarskapet och individen</b>	<b>199</b>
Inledning	199
Medborgarskap och alteritet	207
Tillämpningsexempel ett: Barn	231
Tillämpningsexempel två: Kön	254
Avslutande om medborgarskapet och individen	300
<b>5 Utgångspunkterna för en ny juridisk antropologi</b>	<b>304</b>
Litteratur	316
Person- och sakregerister	331

Människan står mitt i yttervärlden och det viktigaste elementet i denna hennes omgivning är för henne beröringen med dem som är lika henne genom sin natur och bestämmelse.

*F. C. v. Savigny*

# 1 Inledning

Att vara människa ter sig oftast helt skilt åt innanför och utanför lagen. I lagen har vi olika former av abstrakta individer som borgenärer, gäldenärer, medborgare etc. Utanför lagen, i världen, finns förutom spåren av de abstrakta individerna framför allt också faktiska individer. De senare lyser däremot med sin frånvaro i lagen. I lagen är människor förståndiga, allvetande och normala. De förutsätts att inte vara vårdslösa, kunna lagen – *ignorantia iuris nocet* –, ha god vilja etc. Visserligen finns i lagen undantagen, särfallen och framför allt ”lagbrytarna”. Men de senare förtjänar inget annat än att erlægga skadestånd, beläggas med viten, ådömas böter och fängelse. I lagen är att vara gammal, ung eller kvinna ofta detsamma som att vara ett särfall. Lagen är generell. Har det då inte alltid varit så? Inget kan vara mer fel, ändå ligger det paradoxalt nog samtidigt mycket i ett sådant påstående.<sup>1</sup> Vad gäller tillvägagångssätten, bruken, ”dramat” har det funnits en konstans som gör att det går att ”känna igen sig” i lagen och rätten från Hammurabi via Grekland och Rom till i dag. Men vad gäller

<sup>1</sup> Aristoteles, (1912) 1137b, exempelvis talade om ”lagen” som ett generellt stadgande. Som vi kommer att se nedan är dock inte ”lagen” ett så enhetligt begrepp. Se exempelvis nedan vid not 318.

syftena, ändamålen, förväntningarna kan inget vara mer felaktigt än att säga att allt varit konstant och oföränderligt.<sup>2</sup> Konstant har nog bara nytolkningarna och omstötningar av tillvägagångssätten och bruken varit. På samma sätt är det med individerna i lagen. Visserligen har de funnits där länge: rättssubjekten, säljarna, köparna, dråparna och alla de andra. Men trots denna konstans är det likadant här: syftena och ändamålen med och förväntningarna på dessa indelningar har skiftat. Denna bok har till syfte att studera en sådan förskjutning av ändamål med, syftningar och förväntningar på vad det innebär att vara en individ i och utanför lagen. Fokus kommer att vara på det förra och den tes som drivs i detta arbete är att rätten, i samklang med samhället i övrigt, håller på att individualiseras allt mer.<sup>3</sup> För juridikens del, kommer det att hävdas nedan, sker detta i riktning bort från de abstrakta individerna i riktning mot faktiska individer.

Det abstrakta individbegrepp som används i dag inom juridiken är historiskt sett en relativt ny skapelse.<sup>4</sup> Centralt

<sup>2</sup> Se vidare om detta bl.a. s. 12 och 51 ff.

<sup>3</sup> Se Christoffersen (2001) s. 148. Hennes slutsats är att beträffande dansk lag håller individens rättsliga position på att ändras. Särskilt i förhållande till offentliga myndigheter sker en förändring mot större autonomi i förhållande till myndigheterna.

<sup>4</sup> Vari abstraktionen består är dock något som tolkats på olika sätt genom tiderna. För exempelvis Puchta, (1865) s. 45, berodde abstraktionen på att det i lagen bara var de delar av människan som hade med viljan att göra som var det intressanta för rätten. Se vidare nedan vid not 202.

i utveckling av detta begrepp var tanken på att varje individ oavsett socialställning etc. verkligen är ett rättssubjekt. Utveckling skedde därmed i kontrast mot uppfattningar om att en persons rättsliga ställning avgjordes av hennes tillhörighet till exempelvis en viss persongrupp.<sup>5</sup>

Skapandet av den abstrakta individen är intimt förknippat med det moderna samhället. I Sverige innebar moderniseringen av samhället ett skifte från bonde- till industrisamhälle. Mot varandra ställdes därmed två individeal: den moderne borgaren, som inte byggde sin framgång på arv och/eller social ställning, mot ståndspersonen.<sup>6</sup> Juridiskt går det att koppla den moderna civilrätten till skapandet av den borgerliga individen.<sup>7</sup> Industrisamhället krävde för sin utveckling sådant som möjligheter för individen till ekonomiskt självförverkligande genom att denne tilläts ackumulera kapital.

Ett viktigt utvecklingssteg för den moderna juridiska personteorin och skapandet av den autonoma individen var Kants *privatautonomibegrepp*. Kant kopplade nämligen samman autonomi med viljans frihet. Han gjorde därvid inte skillnad på olika sorters människor, som man gjorde i

<sup>5</sup> Peterson (1983) s. 141, Björne (1998) s. 349 ff.

<sup>6</sup> Tocqueville (1987) s. 13 uppmärksammar detta angående det amerikanska samhället i kontrast till det europeiska aristokratiska samhället. Han talar om en ny människosort i Amerika vilken: "from the habit of thinking of themselves in isolation and imagine that their whole destiny is in their own hands".

<sup>7</sup> Peterson op.cit. s. 149.

ståndssamhället, utan skiljelinjen gick i stället mellan förnuftiga varelser och varelser utan förnuft, d.v.s. mellan människa och djur. Om de senare sade han att de bestämde sina aktiviteter ”genom inflytande från främmande orsaker”.<sup>8</sup> Kant argumenterade mot upplysningstidens objektivisering av människan. En moraliskt fri människa, menade han, måste kunna besluta och agera mot sina böjelser och begär och i enlighet med det moraliskt rätta. Vad han vill skapa är en moralisk frihet.<sup>9</sup> Han menade vidare att varje individ omgavs av en autonom sfär inom vilken viljan borde få verka och utvecklas fritt.

Skapelsen, den autonoma individen, krävde från samhällets sida likabehandling och en tydlig uppdelning mellan offentligt och privat. I kapitel tre ska bland mycket annat studeras hur Kants tanke på den autonoma individen upptagits, utvecklats och förändrats i juridiken. Det kommer att visas att synen på den abstrakta individen inte varit intakt från Kant till i dag utan att ett flertal betydelseförskjutningar skett.

Abstrakta individer kan, som antyddes ovan, ställas mot faktiska individer. I det moderna samhället är den faktiska individen förpassad till den privata sfären. För att anknyta till Weber kan man säga att modernisering innebär en rationalisering och byråkratisering av samhället.<sup>10</sup> Om man

<sup>8</sup> Kant (1997) s. 75.

<sup>9</sup> Se vidare sid .108 ff.

<sup>10</sup> Weber (1985) s. 322 f.

under tidigare epoker sökt religiösa svar och lösningar på samhälleliga och politiska problem gavs under den mogna moderna eran juridiska och byråkratiska svar och lösningar på sådana problem. Något som ledde till stora vinster i form av materiell tillväxt men samtidigt innebar förlust av tydlig mening och inriktning av livet. Bäckström tillhör dem som talar om Sverige som ett ”enhetssamhälle”<sup>11</sup> där Svenska kyrkan, ända fram till mitten av 1800-talet, hade avgörande betydelse för det svenska samhällets uppbyggnad. I socknen var kyrkoherden, brukar man då påpeka, en nyckelperson som förenade både statliga/samhälleliga och religiösa uppgifter. Den världsbild som kyrkan förmedlade till människorna, säger man också, gav en god förklaring till vardagslivets händelser och accepterades därför också av flertalet. I och med industrisamhällets framväxt, på bekostnad av enhetssamhällets agrara samhälle, lämnades

<sup>11</sup> Begreppet måste dock nyanseras. Det ger lätt en för retuscherad bild av enheten i Sverige och man bortser därmed från regionala och sociala skillnader. Strindberg exempelvis driver i *Röda rummet* (1972) s. 264 ff. med tanken på det svenska ”enhetssamhället” när han låter Olle Montanus bl. a. säga: ”Kan någon säga mig något svenskt i Sverige, annat än våra tallar, granar och järngruvor, vilka snart icke behövas mer i marknaden!” Persson M. (1994), s. 78, talar om den oscariska enhetskulturen och säger: ”att den snart kom att utsättas för hårt yttre tryck. Under perioden från cirka 1870 till första världskriget började moderniseringskrafter att verka med full styrka i Sverige. Med en snabb industrialiseringsprocess följde urbanisering, förbättrade kommunikationer samt en teknisk utveckling. Detta gav upphov till en dramatisk omvandling av sociala förhållanden och livsformer som fick starka återverkningar på politiken och idélivet.”

dock allt mer över till individen att bestämma över. Bäckström talar om en normotydlighet som det pris man fick betala vid skapandet av den autonoma individen.<sup>12</sup>

En vanlig tanke, anknuten till modernismen<sup>13</sup>, är tron på att människan, som påpekades ovan, i stort sett varit densamma genom historien. Fitzpatrick uttrycker detta som att modernismen är blind för allt utan sin egen tid. Den har svårt att se något ”beyond itself”.<sup>14</sup> Av den orsaken söker man också förklaringar om samhällets ursprung utifrån sådant som en avgörande föregående händelse, någon form av drivkraft, för marxisten produktivkrafterna eller för Freud sexualiteten, eller genom en överenskommelse. Denna strävan, påpekar Fitzpatrick, efter att finna ett ursprung har snarare förstärkts än mattats vid övergången från det premoderna till det moderna samhället. Förklaringen till detta, menar han vidare, är att modernitet allmänt sett är ett sökande efter fundament för kunskap, vetenskap etc. vilket lett till nedvärdering av allt som kan anses lokalt och tillfälligt. Freuds letande i historien efter belägg för sin teori om fadersmordet kan vara ett uttryck för detta, menar Fitzpatrick. Ett svenskt juridiskt exempel

<sup>12</sup> Bäckström (1999) s. 11–13.

<sup>13</sup> Som Strömholm påpekat (personlig kommunikation 2003) förknippas modernismen främst med vissa yttringar inom konst, litteratur och arkitektur. Det är riktigt men i dag används begreppet, inspirerat från engelskan, även för att benämna hela den ”ideologi” som förknippas med det moderna samhället.

<sup>14</sup> Fitzpatrick (2001) s. 41.

på samma sak kan vara Ekelöfs försök att spåra ”rättens handlingsdirigering” till någon form av beslut i ett arkaiskt samhälle.<sup>15</sup> Idén om människans oföränderlighet ska studeras vidare längre fram i denna framställning. Denna idé är en viktig punkt när det gäller att förstå ”framväxten” av den abstrakta individen. Tanken på människans ”konstans” har bara förskjutits och omtolkats under de epoker som ska studeras här. Det senare leder också fram till något som på ett principiellt plan kommer att vara viktigt för denna framställning, nämligen nyanseringar av epokindelningar. För det är alltför lätt att ”måla med mycket grov pensel” i sådana här frågor. Skiften och förskjutningar framstår däri-genom som tydliga och uppenbara i stället för att vara så otydliga och diffusa som de många gånger är.

Bilden av det moderna samhället som ett entydigt och intakt fenomen måste därför också ifrågasättas. Jag talade ovan om den mogna moderna eran. Av det följer att även de andra faserna måste studeras. Nedan kommer, i anslutning till rättens och rättsvetenskapens syn på individen, nyanseringar i förhållande till det moderna att göras. Det moderna samhället har, skulle man kunna säga, haft många ansikten.

Ett exempel på vad som händer om man målar med en alltför grov pensel kan frågan om hur Kants privatautono-

<sup>15</sup> Ekelöf (1990) s. 70 ff. Se också Strahl (2003) s. 11 f. vilken framför den moderna idén att frågorna är eviga men svaren varierat genom tiderna.

mibegrepp upptogs inom juridiken vara. Det som saknas i många beskrivningar är betydelsen av den filosofiska romantiken. En beskrivning av autonomibegreppet, målad med grova penseldrag, brukar starta med upplysningen och rationalismen för att sedan raskt gå vidare till Kant. I förbifarten, via Kant, nämns därefter Savigny och den historiska skolan. Beskrivningen ändrar sedan vid begreppsjurisprudensen, som ofta, av någon outgrundlig anledning, beskrivs som om den var ett försök att få naturvetenskaplig precision inom juridiken.<sup>16</sup> Temat för en sådan beskrivning är juridikens rationalisering.<sup>17</sup> Men genom att framhäva rationaliseringen går man miste om nyanser avseende den intressanta brytningstiden mellan upplysningens rationalism, vid slutet av sjuttonhundratalet, och den romantiska eran innan genomslaget för industrisamhället vid senare hälften av 1800-talet. En brytningstid som, ska det visa sig nedan, har likheter med skiftet från det moderna till det senmoderna samhället i dag. För att råda bot på riskerna med att måla med alltför breda penseldrag vad gäller tiden ca 1790 till 1860, kommer här vissa djupdykningar att göras i förhållande till Savigny och den filosofiska romantiken med namn som Fichte, Schlegel, Schleiermacher

<sup>16</sup> Jfr. Strömholm (1988) s. 81 och Lehrberg (1996) s. 23 talar båda om begreppsjurisprudensen som ett sätt att få naturvetenskaplig stringens inom juridiken. Som kommer att visas nedan, se s. 125 ff, finns det lite fog för ett sådant påstående.

<sup>17</sup> Se vidare nedan om Weber s. 148 ff.

m.fl., samt avseende begreppsjurisprudensen i förhållande till Puchta.

Rättsteorin och den allmänna rättsläran antog från mitten av förra seklet ett alltmer ”internt perspektiv” på rätten.<sup>18</sup> För svensk del skedde samtidigt ett brott med den långa traditionen av tyskt inflytande på svensk rätt. Det finns såväl kulturella som politiska förklaringar till det sistnämnda. Tråkigt nog har brott i traditionen lett till att det för dagens jurist är svårt att spåra utvecklingstendenser bakåt i tiden. Här är en förklaring till att jag i detta arbete kommer att ha en stark fokus på tysk tradition på rättsteorins område. Anglosaxiska teoretiker som Hart, Dworkin etc. i all ära men för förståelsen av de frågor som studeras här krävs ett delvis annat perspektiv än vad dessa kan ge, nämligen viktiga pusselbitar till hur exempelvis Kants s.k. kopernikanska vändning vad gäller synen på individen implementerades och utvecklades inom juridiken i bl.a. Tyskland och Sverige.<sup>19</sup>

Den tes som kommer att drivas i detta arbete är, som nämndes ovan, att samhället och rätten alltmer individualiseras. Alla argument till stöd för denna tes kan inte ges i denna inledning. Men vid denna punkt i framställningen

<sup>18</sup> Wennström (2003a) s. 11 ff. Frändberg (1973) s. 37 talar om interna teorier, vilka han ansluter sig till, och menar att dessa ”studerar rättsreglerna i isolering”. Om farorna med en sådan isolering se Wennström *ibid* och Wennström (2002) 121–148.

<sup>19</sup> Peterson (2003) s. 211, Sandström (1989) s. 5 ff.

kan det dock vara på sin plats att ge två juridiska exempel på frågor om ”faktiska” kontra ”abstrakta” individer.

Mitt första exempel är hämtat från familjerätten, barnrätten, och kan illustreras av ett rättsfall, NJA 1992 s. 666, angående vårdnad av barn. Anita W och Sture W hade gemensamt dottern Jannika. Föräldrarna bodde vid barnets födelse ihop men separerade senare. Anita hade haft vårdnaden om barnet och Sture umgängesrätt. Modern hindrade dock fadern från att utnyttja sin umgängesrätt. Samtliga domstolar konstaterar, utifrån dåvarande lydelse av FB 6 kap 6 a §, att vid bedömningar av vad som är bäst för barnet ska beaktas särskilt barnets behov av en nära och goda kontakt med båda föräldrarna. Sture yrkade i samtliga instanser att han skulle tillerkännas vårdnaden av dottern Jannika. HD konstaterade att om inte andra omständigheter talar för en annan lösning, bör domstolen inte anförtro vårdnaden till en förälder som motsätter sig att barnet umgås med den andre föräldern. Utifrån detta borde därför vårdnaden anförtros åt Sture, sade man, men eftersom det rörde sig om en nioårig flicka som hela sitt liv bott tillsammans med modern skulle en överflyttning innebära en stor omvälvning för barnet. HD:s slutsats blev därför:

Trots att Anita brustit i sitt ansvar som vårdnadshavare när det gäller Stures umgänge med dottern kan det inte under nuvarande omständigheter anses förenligt med Jannikas bästa att överföra vårdnaden till Sture.

Domslutet ansluter till liknande domar rörande barnets bästa i vårdnadsfrågor, exempelvis NJA 1986 s. 228, 1988 s. 559, 1989 s. 93, 1992 s. 93, 1995 s. 398 och 1998 s. 675. I alla dessa fall har abstrakta bedömningar om vad som är bäst för ett barn fått ge vika för konkreta bedömningar utifrån vad som är bäst för det enskilda barnet i fråga. Ett av de ovan nämnda fallen, NJA 1995 s. 93, illustrerar detta med tydlighet. I fallet tillerkändes fadern vårdnaden om barnen, vilket han egenmäktigt fört ut ur landet. Domen motiverades med att det var bäst för barnen att fadern erhöll vårdnaden med tanke på den stora påfrestning för barnen som det skulle innebära att efter lång tid återbördas dem till hemlandet och modern.

Mitt andra exempel, hämtat från England, är ett House of Lords avgörande från 2001, R v Smith<sup>20</sup>. Fallet rör ett s.k. *provocation defence* vid en mordrättegång och ställer frågan om ”objektiva” och abstrakta kontra individualiserade bedömningar på sin spets. Aktuellt lagrum i fallet är *section 3 of the Homicide Act of 1957* som medger en tilltalad att anföra ett *provocation defence*, d.v.s. att anföra att vad den tilltalade gjorde var vad en förnuftig person, *reasonable person*, skulle ha gjort i denna situation om denne blivit ”provocerad”. Bestämmelsens relevanta del lyder, att för att *provocation defence* ska kunna accepteras måste gälla att:

<sup>20</sup> 2001, 1 AC 146.

the provocation was enough to make a reasonable man do as [defendant] did.

Bestämmelsen står, kan man säga, i kontrast till sec. 2 i samma lag där undantag görs för ”*pathological unreasonableness*”. Det speciella med *Smith*-fallet var att det i bakgrunden för den tilltalade fanns en problematik med en mindre personlighetsstörning, som dock inte var av sådan karaktär som vid en patologisk störning.

I *Smith*-fallet medger dock House of Lords i sin instruktion till juryn att denna individualiserar (*personalize*) den allmängiltiga formuleringen i sec. 3 utifrån de speciella omständigheterna i fallet. Bland annat Maclem och Gardner har kritiserat domslutet och menar att det i sin förlängning leder till ett alltför stort hänsynstagande till mänskliga olikheter.<sup>21</sup>

For although *Smith* was nominally a case about the adaptability of the provocation defence in the face of certain mental illness and personality disorders, there lurked behind it a broader set of worries about the suitability of the provocation defence, as traditionally understood, to today’s cosmopolitan social conditions.<sup>22</sup>

Man menade vidare att det visserligen är en sak att vidhålla en uniform tillämpning av vad en ”reasonable person” är och gör när man tryggt, som förr, kunde förvissa sig om att människor ”in the same physical space share the same

<sup>21</sup> Maclem/Gardner (2001) s. 815–830

<sup>22</sup> Ibid s. 816.

social and cultural space”, men att det är en annan sak att upprätthålla denna standard i dag. Dagens situation karaktäriseras nämligen, säger de, av en ständigt föränderlig social situation vilken bl.a. innebär social och kulturell fragmentisering med korresponderande fragmentisering avseende ”standards that are expected of people and regarded as proper”. Frågan är därmed inte orimlig att ställa, säger de, om straffrätten verkligen kan upprätthålla *en* uniform standard i dessa avseenden i en alltmer kosmopolitisk miljö. Finns det verkligen i dag bara en försvarbar standard avseende vad en ”reasonable person” är som passar för oss alla? frågar de. Men, påpekar de sedan, så fort denna oro för kosmopolitisk splittring får grepp om oss öppnar den sig vidare i förhållande till många andra ”dimensioner” där människor skiljer sig åt från varandra.

Supposed differences of temperament as between man and woman, as between the gay and the straight, as between the educated and the uneducated, etc, also become source of disquiet.<sup>23</sup>

Machlem och Gardner avvisar den väg House of Lords försöker gå i *Smith*-fallet och pläderar för att det redan i dag finns utrymme i strafflagen för att ta nödvändiga hänsyn avseende personliga olikheter.

*Smith*-fallet illustrerar väl en del av de frågor som kommer att diskuteras i denna bok. Hur ska rätten förhålla sig

<sup>23</sup> Ibid.

till frågan om individuella skillnader i en socialt och kulturellt föränderlig värld där det inte längre bara finns en standard för vad som anses vara ”normalt”? Machlem och Gardner menade att vi redan i dag har stora möjligheter i lagen att anpassa oss till nya situationer. Exempelvis vissa feministiska rättsteoretiker<sup>24</sup> däremot anser att vad som behövs för att komma till rätta med vissa av de frågor *Smith*-fallet aktualiserar är en total omdaning av systemet. Man kan säga att Machlem och Gardner å ena sidan och de feministiska rättsteoretikerna å andra sidan representerar de motpoler mellan vilka diskussionen i denna bok kommer att föras. Skiljelinjen skulle kunna formuleras så här: Ska vi bejaka olikheter mellan människor för att kunna skapa verklig likhet vid juridiska bedömningar eller leder detta till en farlig form av relativism? Att ha fokus på olikheterna brukar med en teknisk term kallas för att ha fokus på alteritet, d.v.s. ”annanhet”. Arendt säger:

Särskildhet – den märkliga egenskapen alteritas som utmärker allt vara som sådant och som den medeltida filosofin därför räknade till universalerna – visserligen utmärkande för pluralitet över huvud och skälet till att vi endast kan definiera genom att åtskilja, till att varje bestämning uttrycker en negation... Hos människan blir den särskildhet som hon har gemensam med allt varande och den olikhet som hon har gemensam med allt levande till karaktären av att vara unik. Och mänsklig pluralitet är en mångfald med den

<sup>24</sup> MacKinnon (1989) s. 237 ff.

paradoxala egenskapen att varje ingående del är unik i sitt slag.<sup>25</sup>

Det moderna samhället, brukar det då också påpekas, har förlorat alteriteten i sikte i sin strävan efter rationalitet och likformighet. Det ”andra” förläggs allt längre bort från de egna sammanhangen i främmande kulturer eller isoleras och avskiljs i det egna samhället. Det senmoderna samhället däremot med sin, som Machlem och Gardner uttryckte saken, kosmopolitiska miljö där det inte längre finns en standard för vad som är normalt har alteriteten som signum. Särskiljande och individualisering hänger samman.

Ett begrepp som är viktigt att uppmärksamma när individualisering diskuteras är individuation, d.v.s. det som ”gör” någon till en individ. Begreppet används dels inom psykologin för att beskriva utvecklingen av en människa till en självständig person. Dels används begreppet inom olika delar av samhällsvetenskapen, exempelvis sociologin, för att beskriva andra aspekter av det som gör någon till en individ än bara de psykologiska. Bland annat går det att tala om byråkratisk juridisk individuation. Vid fördelning av välfärdsstatens ”godheter”, och för att uppnå de egalitära mål som den vilar på, krävs att de som ska bli föremål för omsorgerna identifieras. Sådan individuation brukar då beskrivas på följande vis.

<sup>25</sup> Arendt (1998) s. 238.

”a bureaucratic procedure that uniquely identifies individuals for the purpose of social administration and control”<sup>26</sup>

Juridisk individuation i detta syfte går att finna i alla de lagar från civilrätten till offentliga rätten som inskränker ”privatautomin” till förmån för exempelvis socialt skydd eller omfördelning av bördor. Individuation i denna mening innebär därför ett särskiljande och en särbehandling i förhållande till autonomins likabehandlingstanke. Turner säger:

The egalitarian provision of social rights involves an individuation of the population in order to achieve adequate administrative and bureaucratic conditions for social justice. The spread of bureaucracy is associated with the growth of individuation as the state attempts to provide some supervision of the distribution of welfare. The development of universal franchise, the modern health system, equal provision of education and a social infrastructure for urban society required both a stable bureaucracy and a detailed form of individuation.<sup>27</sup>

Byråkratisk juridisk individuation behöver dock inte bara ha som utgångspunkt ”godheter” utan har lika ofta använts i syften att disciplinera och kontrollera.<sup>28</sup> Ett drastiskt exempel på detta kommer att behandlas i kapitel tre, nämligen synen på de ”sinnesslöa” från sent 1800-tal fram till mitten av förra århundradet. Det moderna samhället uppvi-

<sup>26</sup> Abercrombie citerad av Näsman (1994) s. 166.

<sup>27</sup> Turner (1986) s. 121.

sar här, liksom allt samhällsligt har en tendens att göra, ett janusansikte. För att förhålla sig till denna dubbelhet kommer jag genomgående i arbetet att ha en prövande hållning till det undersökta och se inbyggda motsägelser i det analyserade. Individuation, på juridisk byråkratisk grund, behöver exempelvis inte innebära detsamma som individualisering, utan kan mycket väl i själva verket leda till kollektivisering genom att ”individen” behandlas främst utifrån en kollektiv grund. ”Arbetstagare”, ”konsument”, ”handikappad” och liknande begrepp kan vara exempel på juridisk individuation som just har en tendens att kollektivisera istället för att individualisera.

Vidare kan man säga att de civila och politiska rättigheterna, som exempelvis äganderätt och rösträtt, utgår från det autonoma abstrakta individbegreppet medan däremot sociala rättigheter i form av socialt skydd av olika slag har den juridiska individuationen som grund. För att kunna göra en sådan individuation måste, anses det allmänt, sakliga skäl finnas.<sup>29</sup> Frågan, som nämndes ovan, om ett bejakande av olikheter kan leda till en farlig form av relativism blir därför åter intressant. För en fråga man kan ställa sig är

<sup>28</sup> Se vidare sidan 234. Turner, op.cit s. 122, talar om den byråkratiska individuationens paradox: “First, it makes the social and political surveillance of large numbers of people possible; it is thus obviously a threat to individual autonomy... Secondly, individuation provides a uniform basis for individual development and contributes to the creativity and individuality of the person”.

om individernas egna val och preferenser kan anses vara sådana juridiskt godtagbara ”sakliga” skäl som därmed skulle kunna utgöra grunden för en juridisk individuation.

”Sakliga skäl” står också i ett särskilt förhållande till individuation och likabehandling. Likabehandling kan nämligen diskuteras på en mängd olika nivåer, exempelvis konstitutionell nivå, lagnivå, administrativ nivå etc. Den autonoma individen är ett uttryck för likabehandling på en generell nivå så som detta uttrycks i exempelvis en konstitution, d.v.s. att all lagstiftning etc. är och skall vara socialt, etniskt och könsmässigt o.s.v. neutral. Men ett samhälle som enbart känner generell likabehandling, konstaterades ovan med hänvisning till Turner, kan inte åstadkomma särskilt mycket genom lagstiftning och administration. Inte minst gäller detta i en välfärdsstat. ”Särbehandling” kan på så vis vara ett medel att uppnå uppställda mål som jäm-

<sup>29</sup> Jfr. Perelman (1967) s. 86. Principen om att det krävs sakliga skäl för juridisk individuation går att finna på en mängd olika ställen, se vidare vid not xx, men en variant på detta är RF 2 kap 12 § 2 st. där det sägs att undantag från vissa nämnda fri- och rättigheter bara får göras för att tillgodose ändamål som är godtagbara. Vidare sägs exempelvis i 16 § i samma lag att missgynnande av en medborgare på grund av kön i lag eller annan föreskrift inte får ske om inte föreskriften är ett led i strävandena att åstadkomma jämställdhet mellan kvinnor och män. I anledning av detta exempel kan sägas att här har i denna paragraf en individuation skett från det könsneutrala begreppet medborgare till ”kvinnor” och män” vilka även kan missgynnas om det är förenligt med det ”sakliga skälet” att uppnå jämställdhet mellan könen. Jfr. Lerwall (2001) s.324 ff. och 415 ff.

ställdhet, social rättvisa etc. Likabehandling kan därmed också diskuteras på en lägre nivå efter det att en viss individuation, ”särbehandling”, har skett. EG-direktiven angående likabehandling av män och kvinnor är ett exempel på detta. För bara genom att i lagar etc. exempelvis identifiera två kön och, som görs i EG-direktiven, och tala om likabehandling av män och kvinnor, markeras därmed att det är fråga om en annan form av ”likabehandling” än den på den generella nivån av abstrakta individer. När ”likabehandling” diskuteras är det därför av största vikt att konstatera på vilken nivå, vilken så att säga abstraktionsnivå, detta sker. Inte minst är det viktigt att vid diskussioner som dessa att hålla isär argument på olika nivåer. Att exempelvis anföra generella argument angående likabehandling, som har bäring på en diskussion när den abstrakta individen diskuteras, i en diskussion på en lägre nivå, efter att en individuation har skett, leder fel. Lika fall ska visserligen behandlas lika men om ”särbehandling” tillåts på grund av ”sakliga skäl” i lag, domstolsutslag, administrativ åtgärd etc., exempelvis utifrån kön, faller många av de generella likabehandlingsargumenten.<sup>30</sup> Nedan kommer därför att hävdas att det är av största vikt att identifiera de olika användningarna av begreppet ”likabehandling” som finns på olika nivåer av rätten och inom den offentliga administrationen. När det exempelvis i regeringsformen talas om ”likhet inför lagen” menas en sak, en annan när EG:s lika-

behandlingsdirektiv om likabehandling av män och kvinnor talar om "likabehandling" och ytterligare en annan när skollagen talar om "lika tillgång" och "likvärdighet". Att enbart ha fokus på generell likabehandling kan, ska det hävdas nedan, leda till en form av "rättighetsfundamentalism". Det vill säga att alla former av individuation underkänns med hänvisning till att "grundläggande civila rättigheter" därmed kränks.

I statsvetenskaplig och moralfilosofisk debatt ser man stundtals tecken på just "rättighetsfundamentalism" när man argumenterar i juridiska frågor. Den juridiska skillnaden mellan likabehandling och särbehandling på olika normativa nivåer, som beskrivits ovan, uppmärksammas därmed inte. Lundström exempelvis säger: "Grundprincipen är ett absolut krav på individuell rättvisa mellan män och kvinnor i varje enskilt fall. Undantaget från denna

<sup>30</sup> Jfr. Numhauser-Henning (2001) s. 239. Hon säger angående en skenbar konflikt inom EG-rätten mellan "likabehandling" och "positiv särbehandling": "On closer scrutiny, however, it becomes clear that the contradiction we seem to witness in this case between the principle of equal treatment and the scope of positive special treatment is only apparent. Basically, the same normative pattern – Equal Treatment meaning Equal opportunities or competition on equal terms for the individual – is upheld by means of regulations at different levels. Equal treatment /at the individual level/of the individual according to Article 2.1 in the Equal Treatment Directive is set up against rules on positive special treatment according to Article 2.4 (Article 141.4 EC) at the administrative level; but both regulations are aimed at supporting the same basic normative pattern."

grundregel, positiv särbehandling, kan lätt föranleda missförstånd om vad jämställdhetsprincipen innebär – både hos politiker och allmänhet – om man inte förklarar varför detta undantag medges.”<sup>31</sup> Principen är dock inte alls, som redan påpekats, individuell rättvisa i varje enskilt fall. Det är bara på den konstitutionella nivån som denna princip upprätthålls fullt ut. I övrigt gör rätten och rättssystemet en rad avsteg från den ”autonoma individen”. Nedan, i kapitel 4, kommer exempelvis att uppmärksammas amerikanska rättsfall angående *Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment*. Två bärande principer i amerikansk rätt, som det kommer att refereras till nedan, är att konstitutionen inte anses kräva ”that a statute necessarily apply equally to all persons” samt att: ”The Constitution does not require things which are different in fact ... to be treated in law as though they were the same”.<sup>32</sup>

En fråga som man kan ställas sig vid denna punkt i framställningen är: Borde inte författare som Nozick, Rawls m.fl. uppmärksammas?<sup>33</sup> Mitt svar är att jag kommer att gå en annan väg än över moralfilosofi och politisk teori för att diskutera likabehandling och särbehandling. Det finns i annat fall, har jag tyckt mig märka, en tendens i diskussioner som dessa att se juridik, rättsvetenskap etc.

<sup>31</sup> Lundström (1996) s. 68.

<sup>32</sup> Se vidare om detta i kapitel 4 angående rättsfallen *Rinaldi v. Yaeger*, *Tigner v. Texas* och *Michael M. v. Sonoma County*

<sup>33</sup> Exempelvis Nozick (2004) och Rawls (1971)

som en form av exempelvis tillämpad moralfilosofi. Regeringsformen kan med ett sådant perspektiv sägas ge uttryck för formell rättvisa i vissa paragrafer eller distributiv rättvisa i andra o.s.v. Juridik är dock inte ”tillämpad” moralfilosofi. Den senare har heller ingen ”trumf” över den förra så att de egentliga eller riktiga lösningar på juridiska problem angående exempelvis likabehandling står att finna inom moralfilosofin. Det synsätt jag istället kommare att anlägga utgår från att såväl juridik som moralfilosofi är skilda ”praktiker” med visserligen överlappande språkbruk och intresseområden men i grunden artskilda så att den ena inte är det egentliga uttrycket för den andra.<sup>34</sup>

Individuation kan, som sades ovan, både stödja kollektivisering och individualisering. Går vi nu tillbaka till det senare är en berättiga fråga: Hur kan vi teoretiskt förklara, om vi godtar den hypotes vi arbetar utifrån, att vi lever i en alltmer individualiserad värld?<sup>35</sup> Här i inledningen kan inte denna svåra fråga utredas och jag ska bara ge några exempel på konsekvenser som brukar uppmärksammas angående en sådana påstådd individualiseringen av samhället. Bauman, exempelvis, ser förändringstakten i det

<sup>34</sup> Det skulle gå att använda sig av begreppet diskurs här för att förklara min ståndpunkt och sägas att juridiken, rättsvetenskapen och exempelvis moralfilosofin är olika men delvis överlappande diskurser. Jag nöjer mig dock med detta påpekande här och väntar med att fördjupa mig i begreppet diskurs till senare i denna framställning. Se vidare s. 275 f.

nutida samhället som det stora problemet avseende individualiseringen.<sup>36</sup> För den enskilde visar sig detta genom att det är svårt för denne att söka en säker social identitet genom exempelvis ett visst yrkesval – ”long time plans and actions” fungerar dåligt för allt för stora delar av befolkningen, påpekar han. Elias å sin sida, men i linje med detta, säger att tidigare motsättning mellan begreppen ”individuell” och ”social” är upplöst.<sup>37</sup> Han påpekar att i dagens västerländska samhälle värderas det som skiljer individerna åt högre än det som de har gemensamt. Självständighet och egenart prioriteras framför guppidentiteter, säger han, och han använder sig av en metafor för det samhälle vi har i dag: ”a society of individuals”. Vad som antyds med detta är att själva ”individbegreppet” har förändrats. ”Indi-

<sup>35</sup> Juridiskt däremot är det relativt enkelt att påvisa tendenser till individualiseringen. Nämnas kan barnrätten med ”barnets bästa”, vilket uppmärksammats tidigare. Men även socialrätten med sin portalparagraf i socialtjänstlagen, 1 kap. 1 §, där det talas om självbestämmande rätt och integritet. Vidare att det i den lagen görs en rad individuationer som stöder individualisering i form av indelningar i barn och unga, äldre människor, människor med funktionshinder, missbrukare, anhörigvårdare och brottsoffer. Inom civilrätten har det dessutom skett en ständig minskning som också nämnts tidigare, av den ”autonoma individens” domän. Exempelvis då alla de individuationer som gjorts och görs i form av exempelvis konsumenträtt och beaktandet av kön i arbetsrätten. Individualisering inom straffrätten kommer att diskuteras i kap. 4 i samband med en diskussion om utvecklingen av synen på våld.

<sup>36</sup> Bauman (2001a) s. 141.

<sup>37</sup> Elias (1991) s.155.

vid” är inte med nödvändighet som tidigare en antites till ”social”.<sup>38</sup> Ketcham, å sin sida, talar gärna om paradoxer vad gäller individualism och offentligt liv. Det gemensamma som skolor, bostadsområden, affärer etc. är inte längre grunden för ”community association but rather demonstration of independence, free choice and mobility.”<sup>39</sup>

Vad detta arbete ytterst handlar om är juridiska synsätt på människan. Antropologi betyder i sin ursprungligaste betydelse ”människolära”. Det går, menar jag, att tala om en juridisk antropologi, en juridisk lära om människan. Denna läras innehåll har skiftat under historiens gång. I detta arbete ska dessa olika juridiska antropologier, från ca 1770 till i dag, studeras och jag ska formulera utgångspunkterna för en ny juridisk antropologi.

Uppläggningsen av detta arbete kommer att bli denna. I kapitel två presenteras metoden för undersökningen. Jag kommer att använda mig av en form av historisk genealogi.

<sup>38</sup> Jfr. Bauman, (2001b) s. 86, gör följande observation angående individens syn på sig själv: ”Troubles are supposed to be suffered and coped with alone and are singularly unfit for commutations into community of interests which seeks collective solutions to individual troubles.” När väl ”missnöjet” förlorar sin kollektiva karaktär innebär det också att grunden för ”reference groups” försvinner allt mer, d.v.s. gruppbeteckningar som ”arbetare”, ”bönder”, ”underklass” etc. Livet blir, som Bauman säger, ”an individual pursuit”. Jfr. Beck (2000) s. 207 ff.

<sup>39</sup> Ketcham (1987) s. 9.

I kapitel tre ska föras en diskussion om den moderna respektive den senmoderna individens födelse och utveckling. Det viktiga i sammanhanget är de juridiska aspekterna på frågan om den moderna och senmoderna individen. Jag spårar förskjutningar och ny- och omtolkningar av uppfattningar om individen. Kapitlet avslutas med en diskussion om de juridiska aspekterna på begreppet integritet.

I kapitel fyra sker en tillämpning av de vunna insikterna på tre juridiska områden, nämligen medborgarskap, kön och barn. Medborgarskapet är utgångspunkten, ramen för diskussionen. Bland annat diskuteras den s.k. andra vågen av medborgarskapssynsätt, d.v.s. efter T. H. Marshall och välfärdsstatens fall. Jag kommer att ifrågasätta evolutionära och revolutionära synsätt på medborgarskapets utveckling genom historien. Enligt det först nämnda tycker man sig se en utveckling av medborgarskapet från att först bara ha omfattat vissa privilegierade män till att genom historien omfatta allt fler och större grupper. Nyckelbegrepp i en sådan diskussion brukar vara exkludering och inkludering. Det revolutionära synsättet är nära släkt med det förstnämnda evolutionära synsättet men man tar då istället fasta på några avgörande händelser, när exempelvis en viss grupp erövrat sina rättigheter, för att förklara det tillstånd som råder och hur det skiljer sig från tidigare epoker. Särskilt när det gäller det evolutionära synsättet ses kategorier som kvinna, man, barn, främling, utlänning etc. som om de

föregår den form av medborgarskap vi exempelvis har nu idag. Jag ska i motsats till detta uppmärksamma den ”interna” relation som, enligt exempelvis Isin, råder i en viss tid mellan begrepp som ”medborgare”, ”kvinna”, ”man”, ”barn”, ”främling” etc.<sup>40</sup> Medborgarskap ska med utgångspunkt från detta sätt att se diskuteras utifrån begrepp som identitet – vem medborgaren är – alteritet – hur medborgaren särskiljer sig från andra – och integritet – hur skyddet för medborgarens identitet och även alteritet kan upprätthållas. När det sedan särskilt gäller kön förs en diskussion utifrån det sagda om genusbegreppet. Det, som det nedan kommer att hävdas, ”problematiska” begreppet ”social konstruktion” kommer därvid att särskilt granskas.<sup>41</sup> Jag kommer även att pröva om inte vad som brukar kallas för ett intersektionellt betraktelsesätt är en framkomlig väg när det gäller att diskutera konkreta diskrimineringsfall för att komma ifrån den form av essentialism – att exempelvis alla kvinnors liv *är* på ett visst sätt – som kan uppstå om man för ensidigt utgår från dominasteorier angående kön.

Kapitel fem är en summering och en avslutande diskussion där en ny juridisk antropologi formuleras där också frågan om likabehandling knyts ihop med bl.a. det som sagts här inledningsvis om denna fråga. Jag kommer här att

<sup>40</sup> Isin (2002) s. 1–5 och 275–285. Se vidare nedan s. 221–229.

<sup>41</sup> Jfr. Hacking (1999) s. 1–9.

precisera den syn på individen som jag kallar för ett expressivt synsätt, vilket jag hämtar från exempelvis Savigny. Centralt i den diskussionen är det ovan nämnda begreppet integritet. Mot byråkratisk juridisk individuation kommer därvid att ställas en individuation som utgår från ett expressivt ideal där individen och dennes val har företräde. Jag kommer att framhäva individen som ”aktör”, handlande och skapande.<sup>42</sup> Man skulle kunna låna ett uttryck från Nousiainen m.fl och tala om ”responsible selvs”.<sup>43</sup> Grundtanken för min del med detta är att skifta fokus från vilken personen *är* till vad också vad den *gör* utifrån strävanden och vilja till exempelvis självförverkliganden. Det är individen som skapande ”aktör” inbegripen i en mängd olika lägesspecifika aktiviteter som kommer att bli intressant här.

Samlar vi ihop de frågor som diskuteras ovan kan de koncentreras till en huvudfråga, som presenteras fullständigt i kapitel 3, nämligen denna: Hur behålla de framsteg som den moderna staten och lagstiftningen givit i form av

<sup>42</sup> Det är dock med stor tvekan jag använder mig av begreppet eftersom det är tungt belastat och därtill inmutat av en rad samhällsvetenskapliga tänkare. Begreppet aktör kan lätt föra tanken till ”spelare”, någon som argumenterar och agerar utifrån en strategi. ”Aktör” och ”marknad” har dessutom blivit sammanflätade begrepp. Begreppet skulle på så vis kunna säga gå stick i stäv med avsikten i detta arbete att uppmärksamma de faktiska individerna. Trots detta går det att ”ladda” begreppet aktör med andra betydelser vilket kommer att ske nedan.

<sup>43</sup> Nousiainen m.fl. (2001).

stabilitet och säkerhet m.m. och samtidigt tillgodose senmoderna krav på självförverkligande och individuellt självbestämmande?

## 2 Metod

### Inledning

I detta kapitel ska jag göra två saker. Först och främst kommer jag att presentera den metod som ska användas för att diskutera individualiseringen av rätten. Jag kommer att benämna den som en historiskt genealogisk metod. Därefter ska jag ange den underliggande ”misstanke” som ligger bakom att frågorna om individualisering av rätten överhuvudtaget ställs. Jag kallar detta för en misstankens semiotik. För att citera Berman:

That the Western legal tradition, like Western civilization as a whole, is undergoing in the twentieth century a crisis greater than it has ever known is not something that can be proved scientifically. It is something that is known, ultimately, by intuition.<sup>44</sup>

Trots Bermans skepsis beträffande möjligheten att formulera grunderna för en sådan ”kris”, på annat sätt än genom intuitionen, ska jag göra ett försök till detta med det jag benämner misstankens semiotik. ”Misstanken” det rör sig om är att allt i dag inte står rätt till i lagen beträffande individens ställning.

<sup>44</sup> Berman op.cit. s. 33.

## Historisk genealogi

I *Om moralens härstamning* lanserar Nietzsche en metod som han kallar för historisk genealogi.<sup>45</sup> Metoden använder han för analyser på moralens område för att exempelvis studera ett begrepps historia. Han säger i sammanhanget något som till en början kan framstå som paradoxalt, nämligen att ”definierbart är bara det som inte har någon historia”.<sup>46</sup> I vanliga fall brukar man utgå från att innan man definierat ett begrepp så kan man inte förstå det, inte heller historiskt. Nietzsche tycks inte hålla med om detta och för att förstå varför han påstår det han gör och för att utveckla en metod för denna boks undersökningar ska Nietzsches metod studeras inledningsvis i detta kapitel.

Nietzsche tar straffet som exempel när han analyserar ett begrepps historia. Metoden han utvecklar kan betecknas som semiotisk, vilket inte minst visar sig i att han använder sig av ord som ”tecken”, ”teckenkedja” och just ”semiotiskt”. Han menar att när det gäller en ”företeelse” som straffet är det väsentligt att skilja på dess uppkomst och dess slutliga nytta.<sup>47</sup> För det existerande, säger han, tas alltid i bruk för nya ändamål.

Ett ’tings’, ett organs, ett bruks hela historia kan på detta sätt sägas vara en fortlöpande teckenkedja av

<sup>45</sup> Nietzsche (1994).

<sup>46</sup> Ibid s. 88. Jfr. Foucault (1998a) s. 369.

<sup>47</sup> Nietzsche op.cit. s. 84 f.

ständigt nya interpretationer och omstöpningar, vilkas egentliga orsaker sinsemellan inte behöver stå i något som helst samband med varandra, tvärtom har de ibland endast rent tillfälligt kommit att följa på och avlösa varandra.<sup>48</sup>

Han menar därför att det är svårt att tala om någon from av *progress* mot ett mål. En förstäringsplats i en sådan ”historisk process” för ett begrepp ger han i stället till de spontana, nytolkande, nybestämmande och gestaltande krafterna. I fallet med straffet säger han att vi måste skilja på två sidor hos det. Först det relativt *varaktiga*, nämligen bruket, akten, procedurerna etc. och sedan det mer *flytande*, meningen, syftena, förväntningarna som knyter an till exempelvis procedurerna. Procedurerna är, påpekar han, ofta något äldre än de mer flytande meningarna och syftena. Det är också här det tidigare sagda om att det redan existerande tas i bruk för nya ändamål kommer in. Han talar om förskjutningar vad gäller ändamål som ibland kan vara knappt märkbara. För ett gammalt begrepp som straffet gäller, säger han, att det:

... inte längre [har] en ’mening’ utan en hel syntes av meningar. Straffets hittillsvarande historia, historien om straffets utnyttjande för de mest olikartade ändamål, utkristalliserar sig till sist i en sorts enhet som är svår att upplösa, att analysera, och som – det måste betonas – är fullständigt *odefinierbar*.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Ibid s. 85.

<sup>49</sup> Ibid s. 88.

Han menar att det därför är helt omöjligt att i dag säga varför vi straffar eftersom det just är en hel syntes av meningar:

... alla begrepp i vilken en hel process semiotiskt sammanfattas, undandrar sig varje definition; *definerbart är bara det som inte har någon historia*. (Min kursivering.)<sup>50</sup>

Hur ska den nu beskrivna metoden användas vad gäller individen och rättens individualisering? Till en början kan vi försöka sammanfatta och delvis utveckla Nietzsches utgångspunkter för analyser av exempelvis ett begrepps historia:

\* Orsaken till ”någontings” uppkomst och den slutliga nyttan, den faktiska användningen av detta något och inordnandet av det i ett system av ändamål, är saker som ligger på skilda plan.

\* Det redan existerande tas alltid i bruk för nya ändamål, utnyttjas för nya syften vilket innebär nytolkning, tillrättalägganden, varvid det hittillsvarande ”ändamålet” med nödvändighet kommer i skymundan eller helt och hållet försvinner.

\* Ett begrepps, ett ”ting” eller ett bruks hela historia kan därför sägas vara en fortlöpande teckenkedja av ständigt nya interpretationer och omstöpningar, vilkas egentliga orsaker sinsemellan inte behöver stå i något samband med

<sup>50</sup> Ibid.

varandra. Tvärtom har de ofta bara rent tillfälligt kommit att följa på och avlösa varandra.

\* Utvecklingen som ett begrepp, ”ting” eller ett bruk genomlöper är inte någon progress, utveckling eller ett framåtskridande mot ett mål.

\* En förstarangsplats har i dessa sammanhang de spontana, nytolkande, nybestämmande och gestaltande krafterna.

Går vi sedan vidare till tillvägagångssättet för en sådan undersökning kan det sammanfattas på följande sätt:

\* Vi bör särskilja två sidor av det undersökta. Det relativt varaktiga, som exempelvis bruk, akter, procedurer etc. och det mer flytande, d.v.s. meningen, syftet, ändamålet som knyter an till exempelvis en viss procedur.

\* Sedan gäller att se det varaktiga som ett ”tecken” för de meningar och syften som anknyter till det och därmed upptäcka den teckenkedja av ständigt nya interpretationer och omstöpningar som utgör exempelvis ett visst begrepps historia. Därigenom kan man upptäcka syftesförskjutningar och meningsförändringar som kan vara större eller mindre men som innebär att ”tecknet” alltid är i rörelse.

Synsättet liknar det som exempelvis Jameson företräder, nämligen att några radikala brott sällan sker mellan olika epoker.<sup>51</sup> Han talar i stället om att vad som sker över tid är omstruktureringar av ett visst antal redan givna element.

Egenskaper som varit underordnade i en viss tidigare period kan bli dominerande i en senare och vice versa.

Nietzsches metod beskrevs ovan som semiotisk. Vore det inte då naturligt att i ett sådant här sammanhang begagna sig av nyare semiotiska metoder i stället för att gå vägen över Nietzsche? Invändningen är befogad. Först går det dock att konstatera att Nietzsche begagnar sig av en metodologi som är snarlik strukturalistisk semiotik men inte identisk med. Går vi till Saussure kan vi se att också denne gör en uppdelning mellan det Nietzsche kallar det ”varaktiga” och det ”flytande”. Saussure talar i stället om det syntagmatiska och det associativa.<sup>52</sup> Saussures resonemang utgår dock från en systemsyn, i dennes fall i utgångsläget från språkssystemet. Han talar exempelvis om språket som ett teckensystem där allt hänger samman. Men det är en helhet som hålls samman på två ”nivåer”.<sup>53</sup> De tidigare nämnda syntagmatiska och associativa nivåerna. Den förra är det synliga, för exempelvis språkssystemet hur ord relaterar till varandra när de framsägs eller skrivs i en ”ord-

<sup>51</sup> Jameson (1983) s. 123. Jfr också Berman op.cit. som visserligen talar om ”revolutioner”. Men se exempelvis s. 15 f där han beskriver karaktären av dessa revolutioner på rättens område vilka visserligen kan vara ingripande men som p.g.a. rättens karaktär, som innebär att exempelvis garantera stabilitet, sker stundtals genom ”elaborations of elements that [has] been present from very early times”.

<sup>52</sup> Saussure (1970) s. 120 f, 133, 145 f och 155 ff. Jfr. Jackson (1985) s. 51 f. och 74 f. och Barthes (1968) s. 58. Se också vidare Wennström (2003b) s. 339 ff.

<sup>53</sup> Saussure op.cit. s. 93 ff.

kedja”. Den senare, associativa nivån, är mental och är det sätt på vilket orden, begreppen, om vi fortsätter med exemplet språket, förhåller sig till varandra i ”minnet”, det inre. De syntagmatiska relationerna är alltså närvarande i rummet medan de associativa är osynliga och frånvarande. Saussure vidgade det sagda, om tecknen och teckensystem, att gälla inte bara språksystemet, utan han menade att det var tillämpligt på alla sociala system. Att Saussures – eller Barthes, Eccos m.fl. – semiotik är mer sofistikerad än Nietzsches kan med lätthet konstateras. Fördelarna med att begagna sig av en mer begränsad nietzscheansk metod i detta sammanhang är, som jag ser det, två. För det första kan Saussures metod generera svårlösta filosofiska problem genom att den utgår från vissa antaganden om språkets och andra sociala systems förhållande till världen.<sup>54</sup> För det andra kan man, i linje med vad Williams säger, konstatera att Nietzsches metod grundas på ett allvar vad gäller att diskutera frågorna man har framför sig i stället för att vara en sträng metodexercis.<sup>55</sup> Strukturalism, med den mångfald av begrepp och indelningar som finns, har en tendens att ibland, så att säga, lämna från marken och sväva iväg i sin egen riktning.

Frågan blir nu, vilken form av kunskap kan en analys utifrån Nietzsches metod generera? Är den överhuvudtaget

<sup>54</sup> Se vidare Wennström (1996) s. 196 ff.

<sup>55</sup> Williams (2002) s. 13 ff.

vetenskap? Att ha ett så strängt vetenskapsideal att en analys av detta slag skulle exkluderas från vetenskapen kan näppeligen sägas vara i takt med tiden. För visserligen är det inte fråga om sådan kunskap här som kan formuleras i utsagor och infogas i ett system av sådana. Men däremot kan metoden resultera i den form av ”kunskap” som en filosofisk undersökning resulterar i, d.v.s. bl.a. ”igenkännande och reflektion”.<sup>56</sup> Molander talar om reflektion över kunskapens och kunskapsbildningens förutsättningar som en del av vetenskaplig verksamhet.<sup>57</sup> Han säger:

En sådan reflektion över kunskapens och kunskapsbildningens förutsättningar bör ingå i all kunskapsbildning, om man ser den som en dynamisk och fortsättande process över tiden.<sup>58</sup>

Vad som här ska studeras kan sägas vara i linje med detta, nämligen att studera kunskapsbildningens förutsättningar.

En ytterligare invändning måste avklaras här angående val av metod. Den som har en rättspositivisk uppfattning om rätten säger ofta att rätten består av regler. En undersökning av ökad individualisering av rätten borde därmed, för positivisten, starta i en undersökning av reglerna. Vår för är detta inte utgångspunkten för min undersökning? Först och främst vill jag säga att jag på annat håll distanserat mig från att se på rätten som regler, och jag tänker inte

<sup>56</sup> Se (2003 a) s. 29–52 och (2003b) s. 335.

<sup>57</sup> Molander (1996) s. 99.

<sup>58</sup> Ibid. s. 100.

föra den diskussionen en gång till här.<sup>59</sup> Sedan är det som diskuteras här framför allt historiska, sociala och politiska aspekter på rätten. Frågor av denna art låter sig svårligen fångas in genom en ”intern” analys av regler, principer etc. i rätten. Jag har, också i andra sammanhang, pläderat för att man bör bredda perspektivet inom allmän rättslära för att just fånga in de nämnda aspekterna.<sup>60</sup> Denna bok är ett sätt att fortsätta denna diskussion genom att i handling visa på alternativa angreppssätt. Därmed avvisar jag inte mer traditionella analyser som exempelvis begreppsanalys. För när det exempelvis gäller individualismen går det inte att gå förbi ett standardverk som Lukes *Individualism*.<sup>61</sup> Lukes utgår ifrån, i god analytisk anda, att individualism är ett oprecist begrepp som behöver preciseras. Det han utför är en form av begreppsanalys där han bl.a. söker ”unit ideas”. Värdet av Lukes analyser är stort, men begreppsanalys, vars för- och nackdelar jag också har diskuterat på andra ställen, är inte den metod jag använder för att ”bredda” perspektivet till ovan nämnda historiska, sociala och politiska aspekter.<sup>62</sup> Mer om dessa frågor nedan i detta kapitel under rubriken Begrepp – frågor och svar.

<sup>59</sup> Se Wennström (1996) s. 15–59, (2002) s. 54 ff och (2003a) s. 9–28.

<sup>60</sup> Se Wennström (2002) s. 121–148 och (2003 a) s. 29–52.

<sup>61</sup> Lukes (1973).

<sup>62</sup> Wennström (2003a) s. 9 ff.

## Misstankens semiotik

Berman sa, såg vi inledningsvis i detta kapitel, att både den västerländska kulturen och rätten genomgår en allvarlig kris sedan förra seklet men att det är svårt att formulera denna kris i vetenskapliga termer. Berman menade att vi fick lita till intuitionen. Jag ska trots detta, sa jag i inledningen, försöka formulera denna ”misstanke” om att allt inte står rätt till i lagen beträffande individen. Jag ger min metod för detta ändamål namnet misstankens semiotik. Den bygger på dekonstruktionen. Utgångspunkterna för den senare är att det moderna samhället accentuerat ett tanke-mönster vilket säkerligen funnits i en eller annan form i alla kulturer, nämligen att se visst inom samhället, kulturen etc. som centralt och annat som speciellt eller perifert. Det ”nya” med dekonstruktionen är att man försöker sätta in dessa analyser i en större kulturell och social kontext. Dekonstruktionen är barn av strukturalismen, vilket bl.a. märks genom att man utgår från samma sorts resonemang, som vi såg ovan från Saussure, om syntagmatiska och associativa nivåer och relationer. Från strukturalismen har man vidare lånat teckenbegreppet, d.v.s. att som i Saussures efterföljd tala om sociala system som teckensystem där allt hänger samman. Man utgår vidare ifrån att ett begrepp, eller med strukturalistiskt språkbruk, tecken, skiljer ut sig från andra begrepp, tecken, genom skillnader och likheter. ”Normalfallet”, i en viss kontext, har därmed som kontrast

det som betraktas som ”speciellt”, ”exceptionellt” eller ”perifert”. En analys brukar därför starta med att man försöker upptäcka det ”privilegerade” i en viss kontext, vad som är överordnat, och sedan fråga i vilken relation det överordnade står till specialfallen, det marginella. Vad man önskar finna är nya synvinklar på de relationer som råder i ett system. Det är här det jag benämner misstankens semiotik kommer in. Det normala, centrala, förutsätter det undantryckta och perifera. Misstankens semiotik går här ut på att, i dekonstruktionens anda, lyfta fram ”dolda” sidor hos vårt sätt att tänka. Den misstanke det handlar om i detta fall är att begreppet ”abstrakt individ”, som privilegerat begrepp i den juridiska kontexten, undantrycker perifera begrepp som exempelvis faktisk individ.

En invändning som ofta reses mot dekonstruktionen är att den inte tillför något nytt, att det går att åstadkomma samma saker med den ”normalvetenskapliga” metodarsenalen och att vad dekonstruktörer gör är vad vetenskapen alltid gjort i alla tider. Denna invändning är nära släkt med den invändning som vi ovan såg att Machlem och Gardner hade angående det refererade straffrättsfallet från England i fråga om s.k. *provocation defence*, nämligen att några nya indelningar inte behövs i anledning av *Smith*-fallet, eftersom straffrätten redan har sätt att hantera dessa frågor på. Invändningen är också släkt med den ovan nämnda uppfattningen att ”människan och rätten varit likadan i alla

tider”. Släktskapet i båda dessa fall består i det som också sades ovan om att modernismen har svårt att se något ”beyond it self”<sup>63</sup> parat med dess strävan efter att finna fundament för kunskap etc. vilket leder till krav på heltäckande teorier och förklaringar som gör att nya företeelser antingen inkluderas i paradigmet eller exkluderas.<sup>64</sup> Ett uttryck för att antingen inkludera eller exkludera nytt är exempelvis, som sades ovan, att säga att dekonstruktion inte är något nytt, för att det redan finns sätt att åstadkomma samma saker på med den befintliga metodarsenalen. Innan något av detta sker här, inkludering eller exkludering, ber jag läsaren att följa den dekonstruktion jag ska göra här av begreppet ”abstrakt individ”. Detta för att fullfölja misstankens semiotik angående detta begrepp, där min misstanke är att allt inte står rätt till inom ”rätten” angående synen på individen.

Steg ett i analysen blir att slutligen avgöra om begreppet ”abstrakt individ” är privilegierat inom juridiken och även finna dess begreppsliga kontrapunkt. Börjar vi med det senare kan den begreppsliga motsatsen, som tidigare påpekats, sägas vara ”faktisk individ”. Nedan kommer vi att se att man under romantiken utgick från den faktiska individen i pandekträten i form av begreppet ”människa”, vilket inte var detsamma som det mer inskränkta och abstrakta

<sup>63</sup> Supra vid not 14.

<sup>64</sup> Wennström (2003a) s. 16 ff.

begreppet ”rättssubjekt”, vilket bara speglade juridiskt relevanta delar av en människas väsen.<sup>65</sup> Tankesättet finns inte kvar i juridiken i dag utan bara i vissa religiösa och kulturella kontexter. Den moderna rätten talar däremot om att den ”erkänner” varje person som ett rättssubjekt, och att den ger skydd och friheter som om rätten nästan vore primär i förhållande till ”människan”. Det mesta tyder därför också på att begreppet ”abstrakt individ” kan sägas vara privilegierat inom juridiken och rätten. Vi finner fullt av säljare, köpare, medborgare, patienter etc. men få faktiska individer. Låt oss därför presumera att ”abstrakt individ” är det privilegierade begreppet inom rätten och juridiken eftersom inget annat tyder på motsatsen.<sup>66</sup>

Steg två i analysen består i att förstå hur de olika begreppen förhåller sig till varandra, d.v.s. finna skillnader och likheter. Intressantast i denna del av analysen blir då att ha fokus på begreppet ”abstrakt individ”. I detta sammanhang, när vårt intresse är inriktat på tankesätt m.m., är endast de associativa relationerna i förhållande till andra begrepp av intresse. Eftersom det är fråga om associativa förbindelser inom ett system, där allt förutsetts hänga samman, kan de skillnader och likheter vi finner så att säga befinna sig antingen nära eller längre bort från ”ursprungsbegreppet”. Låt oss utgå från nedanstående nedteckning av

<sup>65</sup> Se vidare s. 130.

<sup>66</sup> Jfr. nedan om Weber s. 148 ff.

associativa förbindelser till andra begrepp. (De två kolumnerna korresponderar inte med varandra rad för rad utan spalterna läses lämpligen var för sig.)

### Abstrakt individ

<i>Likheter</i>	<i>Skillnader</i>
generalitet	individualitet
universalitet	speciellt
enhetlighet	rättvist (materiellt)
rättvist (formellt)	könsspecifikt
könsneutralitet	åldersspecifikt
åldersneutralitet	klassmässighet
klassneutralt	splittrat
vetenskaplighet	partiskt
logiskt	osäkert
opartiskt	ologiskt

Nedteckningen hade kunnat göras längre men uppräkningsen räcker för detta sammanhang. ”Listan” kan läsas så att begreppet ”abstrakt individ” ”liknar” sådant som generalitet, enhetlighet, neutralitet och ”skiljer ut” sig i förhållande till sådant som kan anses vara speciellt och specifikt. Genom att begreppet associeras till det som är universellt och enhetligt står det också i förbindelse med sådant som betraktas som ”vetenskapligt”, opartiskt och logiskt.

Begreppet ”faktisk individ”, om vi fortsätter med presumptionen att det är det perifera begreppet här, kan sägas stå för det mesta som finns på skillnadssidan. Undantryckt i vårt juridiska system borde därför, om analysen stämmer, vara sådant som är exempelvis köns-, ålders- och klassspecifikt, d.v.s. allt som tar sin utgångspunkt i ”materiell rättvisa” och som kan antas vara ”splittrande” och ”partiskt” och därmed ”osäkert”.

För att anknyta till dikotomin säkerhet/osäkerhet kan det vara på sin plats här att även göra en analys av begreppet ”rättssäkerhet”. Begreppet ”rättssäkerhet” måste rimligtvis sägas kunna vara ett ännu mer privilegierat begrepp i det juridiska paradigmet i dag. Vi skulle därmed genom att applicera samma metod på detta begrepp kunna få syn på relevanta ”fakta” angående begreppet ”abstrakt individ”. Det till rättssäkerhet motstående begreppet kan dock vara svårt att finna eftersom rättssäkerhet har en så dominerande ställning i systemet att det, i ordets verkliga mening, undantrycker alla dess motsatser. ”Rättsosäkerhet” är exempelvis inte ett lämpligt val då begreppet har en alltför negativ klang. Möjligen skulle man kunna pröva att använda sig av det engelska begreppet ”equity”, som kan sägas stå i motsats till *Rule of law*. Om vi nöjer oss med detta, inte fullt ut tillfredsställande motsatsbegrepp som motsatsen till rättssäkerhet, gäller det nu att göra en lik-

nande nedteckning av de associativa förbindelserna till rättssäkerhet.

### **Rättssäkerhet**

#### *Likheter*

förutsebarhet  
likabehandling  
objektivitet  
säkerhet  
rationalitet  
storskalighet  
maktdelning  
rättspositivistiskt  
formellt  
opersonligt  
rättssamhälle  
rättsstat  
framtid  
ateistiskt

#### *Skillnader*

flexibilitet  
anpassning  
materiellt  
nyskapande  
”humant”  
faktiska situationer  
faktiska individer  
nåd  
värdeinriktning  
religion  
korporativism  
nu  
resultatinriktning  
equity

En läsning av ”listan” ovan kan vara att förutsebarhet, rationalitet, formalitet etc. prioriteras i vårt nuvarande juridiska paradig, och genom att så är fallet nedvärderas också det som associeras med ”equity”, nämligen flexibili-

tet, anpassning, faktiska individer etc. Genom att ha satt ned på pränt den form av misstanke som låg bakom denna undersökning i linje med ”misstankens semiotik” har vi nu något att utgå ifrån i den fortsatta diskussionen som kan motsvara det Berman kallade för en intuition. I Bermans fall handlar intuitionen om hela den västerländska rätten, här mer specifikt en ”misstanke” om individen och rätten.

## Begrepp – frågor och svar

Hittills har ingen klar skillnad gjorts mellan hur individbegreppet används i så olika kontexter som i och utanför lagen, i juridisk praktik och inom rättsvetenskapen. Intresset har i stället riktats mot de samband som finns mellan användningar i dessa kontexter av begreppet individ. Det är i och för sig ett helt korrekt påpekande att säga att man exempelvis inte får blanda samman hur en lagstiftare och en rättsvetenskapsman använder sig av begreppet individ men därmed har man inte sagt mer än att det finns skilda användningar. Ska man gå i närkamp med dessa frågor måste man avslöja vilken syn man har på det som brukar kallas för utsagor, eller propositioner. Intresset för utsagor kan vara mer eller mindre kontextualiserat eller kontextlöst. För en logiker är det exempelvis intressant att studera en utsagas s.k. sanningsvärde eller om utsagor motsäger varandra, genom att bortse från kontexten. Att bortse från

kontexten kan därmed bli en del av metoden när en logiker vänder intresset mot utsagan i sig. Är man däremot intresserad av vad en specifik talare eller skriftställare avser med en viss muntlig eller skriftlig ”utsaga” är man tvungen att använda andra metoder. I detta sammanhang kan det vara på sin plats att studera Collingwoods inställning till dessa frågor.<sup>67</sup> Han beskriver själva utgångspunkten för sitt resonemang på följande vis:

I began by observing that you cannot find out what a man means by simply studying his spoken or written statements, even though he has spoken or written with perfect command of language and perfectly truthful intention. In order to find out his meaning you must also know what the question was (a question in his own mind, and presumed by him to be in yours) to which the thing he has said or written was meant as an answer.<sup>68</sup>

Utifrån denna enkla iakttagelse utarbetade Collingwood en specifik metodik för att framför allt närma sig historiska texter.

It must be understood that question and answer, as I conceived them, were strictly correlative. A proposition was not an answer, or at any rate could not be the right answer, to any question which might have been answered otherwise. A highly detailed and particularized proposition must be the answer, not to a vague

<sup>67</sup> Collingwood (1939) s. 27–43 och 53–76. Se Browning (2004) s. 73–96.

<sup>68</sup> Ibid s. 31.

and generalized question, but to a question as detailed and particularized as itself.<sup>69</sup>

Denna korrelation mellan frågor och svar menade Collingwood att filosofihistorien bortsett från, och då särskilt den realistiska skola som dominerade i England under första hälften av 1900-talet.

The 'realists' thought that the problems with which philosophy is concerned were unchanging. They thought that Plato, Aristotle, the Epicureans, the Stoics, the Schoolmen, the Cartesians, &c., had all asked themselves the same set of questions, and had given different answers to them. For example, they thought that the same problems which are discussed in modern ethical theory were discussed in Plato's Republic and Aristotle's Ethics; and that it was a man's work to ask himself whether Aristotle or Kant was right on the points over which they differ concerning the nature of duty.<sup>70</sup>

Vi kan jämföra detta med utgångspunkterna för den "nietzscheanska metoden". En av huvudpunkterna är att inte se historien som en utveckling mot ett mål. Foucault använder sig av en form av nietzscheansk metod för genealogi. Även han argumenterar mot "the English-way" att exempelvis beskriva moralens historia. Han kritiserar Ree och säger:

... it is obvious that Paul Ree was wrong to follow the English tendency in describing the history of morality in terms of a linear development - in reducing its

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid. s. 59.

entire history and genesis to an exclusive concern for utility. Ree assumed that words had kept their meaning, that desires still pointed in a single direction, and that ideas retained their logic; and he ignored the fact that the world of speech and desires has known invasions, struggles, plundering, disguises, ploys.<sup>71</sup>

Tar vi ett exempel på ett ”påstående” vi kommer att finna nedan är det att ”Människan är Guds avbild”. Det kan vid första påseende tyckas att den fråga som detta påstående korresponderar mot är: Vad är en människa? Men för att förstå vilken/a fråga/or som svaret korresponderar mot måste man förstå den tid de formuleras i och de problemställningar som gällde. Det är stor skillnad på hur frågorna formulerades före reformationen, under tiden för reformationen och senare under romantiken när det gäller människan som Guds avbild. Förutom alla förändringar vad gäller samhälle, produktion, livsbetingelser etc. var det också skillnader beträffande människors ideal, önskningar och vad de ansåg vara möjligt för en människa mellan dessa tider så att både frågorna och förståelsen av svaret är olika.

Belysande att studera i detta sammanhang är hur Bjarup behandlar frågan om ”den mänskliga naturen”.<sup>72</sup> Han diskuterar Brusiins antropologi och det som intresserar är bl.a. “constant traits in human nature that can be empirically verified and that explain the existence of norms among

<sup>71</sup> Foucault op.cit. s. 369.

<sup>72</sup> Bjarup (2002) s. 3–33.

human beings". Bjarup refererar till Brusiins åsikt att det är viktigt, för jurister, att ha "an appropriate conception" om den mänskliga naturen. Bjarup diskuterar Brusiins antropologi utifrån olika uppfattningar om vad en människa är. Bjarup behandlar bl.a. människan som en religiös varelse, gudlik och som ett socialt djur. Diskussionen om den mänskliga naturen som Bjarup för, med utgångspunkt från Brusiin, är koncentrerad mer på svaren än på frågorna; för att referera till det ovan sagda: svar i form av utsagor och teorier. Bjarup ställer olika uppfattningar mot varandra som om de befann sig på samma fot. Exempelvis ställs Aristoteles mot Descartes och det sägs att den förres syn på kunskap är i formen "knowing things outside in" och den senare i formen "knowing things inside out". Detta görs utan att exempelvis uppmärksamma de olika uppfattningar om naturen som fanns mellan dessa tider. När Aristoteles talade om människans "vetande" passade detta in exempelvis på hans syn på skillnaden mellan det gudomligt oföränderliga och den föränderliga världen. Hans "empirism" går inte att ställa mot Descartes "subjektivism" utan att man måste göra våld på de förutsättningar och frågeställningar som de olika "uppfattningarna" är formulerade utifrån. Det Aristoteles kallar för "kunskap" är helt enkelt inte samma sak som det Descartes kallar för "kunskap". Skillnaderna mellan deras "teorier" rör inte bara ytliga ting som formuleringar utan går på djupet vad gäller förutsättningarna för

de olika ”teorierna”. På samma sätt är det med alla de uppfattningar om människan som Bjarup behandlar utifrån Brusiin: Det är inte ”teorier” om samma sak ”människan” utan ”teorier” om olika saker. De som saknas i den form av diskussion som Bjarup för är en förståelse för att det inte är fråga om en ”historia” om olika svar på en och samma fråga, om människans natur, utan en historia om olika frågor som hela tiden växlat och förändrats och i anslutning till dessa har även svaren växlat.

Jag tror att man kan säga att det mot varandra står två synsätt där det råder genuin ”vetenskaplig” oenighet. Det ena synsättet utgår ifrån att frågorna mer eller mindre är eviga. Det andra synsättet, representerat av exempelvis Collingwood, har som utgångspunkt den motsatta ståndpunkten, d.v.s. att det är frågorna, problemen som konstant har förändrats. Frågorna hör, skulle man kunna säga, samman med ett visst tankekomplex med underliggande förutsättningar och synsätt djupt rotade i den miljö och hos den person det gäller som ställt frågorna. Jag kommer i denna framställning att välja det senare synsättet.

## Avslutning

Nästa kapitel kan ses som ett sätt att förstå varför situationen ser ut som den gör angående individbegreppet i dagens juridik. För att förstå detta ska jag använda mig av en nietz-

scheansk historisk genealogi<sup>73</sup> där det gäller att blottlägga först den moderna individens födelse och utveckling och sedan den postmoderna individens födelse. Fokus i båda fallen är det Nietzsche kallade för de flytande elementen, d.v.s. syften, ändamål etc. Huvudtesen i detta arbete är även fortsättningsvis att rätten individualiseras allt mer i vårt samhälle.

<sup>73</sup> För exempel på andra historiskt genealogiska undersökningar se exempelvis Mann (1994) s. 120–155 och den genealogiska undersökning av Isin som kommer att studeras i kapitel 4.

### 3 Från modern till senmodern individ

#### Inledning

I detta kapitel ska jag använda mig av den metod för en historisk genealogi som beskrev i förra kapitlet. Men för att få en ännu fylligare bild av det som ska studeras här ska även visst statistiskt material användas och litterära exempel ges för att spegla olika tiders "tidsanda". Kapitlet får följande uppläggningsstruktur: Först ska jag diskutera den moderna individens "födelse" och "utveckling", därefter tillämpa detta specifikt på rätten. Sedan kommer jag att göra en liknande beskrivning av den senmoderna individen. Kapitlet avslutas med en summering inför kapitel fyra. Begreppen "födelse" och "utveckling" kan lätt missförstås här. Som Foucault påpekar leder oss tanken på någots "födelse" gärna till att se det födda som något "rent" och "perfekt".<sup>74</sup> Födelsen blir något liknande perfektionens ögonblick i analogi med en romantiserad bild av ett barns födelse. "Utveckling" kan också leda fel eftersom det gärna associeras med linearitet och lagbundenhet. Av det sagda i förra

<sup>74</sup> Foucault op.cit. s. 372.

kapitlet framgår att varken ”födelse” eller ”utveckling” ska förstås vad beträffar ”födelse” som en perfektionens ögonblick eller vad beträffar ”utveckling” som en fråga om linearitet.

## Den moderna individen

Niebuhr spårar födelsen av den autonoma individen till renässansen.<sup>75</sup> I sig menar han att det är fråga om en mycket icke-kristen idé. För genom att ”transplantera” den aristoteliska uppfattningen om människan som ett politiskt djur<sup>76</sup> till den kristet färgade kulturen vid tiden för renässansen skapades en idé som egentligen varken var kristen eller antik, säger han. Vad det handlade om, menar Niebuhr, var att gradvis orientera individen mot staten och deltagande i statens liv. En form av civil humanism till skillnad från ”medievalism”, som Niebuhr uttrycker saken. Orsakerna till denna idémässiga svängning, anser Niebuhr, likt många andra, främst härstammar från socioekonomiska förändringar, d.v.s. växlingar från ett utpräglat agrarsamhälle till ett mer socialt komplext samhälle. Niebuhrs förklaring är av det slag som i förra kapitlet sades utgå från att frågorna är eviga och att det bara ges olika svar i olika tider på frågorna. Den undersökning som ska göras nedan

<sup>75</sup> Niebuhr (1941) s. 64 ff.

<sup>76</sup> Ibid.

syftar inte till att bekräfta eller förkasta riktigheten i exempelvis Niebuhrs påståenden, d.v.s. i kronologisk ordning ange vilka saker som följer på varandra. Det är inte genealogi i meningen att ange varje steg på vägen. Ett grundantagande är i stället som sades i förra kapitlet att ”problemen” kring individens ställning i samhället inte är permanenta från en tid till en annan. Det intressanta i analysen nedan kommer att vara att finna varje tids, varje författares egna problemställningar. Jag ska göra som Collingwood föreslår, ”argue back from the solution to the problem.”<sup>77</sup> Säger exempelvis Aristoteles att människan är ett politiskt djur, är inte den intressanta frågeställningen här att avgöra om detta är sant eller falskt utan att försöka förstå på vilken ”fråga” denna ”lösning”, eller detta påstående, är ett svar. Det jag intresserar mig för här är därför historien om de förändrade och växlande frågeställningarna.

Ska vi försöka göra en historisk genealogisk undersökning av begreppet individ, från renässansen och framåt, bör vi, i linje med vad som sades i förra kapitlet, först skilja på det *varaktiga*, bruk, akter och procedurer, i förhållande till det mer *flytande*, meningen, syftena, ändamålen. Det varaktiga skulle då kunna vara sådant som fysiologiska aspekter, – d.v.s. att människan föds, åldras och dör, äter, sover, förökar sig etc. – socioekonomiska aspekter – d.v.s. arbeten, sysselsättningar, inplaceringar i olika sociala samman-

<sup>77</sup> Collingwood (1939) s. 70.

hang – och religiösa och kulturella aspekter – d.v.s. religiöst, socialt och kulturellt liv. Varaktiga är dessa aspekter för att de i dem finns en viss form av konstans även om förändringar skett över tiden, men människor har alltid ätit, sovit, arbetat, förökat sig etc. Utan att förenkla alltför mycket kanske man i detta sammanhang skulle kunna tala om form och innehåll. Innehåll då som den mening, det syfte och de ändamål man har när begreppet individ används. Vad som menas med att vara människa kan vara en närbesläktad fråga till den ”innehållsliga frågan”. När det gäller det *flytande* kan vi förvänta oss att finna ”den teckenkedja av ständigt nya interpretationer och omstöpningar”, som Nietzsche talade om, och som därmed utgör individbegreppets historia. Vidare borde vi, eftersom det är mycket gamla begrepp det gäller här, inte bara finna en mening utan en hel syntes av meningar. Vad vi söker är också det som Foucault kallar för ”det som vi tenderar att tycka är utan historia”, exempelvis i:

... känslor, kärlek, samvete, instinkter ...<sup>78</sup>

Nedan ska vi försöka att komplettera ”idéerna”, ”påståendena” och ”utsagorna” med just det som inte tycks ha någon historia: i detta fall frågeställningarna, förväntningarna, möjligheterna. Det var en stor skillnad, för att ta ett exempel, på förväntningar om vad som var möjligt för en medeltida människa i fråga om individualitet jämfört med

<sup>78</sup> Foucault op.cit. s. 369 (min översättning).

en människa i början av artonhundratalet. Att exempelvis säga att människan är ett politiskt djur och anknyta till Aristoteles innebar en sak i ett ståndssamhälle och en annan i ett samhälle med gryende kapitalism m.m. Utsagan att människan är ett politiskt djur bör därför inte bara ses i ljuset av återkomsten av en idé utan mer i belysning av den roll en sådan idé spelar när frågorna, förväntningarna och möjligheterna förändras.

Starten för undersökningen är visserligen den av Niebuhr angivna renässansens Florens och Venedig, med det Skinner kallar för en förening av i förgrunden atenska och romerska ideal med kristna bakgrundsideal beträffande individen,<sup>79</sup> men tidsperioden det gäller är lång, ända fram till ca 1960. Vi ska dock inte, som sagts ovan, göra en kronologisk undersökning. Men det är lätt att falla in i en sådan tradition av historieskrivning; inte minst om man studerar litteraturen på området framträder snart en bild av ”utvecklingen” och det finns därmed, kan det tyckas, några viktiga hållpunkter som de flesta tycks vara eniga om. Dessa är protestantism, puritanism/pietism, kommersiell anda, vetenskapsvurm, romantik och socialdarwinism. Men för att inte behöva ”skriva om hela historien” ska vi här utifrån dessa rubriker, ”hållpunkter”, försöka finna de ny- och omtolkningar, omstöpningar och förskjutningar som Nietzsche talade om, av givna element med tillskott av

<sup>79</sup> Skinner (1978) s. 349.

nya. För att förtydliga: Jag väljer att undersöka dessa sex hållpunkter i syfte att komma fram till vilka problemställningar som var aktuella och som orsakade de ”lösningar” i form av ”svar” om människan, individen etc. som återfinns nedan. Det är på så vis Nietzsches *flytande* aspekter kommer in i denna undersökning.<sup>80</sup>

*I. Protestantism.* Låt oss som Collingwood sa, ”argue back from the solution to the problem” angående protestantismen.

Reformationen, brukar man påpeka, förändrande inte bara de länder i vilken protestantismen gick segrande ur striden utan också hela den kristna världen. Individens förhållande till Gud kan utgöra en av de viktiga syftesförskjutningarna som vi är ute efter här. Synsättet ”Människan är Guds avbild”,<sup>81</sup> förlorade inte i aktualitet genom reformationen, men postulatet omtolkades, vågar man nog säga, i belysning av principer om det personliga ansvaret. Då exempelvis formulerade som att ”Människan står ensam inför Gud”, ”Prästerskapet för alla troende” eller ”Gud

<sup>80</sup> Jfr också det som brukar kallas för historisk sociologi. Inom denna brukar man göra en skillnad mellan scientistiska och interpretativa ansatser. De förra har sina rötter i empirism och positivism inom historievetenskapen och anklagas av de senare för att ta ”fakta för givna”. De interpretativa ansatserna framhåller de kulturella aspekterna och intresserar sig exempelvis för narrativa tolkningar av vardagslivet under olika epoker. Se exempelvis Delanty/Isin (2003) s. 1 ff.

<sup>81</sup> I Första Mosebok 1 kap. 26 sägs: Och Gud sade: Låt oss göra människor till vår avbild, till att vara oss lika.

finns i oss.”. Vad dessa principer gör är att de nedvärderar traditionell religiös auktoritet. Personlig tro ställs mot kyrklig hierarki. Exempelvis i företalet till Paulus brev till romarna säger Luther:

Det är som om han [Paulus] hade förutsett, att från Rom och genom romarna skulle komma de vilseledande och anstötliga kyrkomötesbesluten och Påvebuden och hela vimlet av mänskliga lagar och bud, som nu dränker hela världen och som undantränger detta brev [Paulus brev till romarna] och hela den heliga Skrift tillika med Anden och tron, så att icke mer återstår än avguden buken, vars tjänare Paulus här med hårda ord bannar.<sup>82</sup>

Luther utmanade, som bekant, kyrkans krav på att vara den enda erkända förvaltaren av sakramenten.<sup>83</sup> Exempelvis spelade läran om rättfärdiggörande genom tron, d.v.s. inte genom gärningar, in här. Det var ett allmänt betonande av det personliga ansvaret, att den kristne själv skulle förstå det kristna budskapet och ta ansvar för det.<sup>84</sup> Bibeln blev den främsta källan för uppenbarelser, vilket bl.a. motiverar införandet av modersmålet som ”tungomål” vid mässan, uttryckt av Olaus Petri på följande vis:

<sup>82</sup> Luther(1917).

<sup>83</sup> Se Grane (1994) s. 89 ff om Luthers brytning med Rom.

<sup>84</sup> Se exempelvis Stolt (1994) s. 46 ff om ”hjärtats religion”, d.v.s. Luthers synsätt att känsla och förstånd är intimt sammanflätade så att ”förstå” blir det samma som att också ”omfatta med hjärtat”. Se även Grane op.cit. s. 119 ff.

Därför vill det av nöden följa härav, att såframt att mässan skall vara i sin rätta brukning och verka det verk till vilket hon av kristo insatt är, så måste hon ske på det mål som förståndeligt är.<sup>85</sup>

Berman går så långt så att han dristar sig till att säga att reformationen frigjorde så pass mycket energi att den användes även för att omdana samhället, och han menar att för juridikens del medförde detta en förnyelse av egendoms- och avtalsrätten. Han säger:

Nature became property. Economic relations became contract. Conscience became will and intent.<sup>86</sup>

Frågan är nu på vilken/a fråga/frågor utsagorna ”Människan står ensam inför Gud”, ”Prästerskapet för alla troende” och ”Gud finns i oss” är ett svar på? Vad dessa påståenden på något sätt är ett svar på är människans förhållande till Gud, vidare frågor om trons privata eller offentliga karaktär och därmed kyrkans eller individens primat när det kommer till trons ”innehåll”. Frågorna gäller om trons företrädare framför olika handlingar. Frågorna är därmed sprungna ur senmedeltidens särskilda ”tankekomplex” där religiös individualism och lekmanafromhet hade en roll

<sup>85</sup> Petri (1968) s. 160.

<sup>86</sup> Berman op.cit s. 30. Han talar vidare om, s. 18, reformationen som en av de sex stora revolutionerna som förändrat den västerländska rättsliga traditionen. Som vi kommer att se nedan finns det många andra förklaringar, vid sidan om reformationen, till utvecklingen av synen på egendom, förmögenhet och kontrakt. Berman drar nog lite väl stora växlar på reformationen.

som de inte haft tidigare. Förståelsen av postulatet ”Människan är Guds avbild” blir således också färgat av ett större mått av individualisering i förhållande till medeltidens synsätt. Förväntningar på livet och förhållandena för den enskilde var andra, kan man säga, och möjligheterna var också andra för människor att på egen hand tolka, förstå och omfatta sådant som de heliga skrifterna, exempelvis genom att boktryckarkonsten spreds i Europa.<sup>87</sup>

*II. Puritanism/pietism.* Även här börjar vi med lösningarna, svaren, utsagorna för att sedan försöka formulera vilka frågor som korresponderar mot dessa.

Lukes påpekar att pietismen, i form av kalvinism, ofta associeras med det som brukar kallas religiös individualism.<sup>88</sup> Förklaringarna till detta kan vara många. Dels är kalvinismens uttryck tydliga, och till en del extrema, i förhållande till individualism, dels kan det bero på det genomslag som Webers teori om utkorelselära<sup>89</sup> fått. Utkorelseläran betonar människors förutbestämmelse till förtappelse eller frälsning. Weber menar att denna lära haft stor betydelse för den moderna kapitalismens framväxt. Det kan, trots att Webers teori är mycket omdiskuterad, vara värt att uppmärksamma den här. Weber talar om den protestantiska etiken, men han syftar främst på pietismen. I bakgrunden till predestinationsläran finns Luthers kallelse-

<sup>87</sup> MacLean (1992) s. 66. Wennström (2002) s. 133.

<sup>88</sup> Lukes op.cit s. 95.

<sup>89</sup> Weber (1978).

tanke, att varje människa av Gud fått en uppgift. Genom Calvin, eller kanske främst hans epigoner, utvecklades denna lutherska tanke till en lära som mer svart-vit angav att vissa människor var förutbestämda till evig död. Enligt Weber ledde detta till en oerhörd inre ensamhet hos den enskilde individen. Ingen präst, kyrka eller något sakrament kunde rädda den osalige, säger Weber.<sup>90</sup> Detta bidrog bland annat till att det ”magiska” i religiösa ritualer upplevdes som onödigt. Det fanns helt enkelt inte längre några magiska medel att tillgå för att ändra Guds nåd. Världen var, enligt de puritanska kalvinisterna, påpekar Weber, utslutande till för Guds ära. Gud krävde därför också den kristnes sociala prestationer. Problemet för många blev dock, säger Weber, frågan om ”just jag” tillhör de utvalda och, om så inte var fallet, ”varför arbetar jag?”. Man började därför söka tecken på frälsning och utvaldhet. Den enskildes livsföring kom sålunda allt mer i fokus som ett sådant tecken. För kalvinisten gällde, säger Weber:

Kalvinistens Gud fordrade inte enstaka goda gärningar av de sina, utan ett liv i ett system av goda gärningar. Där fanns ingen plats för den katolskt sant mänskliga växlingen mellan synd, ånger, botgöring, förlåtelse och ny synd. Inte heller fanns där ett saldo för livet som helhet, som kunde sonas genom kyrkliga nådemedel.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Ibid s. 49.

<sup>91</sup> Ibid. s. 55.

Weber konstaterar att vardagsmänniskans liv genom dessa tankar krävde konsekvens och metod. Munken, säger han, flyttade ut i världen och därmed asketismen. Tid blev vidare en av de viktigaste faktorerna i livet och världen.

Att förslösa sin tid är alltså den första och i princip värsta av alla synder ... Tidsförlust genom sällskapslivet, lyx, ja, även genom mer sömn än hälsan kräver, sex till högst åtta timmar, är moraliskt sett absolut förkastligt.<sup>92</sup>

Arbetet, i form av askesen, gjorde att det som framför allt premierades var yrkesarbetet, samtidigt som tillfällighetsarbetet nedvärderades. Yrket kopplades därmed samman med kallelsen. Både positionen i arbetslivet och hur väl man utförde sitt värv kunde bli tecken på utkorelsen. Men att munken flyttade ut i världen, påpekar Weber, fick också betydelse för den vardagliga askesen med verkningar på såväl sexuallivets som kulturens område. Allt underställdes därmed, menar Weber, kravet att vara Gudibehag och inte slösa bort den dyrbara tiden i livet utan i stället forma det konsekvent och metodiskt.

Den kritik som brukar framföras mot Webers teori om utkorelselärans betydelse för kapitalismen går ut på att han drar för långtgående slutsatser och att teorin passar lite för bra in i Webers övriga teorier om rationaliseringsbanan av samhället. Men det går också att finna stöd för Webers teorier i exempelvis tidig amerikansk puritanism. Särskilt i

<sup>92</sup> Ibid. s. 74.

idén om Guds skapelses helhet där varje individ har en bestämd plats. Man brukar peka på den oro de puritanska ledarna kände inför överfarten till det nya landet, skulle människorna ta chansen att börja helt på nytt där? Winthrop speglar detta, och skrev följande, ombord på skeppet *Arabell* på väg över Atlanten 1630.

God Almighty in his most holy wise providence hath soe disposed of Condition of mankinde, as in all times some must be rich, some poore, some highe and eminent in power and dignitie; others meane in subjection.<sup>93</sup>

Viktiga bidrag till diskussionen nedan kan puritanismen/pietismen bidra med eftersom den intensifierade medborgarskapet och att stort intresse riktades mot individuella studier och disciplinerat arbete. Till detta kommer, vilket inte minst Weber uppmärksammade, en ny anda som tillät privat ackumulering av kapital.

Framför allt är det följande principer/uppfattningar som är av vikt när det gäller att finna bidrag till analysen av de *flytande* aspekterna i vår historiska genealogi. Från uppfattningar om nåden, och möjlighet till frälsning genom botgöring etc., innebär puritanismen/pietismen en förskjutning till följande uppfattningar. ”Människan är förutbestämd till antingen förtappelse eller frälsning.” ”Ingen präst, kyrka eller något sakrament kan rädda den osalige.” ”Världen är till för Guds ära inte individens.” ”Vardags-

<sup>93</sup> Winthrop (1987) s. 22.

människans liv kräver konsekvens och metod.” ”Arbetet är en del av den kristna askesen.” Alla dessa utsagor har sin grund i och blir därmed begripliga utifrån frågan: Vem är dömd till evig förtappelse och vem är utkorad att komma till himmelriket? Den frågan speglar en värld på tröskeln till industrialisering och privat ackumulation av kapital. En värld där det är möjligt för människor att genom egna insatser i form av arbete och uppfinningsrikedom förändra sin situation, d.v.s. en mer differentierad värld med rörlighet socialt, yrkesmässigt etc. Människor hade därmed också förväntningar på att de kunde nå framgång inte bara utifrån status utan framför allt utifrån vem hon var.

*III. Kommersiell anda.* Även här gäller det att söka vägen från svaren till frågorna.

Många verkar överens om att vad som kallas för kommersiell anda har sina rötter i den ovan beskrivna protestantiska etiken, som Weber kallade det, tillsammans med vad som brukar benämnas som *self-interest* i mänskliga göranden och låtanden.<sup>94</sup> Individens egenintresse läggs på så vis till grund för både ekonomins och samhällets utveckling. Parallellen till den religiösa frigörelsen är slående. Affärsmannen, den moderne borgaren, byggde enligt idealen sin framgång på eget initiativ och rådighet i stället för arv och social ställning. Individens självförverkligande

<sup>94</sup> Niebuhr op.cit. s. 69, Ketcham op.cit. s. 48 f. och Lukes op.cit. s. 88 ff. Jfr. Koselleck (1988) s. 53 ff. om det han kallar för "Locke's Law".

tycks därigenom ha trätt i förgrunden. Lukes sammanfattar vad han kallar *economic individualism* på följande sätt:

Henceforth economic individualism became both an economic theory and a normative doctrine, asserting (if so complex a tradition, or set of traditions, can be reduced to a formula) that a spontaneous economic system, based on private property, the market, and freedom of production, contract and exchange, and on the unfretted self-interest of individuals, tends to be more or less self-adjusting; and that it conduces to the maximum satisfaction of individuals and to (individual and social) progress.<sup>95</sup>

Ska vi försöka finna en uppfattning att sammanfatta detta avsnitt med och ta med oss till vår slutliga analys, skulle den kunna vara att den kommersiella andan innebar en förskjutning från en uppfattning om helheten i samhälle och ekonomi till att "Individens egenintresse är den enskilt viktigaste faktorn för individens och samhällets välmåga och utveckling". De frågeställningar som ett sådant påstående är ett svar på är exempelvis vems intressen som ska vara drivande och bestämmande i samhällsutvecklingen. Genom möjligheten till att privat ackumulera kapital m.m. uppstod också en förväntning på, och möjlighet, att genom eget arbete och uppfinningsrikedom forma både sitt eget liv och samhällets.

<sup>95</sup> Lukes op.cit. s. 89.

*IV. Vetenskapsvurm.* Vi börjar med utsagorna och lösningarna för att försöka finna vilka frågor dessa hör samman med.

Med vetenskapsvurm menas här en tilltro till naturvetenskapen som normgivande även utanför sin egentliga domän. Den kan sägas ha kommit i flera vågor under den tid vi diskuterar här. Sextonhundratalet beskrivs av vissa som en av dessa vågtoppar, kanske den starkaste. Romantiken brukar då samtidigt beskrivas som en vågdal vad beträffar tron på just naturvetenskapen. Strax efter mitten av 1800-talet skulle, med darwinismen och biologin, kunna sägas vara en annan vågtopp och sedan ännu en ny vågtopp kring 1920-talet med dödsryckningarna för idén om en enhetsvetenskap.<sup>96</sup>

Finns det då något som förenar i synen på individen, vad beträffar så olika uttryck som exempelvis mellan empirism och rationalism? Svaret man brukar ge är att såväl Bacons empirism som Descartes rationalism kräver mänskligt vetande och aktörer. För Bacons del människor som samlar in data, framställer hypoteser och testar dessa hypoteser för att formulera nya hypoteser i all oändlighet. Därmed skapades en form av opersonligt jag inom naturvetenskapen. Mellan betraktaren och det betraktade infördes vidare sådant som kikaren, mikroskopet eller andra hjälpmedel.

<sup>96</sup> Jfr. Perssons M. op.cit. om bl.a. den viktorska vetenskapliga naturalismen s. 59 ff.

Det identifierbara jaget blev därmed inte lika betydelsefullt i dessa sammanhang, d.v.s. vem som såg vad genom kikanren eller i mikroskopet. Syn, hörsel och känsel standardiserades.<sup>97</sup> Dessa nya former av standardiserade ”sinnesförmimmelser” fick också trumf över den ”gamla” formen av observationer så att man kunde uttrycka saken i formen av ”det vi egentligen ser”, ”det vi egentligen hör”, ”det vi egentligen känner” etc. Detta skapade en form av naturvetenskaplig ”metafysik” angående hur världen egentligen är beskaffad.<sup>98</sup>

Alla dessa påpekanden ovan är långt borta från rättens domän. Shapiro, vilken främst studerat sextonhundralets England, påpekar att en av de viktigaste formerna av påverkan som naturvetenskapen hade på rättsläran var den senares förändrade förhållningssätt till kunskap.<sup>99</sup> Det var med andra ord inte bara en ändring i synen på den fysiska världen som påverkade rätten och juristerna, utan kanske framför allt synen på vilka metoder som var bäst lämpade för att finna sanningen och hur säker man kunde vara på de sanningar man tyckte sig ha funnit. Hon säger om sextonhundralets England:

<sup>97</sup> Fox Keller (1996) s. 418.

<sup>98</sup> Jfr Foucault (2002) s. 245 ff. om hur han beskriver förändringen inom botaniken när klassifikationen av växter inte längre bara utgick från ”yttre” karaktäristika observerbara direkt av ögat utan även ”inre” egenskaper genom att tudela, försöka förstå funktioner etc.

<sup>99</sup> Shapiro (1983) s. 167 ff.

The philosophical and scientific ideas associated with Copernicus, Bacon, Descartes, Galileo, Gassendi, Hooke, Ray, Locke and Newton became the property of the entire literate community of England, and certainly of the community of gentleman to which the barristers and judges belonged.<sup>100</sup>

Men juristers intresse för naturvetenskap sträckte sig längre än bara till vad som ansågs vara lämpligt för en lärd man vid den tiden att känna till. Många hade en dubbelroll, som exempelvis Bacon, som både framstående naturvetenskaplig forskare och jurist. Det går därför att spåra gemensamma utvecklingsdrag vad exempelvis gäller det Shapiro kallar ”the drive for systematic arrangements and presentation of existing knowledge into scientific organized categories”, mellan rätten och naturvetenskapen.<sup>101</sup> På samma sätt förhåller det sig med frågor om säkerhet eller sannolikhet vad gällde utsagor om världen för naturvetenskapens del och vittnesutsagor för rättens del. Shapiros slutsats om sextonhundralets England blir:

Statements of historical causation are notoriously difficult to formulate or, at least, to prove. We do not wish to argue that the developments in science, or history, or theology caused developments in law. But parallel developments in so many areas of thought make it equally foolish to assert the autonomy of law. It is enough to say that in seventeenth-century England, certain aspects of legal thought developed as an

<sup>100</sup> Ibid.

<sup>101</sup> Ibid s. 168.

integral part of the intellectual life of the times, and that religion, science, and philosophy were such a central part of life that their influence was felt by all who thought and wrote.<sup>102</sup>

Mer specifikt handlade den nya orienteringen under 1600-talet om att bryta ned den barriär som funnits i tidigare antikt färgat tänkande mellan logik och retorik där den förra stod för kunskap och den senare för åsikt. Genom att arbeta med hypoteser, testa dessa och se resultaten i ljuset av olika grader av sannolikhet i stället för att tala om sanning utifrån enbart logisk slutledning blev ”kunskapen” färgad av ”åsikter”, tvivel, sannolikheter etc.

I varje våg av vurm för naturvetenskapen finns en tro på att människan, och individen, kan omfatta och kontrollera den värld hon lever i. Men också en förkärlek för enhetliga förklaringar, vilket påpekades ovan angående sextonhundratalets England, en form av monism vad gäller tillåtna metoder och modeller. Biologin, ska vi se nedan när det gäller socialdarwinismen, blir en sådan modell för förklaring av allt såväl i naturen som i det mänskliga samhället.

Följande uppfattningar kan vaskas fram ur det ovan sagda, vilka är förskjutningar från att enbart se människan som en del i Guds helhet och plan, nämligen att: ”Människan skapar sin egen värld och framgång med förnuftet som verktyg och vapen.” ”Naturens lagar styr allt i världen och dessa lagar kan uppenbaras för människan genom veten-

<sup>102</sup> Ibid. s. 193.

skapliga studier vilka har tvivlet som viktig beståndsdel.” De frågor som dessa påståenden korresponderar mot är sådana som handlar om ”förnuftet” och dess ”sanningsplats” i världen. Det fanns förväntningar på att vetenskapen och därmed människan skulle kunna omfatta och ”avslöja” det som tidigare bara varit dolt i Guds plan för världen. Arendt talar om människans ”självkänsla” och ”självsäkerhet” som ökar med hennes förmåga att ”överlista” naturen”.<sup>103</sup> Den sammansatta bilden av människan som Guds avbild får därmed också en ny fasett, nämligen kreatören.

*V. Romantik.* Här ska först den filosofiska romantiken, därefter romantik i bredare mening i form av expressivt tänkande behandlas. Vi följer mönstret ovan och ”argumenterar baklänges från lösningarna till frågorna” även här.

A. Filosofisk romantik. Som nybliven juriststudent i Marburg 1795 skriver Savigny till sin vän Kroeber att han åhört en föreläsning av en lärd man men som tyvärr var ”+++ antikantian”.<sup>104</sup> Savignys ”upprördhet” speglar två saker. Dels det enorma inflytande Kants filosofi hade kring sekelskiftet 1800. Dels den stil som unga män använde sig av i sina brevväxlingar. Nörr påpekar att i just Savignys fall gick stilen till stor del att spåra till Jacobis roman ”Allwill”.<sup>105</sup> Stilidealet som gällde vid tiden för romantikens

<sup>103</sup> Arendt op.cit. s. 191.

<sup>104</sup> Savigny (1994) s. 15, ”eine recht gelerte Mann, aber leide! einer +++ Antikantianer”.

genombrott är något som i dag gör att författare från den tiden framstår som högstämnda och en aning överspända. Romantiken beskrivs ofta därför också inte som en riktning med kvaliteter i sig själv, utan exempelvis som en ”reaktion” på upplysningstidens rationalism. För rör man sig bara på ytan av det sagda är det lätt hänt att skrämmas bort av ord och begrepp som smak, geni, folksjäl etc. För vår diskussion angående individen är romantiken av stor betydelse eftersom den påverkade förgrundsgestalter inom dåtidens rättsvetenskap, som exempelvis Savigny.

Försöker vi avancera vidare bort från kantianismen och se vad det var under romantiken som beträffande individen påverkade en sådan som Savigny, kan Fichtes filosofierande vara av särskilt intresse. I sin brevväxling med sina kamrater finns det väl dokumenterat att Savigny kände Fichtes<sup>106</sup> filosofi väl och tog intryck, men inte helt okritiskt, av den liksom han gjorde av Schellings och Schlegels filosofierande.

I den lilla boken *Die Bestimmung des Menschen* framgår Fichtes syn på människan och individen.<sup>107</sup> Boken är indelad i tre delar och i varje del prövar Fichte ett förhållningssätt till världen. I första delen undersöker han vad det innebär att vara ”realist”. Undersökningen börjar ute i värl-

<sup>105</sup> Nörr (1994) s. 18.

<sup>106</sup> Ibid. s. 50 ff. Det kan dock vid olika tillfällen vara svårt att utreda exakt hur väl insatt Savigny var i Fichtes skrifter vid olika tillfällen.

<sup>107</sup> Fichte (1987).

den bland tingen.<sup>108</sup> Naivt vandrar han runt och iakttar världen och stöter på en rad problem, som att han tar indelningar för givna, att allt är i ständig rörelse och förändring. Men förutom dessa problem är Fichte inte nöjd med den syn på sig själv och jaget som denna realism skapar.<sup>109</sup> Det ovanliga med undersökningen är att Fichte inte avvisar tanken på att vara realist som osann eller oriktig. Han konstaterar bara att han ogillar de slutsatser han kommer fram till när han vandrar denna bana, nämligen att vad som är hans jag skulle bestämmas av något utanför honom själv utan inflytande av hans eget inflytande.<sup>110</sup> Han säger att han vill vara oberoende, inte vara till för och genom annat än sig själv. Han talar om frihet och förmåga att handla. Antar man realismens ståndpunkt blir dessa ting underställda naturen och begränsade av naturens krafter, påpekar han. Vad han söker är inte åskådarens plats i förhållande till naturen utan något som är högre än naturen och står fritt från naturen, nämligen ändamålets och viljans kraft.<sup>111</sup> Han ställer det hela på sin spets genom att fråga sig om han är fri och självständig eller helt beroende av främmande krafter? Han kommer fram till att inget av de två påståendena går att rättfärdiga med förnuftet men att det första

<sup>108</sup> Ibid. s. 4f.

<sup>109</sup> Ibid. s. 14.

<sup>110</sup> Ibid. s. 19 f. Här uttrycker Fichte samma tanke som är Kants kritik av exempelvis upplysningens rationalism. Se vidare nedan s. 108 ff.

<sup>111</sup> Ibid s. 23.

påståendet stöder han med hjärtat. Här avslutar han också sin vandring som realist i ett uppgivet konstaterande av att det visserligen går att inta realistens ståndpunkter men att han, Fichte, p.g.a. av ännu oklara åsikter som gränsar till egenkärlek, inte vill omfatta den.

I del två startar inte Fichte sin undersökning i världen utan i medvetandet. Den ståndpunkt han här intar skulle kunna kallas idealism. Strategin är densamma som i del ett, att pröva en ståndpunkt. Syn, känsel och hörsel, konstaterar han, är inre fenomen och hör inte till objekten som man ser, känner eller hör.<sup>112</sup> All kunskap blir, om man drar detta till sin spets, säger han vidare, kunskap om jaget självt. Det är du själv, säger han, om man antar detta perspektiv, som delar upp, begränsar, bestämmer former hos tingen och anger deras relationer. Och inget av detta ligger i tingen själva och är inget utflöde från dem utan är ett utflöde från den egna existensen.<sup>113</sup> Genom detta resonemang, konstaterar Fichte, har man kommit så långt bort från resonemang i första delen av boken som man kan komma. Det finns ingen värld där utanför det egna jaget. Denna väg

<sup>112</sup> Ibid. s. 31. Jfr Schelling (1980) s. 85 ff. som talar om att ”vetandet” har realitet på så vis att det inte kan bestämmas av något annat och att även objekten får sin realitet i förhållande till ett subjekt. Att tala om objektens ”realitet” i sig utan att de står i förhållande till subjektet avvisar han inte som omöjligt men som ointressant. Han skiljer på existens och realitet.

<sup>113</sup> Fichte op.cit, s. 51.

som han nu vandrat fyller honom med än större uppgivenhet är vandrigen som realist gjorde.<sup>114</sup>

I den tredje delen kan man säga att han finner ”den verkliga världen där utanför”, vilken är den sfär av ”handlingar” som vi utför.<sup>115</sup> Jaget och intellektet är inte helt autonomt. För att överhuvudtaget kunna fungera måste intellektet ses som en del av en hel människa och dess aktiviteter, säger han. Här finner också Fichte en sorts mening med dessa undersökningar. Nämligen att se det fritt handlande subjektet som ansvarstagande. Ansvaret föds med nödvändighet, påpekar han, eftersom jaget måste ställa upp begränsningar för sig själv och också genom att det stöter på andra jag, d.v.s. ett du. För Fichte föder detta en plikt och en ansvarskänsla vilket, ska det visa sig längre fram i denna undersökning, är juridiskt sett mycket viktigt.<sup>116</sup>

Romantiken beskrivs ibland som ett blint hyllande av individen, jaget, geniet och folksjälén. Beskrivningen stämmer möjligen om man avlägsnar ansvaret, plikt-känslan och kravet på handling, som exempelvis Fichte stod

<sup>114</sup> Ibid. s. 65.

<sup>115</sup> Ibid s. 79.

<sup>116</sup> I Fichtes eget liv fick denna plikt-känsla ödesdigra konsekvenser vid tre tillfällen. Första gången 1799 när han tvingades lämna sin professur i Jena anklagad för ateism eftersom han inte tyckte sig behöva försvara sig i förhållande till sina överordnade. Andra gången 1812 när han av liknande orsaker tvingades bort från rektoratet vid Berlins universitet. Och tredje gången när han smittades av tyfus då han, återigen av då plikt-känsla, vårdade tyfussjuka under Napoleonkriget.

för, från det beskrivna. Vad gäller ”folksjälen” kan den förutom att ses som en idealistisk spekulatio n även tolkas in i de möten mellan ”fichteanska jag” eller intellekt som beskrevs ovan, d.v.s. när dessa stöter på varandra och bildar en ”enhet” som med vårt nutida språkbruk skulle kunna kallas för samhälle,<sup>117</sup> men som för Fichte är en moralisk enhet som är styrd av ansvar, plikt och krav på handling. Nyckelbegreppet är, i Kants efterföljd, ”vilja” och till det kommer en i sig, skulle man kunna säga, naiv tro på godhet hos bl.a. Fichte.

Romantiken kan dock vara svår att förstå om man inte också anlägger ett religiöst perspektiv på frågorna. Om postulatet om människan som Guds avbild alltid varit viktigt förflyttades intresset ännu mer under romantiken till sådana begrepp som ”Gott in uns”, d.v.s. Gud i oss. För att förstå denna princip s betydelse för romantiken måste en undersökning av begreppet göra ett avstamp hos Kant, för att sedan gå vidare till exempelvis Schlegel.<sup>118</sup> För Kant fanns en enda grund för rättfärdigheten, nämligen att handla utifrån det kategoriska imperativet. Kant poängterade, som vi såg ovan, den autonoma individens vilja.<sup>119</sup> Imperativet blir på så vis en gräns för denna viljas utbredning i handling, men imperativet kan på många sätt kallas

<sup>117</sup> Se vidare nedan angående Hegels syn på samma sak s. 137 ff.

<sup>118</sup> Schlegel (1999) s. 63. I sin mest extrema form kan principen formuleras på följande vis: ”Varje god människa blir mer och mer Gud.”

<sup>119</sup> Se vidare nedan s. 108 ff.

formellt eftersom det ger föga vägledning i konkreta situationer. Formeln ”Gott in uns” indikerar något annat, den handlar om känsla och helighet. I sammanhanget kan det vara på sin plats att uppmärksamma två fallgropar som romantikern menade att människan kunde falla i. Den första kan beskrivas som vildens, vilken styrs enbart av känslan, den andra är barbaren, vilken helt styrs av sina föresatser. ”Gott in uns” speglar en inre revolution och möjliggör en annan form av begränsning av den fria viljan än ett kantianskt formellt imperativ kunde göra, nämligen utifrån känsla och uttrycksbehov eller vad som nedan kommer att kallas för expressivt tänkande.

Om Hegel ska tillhöra romantiken eller ej diskuteras ibland inte minst eftersom han själv inte ville kategoriseras som romantiker. Det går dock beträffande individen att se att från Kant till Hegel via romantikerna utvecklades en sammansatt syn på individen som hade betydelse även för juridiken och exempelvis den senare begreppsjurisprudenten.<sup>120</sup> Juridiskt relevant blir nedan att skilja på tre delar av denna ”sammansatta” individ, nämligen ”person”, ”rättssubjekt” och ”människa”. Utgångspunkten för ett sådant resonemang är den senare, människan. Uppfattningen ansluter till ett synsätt där människan sägs ha två väsen: ett naturväsen och ett andligt väsen. Gud däremot är bara andeväsen och djuren rena naturväsen. I juridiken var de

<sup>120</sup> Jfr. Fogelklou (1978) s. 98

enda intressanta delarna av "människan" de som hade med vilja i rättsliga hänseenden att gör, viljan hos "rättssubjektet" eller personen. Hela människan däremot var något som inte gick att förstå annat än exempelvis utifrån formeln "Gott in uns" och som bl.a. gjorde att människan skilde sig från djuren.

Om vi försöker sammanfatta det sagda i uppfattningar om individen kan det kanske göras på följande vis, och då ses som förskjutningar från rationalistiska uppfattningar om människan: "Den fria människan är inte beroende av yttre främmande orsaker", "Människan har en bestämning, nämligen att handla utifrån sin fria vilja och göra gott." "Gud finns i oss." "Det fritt handlande subjektet är ansvarstagande." "Människan är både ett naturväsen och ett andligt väsen." Frågorna som dessa "lösningar" är svar på är: Om människan verkligen bara är ett objekt bland andra objekt, om det finns någon plats för själen och viljan. Man kan tala om att det fanns förväntningar på att människan skulle vara fri och självdefinierande. Att frågor som dessa och förväntningar som dessa fanns hade möjliggjorts genom sådant som ståndssamhällets sönderfall och fragmentisering socialt och kulturellt i dess spår. Men för att förstå detta bättre krävs ett bredare grepp på romantiken som ska ges nedan.

*B. Romantik i bredare mening som expressivt tänkande.* I en av öppningsscenerna till Faust låter Goethe denne i sin

studerokammarer säga följande och därmed ge utlopp för ett allmänt tvivel på om förfarenhet i ”vetenskap” verkligen är måttet på en människas storhet:

Ack nu har jag läst filosofi/ och medicin, juristeri/ och tyvärr teologi/ från början till slut med frenesi./ Och ändå är jag lika klok/ som jag var förut, stackars tok!/ Magister kallar man mig dock,/ ja, rent av doktor – min lärjungeflock/ drar jag vid näsan sen tio år/ i krockar och krumbukter det går./ Att vi intet kan veta förstår jag och märker,/ och jag förtvivlar, mitt hjärta värker./ Vål har jag mer vett än dumma doktorer,/ magistrar, skrivare, påvar, pastorer;/ jag känner ej skrupler, ej tvivlets plågor/ och räds varken fan eller helvetets lågor./ Men så har också min glädje försvunnit,/ inte förmenar jag att jag har vunnit/ visdom av värde, kan inte föra/ andra till bättring och saliggöra.<sup>121</sup>

Besläktad med romantiken, i dessa hänseenden, är den mer sentida amerikanska expressiva individualismen. Whitman kan sägas vara ett sent uttryck för en syn på individen, jaget, som är ”pre-occupied of his own soul.” Ett jag som främst definieras genom sina inre känslor men också genom sina uttryck.

<sup>121</sup> Goethe (2000) s. 24. Ofta tolkas denna passage främst utifrån den komik som scenen rymmer. Skärskådar man texten närmare upptäcker man dock den förtvivlan som ligger under texten och hela dramat i sig. En förtvivlan som kan ses som en del av en samhälls- och kulturkritik.

I CELEBRATE myself, and sing myself,/ And what I  
assume you shall assume,/ for every atom belong to  
me as good/ belong to you<sup>122</sup>

Bestämningen av individen utifrån hennes inre, och inte utifrån statusläran eller formell bildning, är typiskt för romantiken. Ketcham formulerar det hela på följande vis:

This kind of individualism exalted artistic, literary, religious, spiritual, and moral capabilities – intrinsically private and idiosyncratic – more than political, commercial, or even scientific ones.<sup>123</sup>

Det expressiva tänkesättet vad gäller jaget går att spåra till romantiken. Taylor, jag väljer att ingående följa dennes resonemang nedan, förklarar framväxten av dessa tankar på följande vis.<sup>124</sup> Det expressiva tänkesättet förklaras bäst, säger han, utifrån dels det medeltida tänkandet beträffande jaget, dels upplysningstidens syn på jaget. Börjar vi med det förstnämnda var synen på jaget att det definierades i relation till en kosmisk ordning.<sup>125</sup> Människans ”mikrokosmos”, hennes kropp, exempelvis huvudet med två ögon, två öron, en näsa med två öppningar och en mun var,

<sup>122</sup> Whitman (1987) s. 44.

<sup>123</sup> Ketcham op.cit. s. 59.

<sup>124</sup> Taylor (1991) s. 9–35, (1986) s. 18–73. En kritik mot min framställning skulle kunna vara att Taylors expressivism också kan uppfattas som en filosofisk position, jfr. Wihl (1994), idag företrädd av framförallt Taylor själv. Detta är riktigt men den expressivism som Taylor talar om i förhållande till romantiken är mer ett allmänt tänkesätt än en viss filosofisk position.

<sup>125</sup> Taylor (1986). s. 20.

menade man, en direkt återspeglning av makrokosmos, där det på himlen fanns två gynnsamma, två ogynnsamma, två lysande himlakroppar och sedan Merkurius.<sup>126</sup> Mellan mikro- och makrokosmos menade man att det fanns en korrespondens. Naturen gav form och ordning.

Fortsätter vi med upplysningstiden talar Taylor om att naturen ”objektiverades”. Man förnekade den medeltida uppfattningen att världen hade en inneboende ”betydelse” som gav mening även åt ”jaget”.<sup>127</sup> Upplysningstidens moderna subjekt definierar däremot sig självt. ”Jagets existens demonstreras medan det råder tvekan om allt utanför, ja till och med Guds existens”.<sup>128</sup> Man började också, säger Taylor, betrakta den medeltida inställningen till jaget som en ”svaghet”, en form av eftergivenhet för det irrationella. Det vetenskapliga rationella förhållningssättet, som upplysningen hyllade, såg man däremot som en nyttig form av stränghet, och ytterst handlade det i stället för eftergivenhet om mod. Arketyper för ett sådant mod var Galileis kamp mot kyrkan.<sup>129</sup> För upplysningen ledde dessa resonemang och synsätt i sin förlängning till en ny form av frihet. Subjektet var inte längre bundet av en yttre ordning. Som

<sup>126</sup> Ibid. s. 19.

<sup>127</sup> Ibid. s. 25.

<sup>128</sup> Ibid. s. 21.

<sup>129</sup> Se Brooke (1991) s. 53 ff för en problematisering av förhållandet mellan religion och vetenskap under denna tid.

Taylor säger att: ”denna frihet tillerkänns en ny, central roll som visat sig oåterkallelig”.<sup>130</sup>

Världen som laddad med betydelser, i anslutning till det medeltida tänkandet, ersattes av en uppfattning om världen som styrd av objektiva orsakslagar. Universum som ett ur blev en metafor, med Gud som det högsta subjektet med full insikt i detta urverks lagar, och människorna, som Guds avbilder, blev allt skickligare och skickligare på att förstå universums lagar. Det hela skapade en känsla av upprymdhet och makt, säger Taylor.

Det expressiva tänkesättet tog avstånd från den klyvnad mellan objekt och subjekt som upplysningen stod för. I sammanhanget menar Taylor att Herders självförverkligande-, eller expressiva, ”teori” är viktig. Denna innebär att en människas förverkligande som person uttrycker något, ett väsen eller en form. Förverkligandet är inte bestämt på förhand, som i Aristoteles uppfattning om ett förverkligande av jaget i analogi med exempelvis ett träd som utvecklas ur ett ekollon, utan förverkligandet blir bestämt i och med att det uppfylls. Tanken att människan uttrycker något med sitt liv leder också till en syn på att varje ”mänsklighet” är unik.

Tanken är inte endast att människor är olika, vilket knappast var något nytt. Det nya var att olikheterna definierar den unika form som var och en av oss upp-

<sup>130</sup> Taylor op.cit. s. 24.

fordras att förverkliga. Olikheterna får en moralisk vikt, så att frågan för första gången kunde uppstå om en given livsform var ett autentiskt uttryck för vissa individer eller folk. Detta är den nya dimensionen som tillkommer genom en teori om *själv*förverkligande.<sup>131</sup>

Det expressiva tänkesättet ledde till fyra uppfattningar, menar Taylor. För det första:

... fanns ett intensivt krav på enhet och helhet. Den expressiva synen förebrådde bittert upplysningstänkarna för att ha dissekerat människan och därmed förvanskat den sanna bilden av människolivet genom att objektivisera människans natur. De har skilt själ från kropp, förnuft från känsla, förnuft från fantasi, tankar från känslor, begär från beräkning o.s.v. Alla dessa dikotomier förvanskade människans sanna natur. Denna borde i stället ses som ett enda livsflöde, eller efter mönster efter ett konstverk där ingen del kunde definieras avskild från de övriga. Distinktioner sågs som abstraktioner från verkligheten. Men det var mer än så, de var stympningar av människan.<sup>132</sup>

Vad det expressiva synsättet försöker överbrygga är den dualistiska uppfattningen, arvet från Descartes, med uppdelning i kropp och själ, mellan ande och natur o.s.v.

För det andra är friheten ett centralt värde för det expressiva tänkesättet, menar Taylor. Frihet inte bara då en frihet från religiös och statlig auktoritet utan en frihet till autentiska självuttryck. Det kan jämföras med Kants auto-

<sup>131</sup> Ibid.s. 34.

<sup>132</sup> Ibid. s. 42.

noma sfär för individen som möjliggör att individen kan utvecklas i sin egen riktning.

För det tredje innebar det expressiva tänkesättet en, som Taylor säger, ingivelse till förening med naturen. Det finns därmed ingen tydlig gräns mellan kroppen och naturen. Jaget står som subjekt därmed också i utbyte med en större natur. Vi måste för att kunna förverkliga oss stå i förbindelse med de större livsflöden som omger och genomströmmar oss, tycks man mena. För det expressiva tänkesättet är det av vikt att människan ska kunna förena sig med naturen i en gemenskap med allt levande, vilket bör bygga på medkänsla för allt liv.

För det fjärde är det inte bara en delaktighet med naturen som eftersträvas utan också en gemenskap med andra människor.

Även här reagerar expressivismen med yttersta bestörtning och fasa på upplysningens vision av samhället som bestående av atomistiska, moraliskt själv-tillräckliga subjekt som träder i yttre förbindelse med varandra och söker fördelar eller försvar av individuella rättigheter. Expressivismen letar efter den djupare kända enhetens band som skall förena medkänslan mellan människor med deras högsta självkänsla, en enhet i vilken människornas högsta angelägenheter delas och vävs in i gemenskapens liv i stället för att förbli individernas privilegium.<sup>133</sup>

<sup>133</sup> Ibid. s. 47.

Dessa fyra uppfattningar – enhet, frihet, delaktighet i naturen och gemenskap med människor – är kärnan i det expressiva tänkesättet.

Viktigt blev det expressiva synsättet exempelvis för utvecklingen beträffande social och geografisk rörlighet. Tanken att varje människa skapar sitt eget liv, uttrycket för sitt liv, berättigade till sådant som att bryta sig ur en given roll och inte acceptera det gamla ståndssamhällets uppdelningar och dess fixering av livsinnehåll i fasta former.<sup>134</sup>

Vi kan sammanfatta detta avsnitt med följande uppfattning, som är en tyngdförskjutning utifrån uppfattningar om att människan bestäms utifrån olika främmande orsaker, medeltida uppfattningar, eller i uppdelningen mellan objekt och subjekt, d.v.s. upplysningens synsätt, till uppfattningar som att ”människan är en expressiv varelse”, ”individens uttrycker något genom och med sitt liv”, ”kropp och själ är en enhet”, ”individens strävar efter frihet, delaktighet i naturen och gemenskap med andra människor”. Frågorna som dessa uppfattningar är ett svar på är gemensamma med dem som redovisades ovan angående den filosofiska romantiken. Vad de speglar är förväntningar på och möjligheter att kunna uttrycka något med sitt liv som inte är bun-

<sup>134</sup> Man får inte heller glömma bort här den inspiration som den antika världen utgjorde under romantiken. Man tog exempelvis fasta på den romerske medborgaren, *civis*. I jämförelse med denne framstod samtidens medborgare bara som bleka kopior.

det i en fixerad form. Det är ekon både från franska revolutionen och från födelsen av det borgerliga samhället. *VI. Socialdarwinism.* När det gäller denna är påståendena, utsagorna tydliga och klara. Det kan vara svårare att verkligen finna de bakomliggande frågorna eftersom diskussionens utgångspunkt är att det är något ”naturligt” som beskrivs.

För formerandet av den ”moderna” individen kan även missbruket av Darwins läror sägas ha betydelse.<sup>135</sup> Spencers idé om ”survival of the fittest” är ett uttryck för socialdarwinismen där newtonsk harmoni ersätts för individens del av en ensam kamp både mot naturen och samhället.<sup>136</sup> Hawkins menar att socialdarwinismen formerade en världsbild utifrån tanken på det naturliga urvalet. Han säger:

This world view was a configuration of assumptions concerning nature, time and human nature which gave natural selection its relevance and meaning. It consisted of the following elements (i) biological laws governed the whole of organic nature, including humans; (ii) the pressure of population growth on resources generated a struggle for existence among organisms; (iii) physical and mental traits conferring an advantage on their possessors in this struggle (or in sexual competition), could, through inheritance, spread through the population; (iv) the cumulative effects of selection and inheritance over time accoun-

<sup>135</sup> Hofstadter (1965) passim.

<sup>136</sup> Hawkins (1979) s. 82 ff. och 104–122.

ted for the emerge of new species and elimination of others.<sup>137</sup>

Dessa fyra delar i socialdarwinismens världsbild, menar Hawkins, hade den gemensamt med andra former av vetenskapsdeterminism i darwinistisk anda men socialdarwinismen lade till ett femte ”element” till de fyra nämnda.

... namely that this determinism extends to not just the physical properties of humans but also to their social existence and to those psychological attributes that play a fundamental role in social life, e.g. reason, religion and morality.<sup>138</sup>

Populariseringen av darwinismen skedde i Tyskland genom exempelvis Haeckel. På senare år är det omdiskuterat vad Haeckel stod för, om han var en förelöpare till nazismen med rastänkande, antisemitism etc. eller om han var ett uttryck för tysk liberalism som kombinerade ideal som privat egendom, ekonomisk konkurrens, yttrandefrihet etc. med hyllandet av nationalstaten och Tysklands enande etc.<sup>139</sup> Oavsett hur det förhåller sig med dessa frågor kan konstateras att Haeckel bidrog till att sprida tanken att mänskliga varelser styrdes av samma lagar som övriga naturen.<sup>140</sup> Kampen för överlevnad i alla dess former

<sup>137</sup> Ibid s. 30.

<sup>138</sup> Ibid.

<sup>139</sup> Weikart (1993) s. 469–488.

<sup>140</sup> Haeckel (1908) s. 39, talar om monism, en enhetlig världsåskådning där alla företeelser härleds ”ur en och samma urgrund, och låter för dem alla en och samma stora naturlag gälla”.

gällde därmed också för människan och det mänskliga samhället. Biologin blev på så vis grunden för förklaringar även på samhällets och kulturens område. Tron på fredlig samexistens avfärdades inte bara som osann utan också som farlig. Det var genom kampen som samhället, individen och kulturen utvecklades. Här har vi på juridikens område ett intressant exempel med Jhering:

Rättens mål är frid, medlet varigenom det nås är strid. Så länge rätten måste hålla sig beredd på angrepp från orättens sida – skall striden icke bli den besparad. Rättens liv är strid, en folkens, de statliga myndigheternas, samhällsklassernas och individernas strid.<sup>141</sup>

Det Jhering argumenterar mot är, som han säger själv, Savigny-Puchtas teori om rättens uppkomst. Han argumenterar mot att tala om rättens organiska framväxt och för att uppmärksamma de strävanden och syften som ligger bakom rättsliga förändringar. I förgrunden kommer lagstiftningen som han liknar vid att i vissa fall ge en flod ett nytt flöde:

Under tidernas lopp ha nämligen tusentals enskilda personers och hela samhällsklassers intressen så sammanvuxit med bestående rätt, att man icke kan ändra denna utan att kränka dessa på det mest kännbara sätt. Att sätta rättssatsen eller rättsinstitutet i fråga är att förklara dessa intressen krig, att lösslita en polyp, som suger sig fast med tusen armar.<sup>142</sup>

<sup>141</sup> Jhering (1941) s. 7.

<sup>142</sup> Ibid s. 12.

Drar vi en parallell till Haeckel menade denne att samhället och människorna borde erkänna de rationella principer som gick att deducera fram från naturen och leva efter detta. Striden och kampen var därmed en nyckelfråga. Syften, ändamål och förändring träder därmed i förgrunden till förfång för harmoni, rättvisa och organisk utveckling. De rätta svaren finns därmed inte heller att finna i religionen, kulturen eller den mänskliga naturen.<sup>143</sup>

Hos Jhering finns en rädsla för moralisk degeneration om striden för rätten inte förs. På individen lägger han ett stort ansvar i form av en plikt både mot sig själv och mot det allmänna att svara på alla former av rättsliga kränkningar. Fullt begriplig blir nog bara Jherings argumentation i ljuset av socialdarwinismen.<sup>144</sup> Mer om detta nedan när Jherings syn på individen behandlas.

Ska vi sammanfatta uppfattningar som speglar missbruket av darwinismen skulle den kunna vara just en förskjutning från tankar på harmoni i samhället till ”Den starkes rätt framför den svages är en naturlig princip”. Vad ett påstående som detta är ett svar på är frågor om människan sedd som art. Där finns förväntningar på enhetliga förkla-

<sup>143</sup> Haeckel op.cit.

<sup>144</sup> Wieacker (1973) s. 62–92 menar att påståendet om att Jhering skulle vara påverkad av darwinismen och Darwin är dåligt underbyggt. Felet Wieacker gör är att han tycks sätta likhetstecken mellan darwinism och socialdarwinism. För en sammanfattning av diskussionen om Jhering och darwinismen, se Szemerédy (2002) s. 27 ff.

ringar i bakgrunden, vad Haeckel kallade för rationella. Vetenskapen förväntades kunna förklara även samhällets organisation. En förutsättning som möjliggjorde att dessa frågor om människan som art kunde ställas var att den kyrkliga auktoriteten nedvärderats.

Här är den första etappen i undersökningen avverkad, vad gäller den moderna individens födelse och utveckling. För att ge en antydning om den slutliga syntes av meningar som "vidlåder" begreppet, som Nietzsche uttryckte saken, kan det vara på sin plats att sammanfatta så här långt, och då framträder följande "schema" vad först gäller utsagorna, påståenden, "lösningarna".

Utgångspunkten att "människan är Guds avbild" speglar en syn på både människan själv och samhället. Det finns en auktoritet som man kan lita till och erhålla de rätta svaren från. Genom att poängtera att exempelvis "människan står ensam inför Gud" införs en osäkerhet och ett avskiljande av individen i förhållande till gudomen som genom reformationen accentueras och speglas genom formuleringar som ett "prästerskap för alla troende". Auktoriteten och de rätta svaren finns inte självklart längre där utanför, och mest långtgående formuleras detta i att: "Gud finns i oss". En formulering och ett tankesätt som går att återfinna i Bibeln men som genom reformationen och senare genom romantiken tar över andra synsätt. Det banar också väg för

det som kommer i reformationens kölvatten och som påverkade såväl den protestantiska som den katolska världen, som vi såg ovan att Berman påpekade. I sin extrem formulerades denna centrerings på individen själv av puritanismen genom uppfattningar som: "Människan är förutbestämd till antingen förtappelse eller frälsning", "Ingen präst, kyrka eller något sakrament kan rädda den osalige". Å ena sidan ett utpekande av individen som solitär och ensam bärare av egenskaper och ansvarig för sina handlingar. Å andra sidan som en följd av detta askesen och Webers påpekande om den oerhörda inre ensamhet detta ledde till vilken speglas av formuleringar som: "Världen är till för Guds ära inte individens", "Vardagsmänniskans liv kräver konsekvens och metod". Lämna vi den direkt kristna och religiösa världen finns det även konsekvenser av dessa synsätt vad gäller arbete och ekonomi med tydlig förskjutning åt det senare området till: "Arbetet är en del av den kristna askesen", "Individens egenintresse är den enskilt viktigaste faktorn för individens och samhällets välmåga och utveckling". Det kan till en början se ut som om 1700-talets rationalism med uppfattningar som: "Människan skapar sin egen värld och framgång med förnuftet som verktyg och vapen" och "Naturens lagar styr allt i världen och dessa lagar kan uppenbaras för människan genom vetenskapliga studier vilka har tvivlet som viktig beståndsdel" skiljer sig mycket från romantiken och poängterandet

av att "Människan är varken bara sinnlig eller andlig, hon har en bestämning, nämligen att handla utifrån sin fria vilja och göra gott". Gemensamt är dock frigörelsen från den gamla tidens religiösa auktoritet och från privilegiesamhället där det alltid fanns ett rätt svar att finna. Distinktionen mellan logik och retorik höll inte längre. Ingen kunskap var längre blott demonstrativ i form av logiska slutledningar utan innehöll likt retoriken en form av "sannolikhet" där absolut sanning ersattes av formuleringar som "beyond reasonable doubt". Men även att poängtera "Gott in uns" är ett sådant avståndstagande från det gamla. Auktoriteten flyttas från en yttre överhöghet i form av kyrkan till den kristnes inre. Det blir den enskildes ansvar att finna de rätta svaren. Något som förvisso ansluter det till gamla former av mysticism men lika mycket till det som uttrycks i romantikens formuleringar som att "Det fritt handlade subjektet är ansvarstagande". Men ännu långt in på artonhundratalet poängterades människans andliga sida, vilket uttrycktes i att man sade att "Människan är både ett naturväsen och ett andligt väsen." Romantikens betonande av att "Människan är en expressiv varelse" är ett första avsteg från detta. Till en början kan formuleringar som att "individen uttrycker något genom och med sitt liv", att "kropp och själ är en enhet" och att "individen strävar efter frihet, delaktighet i naturen och gemenskap med andra människor" verka som tydliga avsteg från upplysningens idéer om att

människan skapar sin egen värld. Gemensamt mellan de två periodernas uppfattningar finns i en syn på ett självdefinierande subjekt som inte styrs av främmande orsaker. Steget från romantikens synsätt till socialdarwinismen som lade biologin som grund för uppfattningar om människan och samhället var därför inte så långt som man först kan tro. Gemensamt är det självdefinierade subjektet som även kan ta sig själv rätt, vilket även återfinns i uppfattningen att ”den starkes rätt framför den svage är en naturlig princip”. Fokus kom där igen på olikheter mellan människor, något även romantiken betonade.

Försöker vi också att skriva frågornas, förväntningarnas och möjligheternas ”historia” utifrån de tyngdförskjutningar om uppfattningar om individen som presenterades ovan blir även här utgångspunkten reformationens frågeställningar om auktoriteten; vem som förvaltar sakramenten och vem som har rätt att tolka och omfatta tron. Reformationen införde således en möjlighet för individerna att själva omfatta tron. De fick förväntningar på att inte bara acceptera kyrkans tolkningar utan vara aktiv som kristen. Det är något som ytterligare stegras med exempelvis puritanism/pietism. Frågor kunde ställas om skillnader mellan människor och vem som var förtappad och vem som var utkorad. Det fanns förväntningar på att individen skulle kunna ha framgång utifrån den hon var, inte utifrån status. Likadant kan man säga att det var med den kommer-

siella anda som brukar förknippas med protestantisk etik. Det fanns förväntningar på att det skulle gå att genom eget arbete etc. forma både sitt eget liv och samhället – vilket möjliggjordes genom möjligheten att ackumulera kapital. Som Weber påpekade skapade detta en form av inre ensamhet för denna nya människa, vars andra sida var ett överslag i stark tro på förnuftet och ”sanningen”. Till och med Guds plan kunde ifrågasättas utifrån naturvetenskapen. Där fanns en förväntan på att allt skulle uppenbaras och avslöjas. Romantiken kan till en början ses som en omsvängning där andra frågor ställs och där förväntningarna på frihet och självdefinition tycks vara andra. Steget från att se människan som ett objekt bland andra objekt till att tala om henne som en expressiv varelse är inte så långt. Gemensamt är önskan att vara självdefinierande, det är bara definitionen som skiftar. Det är kraften i den kyrkliga auktoritetens nedvärdering som också gör det möjligt att ställa frågor om människan som art och ha förväntningar på att det också ska gå att ge en enhetlig och rationell förklaring.

Om vi ska förstå den form av genealogi som presenterats här kan först konstateras att den med nödvändighet blir skissartad. Under varje hållpunkt ovan skulle det gå att fördjupa sig ytterligare. Nya insikter skulle vinnas och några av de slutsatser som dragits ovan skulle möjligen också därmed omprövas när bilden kompliceras. Men utifrån syf-

tet att vi ska använda oss av denna genealogi för att bättre förstå juridiska synsätt på individen är den tillräcklig. För det vi sedan kan konstatera är att hur detaljerad vi än gör framställningen måste vi, ska vi se nedan, när vi kommer till juridiken komplettera med andra informationer som är av särskild betydelse för den juridiska diskussionen. Men det finns två aspekter, förutom de sex ”hållpunkter” som redan undersökts, som också borde undersökas i detta sammanhang, och det är psykoanalysen (VII) och klassmässiga aspekter (VIII) för att vi ska kunna röra oss framåt mot nittonhundratalets mitt. Jag ska nu uppmärksamma dessa två aspekter innan detta avsnitt, om den moderna individen, avslutas med att de vunna insikterna tillämpas på juridiken och rätten. Jag kommer då att koncentrera mig på Kant, Savigny och den historiska skolan, Hegel, Puchta och begreppsjurisprudensen, Jhering och intressejurisprudensen och slutligen Weber om samhällets ”rationaliseringsbana”. Den senare får illustrera startpunkten för den form av mogen modern juridik som härskade, ska hävdas nedan, från ca 1890 till 1960.

*VII Psykoanalysen.* Vi börjar med svaren för att sedan röra oss ”bakåt” mot frågorna.

Ovan har vi diskuterat socialdarwinismens påverkan på synen på individen. En annan sådana viktig påverkan för vår förståelse av den moderna individen är psykoanalysen. Utgår vi ifrån, som i resonemanget ovan om naturvetenska-

pen, att rättsligt tänkande utvecklas som en integrerad del av övrigt intellektuellt liv i samhället, är det av intresse här att först uppmärksamma hur psykoanalysen upptogs inom litteratur och konst.

Koncentrerar vi oss på Norden denna gång kan vi se att det är i Hamsuns *Sult* som vi för första gången på nordisk mark tydligt möter den form av människa med ”flera ansikten” inspirerad av psykoanalysen som sedan etableras i litteratur, film och övrig konst. Mycket belysande för synsättet är vad den unge Eyvind Johnson skrev 1926 i en artikel i *Signalen*:

Förr ansågs en människa ha ett ansikte och en själ. Det var något bestämt hos henne, något känt, något som under vissa förhållanden måste utveckla sig i viss riktning ... Nu har man upptäckt, att en människa kan ha flera ansikten och att hennes ”själ” är ett konglomerat av tusen infall och tusen tillstånd.<sup>145</sup>

Vad Johnson och Hamsun speglar är den av psykoanalysen inspirerade synen på individen där denne ses som en tummelplats för allehanda känslor och möjligheter att utvecklas i olika riktningar. Johnson renodlar detta exempelvis i romanerna om Olof. I *Nu var det 1914* möter man en antiromanhjärte där berättelsen inte förs framåt av en tydlig intrig utan mer utifrån den psykologiska spänning som uppstår utifrån Olofs önskan att försörja sig själv.<sup>146</sup> Intres-

<sup>145</sup> Johnson E. (1986) s. 172.

<sup>146</sup> Se Lindberger (1987) s. 312 för en djupare analys.

sant i vår framställning blir att det finns en parallell mellan att i berättarkonsten gå från det episka till det själsliga i berättandet och att i samhället också intressera sig allt mer för det "själsliga". Arendt talar om att de privata rummen i form av familjens skyddande fyra väggar, där man tidigare kunde dölja och förborga det intima, upplösts i det moderna samhället.<sup>147</sup> Centrum för det intima blir därmed individen själv. Det privata blir med detta också paradoxalt nog en social angelägenhet, påpekar Arendt. Psykoanalysens bidrag till denna förändring är exempelvis dess tendens att, som sades ovan, se till det irrationella hos människan. Inom berättarkonsten speglas detta också genom att istället för bara tydlig fokus på en huvudperson ges ett större intresse för även bipersoner. Dessutom börjar andra åldrar hos personerna och även andra åldersstadier att beskrivas än i tidigare berättelser. Framför allt barn och barndomen blir av stor betydelse. Går man till själva psykoanalysen för att finna orsaker till detta intresse ser man att den innehåller, i Freuds version, en teori, eller berättelse, om lagens och samhällets ursprung.<sup>148</sup> I grunden för all rätt och alla samhällen ligger, menar Freud, två förbud, nämligen ett mot mord och ett mot incest. Vi behöver inte

<sup>147</sup> Arendt (1998) s. 105.

<sup>148</sup> Källan för dessa "kunskaper" finner Freud, (2001) s. 1 f, i socialantropologin. Han menade att genom studera samtida, som man då sade, "primitiva folk" kunde man få kunskap om även den västerländska kulturens ursprung.

här fördjupa oss i Freuds argumentation men bara konstatera att startpunkten för dennes argumentation är människans urtillstånd i den ”primala hjorden”. I ett långt förgånget, säger Freud, skedde ett brott som människorna sedan sonade genom att ålägga sig lagen vilken ersatte det individuella våldet med organiserat samhälleligt våld. Samhällen ses, med Freuds ögon, sammanhållna med dels gemensamma känslomässiga band, dels våld.<sup>149</sup> Men precis som för samhället, med ett brott begånget i ursamhället, finns det för individen en historia om en tidigare formativ tid, barndomen. Det är under denna tid som individen ”blir till” som *jag* genom att spegla sig i vad psykoanalysen, med klar anspelning på Fichte, Hegel et altera, kallar ett *du*, eller, ”den andre”.<sup>150</sup> Försöker vi sammanfatta några förskjutningar från tidigare uppfattningar angående synen på människan, individen etc. utifrån psykoanalysen skulle det kunna vara: ”En människa har inte bara ett ansikte utan flera och hennes väsen är i grunden motsägelsefullt och irrationellt.” ”Det är i förhållande till *den andre* som en människas *jag* blir till.” Vad detta är svar på är frågor om hur ”jaget” formas. Detta speglar också förväntningar på svar om det mest ”intima” hos individen, vilket speglar förändrade uppfattningar om skärningspunkten mellan offentligt och privat.

<sup>149</sup> En variant på samma tema är talet om att människors samlevnad är dubbelt grundad av tvång att arbeta och av kärlek. Freud (1995) s. 53.

<sup>150</sup> Jfr. Douzinas (2000) s. 298 ff.

*VIII Klassmässiga aspekter.* ”Svaren” i detta avsnitt är delvis av en annan karaktär än de under de andra rubrikerna. De kan tyckas ha en mer politiskt ideologisk karaktär. Här är det den sociala dimensionen av dessa frågor som intresserar när vi söker oss tillbaka från svaren till frågorna.

Beskrivningen ovan skulle kunna kritiserars utifrån sociala aspekter på individen och den autonoma individen. Den senare skulle därmed kunna sägas vara formad tanklöst efter modell av en vit, kristen, borgerlig man. Såväl Burke, från höger, som Marx, från vänster, skulle kunna skriva under på en sådan kritik av den abstrakta individen.<sup>151</sup> För den senares del innebar en sådan abstraktion ett stöd för en inhuman social ordning eftersom den förvandlade verkliga människor till delar i ett system. Kritiken inriktade sig mycket på de borgerliga rättigheterna vilka i Marx ögon i grunden var utslag för egoism eftersom de separerade människan från gemenskapen i samhället.<sup>152</sup> Kritik av detta slag i denna framställning skjuter delvis över målet här. En sak är att ogilla dessa abstraktioner och en annan att för-

<sup>151</sup> Burke (1987) s. 85, ansåg exempelvis att rättigheter inte tillkom abstrakta individer utan enskilda individer. Han ville därför inte tala om rättigheter i termer av universella och absoluta rättigheter. Marx, se exempelvis (1975) s. 346 f., kritik går främst ut på att den abstrakta individen inte är för generell och tom på innehåll utan fylld på innehåll, nämligen av bilden av den borgerliga mannen i västvärlden.

<sup>152</sup> Marx (1971) s. 92 ff.

neka, vilket Marx inte heller gjorde, att de legat till grund för synen på individen från Kants dagar och framåt.

Men låt oss börja i kritiken av den borgerliga individen så som denna kritik speglas inom skönlitteraturen bland proletärförfattarna i Sverige. Kritiken blir intressant här, för att genom att ställa det "borgerliga jaget" mot en annan form av jag, ett "proletärt jag", som görs i denna litteratur, sker en breddning av den sociala basen för begrepp som individ, medborgare etc. Frågan är då vad i skillnaden består mellan dessa två "jag". Först kan man säga att bara genom att använda sig av ett annat berättande, bl.a. jag-berättade, som exempelvis Fridegård i *Lars Hård*, är detta en kritik av tidigare hållningar. Koncentrationen på det egna "proletära" jaget möjliggör också att en kontrast skapas mot den "egoistiske borgaren" och hans värld. Perspektivet är utanförskap men utanförskap riktat åt två håll, dels mot det borgerligt färgade samhället, dels mot den egna sociala klassen som infogar sig i samhället och böjer sig för överheten. Ett genomgående tema från Johnson till Lo-Johansson och till den andra generationen proletärförfattare, som exempelvis Evander, är kritiken av "stumheten" och rädslan för att framhäva sig och bli någon bland de egna. En nästan arketypisk scen i dessa sammanhang är när det unga jaget i en sådan berättelse kommer hem till föräldrahemmet, från storstaden, till en öronbedövande tysthet i barndomshemmet där tickandet från väggur i

pedantiskt städade kök och kammare bara avbryts av dånet från strumpstickor och oförstående kommentarer. Sin fulländning når detta oförstående i Evanders *Måndagar med Fanny* när fadern avfärdar sonen på följande vis:

- Tror du inte att det ändå finns en lycka i världen, farsan?
- Kalla mig inte farsan!

Även om det går att anlägga en klassmässig kritik av det autonoma individbegreppet så är det svårare att precisera ett nytt innehåll i ett socialt sett bredare individbegrepp. Birger Nerman beskriver detta väl när han talar om sin far, folkbildaren – bland mycket annat – Ture Nerman:

Ture är i själva verket en figur där en hel kultur- och bildningsproblematik fokuseras: en medelklasspojke, strängt puritanskt men samtidigt fritt fostrad, med liberala idéer från högklassiga gymnasielärare och uppsalaprofessorer, en idealist – som verkligen trodde på idéernas värld, en darwinist som trodde på utvecklingen, också på människans och kulturens område, en nietzschean som såg övermänniskan som förebild, ett prästbarn som visste att folket måste fostras, en socialist som i Brantings ”Socialdemokratiska århundrade” hade lärt att det var arbetarklassen som var det nya: som på en gång var de som skulle fostras och den våg som man skulle följa uppåt.<sup>153</sup>

Nerman beskriver hur fadern försöker förverkliga en komplicerad dubbel dröm, som antyds i citatet ovan, nämligen att förena:

<sup>153</sup> Nerman (1982) s. 100.

... tanken om den nya människan som skulle skapa ett nytt samhälle genom att radera det gamla, med tanken om att ändå fostra dessa nya människor in i de värden han hade lärt och som var hans folkbildarbudskap.<sup>154</sup>

Vad Nerman beskriver med sin dröm är den moderna människan så som hon som ideal framträdde i början av och en bra bit in på nittonhundratalet. Det är den socialt neutrala abstrakta individen som medborgare, den nya människan, i ett demokratiskt samhälle. Försöker vi dra ut något av det som sagts i detta sammanhang för den fortsatta framställningen kan det vara att klassmässiga aspekter på individen bygger på tanken att ”det är individen som medborgare som är kraften i samhällsutvecklingen”, därmed uppstår också tanken på att ”individen måste fostras in i rollen som samhällsmedborgare”.<sup>155</sup> De frågor detta speglar är förhållandet mellan individ och samhälle och mellan individ och klass. Där finns förväntningar på en ”ny människa” och önskningar om både frigörelse och ”bildning” för alla.

Försöker vi spåra förskjutningar i förhållande till tidigare uppfattningar om individen utifrån de två punkterna om psykoanalysen är Nermans bild av den splittrade medelklasspersonen talande där just som han säger följande motsägelser möts: det puritanska med fri fostran, idealistisk liberalism med darwinism och nietzscheanska övermänniskoideal, religiöst färgade uppfostringsidéer med

<sup>154</sup> Ibid s. 101.

<sup>155</sup> Se vidare nedan angående disciplin s. 159–163.

tanke på den nya människan som av egen kraft omdanar världen. Det som framträder är den bild Johnson gav av uppfattningen om den moderna människans själ som ”ett konglomerat av tusen infall och tusen tillstånd”.

Förenklar vi den bild som har framkommit här av utvecklingen av den moderna individen kan man säga att tiden efter renässansen och reformationen präglats av tre ”paradigm” som präglat synen på individen, rationalism under upplysningen, expressivt tänkande under romantiken och därefter scientism. Detta är givetvis en förenkling som inte speglar vidden av om- och nytolkningar av individsyner under denna tid. Förenklingen kan dock tjäna som en utgångspunkt för den diskussion som kommer att föras nedan och vi har därmed också nog med bakgrundsmaterial för att kunna föra en diskussion om juridiken och individen.

### **Juridiska aspekter på den moderna individens födelse**

I. *Kant*. Den del av Kants filosofi som tidigare har uppmärksamrats här är dennes *privatautonomibegrepp*. Försöker vi samla ihop det som sagts ovan om Kants syn på dessa ting och utveckla det hela kan följande sägas. Alla individer förutsätts ha en autonom sfär. Inom denna autonoma sfär verkar viljan fritt. I grunden betraktas alla människor som lika. Samhället borde därför utformas så att

varje individ inom denna autonoma sfär själv fritt får utvecklas och verka. Viljan ska inte vara bunden till någon viss auktoritet eller styras av främmande orsaker. Argumentationen för den fria viljan sker, för Kants del, främst mot upplysningens idéer. Frågan kan därför tyckas stå mellan kausalt tänkande och ett helt fritt förhållningssätt:

Då begreppet kausalitet för med sig begreppet om lagar enligt vilka något vi kallar orsak tvingar oss att anta annat, nämligen följderna, är friheten, även om den inte är en egenskap hos viljan som följer naturlagar, för den skull inte laglös ...<sup>156</sup>

Resonerar vi vidare om kausaliteten kan ståndssamhället vara den ena bilden av en ordning där viljan binds, då utifrån en social position. Den andra starka bilden av en bunden vilja är ett djurlikt tillstånd där instinkter och drifter styr. Om man accepterar upplysningens syn på människan blir hon, enligt Kant, ett objekt bland andra objekt, där den fria viljan inte har någon plats.<sup>157</sup>

En problematisk punkt vad gäller Kants undersökning, i det sammanhang vi studerar här, är det kategoriska imperativet.

Det kategoriska imperativet är således bara ett enda, nämligen: Handla endast utifrån den maxim genom vilken du tillika kan vilja att den blir allmän lag.<sup>158</sup>

<sup>156</sup> Kant (1997) s. 75.

<sup>157</sup> Kant (2002) s. s. 13 ff, för en introduktion till dessa tankegångar.

<sup>158</sup> Kant (1997) s. 46.

Imperativet kan sägas vara formellt på samma sätt som exempelvis likhetsprincipen, att lika fall ska behandlas lika, är formell.<sup>159</sup> Ett sätt att komma ifrån problemet är att, som Kant m.fl. gör, göra en åtskillnad mellan subjektiva och objektiva bestämningsgrunder, där de senare kan vara av både yttre och inre karaktär. De objektiva, inre bestämningsgrunderna, skulle då kunna vara det som lindrar imperativets formella karaktär. De uttrycker ”der Wille Gottes” och tillsammans med den subjektiva moraliska känslan möjliggör det att skillnaden mellan formella och materiella synpunkter på en fråga möjligen kan överbryggas. För Jacobi, ska vi se nedan, är detta dock ej särskilt övertygande. Denne menade att Kants ”jag” saknade alltför många dimensioner.<sup>160</sup>

Savigny sägs vara den som förde in Kants *privatautonomibegrepp* i rättsvetenskapen. Nedan ska granskas hur långt ett sådant påstående för. Vidare kan sägas att Kants *privatautonomibegrepp* kräver en viss ”utvecklingsnivå”. Vad som skisseras med autonomibegreppet är den borgerliga individen i ett modernt samhälle.<sup>161</sup>

II. *Savigny*. Om Savigny brukar ibland följande sägas: Att han var konservativ.<sup>162</sup> Att han som aristokrat tog till vara lantadelns intressen i Preussen.<sup>163</sup> Att romantikens olika

<sup>159</sup> Jfr Nörr op.cit. s. 36 ff. problemet var inte obekant för Kant.

<sup>160</sup> Se vidare nedan s. 114.

<sup>161</sup> Jfr. Peterson supra vid not 7.

<sup>162</sup> Strahl (2003) s. 92

uttryck var honom främmande.<sup>164</sup> Att den form av rättsvetenskap han representerade med den historiska skolans metod var en reaktion mot rationalismen.<sup>165</sup> Uppfattningar om Savigny som dessa går inte att kringgå. De ligger många gånger i vägen och blockerar det egentliga innehållet i det Savigny skrev som rättsvetenskapsman. Vad det ytterst handlar om är val av historiesyn. Lite förenklat står valet mellan att antingen se Savigny som enbart en representant för sin klass, sin tid och sitt land, d.v.s. att ha fokus på att ”förklara”, eller att försöka ”förstå” honom utifrån hans egna utgångspunkter. Om vi accepterar det senare som en viktig beståndsdel i alla historiska studier blottas ögonblickligen svårigheter beträffande tidsavstånd, och kritik kan riktas mot projektet för subjektivism i själva ”förståelseakten”. En förklarande ansats upplevs därför ofta som mer objektiv eftersom den kan stödja sig på förment objektiva fakta i form av årtal, statistik m.m. Men det är ett erkänt faktum att den formen av objektivitet där ”fakta får tala” är helt beroende av frågeställningarnas egen legitimitet.

Om förståelsen däremot är målet för en historisk undersökning är tvivlet en del av metoden.<sup>166</sup> Där finns inga

<sup>163</sup> Se nedan vid not 168. Rosenberg utvecklar bakgrunden till denna kritik.

<sup>164</sup> Se exempelvis Strömholm/Frändberg (1988) s. 255.

<sup>165</sup> Se exempelvis Strahl (2003) s. 91, Jfr. Inger (1980) s. 169.

<sup>166</sup> Se vidare nedan s. 121.

fakta som kan "tala för sig själva" vilket gör arbetet mycket svårare. Frågan är bara om valet måste göras så definitivt mellan att förklara och förstå. Nedan kommer fokus att vara på att förstå men ett totalt avvisande av det "förklarande" kommer inte att ske. Däremot kommer de ovan refererade förklarande påståendena, som att se Savigny som en representant för lantadeln, att granskas. Jag kommer därför att avslutningsvis i denna framställning om Savigny att komma tillbaka till de inledande att-satserna. Jag menar att uppfattningar som dessa blockerar en riktig värdering av Savigny som rättsvetenskapsman. Att komma till rätta med dessa hinder är också viktigt för den fortsatta framställningen angående Puchtas och Hegels syn på individen. Även beträffande dessa två finns en mängd "förklarande" påståenden som också står i vägen för en förståelse av deras arbeten.

Låt oss först fördjupa det som redan sagts om Savigny och beskriva var denne kommer in i skapandet av den moderna individen inom rättsvetenskapen. Vi placerade ovan in Savigny idéhistoriskt bland romantikerna.<sup>167</sup> Bara en ytlig blick på Savignys bildningsgång visar att han inte bara följde med i idédebatten från 1790-talet och framåt utan att han var en centralfigur i dåtida tyskt kulturliv.<sup>168</sup>

<sup>167</sup> Tidigare fanns en tendens att tala om Savignys tre perioder, ungdomstiden, den romantiska perioden och den mogna historiska perioden. Som vi kommer att se nedan, när man gör en närläsning av hans texter, är det svårt att göra en sådan definitiv indelning.

Vi börjar med Savignys metodologi där första grundsatsen är att juridikvetenskapen är en historisk vetenskap<sup>169</sup>. Påståendet kan stående för sig självt tyckas förbluffande. Och än märkligare kan detta tyckas bli eftersom den kan synas motsägas av den andra grundsatsen i metodologin, nämligen att juridikvetenskapen är en filosofisk verksamhet eftersom den, som Savigny säger, utgör ett system av begrepp.<sup>170</sup> Förklaringen till dessa påståenden kommer i den tredje grundsatsen, att den juridiska metoden blir fulländad genom förbindelsen mellan det exegetiska, tolkande, och systematiska.<sup>171</sup> Här markerar Savigny något viktigt, nämligen att resonera, som många i hans samtid, utifrån del och helhet.<sup>172</sup> Det systematiska representerar helheten och exegetiken delen som ska förstås. Att ha förståelseakten som viktig beståndsdel i sin metodologi har Savigny gemensamt med exempelvis Schleiermacher.

Koncentrationen på exegetiken speglar också en bestämd syn på människan. En utgångspunkt för att förstå denna syn kan vara kritiken av Kants personbegrepp så

<sup>168</sup> Rosenberg (2000) s. 3–31. En position som han skaffade sig redan under studietiden i Marburg och som befästes när han 1810 kallades till professor vid Berlins nya juridiska fakultet med starkt stöd av von Humboldt.

<sup>169</sup> Savigny (1993) s. 86. "Die Jurisprudenz ist eine Historische Wissenschaft."

<sup>170</sup> Ibid. s. 87. Se även som en bakgrund Sandström op.cit. s. 108–161.

<sup>171</sup> Savigny op.cit.

<sup>172</sup> Ibid.

som den formulerades av exempelvis Jacobi.<sup>173</sup> Enligt denne hade Kant undergrävt betydelsen av begreppet ”jag” genom att nybilda det i form av en abstraktion och därmed också bortsett från dess ursprungsbetydelse. Jacobi menade, som Fichte, Schiller m.fl., att det inte finns ett ”jag” utan ett ”du”. Kant, menade han, hade ersatt ”jaget” med inget annat än en illusion. Resonemanget om del och helhet går igen här även beträffande ”jaget”. Jaget kan bara förstås i förhållande till något annat, ett ”du”. Dessa två ”jag” och ”du” kan i sin tur bara känna igen och förstå sig själva och varandra i förhållande till något annat större, yttervärlden. Jacobis syn på individen kan sägas vara ett avvisande av både en rationalistisk och en naturalistisk syn på jaget och individen. Båda synsätten är för Jacobi, och de som tänker som han, abstraktioner som framför allt saknar ”social dimension”, för att använda ett nutida begrepp. För varken förnuftet eller naturen tagen som abstraktion, menar han, har någon struktur utanför ett, för att också här använda ett nutida språkbruk, ”socialt sammanhang”. Det är inte lätt att utreda hur långt i dessa resonemang, utanför kantianismen, som Savigny gick vad gäller synen på individen. Från Kant finns tanken på den autonoma sfären som omger individen, men från Jacobi, Fichte m.fl. går det hos

<sup>173</sup> Jacobis kritik framskyntar på en mängd ställen. Delvis i romanen Allwill, Jacobi (1812) *passim*, men kanske främst (1787) s. 63 ff där formuleringen att det inte finns ett ”jag” utan ett ”du” återfinns.

Savigny att spåra tanken hur denna gräns dras och hur individen bestäms.<sup>174</sup> Savigny säger:

Människan står mitt i yttervärlden och det viktigaste elementet i denna hennes omgivning är för henne beröringen med dem som är lika henne genom sin natur och bestämmelse.<sup>175</sup>

Jämför vi med det som sades ovan om det expressiva synsättet ser man tydliga beröringspunkter. För det synsättet var enhet, frihet, delaktighet i naturen och gemenskap med andra människor centralt. Medkännande var därmed ett viktigt begrepp. Bilden av människan, som Savigny frammanar, är tydligt expressiv. Savigny talar om människan, inte subjektet, och denna hela människa återfinns mitt i yttervärlden där hon själv avgör vad som är viktigt för henne och det gör hon genom medkännande, beröring, med det som liknar henne. Vad som inte syns tydligt i detta citat är vidden av begreppet frihet för Savigny. En frihet som dock kräver gränsdragning. Just denna gränsdragning, och därmed erkännandet av den andra personens vilja och ”freye Raum”, är för Savigny rätten.

Regeln, varigenom denna gräns och genom vilken detta fria rum bestäms, är rätten.<sup>176</sup>

Rätten finns dock där för honom orsakad av vår mänskliga ofullkomlighet. Han ser inte, vilket man skulle kunna tro,

<sup>174</sup> Nörr op.cit. s. 328 ff.

<sup>175</sup> Savigny (1840) §52, s. 331. (Min översättning)

<sup>176</sup> Ibid s. 332 (Min översättning).

rätten som en historiskt bestämd ofullkomlighet, utan en ofullkomlighet orsakad av livsbetingelserna.<sup>177</sup>

Arendt förklarar historiskt dessa tankegångars rötter. Vad det handlar om, säger hon, är gränsdragningen mellan det privata och det offentliga.

I offentligheten framstår det privata som avgränsat och kringgärdat, och det är det allmännas plikt att bevara de gränser och gårdsgårdar som skiljer en medborgares egendom och intimitet från grannens och som skyddar den mot honom. Det vi idag kallar lagar betydde åtminstone ursprungligen något i stil med gräns.<sup>178</sup>

Hon påpekar vidare att i tidigare epoker var dessa gränsdragningar tydligt rumsliga, hade rumsliga konnotationer, som hon säger. Lagen var exempelvis för de grekiska statsstaterna inte politiskt handlade genom lagstiftning och inte en uppräknig av förbud som i moderna lagar utan en ”lagmur”, vilken skapade gränsen till det offentliga, *polis*.

När Savigny talar om rätten, finns det beröringspunkter med det ovan sagda om lagen som en mur, och han talar främst därför om privaträtten. Han menar vidare att inte alla delar av de mänskliga förhållandena hör till rätten. Han nämner tre ”klasser” eller områden, nämligen egendomen, vänskapen och äran.<sup>179</sup> Det är bara den första som helt

<sup>177</sup> Ibid.

<sup>178</sup> Arendt op.cit. s. 97 f. Se även Habermas (1998) § 1 och 2 om senare utveckling av framväxten av en borgerlig offentlighet.

<sup>179</sup> Ibid. s. 334.

täcks av rätten medan den andra klassen helt står utanför rätten och vad gäller den tredje, äran, täcks den bara delvis av rätten, främst genom familjerätten.<sup>180</sup> Privaträtten har för Savigny två beståndsdelar som båda har med gränsdragningen av en människas fria rum och vilja att göra, nämligen sakrätten och privaträtten. Sakrätt förstås av Savigny i dess äldre mening som rätten ”över” en sak. Obligationsrätten förknippas med gränsdragningen mellan en persons vilja, i form av en handling, i förhållande till en främmande persons vilja och fria rum.<sup>181</sup> Men gränsdragningen av en persons fria rum har också en offentlig sida. Familjen är det som utgör gränsen till det offentliga. Inom dess domän finns egendomen, d.v.s. egendom inte bara sedd som det vi i dag kallar förmögenhet.

Skillnaden mellan egendom och förmögenhet var en skillnad som man kände både i de grekiska statsstaterna och i Rom. En slav kunde ha en förmögenhet men inte ha egendom. Det senare förknippades ytterst med att så att säga ha sina ”egna fyra väggar”.<sup>182</sup> Ett liv utan egendom var ett människoovärdigt liv och innebar också ett uteslutande från det offentliga. Här kommer begreppet ”ära” in i detta sammanhang med familjen. Att sakna egendom, eller att inte kunna freda den, innebar att vara någon annans her-

<sup>180</sup> Vad gäller familjerätten *ibid.* s. 346 ff.

<sup>181</sup> *Ibid.* s. 338 ff. Nedan angående Puchta och Hegel kommer skillnaden mellan person och individ att tas upp.

<sup>182</sup> Ahrendt *op.cit.*

res slav och därigenom var hela existensen för enheten familjen hotad. Ära betyder inte här bara heder utan vetter även åt ett annat håll, nämligen mot att kunna bemästra livsnödvändigheterna.

Återvänder vi till Savigny kan grunden till hans syn på individen sammanfattas på följande vis. Utgångspunkten är det ovan sagda om människan, som står mitt i yttervärlden, och som själv avgör vad av det som hon kommer i beröring med som är viktigt för henne. För individen finns det dock begränsningar utifrån de ”klasser” Savigny talade om, nämligen egendomen, vänskapen och äran. Särskilt de två senare positionsbestämmer individen utifrån exempelvis vem hon är i familjen, om hon överhuvudtaget har en familj o.s.v.

Om Savignys syn på individen i vissa avseenden är modern, exempelvis med expressiva moment, är synen på familjen i det närmaste förmodern. Savignys syn på individen kan därför även diskuteras utifrån den nivå av modernisering som det samhälle han levde i hade uppnått. Ser vi, något förenklat, modernisering som dels ett berikande av samhället genom industrialisering, dels en fortskridande rationalisering i form av bl.a. byråkratisering speglar Savignys syn på individen ett samhälle som står på gränsen till omfattande industrialisering men vilket ännu inte nått till rationalisering i form av omfattande byråkratisering. Det förstnämnda speglas av att individen rättsligt främst

bestäms i beröring till egendomen, ägandet. Vad gäller det senare visar sig frånvaron av byråkratisering i att viktiga delar av mänskliga förhållanden helt hålls utanför rätten och hör till, som Savigny sade, vänskapens och ärans "klasser". Grunden för samhällets organisering är därför i stället familjen, vilken bara delvis reglerades genom rätten. Lag, eller rätt, förstås ännu inte heller enbart som handlande genom lagstiftning utan har också en ursprunglig betydelse i form av gräns och gränsdragning.

I Savignys syn på individen finns, som redan påpekats, uppfattningar som "mildrar" Kants abstrakta individbegrepp genom att Savigny sammanför detta med tankegångar från Fichte, Jacobi m.fl. Det är framför allt den "sociala dimensionen" av jaget som är av betydelse. Något som senare behandlas av Hegel och utvecklas vidare.<sup>183</sup> Bilden av ett intakt abstrakt modernt individbegrepp, från 1800-talets början till i dag, måste därför redan här i framställningen nyanseras. Ett flertal betydelseförskjutningar hade redan skett från Kant till Savigny.

Låt oss nu återvända till de inledande att-satserna om Savigny, nämligen att Savigny var konservativ o.s.v.

Allt från Jherings dagar har Savigny, som sades ovan, beskrivits som konservativ.<sup>184</sup> Ett likhetstecken har då ofta satts mellan historiska studier och konservatism. Att blicka

<sup>183</sup> Se nedan s. 138.

<sup>184</sup> Jhering op.cit. s. 10 f.

bakåt framstår gärna som ett utlopp för konservatism. Granskar vi i stället Savignys historiska metod i sig kommer frågan i ett nytt ljus. Hans metod kan beskrivas i tre delar. Utgångspunkten är en organisk enhet mellan rättsförhållande, rättsinstitut och rättssystem, där de enskilda rättigheterna grundas på rättsförhållandena och rättsreglerna på rättsinstitutet. De tre delarna i denna ”uppbyggnad” är uppifrån och ned rättsförhållandena, rättsinstitutet och slutligen rättssystemet. Modellen ska inte tas alltför stelbent. Savigny diskuterar ingående vid olika tillfällen det komplicerade förhållandet mellan rättsförhållanden och rättsregel.<sup>185</sup> En sak är utvecklingen av ett rättssystem, där ändringar av rättsförhållanden kan leda till en utveckling där rättsreglerna slutgiltigt ändras, en annan sak är en viss regels ”överhöghet” över rättsförhållanden i en given stund. Savignys intresse för historien är ett intresse för just ”det givna” (*gegebenen*)<sup>186</sup>, d.v.s. den rätt i en given tid som han ser som en organisk enhet mellan rättsförhållanden, rättsinstitut och rättssystem. Att utgå från ”det givna” har Savigny gemensamt med romantiken i stort.<sup>187</sup>

Savigny förknippade, som vi såg ovan, rätt med gränsdragning. Rättsinstitutet är här av särskild betydelse eftersom de konstituerar rättsreglerna. Rättsinstitutets framväxt

<sup>185</sup> Se exempelvis Savigny (1849) § 344 ff.

<sup>186</sup> Se exempelvis Savigny (1993) s. 90.

<sup>187</sup> Jfr. Gadamer (1979) hur tanken på det givna utvecklats från Fichte, via Hegel till Dilthey, s. 59 f, 200 och 2014.

blir därför av största betydelse för ”det givna”. Intresset för institutens utveckling behöver därför inte ses som utslag för konservatism utan mer som ett led i ”faktasökande” för att förstå ”det givna”.

Fördjupar vi oss mer i frågan om Savignys påstådda konservatism kan vi se att historiska studier länge var associerade med retoriken till skillnad mot de delar av ”vetenskapen” som hade logiken som grund. Shapiro påpekar att det intresse för naturvetenskap som visade sig under 1600-talet påverkade historia, teologi, rättslära och litteraturstudier för lång tid framåt.<sup>188</sup> Men för de historiska studierna hade denna utveckling börjat mycket tidigare under den italienska renässansen, påpekar hon, vilket bl.a. uttrycktes i ett intresse för historiska källor utifrån en kritisk metod.<sup>189</sup> Man hade tidigt börjat använda sig av metoder som skulle kunna beskrivas som ”vetenskapliga” genom att exempelvis söka i källorna för att finna stöd för olika påståenden om exempelvis rätten. Denna ”vetenskaplighet” vad gäller de historiska studierna skilde sig från historiska studier som hade som mål att övertyga. Frågan om Savignys konservatism kan därför även ses i ljuset av hans vetenskapliga metodologi, den behöver inte enbart ses som en längtan tillbaka i tiden.

<sup>188</sup> Shapiro op.cit. s. 3–14.

<sup>189</sup> Ibid.

Det antyds ibland att Savigny som aristokrat tog till vara lantadelns intressen. Rosenberg visar på den spänning som fanns mellan Savigny och exempelvis hans svåger Achim von Arnim, på grund av att Savigny inte i Arnims ögon förstod lantadels synpunkter på egendomsrätten.<sup>190</sup> Man måste nog göra en skillnad mellan privatpersonen Savigny, som mycket väl kanske ville bli respekterad som adelsman, och rättsvetenskapsmannen Savigny som skrev för att bli förstådd av alla och vars vetenskapliga agenda kan beskrivas som borgerlig. Det är den borgerliga individen han beskriver i sina skrifter när han talar om en persons fria sfär och inte en ståndsperson som får sin rättsliga ställning bestämd utifrån en social position.

Påståenden om att romantikens olika uttryck var Savigny främmande, vilket ofta anförs, är inte heller riktiga. Man behöver bara ta yttlig del av hans brevväxlingar från ungdomsåren och framåt för att inse hur felaktigt det hela är.<sup>191</sup> I själva verket var Savigny något av en medelpunkt i de romantiska kretsarna redan under sin Marburg-tid. Den för denna bok viktiga fråga om individen kan för Savignys del bara förstås om man granskar hans läsefrukter

<sup>190</sup> Rosenberg op.cit. s. 52 f. Jfr. också Kelly (2003) s. 13 om Savignys syn på det romerska begreppet *coloni* och hur detta begrepp skulle tillämpas på vissa tyska arrendebönder. I den diskussionen intog Savigny ståndpunkten att dessa bönder skulle betraktas som "fria" och inte bundna till jorden. En ståndpunkt som rimmade dåligt med lantadelns intressen.

<sup>191</sup> Stoll (1927), (1929) och (1939) *passim*.

av Fichte, Schlegel, Schelling m.fl. verk.<sup>192</sup> Man behöver bara påminna om den ovan refererade 52§, i *Heutigen Römischen Rechts*, som den ”mogne” Savigny skrev, där det bl.a. talas om människan utifrån hennes ”natur” och ”bestämning”, för att man ska se tydlig påverkan från exempelvis Fichte.<sup>193</sup> Savignys förhållande till romantiken är viktigt för förståelsen av hans verk.

Att se den historiska skolan som en reaktion på rationalismen är en grov förenkling. För att kunna leda tesen om en ”reaktion” i bevis utgår man gärna från att det i det närmaste finns direkt orsak och verkan mellan företeelser historiskt sett där en händelse lagbundet leder till en motreaktion. I detta fall sägs franska revolutionen och Napoleonkrigen leda till en motreaktion i form av en våg av konservatism.<sup>194</sup> Till en början, kan sägas, som Nörr också påpekar, associerades inte begreppet revolution vid Savignys tid enbart med franska revolutionen, som vi har en tendens att tro i dag.<sup>195</sup> Tanken på ”revolutionen” var inte enbart negativ. Visserligen skickade avrättningarna av aristokrater i revolutionens kölvatten en chockvåg av skräck och avsky genom Europa och dessa händelser spelade säkert in mer i händelseutvecklingen än revolutionen i

<sup>192</sup> Nörr op.cit. s. 255–355 visar hur ”läsefrukterna” från ungdomen satt tydliga avtryck i den ”mogne” Savignys produktion.

<sup>193</sup> Jfr. supra om Fichte s. 77 ff.

<sup>194</sup> Inger op.cit.

<sup>195</sup> Nörr op.cit. s. 27 ff.

sig. Dessutom är kopplingen mellan Napoleonkrigen och konservatismen inte heller den glasklar. När Fichte höll sina berömda tal *Reden an die deutsche Nation*, 1807–1808, fanns en sådan koppling mellan krigen och tidig nationalism. Men andra faktorer som kanske varit lika viktiga för utvecklingen, som revolutionerna och Napoleonkrigen, var utvecklingen mot ett industrisamhälle med allt vad det innebar i samhällsomvandlingar.<sup>196</sup> Att se den historiska skolan som en ”motreaktion” är ett alltför enkelt sätt att se på saken. Vänder vi intresset mot den fråga som här är intressant, individen, formulerar Taylor frågan så här om romantiken som en reaktion på rationalismen. Han talar i stället om en protest.

Expressivismen kan i viss mening ses som en protest mot den traditionella upplysningssynen på människan – som både subjekt och objekt i en objektiverande vetenskaplig analys. Protesten riktades främst mot uppfattningen att människan är ett subjekt med egoistiska begär och att naturen och samhället bara tillhandahåller medlen för deras uppfyllelse.<sup>197</sup>

Skillnaden mellan en protest och en reaktion är att det förra är något medvetet, som i exempelvis Kants kritik av upplysningssidealen, medan det senare är något i det närmaste mekaniskt. Savignys syn på individen och dess förhållande till samhället, staten etc. är en i högsta grad medvetet for-

<sup>196</sup> Hydén op.cit.

<sup>197</sup> Taylor (1991) s. 9.

mulerad ståndpunkt. Det är som tidigare sagts en sammanföring av Kants autonoma individ med expressiva ideal om människans självbestämmande och självutveckling. Läger vi till detta också synsättet med förhållandet mellan del och helhet, som beskrevs ovan, förstår vi att talet om en reaktion är missvisande. Det är svårt att se Savignys tänkande enbart som en reaktion på något tidigare i stället för att vara egna utmejslade tankegångar.

Slutligen ska sägas något om Savignys syn på förhållandet mellan helhet och del när det gäller en stat.

Att en borgare, en stad, en provins glömmer den stat, till vilken den hör, är en mycket viktig företeelse, och envar uppfattar detta tillstånd som onaturligt och sjukligt. Men ändå kan den levande kärleken till helheten bara framgå ur det levande deltagandet i alla enskilda förhållanden, och endast den som duktigt förestår sitt eget hus kan vara en god borgare. Därför är det ett misstag att tro att det allmänna skulle få ett rikare liv genom förintelsen av alla individuella förhållanden. Om en egen självkänsla kunde alstras i varje stånd, i varje stad, ja, i varje by, så skulle också helheten vinna ny kraft ur detta förhöjda och mångfaldigade individuella liv.<sup>198</sup>

Savignys vision om självkänslan i de enskilda livens betydelse för hela samhällets väl kan vara en lämplig avslutning på detta avsnitt om dennes syn på individen.

III. *Puchta*. Avsnittet om Puchta kommer att bli kortare än det om Savigny. Syftet är främst att visa hur den syn på

<sup>198</sup> Savigny (1988) s. 269

individen som grundlades i början av 1800-talet levde vidare inom det som kallas för begreppsjurisprudensen. Puchta är av särskilt intresse här när han beskriver rätten i sin *Encyclopedie* i första delen av *Institutionen*. Beskrivningen av rätten börjar med människan.

Vi urskiljer två sidor hos människan. Å ena sidan är hon ett naturväsen ... Å andra sidan är människan ett andligt väsen.<sup>199</sup>

Det är den andra sidan, den andliga, som gör att människan har givits möjligheten att själv bestämma saker, hon har en vilja, hon har ett val, säger Puchta i god kantiansk anda. Det är också dessa möjligheter som är människans frihet. Genom sin andliga sida, och i den inbegripna friheten, liknar människan Gud, säger Puchta vidare.<sup>200</sup> Hon är Gud lik men inte precis som Gud. Gud är större ande och större frihet. Människan har genom sin kroppliga sida ett bundet väsen, en bunden ändlig vilja. Som tur var, säger Puchta, har hennes naturbundna väsen begåvats med ett förnuft som hon använder sig av på samma sätt som djuren använder sig av instinkter. Men det högsta goda för människan är inte förnuftet utan viljan, säger Puchta vidare.<sup>201</sup> Här visar Puchta sitt släktskap med romantikerna och han skiljer sig tydligt från upplysningens män när han säger:

<sup>199</sup> Puchta op.cit. s. 3. (Min översättning).

<sup>200</sup> Ibid.

<sup>201</sup> Ibid s. 4.

Den högsta tillgången är anden, frihetens verknings-sätt,

och att:

Friheten är rättens grundbegrepp. Och därav följer att man inte kommer åt rätten med hjälp av förnuftsbe-greppet.<sup>202</sup>

Förnuftet knyter Puchta alltså till människans naturväsen och friheten låter sig inte bindas av detta. Viljan har i stället beröring med människans andliga sida och Guds ändlösa vilja. Men för människan med sin begränsade vilja är frihe-tens konkreta begrepp valet mellan ont och gott. Men detta gör inte, för Puchta, att rätten blir ett direkt utflöde av detta val. Han skiljer, mycket tidstypiskt, på moralen och rätten där den förra är just förverkligandet av det goda medan rätten står för friheten överhuvudtaget.<sup>203</sup> Det går därmed att förstå Puchta på så vis att han menar att moralen hand-lar om att göra det goda och bekämpa det onda<sup>204</sup>, medan däremot rätten kan innebära att man använder sin frihet till att också göra ont, inte bara gott. Han anknyter rätten till faktiska förhållanden, till jorden, och för ett relativt inveck-lat resonemang om rätten och dess förhållande till synda-fallet.<sup>205</sup> Slutsatsen är att rätten är vilja i sig som ”potens”,

<sup>202</sup> Ibid.

<sup>203</sup> Exempelvis Hart (1958) har ju försökt påvisa att separation mellan rätt och moral skulle vara förenat med positivism. Här är ett exempel på att frågan inte är så svart-vit som Hart vill göra gällande.

<sup>204</sup> Puchta op.cit. s. 10 ”Ein Act ist nicht darum rechtlich, weil er moralisch, nicht unrechtlich, weil er unmoralisch ist.

som makt. Han frågar sig sedan hur denna vilja visar sig, och svaret är tvådelat. Dels i rättslig frihet hos personen själv, och här gör han en skillnad, precis som Savigny, mellan personen, som är ett rättssubjekt, och människan som är något mer.<sup>206</sup> Dels visar sig viljan i dessa personers verksamhet som just personer. Människans rättsliga uttryck är personen. Till människan kan man koppla gott eller ont men till personen, rättssubjektet, går bara att koppla viljan och friheten som rättssubjekt. Friheten visar sig, eller rättare, uttrycker sig, säger han vidare.

Det finns några nyckelord som förklarar Puchtas syn på människan och rätten, dessa är: vilja, frihet, makt och uttryck. Rätten blir med användande av dessa begrepp erkännandet av personens vilja, som den uttrycker sig i dennes makt att påverka faktiska omständigheter.<sup>207</sup> Vi ska inte komplicera framställningen här med att fördjupa oss i Puchtas syn på allmän vilja och enskild vilja. Mer om denna indelning kommer i avsnittet om Hegel. Däremot kan konstateras att Puchta har en syn på rätten som given

<sup>205</sup> Ibid. s. 9.

<sup>206</sup> Det sagda kan vid ett första påseende tyckas motsäga Peterson (2003) s. 218: ”Enligt Savigny var således personen, människan och rättssubjektet identiska kategorier”. Peterson refererar till det Savigny kallar för de ”ursprungliga” begreppen människa etc. Savigny menade dock att dessa ursprungliga begrepp genom positiva rätten kunde modifieras. Den ursprungligt helt fria viljan måste genom rätten begränsas som vi såg ovan.

<sup>207</sup> Ibid s. 11.

ur människans konstitution. Rätten är förbunden med det faktiska, som sades ovan, med människans natursida vad gäller uttryck, i form av handlingar och verksamhet, men har sin grund i viljan och det medvetande<sup>208</sup> som människan ytterst fått från Gud. Men vad rätten gör är att:

... den gör människan till person och bestämmer hennes verksamhet som sådan.<sup>209</sup>

Personen är på så vis en abstraktion och har bara att göra med människan som rättsligt viljessubjekt.<sup>210</sup>

Puchta verkade i en tid innan näringslivets ”byråkratisering” börjat, för att låna ett uttryck från Weber. Puchta talar därför främst om människan som person, som rättssubjekt. Ser man på hans indelning av rätten är utgångspunkten att människan har olika ”personligheter” och därmed kan uppträda i olika egenskaper, huvudsakligen som enskild eller i en sammanslutning. Vad gäller det senare räknar han upp familj, folk och kyrka.<sup>211</sup> Av detta faller, så att säga, ut en indelning av rättsförhållandena i förmögenhets-, familje-, offentlig- och kyrkliga rättsförhållanden och rätten indelas därför i privaträtt (förmögenhets- och familjerätt), offentlig rätt och kyrkorätt. Privaträtten är, enligt Puchta, den främsta för rätten och det viktigaste förhållandet är människan ”tagen som enskild”.<sup>212</sup> Han uttrycker saken som så att

<sup>208</sup> Ibid s. 4.

<sup>209</sup> Ibid. s. 69

<sup>210</sup> Supra s. 117.

<sup>211</sup> Ibid s. 48.

bestämningen av hur människan ”står” som enskild och hennes förhållande till andra människor är den viktigaste uppgiften för rätten. Här ser man tydlig påverkan från exempelvis Savigny.<sup>213</sup> Precis som för den senare markerar Puchta att denna uppgift för rätten inte omfattar hela människan och alla hennes förhållanden utan att det bara är de förhållanden som anknyter till hennes vilja och behov som är intressanta. (Här ska man inte läsa behov i en modernare psykologisk mening utan mer se det som materiella behov.) På så vis är privaträtten något ytterst praktiskt för Puchta. Det handlar om sådant som att förvärva saker, bedriva ”näring” etc. Centralt i tänkandet är, liksom för Savigny, egendomen. Egendom blir för Puchta att ha ”makt” över en sak. Men det är inte en total makt över en sak utan bara i förhållande till det som är rättsligt bestämt för att människan ska kunna ”nyttja” den. Det viktiga där är kontrollen över saken som jag får genom att jag har makt över den.<sup>214</sup>

Om vi ser människan i förhållande till familjen ser Puchta familjen som något naturligt, d.v.s. inte som något rättsligt i förhållande till personen.<sup>215</sup> Familjen står däremot i ett särskilt förhållande till rätten när det rör egendomen. En svår sak här att förstå, av såväl Savignys som Puchtas syn

<sup>212</sup> Ibid. s. 49.

<sup>213</sup> Jfr supra s. 115.

<sup>214</sup> Ibid. s. 50.

<sup>215</sup> Ibid. s. 52.

på människan, alltså inte enbart i förhållande till personen och familjen, är begreppet ”ära”. Det är svårt att hitta referenser till vår tid och vårt sätt att tänka. På något sätt handlar ära om ”kvalitet”. Utan ära ingen familj, hela familjens existens äventyras vid en äreförlust.<sup>216</sup> För att förstå begreppet ära bättre blir ett första steg nedan att studera hur Puchta såg på familjen.

Puchta säger att familjen inte bara är förhållandet mellan exempelvis föräldrar och barn utan kanske framför allt förhållandet mellan den enskilde, folket och staten.<sup>217</sup> Han säger att hela samhällets bestånd beror av detta förhållande, vilket ytterst utgörs av familjens integritet. Han försöker därvid leda i bevis att om man inte är ”herre i sitt eget hus” kan ingen allmän ordning heller finnas. Familjen blir den första byggstenen i samhället, och där kvaliteten på familjen och familjerna är avgörande även för kvaliteten på samhället. En dålig familj, utan ära, ur en sådan kan inget gott komma. Det handlar om en form av respekt som om den inte finns får direkta följder för den enskilda familjen genom uteslutning ur gemenskapen. Familjens rättsliga betydelse förklarar Puchta på detta vis:

Vi har gjort en tvådelad rättslig relation för familjen, dels förmögenheten, då är det fråga om ren privaträtt, dels den politiskt och kyrkliga relationen.<sup>218</sup>

<sup>216</sup> Jfr Savigny (1840) s. 348.

<sup>217</sup> Puchta op.cit. s. 53.

<sup>218</sup> Ibid. s. 53 f.

Familjen är därmed i skärningspunkten mellan det privata och offentliga och blir även bestämmande för den enskilde. Möjligheterna för den enskilde avgörs av ställningen i familjen om man är barn, hustru eller husfar. Att helt sakna familj är många gånger liktydigt med att sakna skärningspunkt mellan privat och offentligt.

Försöker vi nu föra ett fördjupat resonemang om ”ära” kan det också vara bryggan över till Hegel som ska diskuteras nedan. Begreppet ”ära” har nämligen två sidor, Nelson beskriver det hela som ett janusansikte.<sup>219</sup> Å ena sidan vetter begreppet inåt mot personen själv och har med självkänslan att göra. Å andra sidan vetter begreppet mot det allmänna och har med anseendet och andras uppfattningar att göra.<sup>220</sup> Men likt ett janusansikte är de två delarna inte oberoende av varandra. Nelson talar om äran som en form av symboliskt kapital. På ett individuellt plan är möjligen självkänslan det som är helt avgörande. En knäckt självkänsla äventyrar hela jaget medan ett nedsvärtat anseende kan fördras om självkänslan är intakt. Ärans två sidor samverkar dock i samhällen med nära kontakter mellan människor och där den sociala kontrollen är stor. Ära i form av anseende har också en klar koppling till egendomen. I ett

<sup>219</sup> Framställningen bygger dels på Nelson (1950) men framför allt på personlig kommunikation, december 2003.

<sup>220</sup> Det finns också relationer mellan ära och det som kallas för ”heder”. Heder får nog sägas vara ett ännu ursprungligare fenomen och har även att göra med ”renhet”.

samhälle utan utvecklat bank- och finansväsende har äran i form av anseende en avgörande betydelse för kreditvärdighet etc.

Bilden av äran som ett janusansikte kan ses som utslag av ett dialektiskt synsätt. Till en början kan det synas som om ärans två sidor står mot varandra men vid ett närmare betraktande är varje del en del av samma sak. Den ”del” av äran som vetter mot självkänslan har mycket intressanta juridiska implikationer. Sätter vi samman ”självkänslan” med uttrycksidén, expressivt tänkande, får vi grunden till de delar av mänskliga rättigheter i modern form som handlar om antidiskriminering och rätt för varje människa att skapa sitt eget liv, d.v.s. varje människas rätt att själv välja ”uttryck” för sitt liv i form av religion, sexualitet, sysselsättning etc. ”Ära”, i form av självkänsla, och expressivt tänkande, i form av rätten att skapa uttrycken för sitt liv, blir också det som för oss in i nutiden och förklarar varför Puchta och Savigny, och nedan också Hegel, är intressanta att studera för oss i denna kontext angående individen.

III. *Hegel*. Hegel var visserligen äldre än Puchta men denna framställning är inte i förstone en kronologisk framställning utan en tematisk. Puchta kan ses som en efterföljare till Savigny men han var helt säkert på äldre dagar inte helt opåverkad av Hegel, vilket ingen kunde vara vid den tiden.<sup>221</sup> Anknyter vi frågan om individen och rätten till Hegel, kan en fortsättning göras på de problem angående

individen och människan som Kant och Savigny brottades med även för Hegels del. Försöker vi formulera det hela kort skulle det kunna vara: Expressivt tänkande i form av en vilja till förening med naturen och andra människor etc. står i konflikt med det autonoma jagets önskan att stå fri från yttre påverkan.<sup>222</sup> Det autonoma jaget i den form som formulerades av Kant, såg vi ovan, sökte det moraliskt rätta på bekostnad av naturliga böjelser. Hur ska en människa höjd över naturen samtidigt kunna bli en del av naturen? Önskningsar som dessa synes vara oförenliga. Den frihet som skapas genom det autonoma jaget tycks därmed gå förlorad om människan ska söka hela dualistiska uppfattningar om skillnad mellan kropp och själ, ande och natur o.s.v.<sup>223</sup> För juridikens del rör frågorna exempelvis förhållandet mellan person och egendom, individen och samhället etc. Det autonoma jaget med sin frihet kan tyckas stå i konflikt med livet i ett utvecklat samhälle. Hegel tyckte sig

<sup>221</sup> Eller så ska man se saken så som Persson M. op.cit. s. 45 gör: ”Trots all polemik står alltså den tyska 1800-talshistoricismen innehållsligt sett nära Hegel.”

<sup>222</sup> Supra s. 88f.

<sup>223</sup> Ett exempel kan vara Hegels syn på förhållandet kropp/själ. Kroppen är inget lastdjur för själen, säger han, Hegel (1955) § 49 s. 60. Han säger att det är en tanklös, sofistisk idé att exempelvis tänka sig att själen inte blir berörd om kroppen misshandlas eller förslavas. För andra, säger han, är jag enheten mellan kropp och själ efter som jag ”har tillgång till den”. För mig själv handlar det om att jag genom självmedvetandet, utveckling och utbildning, blir min egen egendom och självständig i förhållande till andra, § 57, s. 65.

ha funnit en lösning på dessa motsättningar. Fogelklou säger:

Lösningen häri låg bl. a. i Hegels idé om dialektik, som innebär att det inte bara fanns t. ex. intrapsykiska, existentiella eller politiska konflikter; enligt Hegel motsvaras dessa konflikter av en dialektisk logisk strukturering av verkligheten.<sup>224</sup>

Vad kan menas med detta påstående? För att förstå Hegels tänkande är det två begrepp som är svåra att omfatta för oss i dag, dessa är ”Ande” och ”förnuft”. Det man får försöka göra är att finna ”översättningar” till nutida sätt att tänka på som gör att det går att bättre förstå Hegels tänkande. ”Förnuft” skulle därmed preliminärt kunna översättas med ”rationalitet”. Hegel skiljer nämligen mellan förstånd och förnuft, där det senare har en allmän karaktär.<sup>225</sup> ”Ande”<sup>226</sup> kan vara svårare att finna någon nutida ”översättning” av. Till att börja med måste vi göra en fördjupning av det som sagts om det expressiva tänkandet. Fogelklou säger:

Vidare hade Hegel påverkats av Herder och den tyska romantikens *uttrycksidé*; det finns ingen tanke utan något medium som uttrycker tanken. Och man kan aldrig klart skilja mellan språk och tankeinhåll; Hegels grundläggande idé var tvärtom att människan

<sup>224</sup> Fogelklou op.cit. s. 77.

<sup>225</sup> Israel (1991) s. 80.

<sup>226</sup> En ofta använd översättning av Ande är Gud men i vår sekulariserade tid ger inte denna översättning någon större insikt i vad Hegel åsyftade med Ande.

inte kan förstås dualistiskt utan *holistiskt* i den meningen att människans förnuftiga tänkande finns som en del av henne.<sup>227</sup>

Denna syn på språket ger oss en nyckel till förståelsen av begreppet ”Ande”. Vi kan sedan för att nå ännu längre göra som Israel<sup>228</sup> föreslår, läsa Hegel med hjälp av språkfilosofin, eller som Barnett gör, i ljuset av postmodernister som Derrida, Foucault m.fl.<sup>229</sup> Vad Israel menar med modern språkfilosofi är något oklart men det är säkerligen bl.a. idéer emanerande från Wittgenstein om att ”meaning is use” han syftar på, vilka skulle kunna jämföras med det som sades i citatet ovan från Fogelklou om att det inte finns någon tanke utan ett medium. Gör man en sådan jämförelse är den tanke som Hegel lånat från Herder en idé om svårigheten att skilja uttryck från de livssammanhang de förekommer i. Intresset flyttas från uttrycken till den omgivning de förekommer i. Preliminärt skulle vi därmed kunna använda oss av en ”översättning” av begreppet ”Ande” med ”medium” eller ”omgivning”. Därmed skulle man kunna närma sig det som i Fogelkloucitatet ovan kallas för holism.

Går vi sedan vidare till det Barnett föreslog, att läsa Hegel i ljuset av Derrida, Foucault m.fl., kan utgångspunkten vara den beskrivning som ovan i kapitel 2 gavs av

<sup>227</sup> Fogelklou op.cit. s. 77 f.

<sup>228</sup> Israel op.cit. s. 79.

<sup>229</sup> Barnett (1998) s. 1–37.

dekonstruktion i ljuset av strukturalistiskt tänkande. Utgångspunkten var då systemtänkande. System där allt hänger samman på åtminstone två nivåer. Både strukturalister och poststrukturalister talar vidare om teckensystem. De senare poängterar de sociala kontexterna och utgår från en tanke, liksom Hegel, på del och helhet. Vidare är det strukturalistiska tänkesättet reflexivt. Ett teckensystem, för en strukturalist, bygger på skillnader och likheter. Ovan såg vi att Hegel brottades med motsatspar i dualistiskt tänkande mellan kropp/själ, ande/natur, individ/samhälle o.s.v. Lösningen på detta, såg vi också ovan enligt Fogelklou, var Hegels dialektik. Det senare skulle kunna motsvara det reflexiva tänkesättet hos strukturalisterna/poststrukturalisterna med ett system som hålls samman med likheter och skillnader. Den preliminära ”översättningen” av ande till ”medium” eller ”omgivning” kanske därför också måste kompletteras med begreppet ”system”.

Försöker vi tillämpa det sagda på Hegels Rättsfilosofi kan utgångspunkten vara §§ 4, 6, 8, 9 och 258 i just det verket.<sup>230</sup> Problemet är bl.a. det som redovisades ovan om motsättningen mellan individ och samhälle, eller stat. I 4 § sägs att rättens område är Andens, dess utgångspunkt viljan, som är fri, och dess substans och bestämning friheten.<sup>231</sup> I de följande paragraferna refereras bl.a. till Fichte

<sup>230</sup> Hegel (1955).

<sup>231</sup> Ibid. s. 28 f.

och Kant.<sup>232</sup> Mer bestämt till tanken på att subjektet bestämmer sig självt. Och genom att subjektet bestämmer sig självt begränsar det också sig självt. Det finns alltså ett spänningsförhållande mellan den absolut fria viljan, utan begränsningar, och hur den friheten används för att begränsa och särskilja sig själv. För det är genom denna bestämning, säger Hegel, som jaget blir jag, och därmed ändligt och särskilt. Det kan alltså se ut som om vi har två motstående strävanden här, absolut fri vilja mot begränsning. Hegel uppmanar oss i 4 § till att gå till vårt eget självmedvetande för att få exempel och illustration till dessa processer. Som Rosén påpekar har han vissa exempel på sådana ”illustrationer” i några utgåvor av verket. Han nämner då vänskapen och äktenskapet som exempel på:

... att viljan både kan vara sig själv och acceptera en begränsning som sin. Ingen uppfattar det som ofrihet att följa sin käreasta och umgås med sina goda vänner.<sup>233</sup>

Vad som är avgörande för Hegel är reflektionen, d.v.s. att föra upp det hela på förnuftets nivå. Här har vi åter ”mediet” som det hela formuleras i. I de vardagliga exemplen är det äktenskapet eller vänskapen och i 258 § har vi ett annat sådant ”exempel”, nämligen staten. Staten går bara att förstå dialektiskt, eller reflexivt, tycks Hegel mena. Här finns föreningen mellan allmängiltighet och särskil-

<sup>232</sup> Ibid s. 31.

<sup>233</sup> Rosén (1991) s. 113.

jande. Det är genom staten som paradoxalt nog den största friheten kan förverkligas, menar Hegel. I kommentaren till 258 § nämner Hegel talande nog både Fichte och Rousseau, d.v.s. referens både till den allmänna viljan och till den enskilda viljan. Men det är också ett avståndstagande från de två sistnämnda idéerna. Hegels stat är en förening av det ”objektiva” och det ”subjektiva”.<sup>234</sup> När den enskilde utövar sina enskilda intressen, tycks Hegel mena, utövar hon därmed också statens intressen.<sup>235</sup> Därmed har han också upplöst det som till en början tycktes vara en motsättning mellan det enskilda och det allmänna, de är i själva verket samma sak. Israels slutsats om detta är:

Hegel gör gällande att staten är förverkligandet av den sedliga anden. Detta kan tolkas som en sociologisk hypotes: staten och dess institutioner är att betrakta och analysera som ett system av normer och regler vars ändamål är förverkligandet av individens frihet. När Hegel skriver om statens ’anda’ eller ’idé’ så refererar han inte till ett mystiskt väsen, utan till ett allmänt system av normer och regler som i sociologiska termer vanligen kallas ’institutioner’, och som utgör grunden för en fungerande statsorganisation.<sup>236</sup>

<sup>234</sup> Fogelklou op.cit. s. 101.

<sup>235</sup> Hegel op.cit. s. 214, § 360.

<sup>236</sup> Israel op.cit. s. 85. Det som kan göra det svårt att följa med i Hegels resonemang är att om vi har mer nutida debatter för ögonen om frihet, exempelvis Berlins indelning mellan positiv och negativ frihet, har koncentrationen i mycket varit på hinder för frihet i form av begränsningar vilka setts som något oförenliga med frihet. Se exempelvis Berlin (1997) s. 393.

Något ytterligare måste här sägas om ”förnuftet”.<sup>237</sup> I förordet till Rättsfilosofin sägs något som tidigare alltid tagits som intäkt för Hegels konservatism och förhållande av de bestående förhållandena i Preussen.

Det som är förnuftigt är verkligt;  
och det som är verkligt är förnuftigt.<sup>238</sup>

Är detta en utsaga om världen är den inte bara trivial, den är dessutom högst tvivelaktig. Läser vi den i stället i ljuset av Hegels fenomenologi och dialektik blir den mer intressant. Man kan exempelvis jämföra Savignys syn på rätten som organisk och som en spegling av ett folks identitet med Hegels syn på rätten och förhållandet till ett folks identitet. För Savigny fanns det ingen plats för kritik av denna ”identitet” som den uttrycks i rätten.<sup>239</sup> Kritik, ”negativitet”, hade däremot en plats i Hegels fenomenologi.<sup>240</sup> ”Negativitet” kunde både vara destruktivt och produktivt. Det senare eftersom ett reflexivt självtvivel kunde bidra produktivt till att producera en ny form av ”Ande”, i detta fall en ny identitet för ett folk. Inrymt i begreppet för-

<sup>237</sup> Jfr. angående förnuftet Sandströms (2004) s. 180 ff. angående det schellianska förnuftsbegreppet.

<sup>238</sup> Hegel op.cit. s. 14. (Min översättning.)

<sup>239</sup> Se Savigny (1988) s. 257. Däremot menar Savigny att rätten inte har ”något ögonblick av absolut stillastående”. Den organiska utvecklingen medförde också att man kunde tala om hög och låg utvecklingsnivå för rätten och rättsvetenskapen i en viss kultur. På så vis kunde man vara ”kritisk” mot en viss tids kulturella utveckling.

Jfr. också Savigny med Thibaut (1823) 3–7.

<sup>240</sup> Jfr. Pinkard op.cit. s. 471.

nuft ovan finns också den form av negativitet och självtvivel som är så typiskt för Hegels tänkande. Eftersom varje nuvarande förhållande också är resultatet av ett tidigare stadiums ”misslyckande” innehåller också även det nuvarande den form av självtvivel som kan leda till en förändring. Påståendet ovan ska inte läsas ”dogmatiskt”, d.v.s. som uttryck för det beståendes överlägsenhet. I det ”förnuftiga”, i citatet ovan, inryms samma tvivel som nyss beskrivits, d.v.s. ett tvivel på det rationella och hållbara med detta förnuft. Citatet ska, som Hegel uttryckte saken, förstås spekulativt.<sup>241</sup> När han talar om förnuftet och verkligheten är det inte existensen av verkligheten som åsyftas utan hur vi med förnuftet omfattar, tolkar, kritiskt granskar, analyserar, konstruerar denna verklighet.

När detta är sagt kan något avslutande sägas om Hegels syn på individen och därmed anknyta till det som inledningsvis sades om problemet med hur individens frihet ska kunna realiseras i ett samhälle. Nyckeln till Hegels lösning på problemet är inte bara det expressiva tänkande som återfanns redan hos Fichte m.fl., utan just i dialektiken som för individens del består i dess självmedvetande. Kants autonoma individ är utgångspunkten, som vi såg ovan, men det vi också lärt oss att se är att Hegel hela tiden vänder sig mot resonemang som bara speglar en sida av ett problem. Taylor säger:

<sup>241</sup> Jfr. Israel op.cit. s. 81.

Den sant moraliska människan är därför till slut en som inte hoppas kunna stifta sina egna lagar enbart utifrån sitt inre medvetande utan tvärtom känner pliktens dragning från sitt samhälle.<sup>242</sup>

Grunden för detta är, som Fogelklou uttrycker saken, ”ömsesidig respekt och likvärdighet”.<sup>243</sup> Betydelsefullt är således inte bara självmedvetandet utan även detta speglat i ett samhälle. Då är vi också framme vid Hegels rättighetsbegrepp. Grunden för detta är, skulle man kunna säga, en form av, formulerat i nutida termer, ”grundläggande mänskliga rättigheter” där erkännandet av andras lika värde är centralt.

*V Jhering*<sup>244</sup>. Ovan talades om socialdarwinismens påverkan på Jhering. Det märkliga med socialdarwinismen är att man brukar påtala att den egentligen är äldre än Darwin själv. Mach, exempelvis, skrev:

Som gymnasist lärde jag redan 1854 känna Lamarcks lära ... och var således förberedd att acceptera Darwins 1859 publicerade tankar.<sup>245</sup>

Vad detta speglar är ett skifte till ett nytt, låt oss kalla det för paradigm, som präglas av scientism.<sup>246</sup> Om fysiken spelat stor roll under upplysningstiden var biologin, för exempelvis Mach, viktig inom detta nya paradigm, para-

<sup>242</sup> Taylor (1986) s. 217.

<sup>243</sup> Fogelklou op.cit. s. 98.

<sup>244</sup> För en genomgång av Jherings påverkan på skandinavisk rättsvetenskap, se Modéer (1996) s. 153–174.

<sup>245</sup> Mach (1965) s. 201.

doxalt nog eftersom Mach själv var fysiker. Men detta senare förhållande var inte märkligare än att de flesta under samma tid lade biologin som grund när de talade om människan, individen och samhället. Scientismen visar sig tydligt bl.a. i ordval. Jhering använder flitigt ord som ”teori”, ”vetenskaplig uppfattning”, ”teoretisk sats”, ”organiskt liv” m.fl.<sup>247</sup> Ord och begrepp som svårligen går att återfinna hos Savigny och Puchta. Just begreppet ”teori” är av avgörande betydelse här. Det är adekvat att använda teori-begreppet när man diskuterar Jhering men blir pålagt och distanserar oss från såväl Hegel och Puchta som Savigny. Viktiga delar i en teori är exempelvis att gruppera antaganden och påståenden, förklara företeelser samt systematisera kunskap. Hegels och Savignys utgångspunkt är filosofin, den tidens filosofi. Sandström visar hur Kants förnuftskritik grundlade en helt ny vetenskapssyn.<sup>248</sup> I centrum för denna ”fria vetenskap” var erfarenheten, *Erkenntni*, och

<sup>246</sup> Persson M. op.cit. s. 51. säger: ”Naturvetenskapens ställning som allmänt accepterade discipliner med specialkompetens medförde dock att 1800-talets systemförsök fick en annan prägel än de idealistiska systemen vid århundradets början. Särskilt under 1800-talets senare hälft kan man tala om en vetenskaplig tidsanda, och även mer idealistiskt och religiöst orienterade tänkare tillägnade sig naturvetenskapliga metaforer och tankesätt.”

<sup>247</sup> Jhering op.cit. Se även Kroeschells (1988) förord till dennes utgåva av Jherings brev till Windscheid 1870–1891. I förordet beskrivs på ett kortfattat sätt Jherings ”vändning” mot en ”soziologisches Rechtsverständnis”, något som även speglas i breven.

<sup>248</sup> Sandström (1989). s. 27 ff.

därmed ett avvisande av upplysningens empirism. Utgångspunkten i erfarenheten i sig är det som gör att ”teoribegreppet” framstår som påklistrat och missvisande när det gäller Hegel, Puchta och Savigny men det är däremot i högsta grad aktuellt för Jhering. Skillnaden är den att ”teoretiserande” i en scientistisk mening framför allt använder sig av utsagor om världen medan den form av filosoferande som bl.a. Savigny stod för utgick från ett försök till förståelse av människan i relation till sin omgivning. Med ett nutida uttryck skulle vi kunna beskriva det senare som människan som kulturvarelse. Som vi sett ovan är det viktiga vid sådana betraktelser, för Hegel, Puchta och Savigny, gränsdragningen mellan individer, och fokus är på skyddet av kränkningar av den ”fria sfären”. Utifrån begreppen egendom, vänskap och äran förde exempelvis, som vi också såg ovan, Savigny ett resonemang om detta. En annan fokus var, för alla de tre nämnda, människan som expressiv varelse. Vad som sedan hände under åren, så att säga, från Hegel till Jhering, är en återknytning till rationalismen under upplysningen. Haeckel beskriver detta som en tillnyktring från Kants menliga inflytande och han ger helt och hållet biologin äran för denna räddning.<sup>249</sup>Hos Jhering kan vi spåra denna scientism grundad på biologin i följande citat:

<sup>249</sup> Haeckel op.cit. s. 41 och 43.

Att värja sig och sitt är högsta lag för allt organiskt liv och tar sig uttryck i självbevarelsedriften hos varje skapad varelse. För människan är här frågan icke endast om hennes fysiska tillvaro utan om hennes moraliska existens, för vilken rätten är ett villkor.<sup>250</sup>

Människan jämförs här med alla andra varelser. Borta är den tudelning mellan människan som naturväsen och andligt väsen som exempelvis Puchta stod för. Det finns inte heller ett relationellt tänkande om människan i relation till sin omgivning, vilket Savigny och Hegel stod för. Skärskådardar vi citatet ovan närmare ser vi att det utgår just från en utsaga: ”Allt organiskt liv har självbevarelsedrift.” Grunden för gränsdragningar mellan individer blir därmed i grunden biologisk. Därmed läggs också ett naturalistiskt filter på rätten så att de argument som exempelvis Savigny ger för gränsdragningar antingen får omtolkas utifrån detta ”filter” eller avvisas som osanna. Det är ett skifte från humanistiskt inriktad tolkning av angrepp på en persons sfär till en naturvetenskapligt inspirerad syn. Viktigt att påpeka är att det inte är biologi i egentlig mening utan det är biologisk teori och språk använt långt utanför sitt egentliga område.

Vad vi ser är en utveckling, inom juridik och rättsvetenskap, bort från indelningen mellan människa och person, där personen är de juridiskt relevanta ”delarna” av människan och till ett synsätt där fysiska personer ställs mot juri-

<sup>250</sup> Jhering op.cit. s. 23.

diska personer.<sup>251</sup> Fysiska personer blir också i Jherings modell för rätten beroende av staten på ett annat sätt än för Hegels, Puchtas och Savignys.<sup>252</sup> Två sakförhållanden stöder detta. Dels att just ”hela människan” är objekt för rätten, dels att rättens utveckling sker genom lagstiftning. Savignys syn exempelvis, som vi redan sett, var att stora delar av människans liv låg utanför rättens domän.<sup>253</sup> Hans skepsis till lagstiftning berodde till en del på en annan uppfattning om hur rätten utvecklas än den Jhering kom att inta. Lagstiftningens betydelse understryker dock Jhering genom att säga ”att rätten är ett maktbegrepp”.<sup>254</sup> Jhering gav uttryck för en monocentrisk uppfattning om rätten. Han säger att andra faktorer än lagstiftning har begränsad kraft, det är bara lagstiftningen som kan:

... riva ned de fördämningar, som hindrar strömmen att ta ny riktning. Det kan endast *lagen*, d.v.s. statsmaktens avsiktliga, till just detta syftande handlingar och det är därför icke en tillfällighet utan en i rättens väsen djupt grundad nödvändighet, att alla ingripande reformer i processen eller den materiella rätten kunna hänföras till lagar.<sup>255</sup>

<sup>251</sup> Olivecrona (1928) 42–51, Jfr också Torpman (2002) s. 55 ff. som dock tydligt bygger sin framställning på Gierke och Olivecrona vilket bl.a. leder till att Savigny sägs ha en ”fiktionsteori” angående personer.

<sup>252</sup> Jhering (1907) s. 107 och (1941) s. 11. ”alla ingripande reformer i ... den materiella rätten kunna hänföras till lagar.”

<sup>253</sup> Supra .117.

<sup>254</sup> Jhering (1941) s. 15.

<sup>255</sup> Ibid. s. 11.

För Savigny mf.l. låg makten i stället hos personerna och rättens uppgift var, som sagts ovan, gränsdragningar mellan personer. Offentlig rätt och statens intressen var därmed rudimentära. Visserligen fanns offentlig rätt och kyrkorätt men samhällets organisation, som vi såg ovan, grundlades genom familjen.<sup>256</sup> Jherings moncentriska modell kräver nationalstaten, och den monocentriska modellen har därför en historiskt sett väldigt kort historia.<sup>257</sup>

En intressant iakttagelse i detta sammanhang, angående rättens uppgift för Jhering, är att studera grunden för hans och intressejurisprudensens syn på rättens ändamål.<sup>258</sup> Rätten syftar till att balansera olika intressen, säger Jhering, och för att argumentera för denna form av teleologi använder han sig av socialdarwinistiska argument. Ovan såg vi att det som socialdarwinismen fogade till teorier, som de om det naturliga urvalet, var att dessa biologiska principer även gällde för människan avseende hennes "social existence and to those psychological attributes that play a fundamental role in social life, e.g. reason, religion and morality".<sup>259</sup> Jherings metafor för "kampen för tillvaron" är "mödor och besvär". Förklaringen till detta är "rättens praktiska syftemål".

<sup>256</sup> Supra s.130 ff.

<sup>257</sup> Se vidare nedan s. 181.

<sup>258</sup> Jfr. om Weber nedan.

<sup>259</sup> Supra not 138.

... rätten med sina ”praktiska syftemål befinner sig mitt i den kaotiska virveln av mänskliga syften, strävanden och intressen, den måste oavslåttigt känna och söka sig fram för att finna den rätta vägen och, sedan den väl är funnen, slå till marken det motstånd som spärrar den.<sup>260</sup>

En av de saker som är intressanta här, och det som refererar tillbaka till diskussionen om rättssäkerhet i förra kapitlet, är utvecklingen från Jhering och framåt med en nytolkning av teleologin till att stödja formella rättssäkerhetsargument. Juridiken och rätten blir, om man drar ut Jherings tankegångar i sin extrem, en fråga om makt, rationalitet etc., d.v.s. ett formellt sätt att styra människor och samhället. Borta är det reflexiva synsätt som bl.a. Hegel representerade där statens makt bara är en sida av myntet där den andra, och viktigaste, är människors strävanden att skapa innehåll och uttryck i och för sina enskilda liv, d.v.s. en humanistiskt inriktad tolkning av den fulla kontexten en individ befinner sig i i ett samhälle.

IV. *Weber*. Att jag gör mitt nästa nedslag visavi Weber beror på att jag utifrån dennes syn på rättens rationaliseringsbana ska ange huvuddragen för utvecklingen från ca 1890 och fram till 1960. Weber ger oss en grund för förståelsen av de tänkesätt som präglade sekelskiftet 1900. Nyckelordet i sammanhanget är rationalitet. Men Webers studier innehåller en kvalitet som många andra liknade stu-

<sup>260</sup> Jhering op.cit. s. 14.

dier saknar: han bejakar inte blint rationalitet och framåt-skridande utan intar i högsta grad en kritisk hållning till dessa fenomen. Han talar om den i sig högtstående västerländska kulturen som en kultur med kallt hjärta.<sup>261</sup>

Låt oss först göra en beskrivning i korta ordalag; jag stöder mig här på Zetterbergs tolkning av det Weber benämner som rationaliseringsbanan för samhället och kulturen för att därefter fördjupa mig i rättens rationalisering.<sup>262</sup> Weber talar om en rationalisering i historien i två delar. Den första delen rör tankarna, idéerna, systemen etc. och uttrycks i sådant som sekularisering, avmystifiering etc. Den andra delen rör handlingarna och vardagslivet, organisering av yrkeslivet, skapandet av ett kalkylerbart affärsliv, byråkratisering av förvaltningen etc. Weber menar, som bekant är, att det finns två former av rationalitet, värdestyrd och instrumentell. Det är den senare som är intressant under den moderna epoken eftersom den styrs av praktiska resultat. Värdestyrd rationalitet däremot är en äldre form av rationalitet, menar Weber, som styrs av ideal som det inte går att dagtinga med. Zetterberg tar som exempel på värdestyrd rationalitet en hantverkare som vägrar göra avkall på sin kvalitet trots att hans produkter inte får någon avsättning på marknaden. Ett annat nyare exempel är vapenvägraren som inte under några villkor kan

<sup>261</sup> Han kallade rationaliteten för ”en järnbur i livets förtrollade trädgård”. Se Zetterberg (1986) s. 20.

<sup>262</sup> Ibid. s. 7–25.

tänka sig att arbeta inom någon del av rustningsindustrin eller någon industri den är lierad med. Instrumentell rationalitet, styrd av praktiska resultat, handlar däremot om överväganden mellan medel och mål. I motsats till hantverkaren som agerar utifrån en värdestyrd rationalitet kan man ställa en anställd som betraktar sitt arbete som blott ett medel för att försörja sig och bara lägger ner den energi som behövs för att uppnå detta mål.

Bakom dessa former av rationalitet menar Weber att det återfinns två skilda former av etik, principetik och ansvarsetik. Principetiken är det som bestämmer den värdestyrda rationaliteten och innebär att man följer en kallelse eller ett moralbud oavsett vad detta leder till. Ansvarsetiken är moralisk på så vis att den ser till konsekvenserna av ett handlande.

Weber menar vidare att ansvarsetiken, och därmed den instrumentella rationaliteten, präglar det moderna samhället såväl vad gäller tankarna som handlingarna. I de senare ingår också vardagslivets ”organisation”. Vad gäller juridiken och rättssystemet har, som Weber säger, rätten gjorts kalkylerbar och förvaltningen följer formella regler.<sup>263</sup> Rättens formalisering ser Weber som en av de viktigaste förutsättningarna för det moderna samhället och kapitalismens uppkomst.

<sup>263</sup> Weber (1986) s. 39.

Jag går nu över till att fördjupa beskrivningen av rationaliseringsbanan med Webers syn på rättens rationalisering så som den framkommer i *Wirtschaft und Gesellschaft*. Weber säger där att ”ett rättssystem kan vara ’rationellt’ i mycket olika betydelser beroende på vilken väg av många möjliga som det rättsliga tänkandet tar”.<sup>264</sup> Han beskriver sedan två av dessa sätt, generalisering och systematisering. Det förra kallar han för det elementäraste konstgreppet som ”innebär att de skäl som är relevanta för avgörandet i det enskilda fallet reduceras till en eller flera ’principer’, vilka utgör ’rättssatserna’”. Vad denna generalisering befrämjar och leder till är kasuistik. Den mer utvecklade formen av rationalisering är för Weber den nämnda systematiseringen. Denna kan antingen ske utifrån att de generaliserade, nyss nämnda, rättssatserna, som är resultatet av en generalisering, konceptualiseras, d.v.s. att de logiskt sammanförs och bearbetas till en helhet av begrepp. Ett mer modernt sätt att systematisera beskriver han på följande vis:

Enligt våra nutida tankevanor innebär systematisering att alla rättssatser, som framkommit genom analys, relateras till varandra på ett sådant sätt att de bildar ett regelsystem som är logiskt klart, motsägelsefritt och, framför allt, i princip sammanhängande.<sup>265</sup>

<sup>264</sup> Weber (1985) s. 191.

<sup>265</sup> Ibid. s. 192.

Detta är dock ett ideal som oftast inte uppnås, utan de flesta rättssystem, menar Weber, nöjer sig med en lägre grad av systematisering. Ett problem kan därvid vara att utgångspunkten i många länder varit den romerska rätten och dess systematik och med den har man sammanfört olika konkret rättsligt relevanta förhållanden. De senare ”gör inte sällan motstånd mot detta slags manipulation, eftersom de ... uppstått ur ’påtagligt’ faktiska karaktäristiska”.<sup>266</sup>

Oavsett rättssystemets rationalisering finns det andra problem som gör att rättens rationalisering inte kan slå fullt ut. Weber menar nämligen att rättsskipning och ”lagskapande” i sig kan antingen vara rationell eller irrationell. Men frågan om rationalitet och irrationalitet kan, säger han vidare, ses i formellt och materiellt hänseende. Här blir det svårt att följa Webers resonemang, men om vi försöker bena upp det hela tycks han mena följande. Han säger om lagskapandet och rättsskipningen att:

De är *formellt* sett irrationella då det används andra medel för lagskapande och rättsskipningsprocedurer än sådana som kan kontrolleras genom intellektet, t.ex. hörande av orakel eller surrogat för sådana. De är *materiellt* sett irrationella i den mån som konkreta faktorer i det enskilda fallet, värderas etiskt, känslomässigt eller politiskt i stället för att generella normer är avgörande för beslutet.<sup>267</sup>

<sup>266</sup> Ibid.

<sup>267</sup> Ibid.

När det sedan gäller rationell lagstiftning och rättskipning kan den vara formellt rationell på två sätt. Antingen är det en formalism vad gäller yttre kännetecken och omständigheter av påtaglig natur, som yttrande av ett visst ord, en underskrift eller utförandet av vissa handlingar, eller så att ”relevanta karaktäristika klarläggs genom logisk meningsanalys varefter fixerade juridiska begrepp i form av rigoröst abstrakta regler bildas och används”. Fördelen med den senare formen av formalism är, enligt Weber, att den inte är lika rigid som när man hänger upp formen på konkreta handlingar etc. Nackdelen med meningsanalys, av skapade abstrakta regler, som grund för formalismen är, vidare enligt Weber, att skillnaden mot rationell materialism ökar. Den senare är att man lägger andra maximer, som etiska imperativ, utilitaristiska eller andra lämplighetsregler eller politiska maximer, till grund för avgöranden av rättsliga problem än de nämnda formella kriterierna.<sup>268</sup> Men Webers slutsats angående konflikten mellan formella och materiella kriterier är följande:

En specifikt professionell, juridisk och abstrakt behandling av lagen i modern mening är dock endast möjlig om den har formell karaktär. I den mån som en ’de yttre karaktäristikas’ absoluta formalism är rådande är den begränsad till kasuistik. Endast den abstraktion som innebär meningstolkning tillåter den specifikt systematiska uppgiften att med logikens

<sup>268</sup> Ibid. s. 193.

medel sammanfoga och rationalisera alla de olika rättsregler som betraktas som gällande till ett motsäggelsefritt komplex av abstrakta rättssatser.<sup>269</sup>

Slutsatsen blir således att en professionell behandling av lagen är av formell karaktär. Han menade att den allmänna civilrätten hade kommit längst i en sådan formell juridiskt abstrakt behandling i form av logisk och metodisk rationalitet. Och den, civilrätten, utgick från följande postulat:

1. att varje konkret rättsligt avgörande består i ”tillämpningen” av en abstrakt rättssats på ett konkret ”faktiskt förhållande”; 2. att det måste vara möjligt i varje konkret fall att med hjälp av juridisk logik härleda ett avgörande ur de gällande abstrakta rättssatserna; 3. att alltså den gällande objektiva rätten faktiskt eller latent representerar ett sammanhängande system av rättssatser eller åtminstone måste behandlas som ett sådant för rättstillämpningens skull; 4. att det som inte kan ”konstrueras” rationellt i juridiska termer inte heller är rättsligt relevant; 5. att människornas sociala handlande alltid måste tolkas som ”tillämpningar” eller ”verkställighet” av rättssatser eller, tvärtom, som ”brott” mot rättssatser, eftersom ”fullständigheten” i rättssystemet ju även har till följd att ”laga ordning” utgör en grundkategori i allt socialt handlande.<sup>270</sup>

De två sista påståendena är av särskilt intresse i denna framställning. Det vill säga att det som inte kan konstrueras rationellt i juridiska termer inte är rättsligt relevant och att

<sup>269</sup> Ibid.

<sup>270</sup> Ibid.

människors sociala handlande alltid på grund av fullständigheten i rättssystemet ska tolkas som tillämpningar, verkställighet eller brott mot rättssatser. När det sagts befinner vi oss mycket långt borta från Savignys syn på människan och rätten där tvärtom de mest väsentliga i ”socialt handlande” ansågs ligga utanför rättens domän. Vad Weber beskriver är, lite tillspetsat, det mogna moderna samhällets dröm om rättens totala herravälde över människorna och deras liv.

När detta är sagt blir det också mer begripligt varför de formella kriterierna i dekonstruktionen av begreppet rättssäkerhet, som gjordes i förra kapitlet, har företrädde inom det moderna juridiska paradigmet. På ”likhetssidan”, d.v.s. det man associativt och paradigmiskt anknyter till rättssäkerhet, angavs nämligen: förutsebarhet, likabehandling, objektivitet, säkerhet, rationalitet, storskalighet, maktdelning, rättspositivism, formell behandling, opersonlighet, rättssamhälle, rättsstat, framtid, ateism. Undantryckt i paradigmet blir därmed sådant som skiljer ut sig från rättssäkerhetstanken, nämligen: flexibilitet, anpassning, materiellt, nyskapande, ”humant”, faktiska situationer, faktiska individer, nåd, värdeinriktning, religion, korporativism, nu, resultatinriktning, equity. Vi har därmed inte nödvändigtvis tagit ställning till huruvida allt på ”likhetssidan” är gott eller ont, respektive samma sak för ”oliksidan”. Vad som

konstaterats är blott vad som anses vara centralt och vad som anses vara perifert i det beskrivna paradigmet.

*V. Avslutande kommentarer om juridiska aspekter på den moderna individens födelse.* Det går att berätta två historier om utvecklingen av synen på och födelsen av den moderna individen inom juridiken. Den ena är den som Weber m.fl. berättar om rättens rationalisering där Savigny, Puchta och Hegels tid och åsikter ses som ett tillfälligt hack i rationaliseringskurvan. En sådan berättelse ansluter också till upplysningens synsätt, som refererades ovan, om en kamp mellan eftergivenhet, för vidskeplighet, religion etc., och mod. Mod att kämpa för sanning och förnuft. Men den andra berättelsen som kan berättas utgår i stället ifrån att de s.k. hacken i rationaliseringskurvan, eller ”eftergivenheten”, representerar viktiga steg i utvecklingen av det moderna samhället och den moderna individen. Med utgångspunkt från Kant och Herder kan vi via exempelvis Savigny, Puchta och Hegel uppmärksamma människan som expressiv varelse och återfinna hennes mitt i yttervärlden, som Savigny säger, där hon själv avgör vad som är viktigt för henne. Det gör hon, även här med Savignys formulering, genom medkännande med det som liknar henne. Självkänsla är något som därmed är av största vikt och rättens funktion av gränsdragning till skydd för individen av betydelse. Det sagda får därmed intressanta juridiska implikationer eftersom resonemanget om självkänslan

kopplat till uttrycksidén, expressivt tänkande, lägger grunden till en nutida syn på mänskliga rättigheter där det är centralt att varje människa själv har rätt att välja hur hon vill välja att ”uttrycka” sitt liv i form av religion, sexualitet, sysselsättning etc.

Det moderna samhället på tröskeln till omfattande industrialisering, d.v.s. 1800-talets första hälft, uppvisar många likheter vad gäller osäkerhet kulturellt, socialt och individuellt med det senmoderna samhället.<sup>271</sup> Här finns en ytterligare förklaring till varför det är viktigt att studera brytningstiden från maskinsamhälle till industrisamhälle i början av 1800-talet.<sup>272</sup> För att kunna göra en djupare analys av juridikens och rättens problem i dag angående individens ställning, borde det därför också vara produktivt att pröva att anlägga ett reflexivt perspektiv på människan i samhället, som exempelvis Hegel stod för. Det viktiga då är inte en dogmatisk diskussion, utifrån Hegels lära, exempelvis om ”existensen av verkligheten”, utan i stället att ta fasta på andra delar av det reflexiva tänkesättet och diskutera hur vi som människor i vårt samhälle i dag omfattar, tolkar, kritiskt granskar, analyserar och konstruerar vår sociala verklighet. Det vill säga det arv från Hegel som har att göra med självtvivlet, ifrågasättande etc., uttryckt i att förhålla sig kritisk till de ideal som nuvarande juridiska

<sup>271</sup> Hegel exempelvis uppmärksammade tidigt det moderna samhällets fragmentering. Pinkard op.cit. s. 59.

<sup>272</sup> Hydéns, op.cit, formulering.

paradigm vilar på.<sup>273</sup> Låt oss göra det i den avslutande diskussionen nedan.

## Avslutande diskussion om den moderna individen

Frihet och disciplin är två sidor av ett och samma fenomen som kan associeras med upplysningstidens förnuftstro. Fenomenet kan kallas för emancipation. Det är lätt att förstå hur frihet förhåller sig till exempelvis den förkunnelse om frigörelse från de ”fördomar”, som spreds av den gamla tidens auktoriteter, kyrkan och adeln, men det är svårare att se hur frigörelse och disciplin förhåller sig till varandra. Men om man ser saken så, för att göra det hela mer begripligt, att för att en frigörelse från fördomar och ett sökande efter kunskap ska bli så effektivt som möjligt krävs att man lär sig att använda förnuftet så disciplinerat som möjligt. Läger man till det att upplysningen innebar, med sina vetenskapliga och tekniska genombrott, en stark tro på framtiden kan disciplinen vara medlet att nå ännu fler framsteg till ännu större nytta för människorna och deras lycka: Att göra människan fri kräver med ett sådant synsätt disciplin.

<sup>273</sup> Efter Iltting (1975) och senare Hegel forskning är det svårt att hålla fast vid den av Haym (1857) formulerade uppfattningen om Hegel som statsfilosof och försvarare av dåtida Preussen.

Ska man diskutera den moderna rättens utveckling, och den därmed sammanbundna synen på individen, kan man välja att koncentrera sig på positiva sidor av det moderna samhället.<sup>274</sup> Till exempel konstatera att i takt med att samhället berikades genom industrialisering har också människornas materiella och sociala liv blivit ”berikat”. Det skulle vidare gå att peka på hur medborgliga rättigheter under den moderna eran givits till hela folket, med början från slutet av 1800-talet och framåt. Man skulle också kunna peka på humanisering av straffrätten, arbetarskydd, konsumentskydd, lagstiftning för att befrämja jämställdhet ... Det moderna samhällets framgångssaga är enorm, om man utgår från en av de två sidorna av upplysningens emancipation, d.v.s. frihet. Ändå börjar jag denna diskussion i den andra änden, i det mer mörka, med disciplinen.<sup>275</sup> Foucault beskriver den nya form av disciplin som

<sup>274</sup> En tidig svensk kritik av det ”moderna” stod Vitalis Nordström för. Se Persson M. s. 325 ff. Internationellt spelade Spenglers (1996) civilisationskritik en stor roll. Den var dock av ett delvis annat slag, han utgick ifrån civilisationer som organiska. Se exempelvis s. 39: ”I världshistorien ser jag bilden av en evig gestaltning och omgestaltning, ett underbart vardande och försvinnande av organiska former. Medan yrkeshistorikern ser den i form av en bandmask, som otröttligt »avsätter« nya epoker”. Titeln på Spenglers huvudverk är ju också som bekant *Västerlandets undergång*.

<sup>275</sup> Jfr. Johansson H. (1997) s. 52 han menar att exempelvis Marshall och Foucault diskuterar samma utveckling men att de betonar två sidor av den moderna utvecklingen, den förre framsteg i form av ökade rättigheter och den senare baksidor av utvecklingen i form av disciplinering.

växte fram under 1700-talet som ”ett foglighetsschema” och en utveckling av ”foglighet som nytta”.<sup>276</sup> Disciplinära metoder hade länge funnits i klostren och verkstäderna, konstaterar han vidare, men blev under 1700-talet den ”allmänna formen av övervalde”.<sup>277</sup> Han gör jämförelser med tidigare former av kontroll och makt och konstaterar att disciplinen skiljer sig från slaveriet i det att den inte ”bemäktigar sig kropparna” utan lyckas ”avstå från den sortens kostsamma och våldsamma relationer och lyckas ändå utvinna en nytta som är minst lika stor”.<sup>278</sup> Disciplinen skiljer sig också, säger Foucault, från relationen tjänare/husbonde som innebär att husbonden oavlåtligt behärskar tjänaren i ett ”icke analytiskt, obegränsat förhållande som tar sig formen av husbondens enskilda vilja och ’nyck’”. Den nya formen av disciplin skiljer sig också från den gamla i klostren där disciplinen inte syftar till att öka nyttan utan till att få enskilda att avstå från att göra saker. I centrum står dock, som i klostren, människokroppen. Foucault förklarar detta på följande vis:

Disciplinens historiska ögonblick är det ögonblick då en konst att hantera människokroppen uppstår, som inte bara syftar till att öka måttet av dess färdigheter eller ens måttet av dess underkastelse, utan till att skapa ett förhållande som på en och samma gång gör kroppen lydigare ju nyttigare den är – och tvärtom.<sup>279</sup>

<sup>276</sup> Foucault (1998b) s. 161.

<sup>277</sup> Ibid.

<sup>278</sup> Ibid. s. 162.

Vad det handlar om är:

... resultatet av en mängd smärre, spridda processer av olika ursprung, som sammanfaller, upprepas eller imiterar varandra, söker stöd hos varandra, skiljer sig i fråga om tillämpningsområde men strålar samman och undan för undan låter en generell metod avveckla sig.<sup>280</sup>

Han beskriver hur det nya disciplinära systemet sprider sig till skolor, militären, verkstäderna, sjukhusen o.s.v. Den del av det disciplinära tänkandet som är mest intressant här är vad Foucault kallar för den normaliserade sanktionen. Dels rör det sig om sanktioner utanför rätten:

Innerst inne i alla disciplinära system finns det en liten staffmekanism. ... de [disciplinsystemen] intrar ett område som lagarna lämnar öppet; de stämplar och bestraffar en samling företeelser som är så pass relativt obetydliga att de undandrar sig de stora straffsystemen.<sup>281</sup>

dels ett reglerat område:

Det som lyder under det disciplinära straffsystemet är försummelsen, allt inadekvat, allt som avviker från regel, alla sidosprång. Allt som befinner sig inom det icke-överensstämmandes oändliga område är straffbart: en soldat begår ett ”fel” varje gång han inte uppnår den fastställda nivån; skolbarnens ”fel” kan lika gärna vara dess oförmåga att klara av sina uppgifter som mindre förseelser.<sup>282</sup>

<sup>279</sup> Ibid.

<sup>280</sup> Ibid. s. 163.

<sup>281</sup> Ibid. s. 208.

Vad som sker i ett utvecklat disciplinärt system är att det ”utbildas ... en hierarki av i förhållande till varandra ”goda” och ”dåliga” individer”.<sup>283</sup> Vad som sker enligt Foucault är en ”normalisering”:

Det är en konst som använder sig av fem olika operationer. Den hänför handlingar, prestationer och enskilda uppföranden till en helhet som på en gång utgör ett fält för jämförelser, ett utrymme för differentiering och principen för en regel som det gäller att lyda. Den differentierar individerna i förhållande till varandra med utgångspunkt från denna allmänna regel ... Den mäter individernas förmåga, nivå och ”natur” i kvantitativa termer och utbildar dem emellan en värdehierarki. Genom denna mätning av ”värden” utbildar den en tvingande konformitet som det gäller att uppnå. Slutligen drar den upp den gräns som är avsedd att definiera skillnaden i förhållande till alla skillnader, d.v.s. det ”onormalas” yttre gräns.<sup>284</sup>

Det är med andra ord inte det klassiska juridiska sättet att resonera i form av ”tillåtet – förbjudet” utan det är ett ständigt verksamt

... straffsystem som ”jämför, differentierar, hierarkiserar, förenhetligar och utesluter. Kort sagt, det *normaliserar*.”<sup>285</sup>

Men dessa normaliserande sanktioner, och detta tänkesätt som de grundas på, har spridit sig även till rättens område.

<sup>282</sup> Ibid.

<sup>283</sup> Ibid. s. 212

<sup>284</sup> Ibid. s. 213 f.

<sup>285</sup> Ibid s. 214.

Det ”normala” som tvångsprincip, menar Foucault, återfinns överallt i samhället. Disciplinens förmåga att utifrån normaliseringen klassificera, hierarkisera och bestämma rangordning har, menar han vidare, ersatt ståndssamhällets status, privilegier och grupptillhörigheter. Det är därför ett sätt att utveckla makt inom ett system där formell jämlikhet råder.<sup>286</sup>

Låt oss nu ta ett konkret exempel på det sagda, om disciplin och normalisering, utifrån ett svenskt exempel. I exemplet visar sig också en annan av normaliseringens brister, att den genom att ”bortse” från kön, favoriserar vissa karaktäristika hos ett kön. Vad som ska studeras är steriliseringen i Sverige av s.k. sinnesslöa.

Runcis beskriver hur begreppet ”sinnesslö” användes i Sverige från slutet av 1860-talet till 1960-talet.<sup>287</sup> Till en början likställdes begreppet ”sinnesslö” med ”idioti” och användes som ett samlingsbegrepp av psykiskt störda individer som till största delen utgjordes av män. Inom gruppen fanns en undergrupp, påpekar Runcis, som kallades för ”fåniga”. Dessa var ”snälla” och ”fogliga” och läkarna ansåg egentligen inte att de behövde någon dårhusvård men de kunde däremot utgöra ett samhällsproblem. Kategoriseringarna och diagnoserna var i egentlig mening inte medicinska utan utgick från förstånds-förmåga och bildbar-

<sup>286</sup> Ibid. s. 215.

<sup>287</sup> Runcis (1998a) s. 547–563. Jfr. Runcis (1998b).

het. Det senare begreppet kom att vara grunden för nästa indelningsgrund för de sinnesslöa, mellan bildbara och obildbara. Ironiskt nog, visar Runcis, är det de bildbara som kom att råka värst ut under åren från 1900 och fram till 1920-talet. Genom rashygieniskt tänkande kom fokus att hamna på de sinnesslöas sexualitet. Det framstod som ytterst viktigt att förhindra att de sinnesslöa fortplantade sig och förde vidare, som man trodde, de dåliga gener de troddes representera. 1915 infördes äktenskapshinder för sinnesslöa, men detta räckte inte, ansåg man, för att lösa vad som kallades för ”sinnesslöhetsproblemet”. Det man mest oroade sig för var vanartiga och ”sexuellt opålitliga” sinnesslöa kvinnor. Sterilisering började användas för denna grupp. Under 1930-talet skedde en förändring – rasbiologiska hänsyn var fortfarande viktiga – genom att fokus kom att sättas på samhällsnytta och kostnader för samhället.

Sexualiteten var inte på 1930-talet enbart en privatsak, det moderna samhället ställde större krav på individen med samhällets bästa som mål. I en tidskriftsartikel i *Tiden* 1930 kunde man läsa om en ny vetenskaplig syn på det sexuella samlivet: ”Vi böra med ett ord alltid i sexuella ting handla så, att vi ha samhällets sunda utveckling och släktets välfärd för ögonen. Den som handlar annorlunda, är mer eller mindre asocial oavsett om han kallar sig socialist, kristen eller samhällsbevarare.”<sup>288</sup>

<sup>288</sup> Runcis (1998a). s. 555.

Efter tillkomsten av steriliseringslagen från 1941 var egentligen sterilisering frivillig men det var mycket svårt för föräldrar och den enskilde att utnyttja denna ”valfrihet”. En bidragande orsak till detta var också den 1945 tillkomna lagen om undervisning och vård av bildbara sinnesslöa. Enligt denna lag skulle bildbara sinnesslöa barn inte få gå i allmänna folkskolor utan omhändertas och placeras på sinnesslöanstalt. De obildbara sinnesslöa fick vara kvar i föräldrarnas vård. Tanken bakom detta var att de bildbara sinnesslöa genom omhändertagandet kunde göras till samhällsnyttiga personer medan de obildbara inte var värda samhällets vård eftersom de aldrig skulle bli produktiva. Här ser vi en förvriden bild av det Foucault kallar för en värdehierarki. Först dras gränsen mellan de ”normala” och sinnesslöa. Sedan upprättas en ”hierarki” inom gruppen sinnesslöa mellan bildbara och obildbara. Avskiljandet av de sinnesslöa från de normala är under ständig omtolkning visar Runcis tydligt. En utveckling skedde med den ”diagnostik” som användes från till en början någon form av medicinsk bedömning, idioti, till rasbiologi och slutligen till sociala, kulturella och moraliska bedömningsgrunder. Under 1940-talet blev de sistnämnda bedömningsgrunderna tydliga när, som Runcis påpekar, läkare och socialarbetare började oroa sig för en grupp ”sinnesslöa” 14–18-åringar som inte upptäckts i tid förrän de hemföll åt ”sexuell hållningslöshet, arbetsvilja, snatteri o.dyl.”

Sterilisering blev allt mer en form av ”korrigerig” av särskilt kvinnors ”felaktiga” sexuella beteende. En bedömning som även regeringens särskilda steriliseringsutredning gör och de konstaterar att 93% av de som steriliserades mellan 1935 till 1975 var kvinnor.<sup>289</sup>

Steriliseringsfrågan kan tyckas ge en mörk bild av synen på den ”mogna” moderna individen under 1900-talet. Lånar vi ett betraktelsesätt från Hegel ovan, skulle vi dock kunna säga att alla begrepp, som exempelvis här begreppet den ”moderna individen”, bör när vi försöker ”omfatta” dem med vårt ”förnuft” även inrymma ett ”tvivel” på begreppet. Annorlunda uttryckt, det krävs en prövande inställning även till de begrepp som upplevs som ”goda”, exempelvis ovan nämnda begrepp ”rättssäkerhet” eller begrepp som ”precision”, ”likabehandling” o.s.v. Vi kommer att återkomma till frågan om de ”sinnesslöa” i nästa kapitel när medborgarskap och alteritet diskuteras.

Använder vi oss av den grova indelning som gjordes ovan av olika paradig angående synen på individen efter renässansen var dessa rationalism, expressivt tänkande och scientism. Ovan sades att indelningen egentligen är alltför grov. Men i denna framställning kan den fungera som en struktur utifrån vilken man kan föra ett resonemang om individen. Exempelvis den sistnämnda indelningsgrunden

<sup>289</sup> SOU 2000:20 och Regeringens skrivelse 2000/01:73, Bilaga 1, s. 24.

speglar inte helt utvecklingen från mitten av 1800-talet och framåt. Vad den speglar är den form av förnuftskamp baserad på scientism som visserligen tog sig flera olika uttryck, men som var ett starkt inslag under den aktuella tiden. Persson M. säger:

I många avseenden integrerades naturvetenskapen väl i den rådande kulturen. Vetenskapsmännens och de vetenskapligt skolade ingenjörernas självbild som stående över alla särintressen passade väl samman med den rådande politiska överideologin. Den naturvetenskaplige forskaren var en statligt avlönad tjänsteman som genom sin forskning bidrog till industriproduktionen och därför kunde fungera som ett band mellan tidens två starka intressegrupper – ämbetsmannakåren och industrialisterna. Naturvetenskapen framstod som ett centralt led i den ”nationernas fredliga kamp” som förde civilisationen framåt.<sup>290</sup>

Nedan kommer jag att hävda att det finns ett inslag, i synen på individen och dess förhållande till bland annat staten, som saknades efter romantiken men som återfanns under den med sitt expressiva synsätt. Det var den tanke som Savigny exempelvis företräder och som återfinns hos Puchta och Hegel, att gränsdragningen runt individens fria rum är av största betydelse för förståelsen av rätten. Tydén exempelvis frågar sig vilka gemensamma drag, oavsett land, som präglade 1930-talets ras- och befolkningspoli-

<sup>290</sup> Persson M. op.cit. s. 79.

tiska projekt där sterilisering, som diskuterade ovan, ingick som ett medel. Hans svar blir:

En första likhet gäller den långtgående statsinterventionen och de otydliga gränserna mellan tillåtna och otillåtna intrång i den enskildes liv. Vid konflikter mellan statliga och enskilda intressen drog individerna det kortaste strået: medborgaren underordnades "nationen", "folkstammen" eller "rasen".<sup>291</sup>

Med en juridisk term är det som saknas i den mogna moderna synen på individen det som täcks in av exempelvis begreppet "integritet". Visserligen diskuteras ofta integritetsskydd, exempelvis när det gäller fråga om offentliga myndigheters möjligheter att samla in och registrera uppgifter om den enskilde. Här åsyftas dock en vidare diskussion om integritet. Källström har behandlat frågan om arbetstagarens integritet. Han inleder sin diskussion med följande konstaterande:

Den åldrande slavinnan i Eyvind Johnsons Strändernas svall konstaterar att när husbonden endast äger slavens kropp och inte dennes tankar och drömmar är det inte fråga om verkligt slaveri. Episoden belyser den grundläggande föreställningen om att mänsklig värdighet förutsätter att individen har rätt att inte avslöja sina tankar och sina privata förhållanden.<sup>292</sup>

Han säger därefter att frågan om integritet främst uppmärksammas i förhållande till den offentliga maktutövningen,

<sup>291</sup> Tydén (1996) s. 55.

<sup>292</sup> Källström (2000) s. 85.

men i rättsliga relationer mellan enskilda har integritetsfrågan inte fått samma uppmärksamhet. I avtalsförhållanden är utgångspunkten i stället, säger han, partsautonomin, ”d.v.s. att båda parter skall fungera som fria och oberoende rättssubjekt i förhållande till varandra”. Han säger vidare:

Partsautonomin skapar på samma sätt som reglerna om den personliga integriteten en skyddad sfär kring rättssubjekten men syftar inte till att upprätthålla mänsklig värdighet eller demokrati.<sup>293</sup>

Här ska vi gå ett steg längre än Källström gör i sin artikel och hävda att frågor om integritet och kränkningar av denna är grundläggande för vår diskussion om synen på individen och rätten. Om vi återknyter till Savigny m.fl. kan vi konstatera att det är en lång väg från Kants privatautonomi till dagens begrepp partsautonomi. Fysiska personer i dag är en form av rättssubjekt som kan jämföras med andra rättssubjekt som de juridiska personerna. Viljan är inte en ”moralisk vilja”, som för Kant, utan ”partsvilja”. Begreppen har abstraherats och har sin slutgiltiga form i rättssatser av olika slag, exempelvis avtalslagen, och i principer, tolkningsmaximer, ”läror” etc. Integritet i förhållande till en ”part” är därför en annan sak än integritet i förhållande till ”Kants moraliska individer”.

Vad som behövs i dag, kommer jag att hävda nedan, är en ny- och omtolkning av exempelvis den syn på ”själv-

<sup>293</sup> Ibid. s. 86.

känslan” som begreppet ”ära” stod för under romantikens expressiva era, för att begreppet ”integritet” ska kunna fylla sin funktion för det Källström kallade för ”mänsklig värdighet och demokrati”. Vidare bör synsättet från romantiken granskas i fråga om vad rätten bör reglera av mänskliga förhållanden, d.v.s. om hela människan verkligen är objekt för rätten. Möjligen är det sant som Goodrich formulerar saken att den moderna rätten är ”svartsjuk” på alla fenomen som konkurrerar med den.<sup>294</sup> Rätten har herravälde, som Dworkin uttrycker saken. Men innan dessa diskussioner kan föras måste först den senmoderna individen granskas.

## Den senmoderna individen

Avsnittet om den senmoderna individen kommer att bli kortare än det om den moderna individen. Förklaringarna till detta är enkla. Dels rör det sig om en kortare tidsperiod, dels är det svårare att diskutera något närvarande än något som varit. Vi befinner oss mitt i den senmoderna eran, frågan blir hur den senmoderna individen ska beskrivas. En början kan vara att granska hur den senmoderna människan framställs i exempelvis skönlitteraturen.

En måndag i november beslöt jag mig för att gå genom hela Stockholm, göra ett kors med tunnelba-

<sup>294</sup> Goodrich (1996) s. 2.

nan som modell, jag fick lift till St. Eriksbergsvägen, första sträckan skulle vara att ta sig till den nordvästliga punkten av Lidingö. När jag kom in till Söder, hade ätit lunch på ett ölschapp och satt ut nya riktlinjer, kände jag mig plötsligt fullständigt uttråkad, jag satte mig i en liten park och rökte en cigarett, vart jag än gick skulle jag förstöra mitt kors, solen tittade fram ur molnen och jag kände mig av någon anledning lycklig.<sup>295</sup>

Vad som möter oss i Stig Larsson roman *Autisterna* är en värld helt utan mening. Huvudpersonen utför den ena handlingen efter den andra utan någon synbar kontinuitet eller utifrån någon form av orsak/verkan-modell. Vid en tidpunkt, som i citatet ovan, söker han efter en neutral punkt i den stad han befinner sig i, vid en annan tidpunkt träffar han Brezjnev i ett ryskt gruvsamhälle och vid en tredje tidpunkt umgås han plötsligt med en gammal barn-  
domsvän som ska delta i en simtävling. Vad som skymtar i bakgrunden är ett samhälle och en livsform som saknar tydlig struktur. Det är med andra ord något mer än alienation, som i många moderna romaner, det tycks inte ens finnas något att alieneras från.

Jag har här valt att tala om den senmoderna individen men kunde likaväl ha talat om den postmoderna individen. Jag valde det förra uttryckssättet för att det markerar att den senmoderna individen inte är någon helt skild från den moderna individen. Men låt oss först diskutera postmoder-

<sup>295</sup> Larsson (1979) s. 31.

nitet som samhällsfenomen och då blir det först en diskussion om det som i nietscheanska termer hör till det ”varaktiga” i hans analysmodell. Därefter kommer vi att koncentrera oss på det som ovan kallades för de flytande aspekterna.

Postmodernitet betecknar en förändring av samhället industriellt, ekonomiskt, tekniskt o.s.v. som startade någon gång kring mitten av förra seklet. Till en början en smygande förändring av produktions- och konsumtionsmönster som senare fick allt större genomslag och en avsevärd betydelse för det dagliga livet för gemene man i främst Västeuropa och Nordamerika. Det gäller dock att hålla isär postmodernitet och postmodernism, där det senare ofta betecknar främst filosofiska och humanvetenskapliga förhållningssätt som kan sammankopplas med poststrukturalism och det förra är karaktäristiken av ett samhällstillstånd.

Beskrivningen av de förändringar som nämnts kan ta sin början med produktionsförändringar och antalet sysselsatta i olika näringar. Den största förändringen därvid, över en mycket lång tid, gäller jordbruket. I början av 1800-talet var jordbruksproduktionen ca 40 % av BNP och i dag är den nere kring 2 %.<sup>296</sup> I totalt antal sysselsatta har jordbruket från 1890-talet gått från ca 70 % till blott 4 % kring 1990.<sup>297</sup> Brytpunkten, när industri-, byggnads- och tjänste-

<sup>296</sup> Källa NE.

sektorerna gick om jordbrukssektorn vad gäller antalet sysselsatta, inträffade på 1930-talet. Avfolkningen av landsbygden skedde sedan från slutet av 1940-talet relativt snabbt. Kring mitten av 1960-talet skedde ett nytt viktigt skifte vad gäller antalet sysselsatta. Antalet sysselsatta inom tjänstsektorn steg kraftigt från ca drygt 40 % kring mitten av 1960-talet för att 1995 vara ca 70 % av samtliga sysselsatta. Samtidigt dök plötsligt under 1960-talet antalet sysselsatta inom industri- och byggnadssektorn från drygt 40 % till att 1995 bara utgöra ca 25 % av de sysselsatta.<sup>298</sup> Trots denna sjunkande andel av befolkningen som var sysselsatt inom industrin tredubblades industriproduktionen mellan åren 1948 och 1980.<sup>299</sup> Det finns många namn på detta skifte vad gäller produktionsförändringar i samhället, ett är en övergång till ett informations-samhälle.<sup>300</sup> Oavsett vilken etikett man sätter på förändringarna är de ovedersägliga förändringar avseende produktion och sysselsättning.

Låter vi sedan vår beskrivning av det postmoderna tillståndet kompletteras med ekonomi kan konstateras att eko-

<sup>297</sup> Ibid. Hydén op.cit. s. 38.

<sup>298</sup> Hydén op.cit.

<sup>299</sup> NE.

<sup>300</sup> Namnen på denna tidsålder är många och tar ofta utgångspunkt i förändrad teknik. Några av dessa beteckningar är: det teknologiska samhället, den globala byn, informationens tidsålder, det postindustriella samhället, mikroelektronikrevolutionen, informations-samhället etc.

nomiskt har det från mitten av 1960-talet och framåt skett en förskjutning av betydelse från penningekonomi till finansiell ekonomi. Symboliskt, och begripligt för en var utan ekonomiska specialkunskaper, fick detta ett drastiskt uttryck i det ögonblick när president Nixon 1971 beslöt att kapa den värderelaterade referensen mellan dollarn och guldreserven.<sup>301</sup> Vissa talar om att det i dag finns två parallella ekonomier i samhället. En reell ekonomi, knuten till produkter, handel och tjänster, och en finansiell ekonomi, knuten till spekulation, penningutbyten etc.<sup>302</sup> Vad man sett under de senaste tjugo åren, oavsett enskilda upp- och nedgångar på börserna, är att den finansiella ekonomin expanderat till att bli många gånger större än den reella ekonomin. Harvey, exempelvis, menar att det finns en koppling mellan det postmoderna tillståndet i stort och vad han kallar för en representationskris som uppstått när vi gått från penningekonomi till finansiell ekonomi.<sup>303</sup> För oavsett om man då, från traditionalistiskt håll, gärna tonar ned betydelsen av detta och påpekar att basen för all ekonomi fortfarande är produktion av varor och tjänster är faktum det att den växande finansiella ekonomin arbetar på ett annat sätt med fiktiva värden för denna ”produktion” i form av exempelvis framtida förväntade vinster. Denna

<sup>301</sup> Lindqvist (2001) s. 97.

<sup>302</sup> Ibid. s. 96.

<sup>303</sup> Harvey (1990) s. 298 ff., Wennström (2003a) s. 32.

förändring har påverkat synen på ekonomi, sparare, företagande etc. långt utanför ekonomernas skrå.<sup>304</sup>

Uppräkningen skulle vi ha kunnat göra längre och mer djupgående avseende ”varaktiga” förändringar i riktning mot ett postmodernt tillstånd men nu lämnar vi de s.k. ”varaktiga” elementen i vår analys, utifrån den nietzscheanska modellen, och går över till det som ovan kallats för de ”flytande” elementen.

Tanken på en allmän representationskris kan vara en utgångspunkt när de värdeförändringar som skett under de senaste fyrtio åren ska diskuteras. Dessa är mätbara på samma sätt som förändringar vad gäller industriproduktion, sysselsättning, ekonomi m.m. Inglehart exempelvis menar att så är fallet och grundar sitt påstående på *The World Values Surveys*, en databas som innehåller uppgifter om attityder i förhållande till samhälle, politik etc., vilken representerar attityder hos 70 % av världens befolkning med en variation av samhällen representerade där årsinkomsten är allt från 300 \$ per år till 100 gånger högre.<sup>305</sup> Inglehart säger att det utifrån dessa data går att visa en mätbar förändring i värderingar vid skiftet från ett modernt till ett postmodernt samhälle. Han talar om en koppling mellan sociala och samhällsliga förändringar som förklarar människors värdemässiga förändringar.<sup>306</sup> Två områden är sär-

<sup>304</sup> Lindqvist op.cit. s. 41 ff, 61 ff och 89 ff.

<sup>305</sup> Inglehart (1997).

<sup>306</sup> Ibid. s. 51 ff.

skilt intressanta i denna framställning, nämligen hur det utifrån synen på ett samhälles huvudsakliga samhällliga projekt, som Inglehart uttrycker saken, går att mäta hur individuella värden förändras och auktoritetssystem skiftar.<sup>307</sup> Det finns exempelvis en tydlig förändring vad gäller synen på individuella värden och auktoritetssystem mellan vad Inglehart kallar för traditionella, moderna och postmoderna samhällen. De ”samhälliga projekten” i ett traditionellt samhälle benämner Inglehart ”överlevnad”, vilket speglas i de individuella värderingar vilka ger företräde för traditionella religiösa och sociala normer.<sup>308</sup> Tydligt visar sig detta i frågor om sexualitet, barnuppfostran, kvinnans ställning, abort, avvikande beteenden etc. Det auktoritetssystem som är vägledande i ett traditionellt samhälle, säger Inglehart, är grundat på religiös auktoritet, och det Inglehart kallar för traditionell auktoritet. I moderna samhällen däremot är det huvudsakliga samhällliga projektet det Inglehart kallar för ”maximal ekonomisk tillväxt” vilket på det individuella planet motsvaras av värden som är prestationsbaserade. Ett nyttotänkande tar över de religiöst baserade värdena i ett modernt samhälle och gör att frågor som de ovan nämnda, om sexualitet, barnuppfostran, kvinnans ställning etc., bedöms annorlunda.<sup>309</sup> Den auktoritet som är styrande är, med Ingleharts ord, en rationellt juridisk

<sup>307</sup> Ibid. s. 76 f.

<sup>308</sup> Ibid. 81 ff.

<sup>309</sup> Ibid.

auktoritet eller, som han också uttrycker det hela, en rationellt byråkratisk auktoritet. Går vi slutligen till de postmoderna samhällena kallar Inglehart deras huvudsakliga sociala projekt för subjektivt välmående (subjective well-being) vilket på det individuella värdeplanet visar sig i ett framhållande av vad Inglehart kallar för postmateriella och postmoderna värden,<sup>310</sup> bl.a. ett ökat intresse för sådant som självuttryck (self-expression) och favoriserande av meningsfullhet i arbete och privatliv framför rent ekonomiska värden. I kölvattnet på denna värdeförändring uppstår en misstro mot rationellt juridisk auktoritet och ett ökat intresse för personlig frihet. Det går också att spåra en misstro mot att vetenskap och teknik ska kunna lösa mänsklighetens problem.

”Self-expression” står nära det vi ovan kallade för expressivt tänkande under romantiken. Här specifikt att ha en vilja att skapa ett meningsfullt arbets- och privatliv som inte styrs av moderna ideal vilka underordnades prestationsbaserat tänkande. Frågan är nu: Går det att lita på dessa rön? Kan man i stället tänka sig att de bara ger uttryck för att som man ropar, eller frågar, får man svar? Inglehart exempelvis har en tendens att anknyta till tankar om, mer eller mindre, fasta utvecklingslinjer för samhället. Därmed kan man tycka att han ger uttryck för, men förnekar det själv, liknande tankegångar som s.k. modernization

<sup>310</sup> Ibid.

theory under främst 1960-talet.<sup>311</sup> En gemensam ståndpunkt som olika författare från denna riktning var tämligen ense om var att de som Knöbl säger utgick från att: ”social change towards modernity in different societies will take place in a rather uniform and linear way”<sup>312</sup>. Inglehart medger att han är ense om vissa av de uppfattningar som modernization theory byggde på, men han säger sig skilja sig från denna bl.a. vad gäller synen på att demokrati skulle vara något inneboende i all modernisering. Han menar även att teorin lika gärna kunnat heta ”westernization theory”. För drar man teorin till sin spets medför den att man i det närmaste ser modernisering som en naturlig utveckling.

Man bör nog ha en viss kritisk inställning till delar av de rön Inglehart presenterar men kompletterar vi hans undersökningar med andra liknande undersökningar börjar trots detta bilden bli tämligen entydig vad gäller att värdoförändringar har skett i vårt västerländska samhälle vid skiftet från ett modernt till ett postmodernt samhälle. Låt oss därför också se vad Putnam säger om ett alltmer individualiserat västerländskt samhälle.

Putnam utgår i sina undersökningar från begreppet ”socialt kapital”, d.v.s. att sociala nätverk har ett konkret värde på samma sätt som fysiskt kapital och humankapital.<sup>313</sup> Det handlar med andra ord om sociala relationer.

<sup>311</sup> Ibid. s. 8 ff.

<sup>312</sup> Knöbl (2003) s. 96. Se också exempelvis Alexander (1994) s. 168 ff.

Begreppet har både en individuell och en kollektiv aspekt, menar Putnam.<sup>314</sup> Individuellt genom att ett stort eget socialt kapital gynnar egenintresset i allt från att få en hjälpande hand när det behövs till när det gäller att exempelvis söka och få ett arbete. Kollektivt, menar Putnam, exempelvis på ett så enkelt sätt som att om grannar håller ett öga på varandras hus sjunker antalet inbrott i ett område och därmed kostnader för det allmänna och kollektivet av försäkringstagare. Exemplet skulle kunna göra än tydligare vad gäller förhållandet mellan exempelvis brist på sociala nätverk och ökad sjuklighet. Putnam kopplar samman socialt kapital och medborgaranda. Hans tes är att p.g.a. att det mätbart går att visa att det sociala kapitalet minskat i exempelvis USA har därmed också tidigare former av medborgaranda försvagats eller försvunnit. Med ett digert statistiskt material visar Putnam att band till familjen, närboende, vänner, kyrkliga församlingar, föreningar, politiska partier minskat drastiskt sedan mitten av 1960-talet och särskilt snabbt de senaste tjugofem åren. Hans tes om det sociala kapitalets betydelse för ”medborgarandan” är omdiskuterad.<sup>315</sup> Vi behöver inte ta ställning till denna tes här; vad som är av intresse är Putnams statistiska materiel angående individualiseringen i samhället. Vi kan ur Putnams resonemang dra fyra intressanta fenomen som stöder

<sup>313</sup> Putnam (2001) s. 18.

<sup>314</sup> Ibid. s. 19

<sup>315</sup> Petersson/Rothstein (2001) s. 7–11.

tesen om en individualisering av det västerländska samhället.

Den första orsaken till individualiseringen skulle då vara arbetslivets omorganisering för både män och kvinnor. På det enskilda planet orsakar detta nya arbetsliv en upplevelse av stress och tidsbrist.

Den andra orsaken till individualisering är ökat förortsboende och pendling, vilket även det ökar upplevelsen av stress och tidsbrist.

Den tredje orsaken till individualisering och nedgång i socialt engagemang är den elektroniska underhållningen, främst TV, som delvis privatiserat fritiden.

Den fjärde orsaken till individualisering är att nya generationer medborgare är mer konsumenter än deltagare i organisationer och politik.<sup>316</sup>

Ovan diskuterades det moderna samhällets förhållande till disciplin. Vi sade då att disciplinen hade sina rötter i upplysningens tvådelade klart lysande stjärna: ”förnuft”, i form av emancipation, och frihet. Försöker vi ställa samman denna diskussion med vad som sagts här om det postmoderna samhällets omvandling vad gäller produktion i form av informationssamhälle, ekonomi i form av finansiell ekonomi och representationskris, värdoförändringar och auktoritetssyn i form av självförverkligande och väl-

<sup>316</sup> För en sammanfattning av dessa fyra punkter se Putnam op.cit. s, 298 f.

mående samt individualisering i form av svagare sociala band till familj, närboende, vänner, församlingar och organisationer blir det av stort intresse att diskutera om och hur rätten och juridiken ska komma in i denna förändrade verklighet. Jhering, såg vi ovan, pläderade starkt för en monocentrisk syn på rätten. En grundtanke för honom var att det var statsmakten som genom lagen var den enda kraft som i egentlig mening kunde ”reglera och främja utvecklingen”.<sup>317</sup> Frågan är om det även stämmer i dag. Många menar att vi redan har en polycentrisk rätt både vad gäller auktoritet, i form av ”maktcentra”, och i form av rättskällevärd. <sup>318</sup> Fenomen som stöder detta är maktförskjutningar, från staten till exempelvis EU, avregleringar, från staten till förmån för näringsliv, organisationer och enskilda samt privatiseringar, d.v.s. fenomen vilka samtliga har försvagat staten och därmed det monocentriska perspektivet.<sup>319</sup> Slutsatsen av det sagda blir att den form av styrning genom lag som exempelvis Jhering pläderade starkt för är svår att enbart hålla fast vid i dag när bl.a. inte längre den starka nationalstaten är för handen.<sup>320</sup>

<sup>317</sup> Supra not 142.

<sup>318</sup> Se Zahle exempelvis (1986), Petersen(1995) och Gustafsson (2002) s. 148 ff.

<sup>319</sup> Det finns starka belägg för att monocentrismen bara är en historisk parentes och att rätten genom historien i stället varit starkt pluralistisk. Goodrich (1996), Dalberg-Larsen (1994) s. 101 ff.

<sup>320</sup> Wästerhäll (2002) s. 23–35 och 635–657.

Ekelöf, som var en anhängare av tanken på att med rättens hjälp dirigera människor handlingar utifrån ”plikt” och ”samhällsmoral”, såg i den sista, av honom själv redigerade, upplagan av *Rättegång I* problemen med ”normpåverkan” i ett samhälle där oenigheten är större än enigheten.<sup>321</sup> För kompletterar vi bilden även med två andra perspektiv blir den än mer komplicerad, nämligen med exempelvis mångkulturella aspekter och genusaspekter. De senare aspekterna, tillsammans med det övrigt sagda, gör att vi börjar närma oss den bild av det senmoderna tillståndet som förmedlades i citatet ovan ur Stig Larssons *Autisterna*, d.v.s. en värld utan synlig mening, kontinuitet och struktur. Ser vi det hela från den ”mörka sidan” har vi följande saker som stöder splittring: Förändrade produktionsmönster, en ny ekonomi, värde- och auktoritetsförändringar, försvagade sociala band, en svag stat och kulturell och könsmässig pluralitet. Man kan fråga sig om det inte finns någon väg ut ur detta ”mörker”. Låt oss pröva den form av reflexivt, dialektiskt, tänkande som Hegel pläderade för, d.v.s. att genom att ha en prövande hållning till det undersökta även se inbyggda motsägelser i det analyserade. I detta fall söker vi ljus, i det mörker som lätt kan frammanas, för rättens del i ett senmodernt samhälle.

<sup>321</sup> Ekelöf op.cit.

Återgår vi till upplysningens dubbelstjärna är det kanske så att en av ”emancipationens” två sidor, friheten och disciplinen, bör bytas ut. Låt oss anta att friheten ”bör behållas”, men allt talar för att disciplin som ”frigörande” kraft, i vid mening, inte passar det senmoderna tillståndet. Bauman exempelvis har uppmärksammat detta.<sup>322</sup> Han kopplar samman fenomen som splittring, kulturell fragmentisering etc. med svårigheten att i dagens värld använda sig av gårdagens former av ”panoptisk” styrning och övervakning. Dennes metafor för det hela är att modernitetens modell för styrning liknar marschkolonnen, medan postmodernitetens sätt mer liknar bisvärmen. Det karaktäristiska för en svärm, säger han, är att den inte behöver några korpraler eller sergeanter och att den är samordnad utan att vara en integrerad helhet. Ska man styra svärmen, säger han vidare, ska man inte inrikta sig på det enskilda biet utan på ”blommorna på ängen”. Han menar att disciplin ersatts av ”frisläppande” (disengagement).<sup>323</sup>

Det mörker för rättens del, som jag talade om ovan utifrån det postmoderna tillståndet, är kanske därför bara ett mörker för den monocentriska bilden av rätten. Monocentrin är historiskt sett också bara en tidsmässigt sett kort företeelse. Den föddes med nationalstaterna någon gång under senare delen av 1800-talet och började sakta men

<sup>322</sup> Bauman (2000) s. 3 och s. 42–70.

<sup>323</sup> Framställningen bygger på Wennström (2002) s. 136–140.

säkert att förlora mark i samma takt som dessa stater ”fall”.<sup>324</sup> Återknyter vi till den dekonstruktion som jag gjorde i förra kapitlet av begreppet rättssäkerhet är en strategi som kommer att prövas nedan att söka ”ljuset i mörkret” på vad jag ovan kallat för ”oliksidan”, d.v.s. bland begrepp som flexibilitet, anpassning, faktiska situationer, faktiska individer. Med andra ord bland de företeelser som har varit undantryckta under den monocentriska moderna eran.

## Avslutande diskussion och vidare uppläggning av arbetet

Jag talade om tre ”paradigm” avseende synen på individen: rationalism, expressivt tänkande och scientism. Frågan är nu hur detta ska användas avseende diskussionen om den senmoderna individen? För att ge ett svar måste vi i korthet beskriva och ge grunden för de tre paradigmens antropologier.

Utgår vi i grova drag från att rationalismen inte utgick från en betydelsebärande universell ordning bakom universum som individen bestämdes av, utan att människan var

<sup>324</sup> Frågan om huruvida man ska räkna ut nationalstaten eller ej finns det delade meningar om. Vad som tycks råda enighet om är att förutsättningarna för nationalstaten förändrats väsentligt under de senaste tjugoåren. Se exempelvis Westerhäll op.cit.

ett objekt bland andra objekt i världen med ett självdefinierande subjekt, har vi därmed grunden för rationalismens antropologi.

Det expressiva paradigmet, och den expressiva antropologin, kan därefter i grova drag sägas vara en sammanföring av Kants syn på det autonoma subjektet, som inte lät sig bestämmas av naturen eller andra orsaker, och uttrycksidén, d.v.s. att människan är en expressiv varelse som uttrycker något med sitt liv. Här har vi grunden för den expressiva antropologin.

Det scientistiska paradigmet slutligen söker vetenskapliga enhetliga, monistiska, förklaringar för vem människan är, exempelvis att i grova drag se människan som en biologisk naturprodukt, ett djur bland andra djur. Här har vi grunden för den scientistiska antropologin.

Medvetet är dessa tre antropologier förenklingar. Jag förenklar för att kunna föra diskussionen vidare till den senmoderna antropologin på rättens område. Det kan nämligen vara intressant att ställa frågan om vilka problem som de tre olika paradigmen arbetade med och därmed få syn på vilken ”fråga” dessa olika antropologier är ett svar på. Börjar vi med att försöka ringa in det hela kan vi, när det gäller det rationella paradigmet, säga att det ”problem” som behandlades var hur man ska se på människan i en objektiverad värld, d.v.s. i en värld som inte längre har en enhetlig kosmisk ordning och mening att luta sig mot. Det gick inte

längre att som under medeltiden enbart ”läsa i naturens bok” för att förstå människan. Svaret på dessa frågor i form av en antropologi är en fri människa, lika fri som andra objekt i världen, obunden av gamla tidens ”logik”.

Det expressiva paradigmets problemställning däremot formulerades utifrån den moraliska friheten, d.v.s. att människan inte enbart är ett bundet naturväsen utan också kan gå utöver sin natur och till och med emot sina naturliga böjelser. Det problem detta alstrar är hur en människa skild från naturen och andra människor ska kunna förena sig med naturen och andra människor i ett samhälle utan att förlora sin moraliska frihet. Svaret i form av en antropologi är att människan själv väljer vad som är viktigt för henne och att grunden i alla relationer till andra människor är att respektera andra för att själv bli respekterad.

Slutligen, det scientistiska paradigmet, i dess första formulering vid mitten av 1800-talet, utgår ifrån att det finns en sanning om människan, som hon har gemensam med alla andra biologiska varelser, d.v.s. hon ska ses som ett djur bland andra djur så att även exempelvis hennes själsliv är ett utflöde av ”biologiska processer”. Själslivet är på så vis inget annat än en sammanfattning av hjärnfunktionerna. Förnuft får därmed en ny tolkning och dess värsta fiende blir sådant som vidskepligheten, som hindrar människan från att bygga en rationell och välfungerande värld där allt själsligt och kroppsligt lidande kan utrotas om bara den nya

sanningen tillåts segra. Fundamentet i den scientistiska antropologin i dess ursprungliga formulering är m.a.o. människan som biologisk varelse.

Hur ska då, på samma kortfattade sätt, det senmoderna paradigmet om människan kunna sammanfattas vad avser de problem vi i dag brottas med angående individen? Utgår vi ifrån att analysen ovan angående det senmoderna samhället är riktig – d.v.s. att vår tid karaktäriseras bl.a. av frisläppanden från tidigare former av auktoritet som ersatt tidigare styrning och disciplin, att sociala band försvagats, att kulturell fragmentisering skett, att produktions- och konsumtionsmönster förändrats, att värdemässiga förändringar skett i riktning mot värden baserade på välmående och självförverkligande och att allt detta skapat en djupgående representationskris i förhållande till moderna värden baserade på prestation – och försöker vi utifrån detta formulera en problemställning, relevant för denna framställning, skulle denna kunna vara: Hur behålla de framsteg som den moderna staten och lagstiftningen givit i form av stabilitet och säkerhet m.m. och samtidigt tillgodose senmoderna krav på självförverkligande (expressivitet) och individuellt självbestämmande? Det skulle därmed finnas vissa likheter med, men även skillnader gentemot, både de expressiva och de scientistiska antropologiernas frågeställningar.

Det finns således exempelvis en klar likhet mellan den senast formulerade senmoderna frågeställningen och de problem som exempelvis Hegel brottades med. Det tidiga 1800-talet uppvisade i sina små tyska stater en betydande kulturell och social fragmentisering.<sup>325</sup> Folkomflyttningar, Napoleonkrigen, ståndssamhällets nedmontering, gryende industrialisering o.s.v., allt detta skapade en osäkerhet ner på individnivå. Diskussionen då var, vilket sagts ovan: Hur skapa säkerhet i ett samhälle utan att friheten går förlorad? I dag den motsatta: Hur behålla säkerhet och trygghet när frisläppande och frihet ökar?

I det förra kapitlet föreslog jag att ett centralt tema för diskussionen nedan borde vara integritet. Innan jag genomför denna diskussion måste dock nya former av scientism diskuteras, eftersom dessa anser sig kunna ge svar på de frågor som diskuteras här.

Scientistiska betraktelsesätt är utflöden av det som ovan beskrevs som naturvetenskaplig påverkan på humanvetenskapen. Den nästa starka återknytningen till scientism, efter vågen kring mitten av 1800-talet, utgjorde den logiska positivismen med rötter i den s.k. Wienkretsen under 1920–30-talet. I dess kölvatten växte ett intresse för analytisk filosofi och begreppsanalys. För den logiska positivismens förgrundsgestalter, som exempelvis Carnap, var siktet helt klart inställt på att på filosofins område arbeta på

<sup>325</sup> Pinkard op.cit.

samma sätt som man gjorde inom fysik, kemi, biologi etc. Carnap, Neurath m.fl. talade om en enhetsvetenskap, för vilken det gällde att avtäckas världens logiska uppbyggnad. På juridikens område är Kelsens rena rättslära starkt påverkad av den logiska positivismens grundtankar. Idén om en enhetsvetenskap uppgavs dock av Wienkretsens män själva i slutet av 1940-talet.<sup>326</sup> Det scientistiska tänkesättet har sedan med jämna mellanrum fått sitt nyuppvaknade och klätts i olika dräkter. Den senaste varianten av tydlig scientism är kognitionsforskning.<sup>327</sup> Centralt för denna är begrepp som ”information”. Man studerar, ur olika synvinklar, hur ”information” behandlas i naturliga system som hjärnan. Man försöker exempelvis att skapa modeller av perceptionen och minnet. Kognitionsforskning finns inom neurovetenskap, lingvistik och kognitiv antropologi, psykologi m.fl. vetenskaper och discipliner. Oavsett vilken del av kognitionsforskningen man studerar finns det grundläggande likheter. Man använder sig exempelvis av tekniska begrepp som ”information”, ”processer”, ”kod”, ”strukturer”, ”nätverk” etc., och man försöker skapa

<sup>326</sup> I Bör den allmänna rättsläran omorienteras, Wennström (2003a) har jag ingående diskuterat allmän rättsläras starka knytning till analytisk filosofi. Där finns också en mer djupgående analys av exempelvis Carnaps synsätt.

<sup>327</sup> Se Button et. altera (1995) om en kritik av kognitionsforskningen. Se också Searle (1992) kritik av kognitionsforskningen. För en mer välvillig granskning av den s.k. kognitiva revolutionen står Gardner (1987), se särskilt s. 10–88 och 260–280.

modeller av ”naturliga processer”. Min främsta kritik av detta är inte att anlägga dessa perspektiv utan det är när de övergår till mentalistiska, scientistiska uppfattningar om individen, vilket leder till en form av reduktionism, så att vad det innebär att vara människa plötsligt tolkas utifrån exempelvis ”naturliga” processer i hjärnan.<sup>328</sup>

Påpekas bör att resultatet av kognitiva studier får användbara tillämpningar. Här råder samma samband som inom övrig naturvetenskap, att exempelvis en viss teori inom fysiken kan få nyttiga tekniska tillämpningar medan detta förhållande på intet vis kan tas som intäkt för en sådan teoris användbarhet vid generella diskussioner utanför sitt användningsområde. Vad jag syftar på är det som brukar kallas för vetenskapens grundvalskris, d.v.s. att den vetenskapliga världsbildens ”sanningar”, trots att den kan bevisas matematiskt eller styrkas teknologiskt, inte har något stöd i normalspråkliga uttryck, för att låna Arendts formulering.<sup>329</sup> Hon säger så här om fåfänga försök att nonchalera denna grundvalskris:

<sup>328</sup> Ett sätt att komma ifrån kritiken om reduktionism är exempelvis att anlägga ett ”connectionist perspective”, se exempelvis Rumelhart (1991) vilket innebär att man inte, som exempelvis Fodor (1975), ser ”the mind” som ett program inom hårdvaran ”the brain” utan man talar istället om ett nätverk där saker och ting kopplas ihop med varandra och därmed också miljön som detta nätverk arbetar i tas in.

Kritiken för reduktionism är dock trots detta svår att undkomma.

<sup>329</sup> Arendt op.cit. s. 28.

Om vi vore dåraktiga nog att tillmötesgå det så ofta framförda kravet på att vi ska anpassa våra kulturella uppfattningar efter vetenskapens nuvarande nivå, skulle vi på allvar anträda en väg där språket inte längre är meningsbärande.<sup>330</sup>

Kognitionsforskningen är här inte något undantag när den talar om ”information”, ”processer”, ”naturliga processer” etc. Dess begrepp är svåra att översätta till det sammanhang som den diskussion vi för här, vilken i högsta grad är ”meningsbärande”, för att använda Arendts vokabulär. Hon säger vidare att tack vare att naturvetenskapsmännen har tvingats använda sig av ett tekniskt, ofta på matematiken, grundat språk som innehåller utsagor som svårligen kan översättas till ett vardagligt språk, så lever de i, vad hon kallar för en språklös värld.

Vetenskapsmännen lever alltså redan i en språklös värld, vilken de i egenskap av vetenskapsmän själva inte kan hitta ut ur. Och detta faktum måste väcka ett misstroende mot deras politiska omdömesförmåga. Anledningen till att man i frågor som rör mänskliga angelägenheter inte kan förlita sig på vetenskapsmännen i egenskap av vetenskapsmän är inte primärt deras brist på civillkurage ..., utan just på grund av att de lever i en värld där språket har förlorat sin makt och som inte är mäktigt språket. Ty det människor gör, när kunskap om eller upplever är inte meningsfullt i den mening det går att tala därom.<sup>331</sup>

<sup>330</sup> Ibid. s. 29.

<sup>331</sup> Ibid.

När Arendt ovan säger ”politik” menar hon det i aristotelik mening och inte i partipolitisk mening och vår diskussion här rör just det hon kallar för ”mänskliga angelägenheter”. Kognitionsforskningen kan dock, och har också fått, nyttiga tillämpningar inom juridiken. Rättsinformatik är ett sådant område där kognitionsforskning fått tillämpning inom juridiken. Det är inte osannolikt att även exempelvis kognitiv psykologi kan få sådana tillämpningar. Men faktum kvarstår, i denna diskurs är det svårt att se hur vi skulle kunna få användning av kognitionsforskningen. Här rör vi oss nämligen på ett område där naturvetenskapens grundvalskris visar sig tydligt. Diskussionen rör just frågor där det är av yttersta vikt att människor kan ”uppleva meningsfullhet” och ”göra sig förstådda med varandra och sig själva”, som Arendt säger.<sup>332</sup> Av den anledningen avvisar jag kognitionsforskningen scientistiska lockrop, att just nu, vid just denna tidpunkt har man gjort så stora framsteg att det påverkar allt och alla. Samma lockrop som scientismen alltid lockat med, från upplysningen när det var fysiken, vid mitten av 1800-talet när det var biologin, och på 1920-talet när det var matematik och den nya fysiken: Nu, just nu har genombrotten gjorts!

Låt oss nu gå över till att diskutera integritet i förhållande till frågan om hur säkerhet och trygghet kan skapas i en värld av frisläppanden och ökad frihet. Jag väljer då att

<sup>332</sup> Ibid. s. 30.

först diskutera integritet i arbetslivet. Valet faller på detta område, eftersom det var här som frågan om ”disciplin” visade sig tydligt under den moderna eran. Ovan såg vi att Foucault menade att disciplinens uppgift var att ”jämföra, differentiera, hierarkisera, förenhetliga och utesluta. Kort sagt ... normalisera.”<sup>333</sup> Nutida tankar om integritet i arbetslivet tar sin utgångspunkt i något rakt motsatt, nämligen i likabehandling i syfte att inte normalisera utan att tillåta individuella och exempelvis könsmässiga särdrag. Väljer vi att studera en del fråga av integritet i arbetslivet är likabehandling av män och kvinnor ett lämpligt val. Till att börja med finns på detta område direktiv 76/207/EEG (om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor). Här är vi intresserade av aspekter på likabehandling som rör integritet. Källström menar, som vi såg ovan, att frågorna om integritet i anställningsförhållanden vetter åt två håll: dels mot partsautonomin och balansen mellan parterna, dels mot mänskliga rättigheter, mänsklig värdighet och främjande av demokrati.<sup>334</sup> Det är de senare frågorna som ska diskuteras här och särskilt då mänsklig värdighet. Det tydligaste uttrycket för en kränkning av en persons värdighet i arbetslivet är det som brukar gå under benämningen sexu-

<sup>333</sup> Supra not 285.

<sup>334</sup> Källström op.cit. s. 88.

ella trakasserier. Innan detta diskuteras kan konstateras att Arbetarskyddsstyrelsen med stöd av arbetsmiljölagen utfärdat föreskrifter om åtgärder mot kränkande särbehandling överhuvudtaget i arbetslivet (AFS 1993:17). I dessa sägs att med kränkande särbehandling menas återkommande klandervärda eller negativt präglade handlingar som riktas mot enskilda arbetstagare på ett kränkande sätt vilka kan leda till att någon ställs utanför arbetsplatsens gemenskap. Vidare sägs i de allmänna råden som är fogade till dessa föreskrifter att ”förhållningssätten i kränkande handlingar präglas sammanfattande av grov respektlöshet och bryter mot allmänna heders- och moralbegrepp om hur människor bör bemötas”. Fokus är därmed inte satt på beskrivningar av handlingarna i sig utan man konstaterar att ”kränkande särbehandling föreligger först när personkonflikter förlorar sin prägel av ömsesidighet och när respekt för människors rätt till personlig integritet glider över till icke etiska handlingar”. Denna rätt till personlig integritet kan sägas vara grundtanken i alla bestämmelser som inriktar sig mot kränkande särbehandlingar. Går vi nu vidare till frågan om sexuella trakasserier kan vi se att EG-rätten i allt från en rådsresolution, EU 1990 (OJ nr C157, 27.6.1990, s. 3) angående sexuella trakasserier, till Kommissionens rekommendation (OJ nr L 49, 24.2.92, s 1) i samma ärende säger att det är varje individs sak att avgöra vilka uppträdanden som kan accepteras och vad som är

kränkande. Därmed klargörs också något viktigt angående kränkningar av detta slag, nämligen att det inte är handlingarna i sig som är det centrala utan att hur den drabbade uppfattar handlingar och beteenden. För den ”normaljuridiska diskursen” står dock ”gärningar” i centrum. Initialt kan det från detta perspektiv framstå som rättsosäkert för den som anklagas för kränkande beteende, om en förskjutning sker från intresse för ”gärningar” till intresse för den drabbades uppfattningar. Vad vi diskuterar här är dock inte de straff- eller skadeståndsrättsliga aspekterna av kränkningar av den personliga integriteten. Det är skyddet i sig för en persons integritet i form av värdighet som intresserar oss. I nästa kapitel kommer jag att återkomma till straffrättsliga aspekter i förhållande till skyddsändamålstänkande. Intressant här är att klargöra mer principiellt hur man kan se på personlig integritet och värdighet. Kopplar vi samman integriteten med det som eftersöktes ovan, nämligen säkerhet i en ny samhällssituation med avregleringar och frisläppanden, är kanske fokus på ”integriteten” det som är svaret. Men ser vi hur frågan hittills diskuterats när det gäller integritet i arbetslivet har det tidvis varit en slagsida åt frågor som har att göra med partsautonomi och balansen mellan parterna på arbetsmarknaden, se exempelvis SOU 2002:18 angående förslag till en lag om integritet i arbetslivet.<sup>335</sup> Lämna vi den direkta frågan om integritet i arbetet kan man säga att begreppet integritet i förhållande

till värdighet skiljer sig från närliggande områden på följande vis.

Integritet i den mening vi talar om här liknar men skiljer sig från mänskliga rättigheter både som begrepp inom internationell rätt och politik och dessa rättigheter sedda som medborgerliga fri- och rättigheter. Perspektivet för de senare är som bekant medborgarnas rättigheter gentemot staten, överheten. Det förra däremot äger bara sin tillämpning på förhållandet mellan stater. Frågor om ”självkänsla” sedd ur den enskildes perspektiv behandlas inte direkt i kontexten av mänskliga rättigheter.

Vidare liknar den form av integritet vi talar om här, men skiljer sig också åt från, straffrättsliga regler som ärekränkning, olika former av sexuella övergrepp etc., genom att fokus inte är på handlingar utan på personliga upplevelser.

Integritet i den form vi talar om här liknar, men skiljer sig också från, det som brukar benämnas som sociala rättigheter, i vid mening, genom att dessa kan beskrivas som förmåner men inte direkt har att göra med exempelvis frå-

<sup>335</sup> Se exempelvis för ett annat synsätt reservationen på utredningens förslag, av Lena Svenaeus, hon påpekar (SOU 2002:18 s. 269 att: ”En lag som handlar om skydd för den personliga integriteten ligger nära – och sammanfaller i viktiga delar – med lagstiftning om mänskliga rättigheter och lagstiftning till skydd mot diskriminering. Det talar starkt för att lagförslaget borde utformas som en rättighetslag med vissa starkt begränsade undantag från rätten till integritet. Eftersom det handlar om rättigheter för individen är det viktigt att lagstiftningen är lätt att tillämpa. Annars riskerar den att bli ineffektiv.”

gor om att ge individen möjlighet att uttrycka det hon vill med sitt liv.

Integritet i den form vi diskuterar här liknar också, som vi konstaterat tidigare, integritet i arbetslivet men skiljer sig åt från de delar av dessa frågor som har fokus på balansen mellan parterna och handlar mer om frågor som berör mänsklig värdighet.

Integritet i den form vi diskuterar här ansluter visserligen till, men skiljer sig från, det som kallas för genetisk integritet. Kontexten här är nämligen social, politisk och kulturell och inte i första hand biologisk.

Låt oss göra ett försök att utifrån Savigny m.fl. göra en ny- och omtolkning, av den ”expressiva idén” om människan så att denna anpassas till dagens problem. Ser vi på Savignys modell för lösning på de problem som gällde då, hette den gränsdragning i form av en fri sfär runt individen. Han utgick ifrån att människan, som han sade, stod mitt i yttervärld, och att det viktigaste för henne i denna omgivning var de hon kom i beröring med genom att hon liknade dem till natur och bestämmelse. Beröring indikerar här att det handlar om människan egna val, d.v.s. ett i grunden expressivt förhållningssätt. Det fanns m.a.o. en form av självbestämmande som Savigny sedan kopplade samman med rätten som gränsdragning och med vänskap och ära. Denna form av rätt, som gränsdragningsinstrument för individens

möjlighet att uttrycka något med sitt liv, är det som jag vill använda mig av vid en ny- och omtolkning av romantikens uttrycksidé för att sedan överföra till dagens värld. Gränsdragningen blir det som garanterar den säkerhet som eftersökts här. Men för att en sådan gränsdragning ska fungera krävs det att rättsordningen erkänner individens behov av och möjlighet till självförverkligande i form av olika uttryck för sitt liv. Det är med andra ord förhållningssätt för rätten i förhållande till att människor skiljer sig åt i dessa hänseenden som är av vikt här.

I inledningskapitlet ställdes frågan, utifrån *Smith*-fallet, om likabehandling innebar att behandla alla lika eller om det skulle ses som att bejaka olikheter för att kunna behandla lika. Den senare inställningen till frågan kommer att prövas här.

I nästa kapitel kommer jag att diskutera tre områden där frågor om ett senmodernt expressivt tänkande ställs på sin spets. Först rör det medborgarbegreppet och i den kontexten frågor angående likabehandling. Därefter är det frågor om barn, även där till stora delar i beröring till medborgarbegreppet. Slutligen är det frågor kring kön i olika kontexter, bland annat en straffrättslig. Syftet är att formulera utgångspunkten för en ny juridisk antropologi, en juridisk syn på individen som ger svar på dagens frågor i stället för att upprepa gårdagens svar och ständigt hänvisa till formella värden i form av exempelvis rättssäkerhet när dagens problem diskuteras.

## 4 Medborgarskapet och individen

### **Inledning**

Det kan vara på sin plats för diskussionen i detta kapitel att ta några exempel på när frågor om likabehandling ställs på sin spets. Jag vill inte kalla de tre exemplen nedan för typfall men de fungerar i denna framställning som pedagogiska illustrationer. Det första fallet kallar jag för likabehandlingsfallet, det andra för särbehandlingsfallet och det tredje för identitetsfallet. En utgångspunkt för valet av exempel är det som sades i inledningen till detta arbete, att likabehandling kan diskuteras på en mängd olika nivåer, konstitutionell, lagnivå, administrativ etc. Den autonoma individen är, vilket tidigare påpekats, ett uttryck för likabehandlingstanken på en generell nivå så som den uttrycks i exempelvis en konstitution, d.v.s. att lagstiftning etc. är och skall vara socialt, etniskt och könsmässigt o.s.v. neutral. Ett samhälle som enbart känner generell likabehandling, konstaterades i inledningskapitlet, kan inte åstadkomma särskilt mycket genom lagstiftning och administration. Det kräver olika former av individuation, sades det. Varje individuation innebär dock ett avsteg från tanken på den autonoma individen. En viktig fråga blir därför nedan när

individuationer är tillåtna och vilka kriterier som ska gälla för att de ska vara tillåtna.

*Likabehandlingsfallet.* Jesse Owens tog fyra guld i OS 1936, 100 m, 200 m, längd och 4 x 100 m. Han kan sägas vara en av världens främsta friidrottare genom tiderna. När Owens sprang sina lopp och hoppade längd ville han att bara att klockan respektive måttbandet skulle vara det som utgjorde bedömningsgrunden för hans prestationer. Hudfärg skulle inte inverka på bedömningen av hur bra idrottsman han var. Bilden av Owens när han springer och hoppar längd är en enkel och tydlig bild av krav på likabehandling. Men bilden är även tillämplig i dag när det gäller frågor om tillträde till utbildningar, yrkesliv och offentligt liv i alla dess former.

*Särbehandlingsfallet.* Låt oss säga att en man och en kvinna anställts samtidigt på en arbetsplats med likadana befattningar och de har båda fått sina arbeten i konkurrens med andra sökande. Efter att de arbetat i tre år och befinner sig jämsides i karriären blir kvinnan gravid. Hon sägs upp, för i vårt exempel får vi anta att det ännu inte finns några regler för dessa situationer. Mannen arbetar vidare. För att råda bot på de problem som graviditet skapar för kvinnor i dessa situationer har man i många länder infört regler som särbehandlar kvinnor när de är gravida. Grunden för en sådan individuation och därmed särbehandling görs för att möjliggöra en ”likabehandling” av kvinnor och män. Bil-

den av den gravida kvinnan som inte sägs upp är den enkla och tydliga bilden av särbehandling för att skapa ”likabehandling” mellan könen. Denna form av individuation, och avsteg från tanken på den autonoma individen, används exempelvis när det gäller biologiska könsskillnader, handikapp och ålder. Rättsligt krävs sakliga skäl för att sådana särbehandlingar ska tillåtas.

*Identitetsfallet.*<sup>336</sup> Gobind Sing instiftade 1699 ett brödraskap, khalsa. Män som blivit initierade i khalsan bär namnet Sing. En khalsmedlem bär fem attribut: oklippt hår och skägg, kam, svärd eller dolk, stålarmband och knä-långa underbyxor. Vuxna män har turban vilket är en del av den religiösa identiteten. Turbanen kan för en sikh inte ersättas av en annan huvudbonad. Tänker vi oss en sikh som får en anställning med vilken följer ett krav på att bära uniform, exempelvis som polis, militär, spärrvakt eller chaufför innebär det att sikhen många gånger ställs inför ett omöjligt val i sådana fall om inte dennes religiösa identitet respekteras. ”Särbehandling” utifrån identitetsfallet innebär också det ett avsteg från tanken på den autonoma individen. Grunden för denna form av individuation är att religiös eller kulturell identitet inte ska utgöra ett hinder och utestänger personer från exempelvis arbetslivet. Polisen, militären eller spärrvakten med turban är sinnebilden

<sup>336</sup> För en introduktion till spänningsförhållandet mellan medborgarskap och identitet, se Isin/Wood (1999) s. 14 ff.

för identitetsfallet av ”särbehandling”. Denna form av särbehandling används för att uppnå ”likabehandling” av exempelvis ursprungsbefolkningar, religiösa och eller kulturella minoriteter. Även i dessa fall krävs sakliga skäl för rättsligt tillåten individuation.

Nedan kommer dessa enkla bilder av ”likabehandling” att kompliceras och problematiseras ytterligare. Ibland tycks de komma i konflikt med varandra, andra gånger måste även andra hänsyn tas, exempelvis till klass eller till samverkande faktorer som när exempelvis klass, kön och identitet samverkar. En paradox som kommer att belysas nedan är att individualisering inte behöver stå i konflikt med ”grupptänkande”. Viljan att tillhöra och verka i en grupp kan vara ett uttryck för en individuell strävan, ett val. Samtidigt är grupptänkande många gånger en kollektivisering som låser fast individen i en viss social eller annan position.

När likabehandling diskuteras är det många gånger ovan nämnda *likabehandlingsfall* som finns i åtanke. Men har man detta fall hela tiden för ögonen missar man många nyanser som tanken på juridisk individuation innebär. Idén om juridisk individuation är nämligen släkt med en princip som tolkats och omtolkats genom historien, nämligen principen om juridiska tillrättalägganden<sup>337</sup> och indelningen i formell och materiell rättvisa.<sup>338</sup> Formell rättvisa, i form

<sup>337</sup> Perelman (1967) 18 ff.

av att ”lika fall ska behandlas lika”, brukar man påpeka kräver undantag, tillrättalägganden, d.v.s. materiell rättvisa. Ett slaviskt följande av ”likabehandling” kan nämligen i enskilda fall leda till ”orättvisa” resultat. Grundtanken vid avsteg från formell rättvisa gäller också vid individuation, avstegen måste vara sakligt motiverade. Den första artikeln i Franska nationalförsamlingens förklaring om mänskliga rättigheter och medborgarskap från 1789 anger grundformen för tillåten individuation:

Människan föds och förblir jämlik till sina rättigheter.  
Samhällelig åtskillnad får endast grunda sig på allmänt intresse.<sup>339</sup>

Här kan man se, i sista meningen av citatet, just kravet på att det måste finnas en motivering för inskränkningar i frihet och generell likabehandling. Det ”sakliga skäl” som anförs här är ”gemensam nytta”. Går vi framåt i tiden kan vi till att börja med konstatera att det finns en rad amerikanska rättsfall som behandlar skäl till avsteg för generell likabehandling. I exempelvis *Rinaldi v. Yaeger*, där man bygger vidare på fallet *Tigner v. Texas*, sammanfattar

<sup>338</sup> Se vidare Wennström (2002) s. 70 ff.

<sup>339</sup> Artikeln brukar översättas på detta sätt. En översättning, av den sista meningen, som bättre stämmer överens med juridiskt språkbruk skulle kunna vara: ”Medborgerlig rättslig åtskillnad får endast grundas på gemensam nytta.” Angående förhållandet mellan franska revolutionen, modernitet och medborgarskap, se Faulks (2000) s. 30 ff. Se också Paines, (1969) s. 135 ff., klassiska kommentar till Nationalförsamlingens förklaring.

Supreme Court frågan om hur *Equal Protection Clause* ska tolkas.

The Equal Protection Clause requires more of a state law than non-discriminatory application within the class it establishes... It also imposes a requirement of some rationality ... in the nature of the class singled out. To be sure, the constitutional demand is not a demand that a statute necessarily apply equally to all persons. "The Constitution does not require things which are different in fact . . . to be treated in law as though they were the same." *Tigner v. Texas*.

Särskilt är det formuleringarna "*the constitutional demand is not a demand that a statute necessarily apply equally to all persons*" och att "*The Constitution does not require things which are different in fact ... to be treated in law as though they were the same*" som blivit vägledande i många andra fall angående exempelvis avsteg från "konstitutionell likabehandling" i konkreta fall på en lägre rättslig nivå. I *Michael M. v. Sonoma County* formulerar Rehnqvist frågan, vilket även blev majoritetens ståndpunkt i detta fall, om varför det inte strider mot konstitutionens krav på likabehandling att ha en lag angående våldtäkt som särskilt skyddar unga kvinnor.

We need not be medical doctors to discern that young men and young women are not similarly situated with respect to the problems and the risks of sexual intercourse. Only women may become pregnant, and they suffer disproportionately the profound physical, emotional, and psychological consequences of sexual acti-

vity. The statute at issue here protects women from sexual intercourse at an age when those consequences are particularly severe.

Vidare sa han:

The question thus boils down to whether a State may attack the problem of sexual intercourse and teenage pregnancy directly by prohibiting a male from having sexual intercourse with a minor female. We hold that such a statute is sufficiently related to the State's objectives to pass constitutional muster.

I *Baxstrom v. Herold*, sägs vidare, om avsteg som innebär nya indelningar vilka skulle kunna tyckas vara avsteg från likabehandling, att [*they have to have*] ”some relevance to the purpose for which the classification is made” för att vara tillåtna. Ändamålsskäl kan således vara ”sakliga skäl” för särbehandling. Men de sakliga skälen måste alltså ställas i relation till det rättsområde det gäller. Detta är en orsak till att det är svårt att formulera en enhetlig regel för ”sakliga skäl”, särskilt tydligt blir detta vid exempelvis positiv särbehandling. ”Sakliga skäl” för stöd till tillåten positiv särbehandling är därför olika när det gäller anställningar<sup>340</sup>, tillträde till utbildning eller politisk representation. Bl.a. är ”the State's objectives”, som Rehnqvist uttryckte saken, olika inom alla dessa tre områden. Avstegen ska för att gälla, skulle man kunna uttrycka saken, vara sakliga i förhållande till den kontext det rör. Malmstedt formulerar saken på följande sätt när det gäller EG-rätten:

According to the European Commission, the principle of non-discrimination or equal treatment is “underlying all Community policies”. This gives the impression of a “fair system” with a sort of basic morality. But is it a true statement? In reality the principle of equal treatment is limited to specific areas and situations, and often subordinate to other goals.<sup>341</sup>

I detta kapitel ska medborgarskap och individualisering diskuteras. Orsaken till att vi inledde kapitlet med just frågor om likabehandling är att frågor om likabehandling rullar upp ett helt spektrum av frågor som är intressant för medborgarskap och individualisering. Kapitlet kommer att få följande uppläggning. Först ska medborgarskap och alteritet diskuteras. Därefter ska detta tillämpas på frågor om barn och kön.

<sup>340</sup> EG-domstolen har exempelvis kommit med avgöranden angående positiv särbehandling vid anställning; exempelvis C-158/97 Georg Badeck and others v Hessischer Ministerpräsident und Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen och C-407/98 Katarina Abrahamsson and others v Elisabet Fogelqvist. I det förstnämnda fallet slogs principen fast att man inte ”automatiskt och villkorslöst” får ge företräde vid anställning för kvinnor före män vid lika meriter utan att objektiva bedömningar måste göras vilka ska ta hänsyn till alla sökandes specifika personliga situation. Se vidare exempelvis Lerwall (2001) s. 351 ff. Se också som en allmän bakgrund Nielsen (2001) s. 223–241.

<sup>341</sup> Malmstedt (2001) s. 95. Jfr. Christensen (2001) s. 32 ff. angående att fokus på bedömningar vid likabehandling inte bör vara på behandlingen i sig utan på vad som ska anses vara ”lika fall”, vilket kan jämföras med de ovan refererade rättsfallen *Rinaldi v. Yaeger* och *Tigner v. Texas*.

### **Medborgarskap och alteritet**

Den tes jag kommer att driva nedan är att likabehandling står i nära förbindelse med alteritet och därmed människors olikhet. Det är bl.a. på grund av att det finns skillnader mellan människor som likabehandlingstanken aktualiseras. Medborgarskap skapar också, skulle man kunna säga, sina motsatser. Redan från antiken känner vi de helt från medborgarskapet exkluderade. Då barbaren, idag kanske utlänningen, men till dessa motsatser måste också läggas olika former av utanförskap, d.v.s. individer och grupper som saknar någon essentiell egenskap som värdesätts för medborgarskapet. Dessa utanförstående räknas emellertid alltid som ”en av oss”. Exempel på utanförskap i klassisk tid var slavar, kvinnor och barn. Man bör för att fånga alla nyanser av utanförskap förutom att tala om att exkluderas från eller inkluderas i medborgarskapet även tala om immanens. Slavar, kvinnor och barn är exempel på immanenta grupper i klassisk tid. Medborgarskapets historia är, som Isin påpekar, framförallt en historia om alteritet där vi har alla de olika formerna av exkludering, inkludering och immanens.<sup>342</sup> En tydlig sak som framträder vid historiska studier av medborgarskapet är att alteritet förändrats i takt med samhällsutvecklingen. Konstant har nog i själva verket bara, påpekar Isin, berättelserna om medborgarskapsbegreppets stolta historia varit. Anspelningar på tidigare

<sup>342</sup> Isis (2002) s. ix och 29 f.

storhetstider i form av Atens statsstat eller den romerska republiken har nämligen fungerat genom historien som rättfärdiganden för samtidens indelningar. Det få då vet är att även i Aten fanns sådana berättelser om det atenska medborgarskapets rötter i en svunnen heroisk tid i orienten.<sup>343</sup> Att se bakåt och grunda det nuvarande medborgarskapsbegreppet på ett förgånget ideal tycks därför vara det som främst varit oföränderligt. I denna framställning ska vi försöka att undvika denna önskan att återknyta till oföränderliga ideal och istället undersöka hur vi idag skapar medborgarskapet och dess motsatser.

Varför är då alteriteten av sådant intresse som här antytts vid undersökningar av medborgarskapet? Levinas har väl formulerat detta när han säger att vi behöver en ”humanism för den andre”.<sup>344</sup> Han formulerar detta behov dels ur en personlig erfarenhet som judisk arbetslägerfånge under kriget, dels som en form av essens av 1900-talets tragiska historia. Kärnan i denna humanism är, för Levinas, ansvaret för ”den andre”, i dennes formulering ”änkan, den föräldralöse och främlingen”. Ett ansvar, påpekar han, som står i nära förbindelse även med den egna värdigheten.

Kvaliteten på medborgarskapet blir, om vi ansluter oss till Levinas synsätt, även beroende av hur vi förhåller oss till dess motsatser och utanförskap. Senare i framställ-

<sup>343</sup> Ibid.

<sup>344</sup> Levinas (2003) s. 29 ff. Se också Levinas (1992) och (1999).

ningen ska vi förutom det som nu sagts även knyta ihop ”humanismen för den andre” med ”integritet”.

Arendt har diskuterat det spänningsförhållande hon menar råder mellan en människas identitet och alteritet, d.v.s. mellan vem hon är och hur hon skiljer ut sig.

Det unika vem-någon-är som manifesteras i tal och handlande är omöjligt att entydigt fånga i ord. Så snart vi försöker säga vem någon är, börjar vi räkna upp egenskaper som denne delar med andra och alltså just inte gör honom unik. Det visar sig att språket kommer till korta när vi försöker använda det som en beskrivning av Vemet och att det i stället klamrar sig fast vid Vadet.<sup>345</sup>

”Vem” och ”vad”, som Arendt nämner i citatet, är i grunden svar på skilda frågor. Dock bör man kanske ta med en nypa salt det Arendt säger om att ”vem-frågorna” inte skulle gå att fånga i ord. Vidare att ses som enskild och att stå i olika förhållanden till en eller flera grupper av andra behöver inte stå i motsatsförhållanden till varandra. Att exempelvis tillhöra en viss etnisk grupp, d.v.s. vad Arendt kallar för att dela med andra något som inte är unikt, kan också stödja en enskilds identitet. Identitetsfallet ovan med sikhen som önskar bära en turban har bäring både åt det håll som stöder ”vad-frågor” och ”vem-frågor”. Att vara sikh har, skulle man kunna säga, såväl gruppmässiga som individuella konsekvenser.

<sup>345</sup> Arendt op.cit. s. 246.

Men för att kunna föra denna diskussion om medborgarskap och alteritet vidare kan det först vara på sin plats att ge en beskrivning av några frågeställningar som diskuterats på detta område under de senaste åren.

*Bakgrund till diskussion om medborgarskap.* För att bättre förstå diskussionen som förts om medborgarskap under de senaste tio åren väljer jag att redogöra för Kymlickas och Normans beskrivning av den debatten.<sup>346</sup> Därefter ska jag uppmärksamma hur Crouch, Eder och Tambini beskrivit samma debatt.<sup>347</sup> Jag gör detta för att grovt ringa in de frågor som diskussionen om medborgarskap rört sig kring under senare åren.

Kymlicka/Norman menar att det grovt sett går att säga att debatten om medborgarskap rört sig kring två poler. Kring den ena polen har frågorna kretsat kring det som brukar kallas för minoritetsrättigheter och kring den andra polen kring sådant som kan kallas för medborgerliga ”dygder” och egenskaper. Till en början konstaterar de:

There are potential tensions between these two concerns. In fact, defenders of minority rights have often been suspicious of appeals to some ideal of ‘good citizenship’, which they see as reflecting a demand that minorities should quietly learn to play by the majority’s rules. Conversely, those who wish to promote a more robust conception of civic virtue and democratic citizenship have often been suspicious of

<sup>346</sup> Kymlicka/Norman (2000).

<sup>347</sup> Crouch/Eder/Tambini (2001).

appeals to minority rights, which they see as reflecting the sort of politics of narrow self-interest that they seek to overcome.<sup>348</sup>

1. Följer vi först Kymlicka/Normans framställning om minoritetsrättigheter beskriver de den debatten på följande vis.<sup>349</sup> Utgångspunkten för förespråkarna av minoritetsrättigheter har här varit en uppfattning om grupper så olika som immigranter, ursprungsbefolkningar, nationella minoriteter, folkgrupper, etnoreligiösa grupperingar etc. att dessa ansetts ha särskilda behov som går utöver de vanliga politiska och demokratiska rättigheterna, behov som är kopplade till dessa gruppers identiteter. Debatten föddes i kölvattnet av sådant som kommunismens fall i slutet av 1980-talet och den våg av etnisk nationalism som därefter drog fram i Östeuropa, flykting- och immigrantproblematiken i Västeuropa och USA, återuppvaknat intresse för ursprungsbefolkningar och separatistiska rörelsers antingen fredliga eller militära kamp i länder som Spanien, Kanada, Storbritannien m.fl. Den första vågen av denna debatt utgick från frågor om rättvisa, säger de. Intresset för rättvisefrågor kan förklaras, menar de, genom den utmaning som problematiken med etnisk mångfald är för de traditionella moderna nationalstaterna. En viktig argumentationslinje i denna första våg av ”minoritetsrättig-

<sup>348</sup> Ibid. s. 1.

<sup>349</sup> Se Johnsson C. (2002) s 83–113 för en bakgrund till minoritetsrättigheter

heter” var att motbevisa att rättvisa kräver statliga institutioner som är etniskt, rasmässigt etc. neutrala, vad man kallade ”färgblinda”. Motståndarna genmälde å sin sida följande angående ”neutraliteten” enligt Kymlicka/Norman:

To ascribe rights or benefits on the basis of membership in ascriptive groups was seen as morally arbitrary and inherently discriminatory, necessarily creating first- and second-class citizens.<sup>350</sup>

Förespråkarna för utökade minoritetsrättigheter å sin sida svar på detta var att statliga institutioner i verkligheten inte alls är “färgblinda” utan att de istället, som man sa, är ”difference-blind”.<sup>351</sup> Man sade vidare:

That while difference-blind institutions purport to be neutral amongst different ethnocultural groups, they are in fact implicitly tilted towards the needs, interests, and identities of the majority groups; and this creates a range of burdens, barriers, stigmatizations, and exclusions for members of minority groups...

<sup>350</sup> Ibid s. 3.

<sup>351</sup> Jfr. Halldénius, (2001) s. 13, menar att problemet har sin rot i att behandla en grupp som ett undantag. ”The problem lies in the symmetry of difference”. If A is different from B, then B is equally different from A. If A is not-B then B is not-A. Using a strict notion of difference does not allow you to operate with “a normal case”; as differences go every category is equally different from every other. But introducing a normal case – A- entails that B is not only different from A, but deviates from a standard. Barring strict numbers (the normal case being constituted by what is most common), this typically involves an evaluative practice, at least when applied to social relations, which is what we are concerned with here.”

Minority rights do not constitute unfair privileges or invidious forms of discrimination, but rather compensate for unfair disadvantages, and so are consistent with, and may indeed be required by, justice.<sup>352</sup>

Den här första vågen av debatt om minoritetsrättigheter avtog, menar Kymlicka/Norman, genom att det mer eller mindre kom att råda konsensus om två saker. Först och främst att det inte är oproblematiskt med s.k. ”olikhetsblinda” regler och institutioner. De flesta erkänner idag, menar Kymlicka/Norman, att sådana regler och institutioner åstadkommer problem och medför nackdelar för vissa grupper. För det andra menar de att ”bevisbördan” har skiftat på så vis att den inte längre enbart ligger på dem som förespråkar minoritetsrättigheter och multikulturalism.

But there is also a growing awareness of the importance of certain interests that had typically been ignored by liberal theories of justice; e.g. interests in recognition, identity, language, and cultural membership. If these interests are ignored or trivialized by the state, then people will feel harmed – and indeed will be harmed – even if their civil, political, and welfare rights are respected. If state institutions fail to recognize and respect people’s culture and identity, the result can be serious damage to people’s self-respect and sense of agency.<sup>353</sup>

<sup>352</sup> Ibid. s. 4. Kymlicka/Norman refererar här exempelvis till Young (1990) och Tully (1995).

<sup>353</sup> Ibid s. 5.

Att protesterna mot minoritetsrättighetstänkande nyanserats har inte minst medfört att debatten också därmed ändrat riktning eller ännu rättare är att säga att den tagit två riktningar. Den ena inriktningen har koncentrerats på specifika rättigheter för särskilda minoriteter där intresset många gånger handlar om hur en viss minoritets rättigheter i en viss kontext kränks eller hur onödiga bördor lagts på en viss minoritet på grund av dess kultur. Den andra riktningen som debatten tagit är att avlägsna frågorna från en rättvisekontext och mer inrikta sig på frågor om medborgarskap i sig och medborgerlig praxis.<sup>354</sup>

2. Följer vi sedan Kymlicka/Norman även vad gäller den andra polen kring vilken de menar debatten om medborgarskap kretsar, d.v.s. medborgerliga dygder, kan vi observera att, som sades ovan, debatten om minoritetsrättigheter ändat i ett närmande till frågor om medborgerliga dygder. Går vi tillbaka i tiden kan vi dock, som påpekades ovan, se att det fanns ett viss spänningsförhållande mellan personer som intresserade sig för medborgerliga dygder och de som intresserade sig för minoritetsrättigheter. För att förstå de förras skepsis bättre kan det vara bra att gå tillbaka till utgångspunkten för uppfattningar om politisk teori under 1970- och -80 talet. Rawls uppfattning om vad han kallade för en "basic structure of society", är därvid ett belysande exempel. Denne talade, som bekant är, om att

<sup>354</sup> Se exempelvis Faulks op.cit. s. 106 ff och 162 ff.

denna nämnda struktur består av konstitutionella rättigheter, regler för politiskt beslutsfattande och sociala institutioner.<sup>355</sup> Frågor om kvaliteten på medborgarskapet var i denna kontext inte så intressanta. Ja, själva begreppet medborgarskap kom en tid ur modet påpekar Kymlicka/Norman och citerar bland annat van Gunsteren som 1978 slog fast att begreppet medborgarskap just gått ur modet bland politiska tänkare.<sup>356</sup> Men som vi alla vet vaknade intresset igen för dessa frågor på nytt under 1990-talet. Orsaken till denna renässans anger Kymlicka/Norman vara bl.a. intresset för multikulturism och minoritetsrättigheter. Men de konstaterar samtidigt att denna del av debatten i början av 90-talet var mycket stökig. Våldsamma anklagelser framfördes exempelvis mot förespråkare för multikulturism och minoritetsrättigheter om att det de förespråkade ledde till ”politisk korrekthets tyranni” och risker för ”kulturkrig”. De som argumenterat så, även om de varit högljudda, har inte varit de mest inflytelserika, konstaterar Kymlicka/Norman. Ett mer seriöst intresse för dessa frågor väcktes istället utifrån fakta om passivitet bland olika medborgargrupper, vilket bl.a. visat sig i allt från valskolk, långtids(miss)bruk av välfärdssystemen och ointresse för frivillig medborgarmedverkan. Det är sedan kring dessa frågor som den andra polen i diskussionen, den som har

<sup>355</sup> Rawls (1971) s. 7 ff.

<sup>356</sup> Kymlicka/Norman op.cit. s. 5.

fokus på medborgarskap och kvaliteten på medborgarskapet, har kretsat.

Kymlicka/Norman menar således att de två polerna i debatten mötts under de senaste åren och att tiden nu är mogen för en gemensam diskussion av medborgarskapet. Möjligen är detta en from förhoppning och ett önsketänkande. För försöker vi fördjupa oss i ämnet måste vi nog erkänna att dessa frågor trots allt innefattar en rad delvis motstående frågor. Vi får därför lämna Kymlicka/Norman och gå över till den förutskickade redogörelsen för hur Crouch, Eder och Tambini beskriver medborgarskapsdebatten under senare år. De spårar tre problem som färgat debatten, vilka är delvis samma som de problem Kymlicka/Norman uppmärksammat.<sup>357</sup>

a) För det första nämner de tre den problematiska frågan om medborgarskap för den stora grupp immigranter och deras barn som bosatt sig i de utvecklade industriländerna. Denna fråga har orsakat att det allt mer ifrågasatts om det går att exempelvis basera medborgarskapet på etniska kriterier såsom exempelvis ”tyskhet”. Ja, även för invandrarlandet USA utgör denna grupp immigranter ett problem, menar man, och den tidigare bilden av landet som ”the melting pot” har fått sig en törn.

b) För det andra nämner de problem för välfärdsstaten, vilken varit grund för synen på medborgarskapet från

<sup>357</sup> Ibid s. 1–17.

1950-talet och framåt.<sup>358</sup> En period av stora satsningar på skolor, sjukvård och sociala förmåner under 1960- och 70-talen avlöstes sedan från 1980-talet och framåt av en period av kris i de allmänna finanserna samtidigt som arbetslösheten ökade i de utvecklade industriländerna. En form av strukturell arbetslöshet uppstod där vissa grupper, främst manliga, gjorde permanenta uttåg från arbetsmarknaden, exempelvis gällde det i hög grad för gruv-, järn- och stålarbetare. Genom dessa kriser ändrades stödet till medborgaren från välfärdsstatens sida.<sup>359</sup> Om tidigare satsningar på skolor, sjukvård etc. under välfärdsstatens guldålder siktede på att aktivera medborgarna, i form av exempelvis utbildning, kom stödet i den nya situationen att inriktas i mycket på ”support of inactivity and passiveness”, i form av arbetslöshetsunderstöd och socialbidrag.<sup>360</sup> Detta skedde samtidigt som krav uppstod på nedtoning av statens roll, krav som kan länkas till utvecklingen, som beskrivits ovan, av samhället från ett produktions- till ett tjänstesamhälle. Utvecklingen av den finansiella ekonomin och dess

<sup>358</sup> Jfr. Nousiainen (2001) s. 25–70. Hon visar bl.a. hur den nordiska välfärdsmodellen skiljer sig från den kontinentala vilket får konsekvenser för det här diskuterade.

<sup>359</sup> Se Gunnarsson (2003) s. 27 ff. för en bakgrund till ”arbetslinjen” som hon kallar det inom välfärdssystemet och hur den utmanats allt mer av exempelvis krav på jämställdhet. Det sociala medborgarskapet har, menar hon, en tydlig baksida sedd utifrån ett genusperspektiv.

<sup>360</sup> Ibid s. 2.

expansion på den traditionella ekonomins bekostnad kan inte heller här underskattas.<sup>361</sup>

c) För det tredje orsakade ängslan för ökad kriminalitet och marginalisering av grupper av människor, särskilt i storstäder, problem för synen på medborgarskapet överlag. Yngre människor fick generellt, tycktes det, allt svårare att identifiera sig med den gamla formen av medborgarskap.

Utifrån dessa tre problemområden har diskussionen om medborgarskapet, enligt Crouch et. altera, sedan först i två riktningar. Den ena skulle kunna beskrivas som ett försök att privatisera och marknadsanpassa medborgarskapet för att bl.a. komma tillrätta med den finansiella krisen för välfärdsstaten, men i detta låg också en önskan att anpassa utbildning, sjukvård, socialtjänst etc. till ändrade teknologiska och marknadsmässiga förutsättningar. Den andra riktningen debatten tog har handlat om att rädda och omtolka det som brukar kallas för socialt medborgarskap.

Innan vi lägger samman Kymlicka/Norman och Crouch et. alteras bilder av debatten om medborgarskap under senare år till en bild bör vi nämna något om Marshall's syn på medborgarskap. För dennes uppfattning om medborgarskapets utveckling är den relief mot vilken alla andra debatter om medborgarskap efter honom utspelat sig.

Marshall talade, som bekant är, om tre former av medborgarskap, det civila, politiska och sociala medborgarska-

<sup>361</sup> Se ovan s. 174.

pet, vilket representerade stadier på vägen till demokratisering och minskning av klassklyftor. Det civila medborgarskapet var för Marshall en skapelse av det sena 1700-talets kamp för borgerliga rättigheter. Politiskt medborgarskap sammankopplade Marshall med de krav på medinflytande som arbetarrörelsen m.fl. stod för från 1800-talet och en bit in på 1900-talet. Det sociala medborgarskapet slutligen är kampen för sociala rättigheter från mitten av 1900-talet som Marshall sammanfattade på följande vis, som:

the whole range from the right to a modicum of economic welfare and security to share to the full in the social heritage and to live the life of a civilized being according to the standard prevailing in the society.<sup>362</sup>

Sociala rättigheter är därmed av en annan sort än de andra två för Marshall, eftersom dessa rättigheter inte kan härledas från demokratiska principer om majoritetsstyre utan är, som Marshall uttrycker saken ”the right to receive”. Det är med andra ord en form av social etik som Marshalls välfärdsstat bygger på, nämligen att hjälpa de svaga och skydda de utsatta från att slås ut och bli svaga. Marshalls teori är en teori för det moderna samhället. Teorins största svaghet är att den inte ser utöver det moderna samhället, och det sociala medborgarskapet blir skapelsens krona vad gäller rättigheter. För att råda bot på denna brist hos Mars-

<sup>362</sup> Marshall (1963) s. 74.

hall krävs det något mer för att ha möjlighet att driva denna debatt om medborgarskap vidare in i vår tid.<sup>363</sup>

Lägger vi nu samman Crouch et. alteras bild av diskussionen av medborgarskapet med Kymlicka/Normans bild av densamma och har Marshalls indelningar i bakhuvudet får vi följande ram för den debatt som varit. För de moderna nationalstater som utvecklats till välfärdsstater har frågor om minoriteter, immigranter, välfärdsstatens kris och teknologisk och ekonomisk omdaning av samhället<sup>364</sup> skapat en kris för synen på medborgarskapet. Allt större grupper i samhället har genom de nämnda problemen fått smaka på en ny form av utanförskap. Välfärdsstaten och dess traditionella åtgärder för att, som Marshall sade, åstadkomma att dessa grupper kan "live a life of a civilized being", har många gånger misslyckats. Låt oss därför nu återvända till diskussionen om medborgarskap och alteritet.

*Fördjupad diskussion om medborgarskap och alteritet.*

Vi håller oss ofta med revolutionära medborgarbegrepp, påpekar Isin; med det menar han att det finns en tydlig tendens att se evolutionärt på medborgarskapet, exempelvis som Marshall, och att identifiera definitiva brott i traditionen, som exempelvis de borgerliga revolutionerna från slutet av sjuttonhundratalet och en bit in på artonhundratalet.

<sup>363</sup> Se också om genus och medborgarskap, exempelvis Philips (1999) s. 23 ff.

<sup>364</sup> Jfr. supra s. 172–181.

Vad den evolutionära bilden av medborgarskap bortser från är att det alltid har funnits ”multiple and overlapping networks of power and jurisdiction” i samhällen som senare beskrivits som feodala, medeltida statsstater etc. påpekar Isin. Låt oss därför följa Isins resonemang och fördjupa det som redan sagts om exkludering, inkludering och immanens i förhållande till medborgarskapet. I diskussioner om dessa ting används ofta, som tidigare påpekats, begreppen exkludering och inkludering så att en viss grupp i samhället antingen exkluderas från medborgarskap eller inkluderas. Isin visar att dessa begrepp använts på ett alltför svartvitt sätt där mellanformer och nyanser av medborgarskap inte uppmärksammats. Det sägs exempelvis ofta att kvinnor exkluderades från medborgarskap i den Atenska stadsstaten. Men för att en sådan beskrivning ska bli sann krävs att man gör våld på beskrivningen av det dåtida samhällets alteritet. Detta samhälle hade två tydliga offentliga delar, den traditionellt ”politiska” och den ”religiösa”. Den senare hade även den en tydlig ”politisk” dimension genom kulten där kvinnorna hade en nyckelroll. Ett bättre begrepp för att beskriva kvinnors ställning under dessa tider, menar Isin, är det tidigare nämnda, immanens. Isin säger:

The closure theories that define citizenship as a space of privilege for the few that excludes others neglect a subtle but important aspect of citizenship: that it requires the constitution of these others to become possible. The problem with the logics of exclusion

and enclosure is that they assume that such identities as “woman” and “immigrant” preceded citizenship and were excluded from it. Becoming political involves questioning such essential categories as “woman” or “immigrant” as given and assumes that they were produced in the process of constituting citizenship and that they are internally, not externally, related to it. This assumption has significant consequences for investigating citizenship.<sup>365</sup>

Risken med att se revolutionärt och/eller evolutionärt på medborgarskapets utveckling är, säger Isin vidare, att man misstolkar både det som hänt tidigare och det som händer idag. En klassisk bild av det evolutionära medborgarbegreppet är ju den med allt större ringar på vattnet. Först ses då medborgarskapet som något enbart förbehållet noblesens män för att sedan utökas till andra män och sedan i vidare ringar sprida sig vidare och vidare för att inkludera slavar, kvinnor etc.<sup>366</sup> Isin argumenterar mot det evolutionära synsättet och använder sig av begreppet ”politisk”, såg vi i citatet ovan, d.v.s. att ”vara politisk”, för att beskriva ett alternativt sätt att se på medborgarskapets utveckling. Han gör därför genealogiska undersökningar av olika former av medborgarskap genom historien. ”Att vara politisk” betyder i dessa undersökningar att tillhöra en dominerande grupp i samhället som med bl.a. olika strate-

<sup>365</sup> Isin op.cit. s. 4.

<sup>366</sup> Se exempelvis Lokrantz Bernitz (2004) s. 64 ff. för en framställning av medborgarskapets utveckling som är klart evolutionärt inriktad.

gier strävar efter att behålla denna dominans när det gäller att delta, bestämma, välja bland alternativ etc.<sup>367</sup> Han menar att historien är full, för olika grupper, av ögonblick mellan att ”bli politisk” och att ”vara politisk” som motsäger den evolutionära bilden av allt större och större ringar som inkluderar fler och fler grupper. Vad han beskriver är istället överlappningar, mellanformer, heliga och oheliga allianser, där strävan efter dominans varit tydlig. Isin talar, för att fånga detta istället om att aspirera på att gå från att ”bli politisk” och till att ”vara politisk” och att då använda sig av strategier och teknologier för att uppnå detta mål. Strategier och teknologier som en aspirerande grupp ofta lånar från de dominerande grupperna. Några av dessa strategier är, enligt Isin, solidarisering, konkurrens, alienering och universalisering. Med solidarisering menas här olika sätt att identifiera, associera, ansluta sig till gruppen eller

<sup>367</sup> Jfr. Bauman (1999) s. 89 ff. Bauman talar om individens val, när det gäller politiken, och menar att det begränsas av två uppsättningar restriktioner, *dagordningen* och *koden*. Dagordningen utgörs av det urval av alternativ som faktiskt står till buds. Ett väljande är alltid ett ”väljande bland” och sällan mellan vilka alternativ som helst. Koden är ”de regler som anger på vilken grundval som vissa punkter på dagordningen och inte andra ska prioriteras, och när valet ska betraktas som riktigt eller som olämpligt”. Han påpekar vidare att det viktigaste verktyget för att fastställa valets dagordning var under den moderna erans lagstiftning. Och det viktigaste verktyget för att fastställa koden under samma era utbildning. ”Utbildning är ett institutionaliserat försök att undervisa och träna individer i konsten att utnyttja sin valfrihet inom ramen för den av lagstiftningen fastställda dagordningen.

hur gruppen förhåller sig till en annan grupp genom identifikation, association och anslutning. Med konkurrens menas alla former av strider och ansträngningar från en grupp orsakad av att gruppen genom handlingar och argumentation förhåller sig till andra grupper, vilka kan vara antingen distinkt avvikande från gruppen ifråga eller i vissa fall överlappa gruppen. Alienering är de sätt som grupper använder sig av för att beskriva andra som avvikande och främmande. Universalisering är slutpunkten för dessa strategier och innebär att gruppen etablerat sig som dominerande. Vid den tidpunkten tenderar beskrivningen av vad en medborgare är att sammanfalla med gruppens karaktäristika. Det framstår därmed som ett helt naturligt att vara sådan som den dominerade gruppen är.

To put it another way, citizenship is that particular point of view of the dominant, which constitutes itself as a universal point of view, the point of view of those who dominate the city and who have constituted their point of view as natural by representing the city as a unity.<sup>368</sup>

Teoretiskt kan vi se tydlig påverkan på Isins tänkande, medvetet eller omedvetet, från Wittgenstein vad gäller interna relationer, Foucault vad gäller genealogi och delvis synen på makt. Arvet från Weber förvaltas på så vis att många av Webers synsätt på grupper återfinns hos Isin. Däremot har det deterministiska hos Weber i förhållande

<sup>368</sup> Isin op.cit. s. 275.

till rationaliseringen av samhället helt utmönstrats. I förhållande till socialkonstruktivismen gör Isins understrykande av de interna relationerna att han väljer en alternativ förklaringsmodell. Konsekvenserna av det sistnämnda kommer vi att återkomma till nedan vid ett flertal tillfällen.

Med den teoretiska bakgrunden till Isins idéer kan det vara på sin plats att studera de ovan nämnda teknikerna, och de interna relationerna, viktiga i kampen för att ”bli politisk”, d.v.s. skärskåda ovan nämnda strategier och teknologier. Ett tydligt exempel på strategier för att bli dominerande finner vi i hur städer formerades och skilde ut sig från den omgivande landsbygden på 1100-talet. Upprinnelsen till dessa städer var ofta att landägande furstar, riddare, biskopar etc. i försvarssyfte, planmässigt anlagde eller genom anspråk på existerande städer ”grundade” städer. Studerar man processen hur den urbana och stadsbaserade noblessen sakta skilde ut sig från den urbana ser man exempel på solidarisering i form av att ansluta sig till brödraskap och gryende s.k. krigarskrån, till konkurrens och alienering. Det man ofta haft fokus på i framställning av de ”*communala*” rörelserna i städerna, menar Isin, är de ögonblick när ”medborgarna” i städerna öppet revolterade mot de landägandes krav och förklarade sig för självständiga. Det som döljs när man anlägger ett sådant ”revolutionärt” perspektiv är, menar han vidare, också den samtidiga konkurrens som skedde mellan städernas nobless och handlare,

hantverkare och andra som också försökte etablera sig själva som medborgare genom exempelvis skrån och gillen genom att också använda sig av strategier för solidarisering, konkurrens och alienering. Ett annat exempel som är tydligt vad gäller alienering är det som skedde efter franska revolutionen med de arbetande klasserna. Revolutionens avantgarde utgjordes i vissa tidpunkter under den revolutionära eran av s.k. Sansculottes, revolutionens muskelpower, vilka var arbetare, småhantverkare, butiksföreståndare etc. Deras framgångar var tidvis stora och deras position stark under själva revolutionen men i revolutionens efterskede och årtiondena efteråt trycktes de tillbaka och ett led i detta tillbakatryckande i det sena 1700-talet var en diskussion som startade och varade en lång bit in på 1800-talet om ”de farliga klasserna”. Man gjorde nya indelningar av folk allt från den mellan aktivt och passivt medborgarskap grundat på ägande till moraliskt grundat på livsstil, hygien, odör etc.

For the bourgeois identity it became crucial to distinguish itself from the labouring and dangerous classes, not only by economic and social status, but also by cultural capital: manners, physique, smell, appearance, and language.<sup>369</sup>

Går vi nu vidare från exempel på strategier som syftar till dominans till det Isin kallar för teknologier är de senare ofta av juridisk karaktär. Han tar som exempel på teknologier rättsligt reglerade korporationer, system för ägande,

skrån etc. Dessa teknologier används delvis i samma syften som strategier som solidarisering, konkurrens och alienering, d.v.s. att etablera den egna gruppen och göra den till modellen för medborgarskap. Det finns gott om exempel, visar Isin, på hur en grupp bekämpar en annan, exempelvis hur borgerskapet bekämpade hantverkarnas skrån, bara för att skaffa sig själva liknade privilegier som de bekämpade haft, i borgerskapets fall bl.a. genom professionalisering och därmed lagstiftat skydd för vissa professioner. Begreppet "space" kan vara belysande för att illustrera en annan form av teknologi, nämligen "build virtues" i form av det som kallas för "abstract space". Det definitiva startskottet för moderna "build virtues" är införandet av perspektivet, på fjortonhundratalet, i konst och arkitektur. I konkurren-

<sup>369</sup> Ibid. s. 203. Jfr. Bauman op.cit. s. 122. talar, inspirerad av Ecco, om ett apokalyptiskt synsätt. Han kopplar samman det med det moderna samhället och nationsbyggena. Tidigare stod inte, som han säger, "det »enkla folket«, arbetets trälarna, de okultiverade läsarna av skräplitteratur inhandlad på marknader, ... under de lärda klassernas förmynderskap; de var kanske vildar, men inte vildar som väntade på förfining; ignoranter, men inte ignoranter som väntade på upplysning; kanske idoldyrkare, men inte otrogna som väntade på uppenbarelse och omvändelse." Bauman beskriver hur vid en viss tidpunkt, sammanfallande med de moderna statsbyggena, folkliga föreställningar och "vidskepliga" folkliga vanor började ses som tecken på obskurantism och vulgaritet. De lärda klasserna fick en kallelse som "blev möjligt genom den moderna statens ambitioner att skapa ordning, och kallelsen utövades inom ramen för en sådan ordningsskapande verksamhet". Det apokalyptiska kan beskrivas som den insikt som sakta smög sig på att deras tjänster inte längre var eftertraktade.

sen med andra grupper, för att konsolidera sin makt och för att förstärka sin identitet, använde noblessen det offentliga rummet vid denna tidpunkt på två sätt, säger Isin genom att:

(i) articulating an ideal of space and its strategic use consonant with the emerging and distinct culture of the urban nobility and creating buildings that reinforced that identity: palaces, halls, churches, courts, and cathedrals, and; (ii) articulating an abstract space in its totality, and imposing a spatial order on other groups to differentiate their spaces from the spaces of nobility.<sup>370</sup>

Ett annat exempel på ”build virtues” är den form staden fick i Europa med Paris som förebild från 1871 och framåt. Genom boulevarder, ljusa stora bostadshus, parker etc. skapades idealet med den ”vackra staden”. Ett ideal som människor antingen passade in i eller kunde utdefinieras utifrån.

Det viktiga för Isin när han gör sina genealogiska undersökningar av medborgarskapet och alteriteten, är att studera hur ”annanhet” skapas oavsett om det var fråga om ”women, peasants, Pauline Christians, *popolo*, artisans, sansculottes, vagabonds, Jews, workers, Africans, or immigrants”.<sup>371</sup> Men förutom detta att visa att:

There were always spaces for becoming political and engaging and transversing strategies and technologies

<sup>370</sup> Isin op.cit. s. 174.

<sup>371</sup> Ibid s. 279.

of citizenship inventively and imaginatively. But none of these enactments and struggles can or should be interpreted as either continuous or “revolutionary”. First, if there is any apparent continuity that citizenship stands for, then it derives from its historically constructed character: that time and again groups that established their rights to the city constituted themselves as direct inheritors of historical forms of citizenship. Second, we ought to remember that the fundamental images of being political given to us derive from a particular interpretation of historical forms of citizenship in the age of revolutions in the late eighteenth and early nineteenth centuries.<sup>372</sup>

Medborgarskap tycks, som sades i inledningen till detta kapitel, skapa sina motsatser där barbaren, så att säga, är arketyper för den helt utanförstående och minoriteter, immigranter, utslagna eller brottslingar, kanske idag, är olika bilder av den ”immanenta” outsiders i vårt samhälle. En ”humanism för den andre”, som Levinas formulerade det, sätter fingret på de frågor det handlar om: utanförskap. Det finns nämligen en skillnad mellan diskussioner om exempelvis socialt medborgarskap, som grundar sig på rättighetstänkande, i formen av ”receive” som Marshall sa, och en diskussion utifrån omsorgen om ”den andre” utgående från mänsklig värdighet. Vi kan därmed återknyta till de frågor som diskuterades i förra kapitlet utgående från Savigny m.fl. om integriteten.

<sup>372</sup> Isin op.cit. s. 279.

Om vi ska knyta ihop frågan om medborgarskap och alteritet med huvudfrågan om rättens individualisering kan följande sägas som en summering av detta avsnitt. Alteriteten förändras i takt med samhällsutvecklingen. Exkludering, inkludering, immanens är begrepp som kan användas för att förstå hur exempelvis grupper i dagens samhälle relaterar till varandra. Vidare kan "space", eller rum, vara ett användbart begrepp för att diskutera vilken möjlighet en grupp, och de ingående individerna, har att delta, bestämma, välja bland alternativ etc. "Rum" är också den fråga som för över till individerna. Hypotetiskt kan vi, som Weber, tänka oss oändligt många indelningar av människor i olika grupper. Faktiska grupper är resultatet av att dessa erkänts i samhället, exempelvis ekonomiskt, politiskt och/eller socialt. Försöker vi att skaka av oss en evolutionär bild av medborgarskap och grupper i samhället kan vi lättare förstå hur grupper och individer relaterar till varandra utifrån faktiska samhällsförhållanden och samhällsförändringar. Alteriteten i det moderna samhället, för att ta ett exempel, präglas av den strävan som beskrivits tidigare efter rationalitet och likformighet. Utvecklingen av begreppet sinnesslö, som studerades i förra kapitlet, kan vara ett exempel på detta. Det andra och främmande avskildes i det egna samhället, och kategorin sinnesslö var en indelning som just inte föregick den tidens bild av medborgaren utan skapades av de specifika medborgarskapsrelationer som

var rådande. När förändringar i bilden av det normala, den normala medborgaren förändrades, förändrades också innehållet i begreppet sinnesslö. Rucins, såg vi ovan, tyckte sig kunna spåra en sådan glidning vad gäller diagnostiken av sinnesslöa från någon form av medicinsk bedömning till rasbiologisk och slutligen till sociala, kulturella och moraliska bedömningsgrunder.

För formulerandet av en ny juridisk antropologi är det sagda om alteriteten av största vikt. En sådan antropologi, föreslogs i förra kapitlet, skulle vara en ny- och omtolkning av ett expressivt synsätt där individens egna val av uttryck för sitt liv skulle stå i centrum. Alteriteten kan komplettera detta synsätt med en ”humanism för den andre”, där just förhållningssättet till det främmande och avvikande blir av största intresse.

### **Tillämpningsexempel ett: Barn**

Ett evolutionärt synsätt på medborgarskap och barn skulle kunna innebära att det är en av de ”grupper” som står i tur för att inkluderas i medborgarskapets allt vidare cirklar. Men anammar vi det synsätt, lånat från Isin, som redogjordes för ovan är kategorin ”barn” inte heller det en kategori vars bestämning i en viss tid föregår den. Istället gäller även för denna grupp att dess värde, utseende och betydelse står i en intern relation till medborgarskapet i sig. Vad det innebär att vara ”barn” får således olika svar från tid till annan. Det räcker därför inte heller enbart med de rent bio-

logiska och fysiologiska förklaringarna för att förstå vad ett barn "är" sett ur exempelvis kulturella, politiska eller ekonomiska perspektiv. Granskar vi forskningen om barn och barndom ser vi att man relativt sent intresserade sig för "barndomen".<sup>373</sup> Ariés klassiska formulering för detta sentida intresse är "upptäckten av barndomen".<sup>374</sup> Även om Ariés undersökningar under senare år fått utstå en hel del kritik står de sig på ett övergripande plan, exempelvis är hans observationer att barn länge sågs som "krympta" vuxna värdefulla.<sup>375</sup> Slutsatsen man vågar dra från hans studier är att historiskt sett är synsättet att se barn och barndomen skild från vuxna och vuxenlivet bara ett av flera synsätt, exempelvis att betrakta barndomen som en period, eller en parentes, i livscykeln karakteriserad av oansvarighet och en förberedelse för vuxenlivet.<sup>376</sup> Barn och barndom är historiskt sett ytterst relativa fenomen, skulle man kunna säga. Barn har exempelvis under andra epoker varit både deltagare och medverkande i samhället på ett annat sätt än under de senaste århundradena. Ariés, skulle man kunna säga, uppmärksammade, som en av de första, barn-

<sup>373</sup> För en introduktion se Ambjörnsson (1978) s. 62 ff.

<sup>374</sup> Ariés (1962) s. 33 ff.

<sup>375</sup> För en kritik av Ariés se exempelvis Cunningham (1995) s. 5 ff.

<sup>376</sup> James/Jenks & Prout (1998) s. 21 säger att dessa olika synsätt visserligen kan vara varandras motsatser men ändå kan de existera sida vid sida även idag i "everyday actions and practices" tillsammans med mer sofistikerade sociologiska teoretiseringar om barn.

domen som en kulturell uppfinning.<sup>377</sup> Qvortrup tolkar den senare tanken på följande vis:

Når han bruger det udtryk, så mener han selvsagt ikke, at der ikke fandtes børn. Tværtimod var der på den tid, han beskriver, forholdsvis mange flere børn end i vor tid. Det, han mener er, at barndom ikke var noget folk flest gjorde sig særlige tanker om. Det betød ikke, at forældrene ikke holdt af deres børn; det betød bare, at børn ikke var genstand for nogen speciel følelsesmæssig omsorg, sådan som vi kender til det i dag. Men det betød også, at de heller ikke var skilt ud som en særlig gruppe.<sup>378</sup>

Inom nutida barndomsforskning talar man om att det skett ett paradigmskifte inom denna forskning vad gäller synen på barndomen.<sup>379</sup> Grunden för detta skifte är just att inte bara se barndomen som en förberedande livsfas, utan att se den som en tid med ett lika stort värde i sig som andra perioder i livet, utsatt för kontinuerliga förändringar i förhållande till kulturella, politiska och ekonomiska förhållanden.<sup>380</sup> Men inom barndomssociologin ger man utifrån det senare en dyster bild av den senmoderna barndomens kännetecken. Vissa menar till och med att det är

<sup>377</sup> Qvortrup (1994) s. 11 säger: ”Ja, de var det i en sådan grad att en berømt historiker har kunnet påstå, att barndomen ikke fandtes (Ariès, 1962) Barndomen er, siger han, en kulturel opfindelse.”

<sup>378</sup> Ibid.

<sup>379</sup> För en översikt se Halldén (2003).

<sup>380</sup> Qvortrup (1999), Dencik (1999),

relevant att beskriva barn som en ”minoritetsgrupp” som marginaliseras allt mer.

In its classical definition a minority group is one which is defined by its subordinate relationship to a dominant group (the adults); it is a ”status which carries with it the exclusion from full participation in the life of society”<sup>381</sup>

Det är klart att en sådan beskrivning av barn på många sätt haltar i jämförelse med andra ”minoritetsgrupper”. Men syftet med sådana beskrivningar är främst att uppmärksamma drag i hur barn behandlas som kan kopplas till just hur en ”minoritetsgrupp” behandlas. Exempelvis då det kollektiva betraktelsesätt som barn lätt drabbas av så att deras individualitet och personliga egenskaper därmed ignoreras.

Försöker vi först förstå diskussionen om ”marginaliseringen” av barn bättre är begreppet byråkratisk individuation, som behandlats tidigare, viktigt. Näsman exempelvis, liksom Turner, kopplar samman den form av individuation det är fråga om här med välfärdsstaten.<sup>382</sup> En individuation som sker utifrån välfärdsstatens ambitioner och mål. Men eftersom välfärdsstatens ambitioner är de bästa, ”goda”, är det svårt att se individuationens baksida, exempelvis då problem som uppstår när man skiljer ut en viss kategori för stöd som ”förortsbarn”, ”barn till ensamstående föräldrar”,

<sup>381</sup> Qvortrup op.cit. s. 22.

<sup>382</sup> Näsman (1994) s. 166. Turner se supra vis not 27.

”medelklassbarn”, ”förståndshandikappade”, ”invandrarbarn” etc. En av baksidorna med dessa individueringer är kollektivering. Även kategorin ”elev” innehåller, i skollagens kontext, en form av individuation som kan leda till, ska vi se nedan, såväl välkommen som ovälkommen kollektivering. Baksidan av varje individuation är som påpekats tidigare, oavsett om den baseras exempelvis på välfärdsstatens ”godheter” eller annat, att den just understryker kollektivistiska drag i beskrivningen och behandlingen av den grupp det handlar om.

För att möjliggöra en diskussion om individuationens baksida ska nedan skolvärldens s.k. ”hjälp- och stödideologi” granskas. Den ska det visa sig stå i ett komplicerat förhållande bl.a. till välfärdsstatens ideologi. Men som en förberedelse för den diskussionen ska först en ytterligare granskning av den nya barndomsforskningen göras. I strid med uppfattningar som tidigare rätt menar vissa inom detta forskningsområde att barn idag, som individer betraktade, utestängs allt mer från olika samhällsliga arenor på grund av de faror och utvecklingsrisker som vuxna definierar för gruppen barn.<sup>383</sup> Detta sker dock, som vi också har varit inne på tidigare, med de bästa avsikter utifrån argument om barns behov, barns skydd etc. Den senmoderna barndomen har därför, menar vissa, blivit mer organiserad, professionaliserad och institutionaliserad än tidigare ”barndo-

<sup>383</sup> Se exempelvis James/Jenks & Prout op.cit. s. 7 f.

mar”.<sup>384</sup> Resultatet av detta blir att barn får allt mindre egen tid och de spenderar allt mer tid i skolan och inom organiserad fritidsverksamhet. Dencik talar, som en extra dimension av det sagda, om en samverkan mellan marginalisering och kronocentrism. Det senare kallar han för ”en sjukdom hos vuxne der rammer børn”.<sup>385</sup> För att förklara vad kronocentrism är använder Dencik sig av etnocentrism som exempel; den brukar som bekant är beskrivas som att ha fördomar mot och nedvärdera andras etnicitet.

Etnocentrismen er en fordomsfuld måde at betragte andre mennesker i ens omverden på. Kronocentrismen er en fordomsfuld måde at betragte andre mennesker i ens for- og fremtid på. Etnocentrismen er et udtryk for ens egen kulturelle gruppes manglende evne til at se sig selv i spejlet – på tilsvarende måde er kronocentrismen et udtryk for hver epokes manglende evne til at se sig selv i nakken.<sup>386</sup>

Idag, menar Dencik, ställer denna kronocentrism till särskilda problem. I alla tider har barn ställts inför det faktum att de socialiseras in i en tids institutioner m.m. men att de sedan ska leva i ”framtiden” med dess institutioner etc. Tidens gång är visserligen inget som vi i sig kan göra något åt men kronocentrismen, menar Dencik, ställer till särskilda problem för barn i brytningstider om vuxenvärlden ”sætte sin egen tids holdninger og kulturelle mønstre som

<sup>384</sup> Dencik, (1999) s. 26 ff., menar att barns livsrum minskat.

<sup>385</sup> Ibid. s. 38 ff.

<sup>386</sup> Ibid. s. 41.

norm og betragte både det forddige og det fremtidige som afvigende og mindreværdigt”<sup>387</sup>. Det som blir lidande idag p.g.a. denna kronocentrism, menar Dencik, är barns aktiva ”självsocialisering” genom att vuxenvärlden just har, som vi sa ovan, en tendens idag att organisera, professionalisera och institutionalisera barnens värld som ett svar på inte bara faror och problem utan också utifrån den nya tidens upplevda ”mindervärdighet”. Dencik m.fl. menar att detta medför stora problem för barn i en senmodern värld eftersom de måste förhålla sig till fenomen som: a) en fortsatt erodering av traditioner, b) accelererande hastighet i samhällsutvecklingen och en ständigt mer utbredd pluralism som urholkar auktoriteter som föräldrar, skola och traditionella institutioner, c) ökade krav på den enskilde att kunna göra egna val och ta ansvar för den egna utvecklingen, d) tecken på polarisering där vissa får tillgång till ett växande välstånd medan andra marginaliseras; exempel på det senare kan vara de ensamstående mödrarnas försämrade ställning, e) strömmen av ny information och hur den påverkar den enskilde både socialt och psykologiskt och slutligen f) ett ständigt krav på den enskilda vad gäller utvecklingsmässig flexibilitet för att kunna upprätthålla en psykisk och social stabilitet i tillvaron. De nämnda krafterna a) – f) borde innebära att man verkade i motsatt riktning till den marginalisering av barn som sker genom

<sup>387</sup> Ibid.

organisering, professionalisering och institutionalisering av barns värld. Barns livsrum borde istället öka, inte minska, menar Dencik.

Ett sätt att diskutera alla de ovan beskrivna ”problemen” med barndomen som barndomssociologin har lanserat är att använda sig av begreppet generation. Detta för att sätta in barn i ett större sammanhang och minska betydelsen av enbart biologiska förklaringsmodeller.<sup>388</sup> Styrkan med ett sådant synsätt är att barn och barndom knyts till en social praxis ”barndomen”, vilken då kan erkännas variera utifrån skiftande förhållanden. Men ett sådant betraktelsesätt bär även tydligt socialkonstruktivistiska drag, och den nackdel det kan föra med sig är att de biologiska sidorna av barndomen, som bevisligen finns där, underskattas och en reduktion sker till exempelvis att enbart se barnet som en ”aktör”.<sup>389</sup> Som exempelvis James påpekat är kroppen, dess storlek, styrka, utseende etc. av största betydelse för barnets identitet.<sup>390</sup>

Med reservation för de reduktionistiska dragen i att betrakta barndomen utifrån ett generationsperspektiv, ska jag här försöka att anlägga ett generationsperspektiv och

<sup>388</sup> Se Halldén (2003) s. 25 ff. allmänt angående begreppet generation inom barndomsforskningen. Där finns också en sammanfattning av den kritik som riktats mot generationsbegreppet.

<sup>389</sup> Jfr. inledningsvis vad som där sades om att ”aktörsperspektivet” kan innebära en avhumanisering, se not 33. Se också vidare nedan s. 284 på vilket sätt jag kommer att använda begreppet aktör.

<sup>390</sup> James/Jenks & Prout op.cit. s. 146 ff.

betrakta barn som en grupp som marginaliserats. Jag gör detta för att kunna studera barn i förhållande till medborgarskap. Utgångspunkten för mitt resonemang är, det ovan sagda, att det är den form av ”medborgare” vi har idag som även skapar den form av ”barn” och ”barndom” vi rör oss med. Barn och barndom ses därmed inte som kategorier som föregår dagens form av medborgarskap, utan de förra står, på de sätt som redogjorts för tidigare, i en ”intern” relation till medborgarskapet. Barns livsrum blir det centrala för den diskussion som ska föras nedan. Men den närmare uttydningen av vad ett ”generationssynsätt” innebär avvaktar jag med att beskriva till dess tillämpningsexemplet presenterats.

Det tillämpningsexempel jag ska välja är skolan. I skollagen, 1 kap 2 §, slås likhetsprincipen vad gäller utbildning i skolan fast. Alla barn och ungdomar ska, sägs det, oavsett kön, geografisk hemvist samt sociala och ekonomiska förhållanden ha lika tillgång till utbildning och denna utbildning ska vara likvärdig. I skollagen används, i den mening som diskuterats i denna bok, en abstrakt individ, nämligen elev. Eleven är den som ska bibringas kunskaper och färdigheter. De flesta förpliktelser skollagen anger riktar sig till huvudmännen för skolverksamheten, 1 kap 12 §. Den skolplikt som anges i 3 kap av skollagen innebär en skyldighet för ett skolpliktigt barns vårdnadshavare att tillse att barnet fullgör sin plikt, 15 §. Vårdnadshavaren kan åläggas

vite om denne inte gjort vad som ankommer på denne för att tillse att eleven fullgör sin skolplikt. Skolplikten motsvaras, sägs det, av en rätt att få utbildning, 3 kap 1 §. Få bestämmelser på detta område anknyter till civila rättigheter för barn. De flesta kan karakteriseras som sociala rättigheter i den form som Marshall skulle ha kallat för "receive-rights".<sup>391</sup>

Svenskt skolväsende kan sägas ha konstruerats utifrån en särskild inriktning på social jämlikhet.<sup>392</sup> Anknyter vi till vad som sades ovan, om den nya barndomsforskningen, är skollagen mycket tydligt inriktad på att se barndomen som en livsfas och "eleverna" som "becomings". Utbildningen ska, heter det exempelvis i 1 kap 2 §, främja elevernas harmoniska utveckling till ansvarsställande människor och samhällsmedlemmar. Men även de bestämmelser som anknyter till elevernas faktiska situation har en anknytning till dessa mål med verksamheten, som demokratiska värderingar, "mänskliga rättigheter", miljö, jämställdhet och förhindrande av kränkande behandling. Näsman formulerar saken på följande vis:

Perspektivet på barn och barndom i utbildningsväsendet är i huvudsak att barndomen ses som den fas under vilken individen förvärvar vuxenkompetens och att barn har brister och potentialer snarare än kompetenser här och nu.<sup>393</sup>

<sup>391</sup> Supra s. 219 f.

<sup>392</sup> Persson R. (1997) s. 23.

De nämnda värdena demokrati, mänskliga rättigheter, miljö etc. blir, som Näsman säger, inte en fråga om rättigheter utan ges instrumentella värden för exempelvis att öka lärandet.

Även när det kommer till de former av individueringer som görs i exempelvis skollagen, är dessa i mycket instrumentellt grundade. De grupper som är föremål för sådan individuering är utvecklingsstörda, döva och hörselskadade samt samer. För dessa grupper anges att särskild skolgång i särskilda skolor kan ges. Grunden för de två förstnämnda gruppernas individuering är hjälp och stöd och för den sistnämnda är grunden kulturellt etnisk. I läroplanen (Lpo 1994) finns visserligen passager som antyder en individualisering. Det sägs exempelvis att det är "[s]kolans uppgift att låta varje elev finna sin unika egenart" och att "[u]ndervisningen skall anpassas till varje elevs förutsättningar och behov". Vad gäller det förstnämnda kopplas dock den unika egenarten samman med just ett instrumentellt mål, att eleven sedermera ska kunna delta i samhällslivet och ge sitt bästa i "ansvarig frihet". Vad det gäller det senare, anpassningen av undervisningen till varje elevs förutsättningar och behov, knyts detta tydligt till elever som har svårighet att nå målen med utbildningen.

<sup>393</sup> Näsman (2004) s. 72. Jfr. Eriksson M. (2003) s. 22, hennes formulering är att barn ses som "ofullständiga" människor.

För att granska hur skolan hanterar barns rättigheter väljs nedan två grupper barn ut. Dels utvecklingsstörda, dels mycket begåvade barn. Att de senare väljs är för att studier har visat att även barn med mycket god kognitiv förmåga uppvisar beteenden och har liknande problem i skolan som barn med låg kognitiv förmåga.<sup>394</sup> De förra har också som de senare, visar dessa studier, svårt att relatera till sina klasskamrater, blir ofta utstötta och ensamma och lider i skolan av att vara understimulerade och uttråkade och reagerar därvid med oroliga utbrott som stör ordningen. Samma ”rätt” till hjälp och stöd borde därmed finnas för de två grupperna. Men så är inte fallet och det intressanta blir att få svar på varför inte skolans ”hjälp och stöd-ideologi” omfattar båda dessa grupper barn.

Vi börjar med de utvecklingsstörda. Barn som är utvecklingsstörda, och därför inte bedöms kunna nå upp till grundskolans kunskapsmål, ska tas emot i särskolan enligt 3 kap. 3 § skollagen. Till utgången av juni 2005 gäller dock en särskild lag om försöksverksamhet med ökat inflytande över utvecklingsstörda barns skolgång (1995:1249). Det är således enligt den senare lagen bedömningar görs, fram till juni 2005, om barn som inte når upp till grundskolans kunskapsmål p.g.a. utvecklingsstörning ska tas emot i särskolan. Med utvecklingsstörda barn jämföras här även barn som har fått ett betydande och bestående begåvningsmäs-

<sup>394</sup> Se exempelvis Shaywitz (2001).

sigt funktionshinder på grund av hjärnskada samt barn med autism eller autismliknande tillstånd.

Det finns en rad fall från överklagandenämnden för skolväsendet som rör den form av ”individuation” det är fråga om här, d.v.s. bedömningar om en elev tillhör den personkrets som definieras i 3 kap. 3 § skollagen och lagen om försöksverksamhet (1995:1249).<sup>395</sup> Överklagandenämndens beslut 2003:403 kan vara illustrativt för svårigheterna i dagens värld att tillämpa regler som leder till individuationer vilka ger ”rättigheter”.

L och C överklagade ett kommunalt beslut om att deras dotter N inte skulle tas emot i särskola. Motiveringen till beslutet var att hon inte kunde betraktas som utvecklingsstörd. N erbjöds däremot fortsatt omvänd individintegrerad placering vid särskolan höstterminen 2003. N hade fått diagnosen selektiv mutism. Hon hade vidare vissa autismliknande drag. Resultatet av de intelligenstest som utförts på henne, enligt den s.k. WISC-III metoden, visade emellertid att hon låg inom det s.k. normalbegåvningsintervallet. Annan utredning hade visat att N hade beteendeavvikelser som tillbakadragenhet och svårigheter i skolan och i sociala kontakter.

I sitt beslut bifaller överklagandenämnden föräldrarnas begäran om att deras dotter ska placeras i särskola. Avgörande för beslutet är inte begreppet utvecklingsstörning utan man inriktar sig istället på om det aktuella barnet har

<sup>395</sup> Se Skolväsendets överklagandenämnd 1994:A142, 2000:A106, 2001:445, 2002:17 och 2003:403.

möjlighet att uppnå grundskolans kunskapsmål, vilket i sig, påpekar man, kan ha en mängd orsaker och gå att tillämpa på ett stort antal barn. Men en individualiserad bedömning görs trots detta i detta fall utifrån ”barnets bästa” och det faktum att hon bl.a. uppvisar ett autismliknande tillstånd. Mot varandra står här två uppfattningar, kan man säga. Dels kommunens uppfattning att begåvningsmässig utvecklingsstörning ska vara avgörande för utgången i ett sådant här fall. Dels föräldrarnas uppfattning att det avgörande istället bör vara en bedömning av om barnet har möjlighet att uppnå grundskolans kunskapsmål på grund av de autismliknande problem hon uppvisar. Överklagandenämnden fäster avgörande vikt vid de autismliknande symptomen och tillsammans med ”barnets bästa” blir detta avgörande för beslutet att barnet ska ges rätt att placeras i särskola.

Överklagandenämndens beslutet kan, i de teoretiska perspektiv som presenterats ovan, sägas öka just detta barns ”livsrum”. Det möjliggör att detta barn får möjlighet att utvecklas utifrån sina egna förutsättningar. Beslutet strider däremot mot en tanke som hela skolans verksamhet grundas på, medvetet och omedvetet, nämligen tanken på ett ”normal curriculum” och när avvikelser från ett sådant får göras.

Ett ”normal curriculum” kan sägas organisera elevernas tid och rum. I skollagen visas detta exempelvis genom

den ram vad gäller undervisningstiden som anges. Enligt 3 kap 11 § är inte eleven skyldig att gå i skolan för att delta i obligatoriska inslag i utbildningen mer än 190 dagar per läsår eller att någon enskild dag delta i sådana inslag mer än åtta timmar eller, i de två lägsta årskurserna mer än sex timmar. Vidare finns en timplan, i bilaga 3 till lagen, som ger en ram för vad eleven ska syssla med i skolan. I exempelvis grundskoleförordningen ges sedan vidare föreskrifter angående timplanen men det anges också att det ska finnas en läroplan och en kursplan som fastställs av regeringen. Mycket av den direkta tillämpningen av läro- och kursplaner överlämnas dock ända ner till rektorsnivå på varje skola. En viss frihet finns därmed utifrån de ramar som är centralt fastställda, men för att garantera sådant som likvärdig utbildning finns också ett inspektionssystem. Rumsligt fixeras elevens närvaro i skolan genom skolplikten vilken bl.a. kräver att eleven deltar i verksamheten. I vissa länder saknas detta krav på närvaro så länge kunskaperna förvärvas på annat sätt. Men förutom ett ”formellt” curriculum finns det även andra krafter som verkar när det gäller struktureringen av elevernas tid och rum i skolan. Det engelska begreppet ”curriculum” kan vara belysande här eftersom det är vidare och inbegriper också dessa informella aspekter, som pedagogik, traditioner, lärarprofessionens utseende, föräldrars och det omgivande samhällets förväntningar m.m. Exempelvis har genus- och sociala

aspekter av lärandet i skolan studerats för att bättre förstå på vilket sätt skolan strukturerar och organiserar sin verksamhet förutom genom de rent formella sätten.<sup>396</sup>

Tanken på ett ”normal curriculum” kan sägas stödja såväl rent formella aspekter som syftar till likformighet, likabehandling etc. som materiella aspekter på utbildningens utformning. Kommunens argumentation i fallet ovan tar främst fasta på formella argument även om de menar att de ”materiella” sidorna av problematiken kan ordnas rent praktiskt genom ”omvänd individintegrerad placering vid särskolan”. Överklagandenämnden lyckas att utifrån argumentationen om barnets bästa och autismliknande symtom sammanjämka de två motstridiga uppfattningarna om likformighet och innehåll. De sakliga skälen för avsteg i detta fall, trots avsaknad av rekvisitet utvecklingsstörning, är likheter i symtombild mellan autism och utvecklingsstörning samt hänvisningen till barnets bästa. Frågan är nu om detta synsätt går att överföra på gruppen mycket begåvade barn när det gäller dessa barns problem. Av den anledningen går vi nu från problematiken med utvecklingsstörda via ett ”normal curriculum”, till mycket begåvade barns situation i skolan.

Cirka två procent av befolkningen anses ha en intelligenskvot över 131 och kan därmed räknas till gruppen mycket begåvade.<sup>397</sup> Gränsen för utvecklingsstörning

<sup>396</sup> Gordon et. altera (2000) s. 36–51.

anses ligga vid en intelligenskvot under intervallet 70 – 75.<sup>398</sup> Endast 0,4 procent av befolkningen har en sådan utvecklingsstörning.<sup>399</sup> Antalsmässigt sett är således den förra gruppen fler till antalet än den senare. Begreppet intelligens är dock mycket omdiskuterat.<sup>400</sup> När det gäller barn använder man sig i anglosaxiska länder istället av begreppet ”gifted children” och i denna kategori inryms en mängd så kallade särbegåvningar.<sup>401</sup> Det som traditionella intelligens tester mäter är ett genomsnitt av olika former av begåvningar, främst matematisk och språklig begåvning. En exceptionell begåvning inom det ena området kan därför som intelligenskvot dras ned, som genomsnitt betraktat, utifrån ett helt test. Man brukar därför försöka att tala om olika former av särbegåvningar och särbegåvningsdomäner. Vad man i förstone tänker på när gruppen särbegåvande barn kommer på tal är akademiska särbegåvningar, som exempelvis matematisk särbegåvning. Vidgar man

<sup>397</sup> Siffran är en grov uppskattning. Se vidare Persson R. op.cit. s. 43 ff.

<sup>398</sup> Sonnander/Ramund (2000) s. 8 f.

<sup>399</sup> Källa NE.

<sup>400</sup> Inte minst har Gardners (1983) teori om de sju intelligenserna påverkat debatten.

<sup>401</sup> Se exempelvis Burt (1975) s. 143–159, Persson R. op.cit. s. 111–125, Rowlands (1974) s. 11–41, Winner (1999) s. 23–93. Mycket av debatten om särbegåvningar startade av den s.k. Marlandrapporten från amerikanska utbildningsdepartementet 1971. Dess betydelse är dock något överspelad av nyare forskning. För en översikt av forskningsområdet se Persson R. op.cit.

perspektivet kan man också tala om exceptionella begåvningar vad gäller musik, bildkonst etc. Winner talar om nio myter vad gäller särbegåvning, vi ska inte uppmärksamma alla här, utan särskilt uppmärksamma två av dessa.<sup>402</sup> Den första gäller förhållandet mellan intelligens och prestation. Det finns nämligen ingen tydlig koppling mellan begåvning och prestation, tvärtom talar mycket för att den form av prestation som exempelvis premieras i skolsystemet missgynnar särbegåvade barn. Förklaringen till detta kan vara enkel.

Är duktiga elever alltid särbegåvade? Frågar man lärare om de har eller har haft särskilt begåvade barn eller ungdomar i sin klass, är sannolikheten stor att lärarna pekar ut de elever som förvisso har förhållandevis lätt för sig, men som framför allt också är mest problemfria i klassrummet.<sup>403</sup>

”Foglig” och ”duktig” betyder därmed ofta i skolsammanhang detsamma, enligt R. Persson.<sup>404</sup>

Den andra myten vi ska uppmärksamma här är att begåvning och framgång senare i livet skulle gå hand i hand.<sup>405</sup> Förklaringarna till att så inte är fallet kan vara många. En av dem har med ”särbegåvningens psykologi” att göra och blir intressant i detta sammanhang när vi diskuterar barns ”livsrum” i skolan. Det som särbegåvade

<sup>402</sup> Winner op.cit. s. 17–20 och 260–265.

<sup>403</sup> Persson R. op.cit. s. 269.

<sup>404</sup> Ibid. s. 270.

<sup>405</sup> Winner op.cit. s. 264.

barn vittnar samfällt om är en form av ensamhet som drabbar dem orsakad av att de upplever sig själva som annorlunda och därmed har svårt att relatera till andra barn.<sup>406</sup> Särskilt tycks detta gälla de särbegåvade flickorna. Orsaken till detsamma tror man är de förväntningar som finns på hur flickor ska vara.<sup>407</sup> De särbegåvade barnens problem är i mycket, skulle man kunna säga, socioemotionala. Winner sammanfattar denna problematik i tre hänseenden som särbegåvade barn avviker från ”normen” i exempelvis skolan. Det första hänseendet har med arbete att göra, nämligen att dessa barn kräver stark motivering för att arbeta, rena auktoritetsskäl duger inte. Det andra hänseendet har med värdestrukturer att göra, nämligen att dessa barn är mer ifrågasättande än andra barn och därmed nonkonformistiska. Det tredje hänseendet har att göra med förhållandet till jämnåriga kamrater, på så vis att de tenderar att vara mer introverta och tillbringa mer tid med sig själva än genomsnittsbarnet.<sup>408</sup> Den krock som sker när de särbegåvande barnen möter skolan är främst en krock i förhållandet till tanken på ett ”normal curriculum”. Det vill säga att det i skolan finns en idé om hur elevens situation ska struktureras och utifrån vilka principer detta ska ske.<sup>409</sup>

<sup>406</sup> Jfr. Persson R. op.cit. s. 77 ff. om särbegåvning och karaktärsdrag. Winner op.cit. s. 183 angående de problem dessa barn stöter på. Rowlands s. 78 ff.

<sup>407</sup> Winner op.cit.s. 187 om att gå emot de gällande könsstereotyperna.

<sup>408</sup> Ibid. s. 183.

En strukturering som, så att säga, direkt krockar med dessa barns "konstitution". Vidare stöds krocken av att avsteg från detta normala curriculum, d.v.s. grunden för de godkända former av individuation som finns i bland annat skollagen, är grundade i en "hjälp och stöd-ideologi" som inte omfattar dessa barn. Frågan är varför så är fallet. Sett bara till fakta, de ovan beskrivna symtom på missanpassning som dessa barn uppvisar, borde det inte finnas något som i sig säger att denna form av stödidologi inte också skulle kunna appliceras på de särbegåvande barnen. Orsaken till att detta inte sker ser bland annat R. Persson som en brist på information som gör att skolvärlden ofta ser skolans demokratiska principer hotade när särbegåvning kommer på tal.<sup>410</sup> Den nämnda likhetsprincipen i 1 kap 2 § skollagen kan nämligen tyckas sättas ur spel om vissa "får gå före". Tanken på likabehandling av elever blandas därmed samman med en tanke på alla elevers lika prestationer. R. Persson m.fl. har säkert rätt när de hänvisar till brist på information när vi ska försöka förstå varför de särbegåvade barnens situation i skolan är som den är. Ändå förklarar det inte relationen mellan tillåten och otillåten individuation vad gäller förståndshandikapp och särbegåvning.

Vid denna punkt i framställningen kan det vara lämpligt att införa det ovan diskuterade generationsbegreppet.

<sup>409</sup> För en genomgång av de politiska målen för svenska grundskolan se Hadenius (1990) s. 13–32.

<sup>410</sup> Persson R. op.cit. s. 282.

Utgångspunkten för detta perspektiv är även det ovan sagda om barndomen som ett historiskt relativt fenomen. Med tydlig inspiration från diskussioner om andra ”sociala system” sägs vidare att det intressanta för ett generationsperspektiv inte är relationen mellan enskilda barn och deras föräldrar utan förhållandet mellan barn och vuxna i samhällsstrukturen. Man intresserar sig exempelvis, när man anlägger ett generationssynsätt, för hur barndomen ändrat sig över tiden och hur barns villkor förhåller sig till vuxen- och ålderdomsvillkor. I analogi med förhållandet mellan könen talar vissa forskare också, förutom om en könsordning och det s.k. genusystemet, om ett ”generationssystem”. Det man försöker visa med detta är att även andra relationer råder mellan barn och vuxna än den traditionellt uppmärksammade föräldrar/barn-relationen. Diskuterar man ett generationssystem på detta vis antyder det alltså att det skulle finnas generella strukturerande principer som gäller relationen barn – vuxna. Synsättet ”upptäckten av barndomen” antyder vidare att detta system och de strukturerande principerna är tidsmässigt arbiträra. I analogi med andra sociala system borde dessutom, säger förespråkarna för detta synsätt, även detta system bygga på över- och underordning.

Transplanted once again from concern with the gender system to that of the generational system of childhood/adulthood, this account suggests that the child related issues that get defined as problematic or inte-

resting – and raise needs for, and interest in, producing knowledge – tend to be those that concern the organizing, managing, regulating and occasional “modernizing” of the generational system, from the standpoint of those belonging to the hegemonic generation ...<sup>411</sup>

Generationer, påpekar Edmunds och Turner, är något som hittills inte intresserat samhällsvetenskapen.<sup>412</sup> Antingen har ålder betraktats som bara en aspekt av social skiktning, där klass, kön, etnicitet varit de viktigaste, eller så har generation bara sett, ur perspektivet av åldrande. Det nya, förutom att anlägga ett generationssystemperspektiv, är att identifiera generationer som sociologisk kategori.<sup>413</sup> Det intressanta blir inte en födelsekull i sig utan ”generational cultures and politics”. Mannheim menar att det som formar en generation ur detta perspektiv är vad han kallar ”traumatic events”.<sup>414</sup> Exempel på sådana kan vara de två världskrigen, Förintelsen, ryska revolutionen, spanska inbördeskriget, födelsen av staten Israel, majrevolten -68 etc.

A generation can be defined in terms of a collective response to a traumatic event or catastrophe that unites a particular cohort of individuals into a self-conscious age stratum. The traumatic event uniquely cuts off a generation from its past and separates it from the

<sup>411</sup> Alanen (1994) s. 38.

<sup>412</sup> Edmunds/Turner (2002) s. 2.

<sup>413</sup> Ibid. s. 7.

<sup>414</sup> Mannheim (1997) s. 276–320.

future. The event becomes the basis of a collective ideology and a set of integrating rituals that become the conduit for the commemoration of the traumatic experience.<sup>415</sup>

Hur ska vi då anlägga detta perspektiv på frågan om hur utvecklingsstörda och särbegåvade behandlas i skolan? Vilka strukturerande principer gäller? Kanske kan man besvara dessa frågor på följande vis: Hjälps och stöd-ideologin, som det talats om ovan, vilken kommer till uttryck i bl.a. skollagarna, är ett uttryck för en viss, nuvarande, generation vuxnas förhållningssätt till barn. Den innebär, som Näsman ovan sa, att vara koncentrerad på att ”barn har brister”. Barn ”mäts” därmed mot ”vuxenkompetensen”, som Näsman sa. I skolan leder detta till det förhållandet att både förståndshandikappade och särbegåvade barn visserligen bedöms ha likartade problem i skolan, men att bara den ena gruppen anses berättigad till särskilt stöd. Problemen för de båda grupperna yttrar sig visserligen på samma sätt, men den ena gruppens problem erkänns inte p.g.a. den måttstock som används, i detta fall måttstocken ”vuxenkompetens”. Problemen som de särbegåvade har går, skulle man kunna säga, stick i stäv med de strukturerande principerna på området. Diskuterar vi detta även utifrån under- och överordning kan sägas att hjälps och stöd-ideologin har ett tydligt paternalistiskt drag som gör att ”hjälpen och stödet” som baksida har ”makten” över problemformulering.

<sup>415</sup> Edmunds/Turner op.cit. s. 12.

leringen, verklighetsbeskrivningen, målformuleringen. Barns problem ska enligt detta synsätt utgå ifrån ”brist” inte som kan tyckas gälla för de särbegåvade i ”överskott”. Med Mannheims ord skulle man kunna säga att det som format den nuvarande generationen vuxnas ”culture and politics” inte omfattar tanken på barn med ”överskott” och att dessa dessutom kan ha problem.

Klätt i rättighetstermer kan frågan ställas, utifrån de exempel som givits, om den form av rättigheter som barn tillerkänns inte utgår från likabehandling utan från särbehandling, d.v.s. vissa former av sociala rättigheter tillerkänns barn om dessa ”rättigheter” står i samklang med nuvarande generation vuxnas förhållningssätt till barn. Därmed ges också en illustration till den ”interna relation” som råder mellan ”medborgare” och ”barn” i vår tid i detta land.

### **Tillämpningsexempel två: Kön**

Det som främst ska diskuteras här är relationen mellan medborgarskap och kön. För att göra detta ska några särskilda frågor väljas ut i anslutning till likabehandling. Utgångspunkten för diskussionen är de tre givna exemplen i början av detta kapitel angående likabehandling, d.v.s. likabehandlingsfallet, särbehandlingsfallet och identitetsfallet. Kärnan i diskussionen är likabehandling kontra tillåten särbehandling. Tidigare har konstaterats att tillåten särbehandling kräver att det finns sakliga skäl. Skäl som

många gånger anknyter till ett samhällsligt mål eller dylikt. Diskussionen om detta kompliceras av att den kan föras på en mängd olika nivåer och att ingen enighet råder i synen på rättigheter. Det förra har vi diskuterat tidigare och konstaterat att generell likabehandling på det vis den uttrycks på en konstitutionell nivå skiljer från exempelvis likabehandling när man talar om sådan mellan kvinnor och män i exempelvis ett EG-direktiv. Det senare, oenigheten i synen på rättigheter, är än svårare att hantera eftersom den är djupgående och berör hela synen på rätten, dess funktion i samhället och förhållandet till politiken. Man behöver bara besitta ytterst grunda kunskaper på området för att upptäcka att, i diskussionen som förts sedan sjuttioalet och framåt, det exempelvis går en skiljelinje mellan de som tar sin utgångspunkt i individuella rättigheter och de som för en diskussion utifrån ”intressen”, samhällsnytta etc. Dworkins åtskillnad mellan principer och policies är belysande för det förra synsättet. Han menar, som bekant är, att man måste skilja på de förra som är rättsliga och uttryck för individuella rättigheter och de senare som uttrycker samhällsliga politiska övergripande mål. De senare, menar han, får inte annat än indirekt verkan på problem i en juridisk kontext där de förra har primat. ”Sakliga skäl” för särbehandling borde därmed med ett sådant synsätt bli anknutet till individuella rättigheter. En kvinnas rätt till särbehandling vid exempelvis graviditet måste för att den ska få ver-

kan, utifrån ett sådant synsätt, ”formuleras” som en juridisk rättighet för kvinnan att i dessa sammanhang behålla sin anställning etc. efter ledighet. Denna rättighet uttrycks, skulle man kunna säga, i en princip som kan vägas mot exempelvis principen om generell likabehandling. Svårigheter med detta sätt att se på saken uppstår till exempel med nämnda EG-direktiv om likabehandling av kvinnor och män där det direkt refereras till samhällseliga mål om ökad jämställdhet. Åtgärder av olika slag får nämligen vidtas, som ibland innebär särbehandling, för att främja dessa mål. Man skulle då kunna hävda att individuella rättigheter därmed kränks. Frågan blir akut när det exempelvis gäller tillträde till utbildning eller vid offentliga anställningar.

De som tar sin utgångspunkt i samhällseliga mål, intressen och samhällsnytta, när rättigheter diskuteras, ser ofta på de diskuterade frågorna på ett annat sätt. Sakliga skäl för särbehandling kan, om man intar den positionen, knytas till ”intressen” som staten vill främja. Dessa intressen kan anknyta till en viss grupp, till en särskild fråga som exempelvis miljön eller ingå i ett större sammanhang för att skapa balans mellan ojämslällda parter. Vad som åsyftas med det senare är exempelvis det ”nät” av regler som syftar till att skydda och stödja konsumenter i förhållande till näringsidkare.

Man skulle kunna tycka att i bakgrunden av dessa diskussioner finns två ”teorier” om rättigheter, ofta då kallade

viljeteorin och intresseteorin. Eftersom det ofta ägnas stor uppmärksamhet åt dessa ”teorier” skulle jag, innan det är möjligt att gå vidare i diskussionen, vilja ifrågasätta denna uppdelning utifrån det som sades i förra kapitlet. Möjligen skulle denna indelning bli meningsfull för den här förda diskussionen om man till en början hittar tydliga upphovsmän till dessa ”teorier” som träder fram och entydigt beskriver dem. Istället heter det, främst i anglosaxisk diskussion, att man framställer en variant av intresse- eller viljeteorin. Man anger försvar för den ena eller andra och ger referenser till s.k. klassisk vilje- eller intresseteori. Vad vi har här är ett ytterligare exempel på ett modernt förhållningssätt till dessa frågor utgående från den moderna oförmågan att se ”beyond itself”, ytterst tron att frågorna är eviga men att svaren skiftar.<sup>416</sup> Klassisk viljeteori skulle då med ett sådant synsätt, inom rättsvetenskapen sett från en svensk horisont, kunna utgå från Savigny och begreppsjurisprudensens och intresseteorin från Jhering och intressejurisprudensen. Den fråga man då måste ställa är om de två ”skolorna” ställer samma frågor och sedan om de ger olika svar på denna fråga. Är det så att exempelvis Savignys ”fråga” i dessa sammanhang primärt är ”Vad är en rättighet?”. Nej, vilket framgått ovan, Savignys första avgörande problem är människans förhållande till yttervärlden. Det primära är frågan om människans bestämning och hennes

<sup>416</sup> Supra not 14.

egna val av uttryck för sitt liv. Rätten kommer in som en begränsning av hennes fria vilja i kontakten med ”den andre” som har liknande krav på sin fria viljas ”utbredning” i yttervärlden. Inskränkningar, i form av exempelvis avtal, som sådana kollisioner orsakar, måste, utifrån principen om viljans frihet, vara just frivilliga. Men rätten tar, för Savigny m.fl. som redogjordes för ovan, bara en liten del av utrymmet i ”yttervärlden”, den omfattar inte hela människan och därmed inte hela samhället,. Vad detta synsätt speglar, har vi också påpekat, är ett samhälle på gränsen till industrialisering och innan nationalstaten etablerat sig som främsta auktoritet med monopol på ”bestämmande” genom lagstiftning. Jämför vi nu detta med Jhering kan vi se att vad denne diskuterade var något annat. Han utgick från, som visades ovan, det statliga monopolet på normskapande genom lagstiftning och han vände sig mot att se rättsförhållandena och rättskulturen som den primära källan för rätten. Rätten omfattar vidare hela människan och hela samhället och rättigheterna ges främst genom lagar/lagstiftning och de intressen som dessa/detta skyddar. Vad vi har att göra med är ett totalskifte vad gäller synen på rättskällor, rättsförhållanden och lagstiftning. Jherings devis var som bekant är: min rätt och rättens är en och densamma.<sup>417</sup> Det Jhering slogs för var att vrida perspektivet till att bli sådant att personen och rätten omfattade ett och

<sup>417</sup> Jhering op.cit. s. 52.

detsamma, skulle man därför kunna säga. Exempelvis menade han att ett angrepp på någons egendom också var ett angrepp på dennes person. Möjligen skulle man också utifrån Jherings resonemang kunna ge ett meningsfullt svar på frågan ”Vad är en rättighet?”, svaret skulle bli: Ett av rätten skyddat intresse.

Istället för att tala om ”viljeteorin” eller ”intresseteorin”, som om det vore två mot varandra stående alternativ idag, är det mer fruktbart att se dessa ”teorier” som sediment i rättsutvecklingen, vilket även stöds av den genealogiska undersökning som genomfördes i förra kapitlet, där den förra ”teorin” representerar ett äldre synsätt med utgångspunkt i kantianska idéer om viljans frihet och autonomi och den senare ”teorin” i ett yngre synsätt utgående från lagstiftning och statens rätt att identifiera och bestämma vad, vem och vilka som ska skyddas. Det senare speglar därmed en mer utvecklad modern stat där behov finns att i olika sammanhang begränsa autonomi och där rätten även har ett anspråk på att omfatta mer av individen och samhället än vad var idealet för exempelvis Savigny. Men det intressanta i sammanhanget är att beroende på vad som diskuteras är det två ”teorierna” mer eller mindre tillämpliga. Talar vi om rätten utifrån ett generellt perspektiv, på exempelvis en konstitutionell nivå, är det främst ”viljeteorins” argument som är gångbara: Lika fall ska behandlas lika, äganderätten som en fundamental princip etc. Börjar

vi däremot diskutera mer ”sociala” ambitioner för rätten, staten, byråkratin etc. blir intressesynsätt gångbara. Så fort individens autonomi på något sätt begränsas är det, kan man nog säga, främst ”intresseargumentation” som aktualiseras.

Frågan om kön befinner sig mitt i detta spänningsfält av olika synsätt där såväl ”autonomi” som ”intresse” är intressant. Återknyter vi till det tre fallen angående likabehandling som diskuterades i inledningen till detta kapitel blir det hela tydligt. ”Likabehandlingsfallet” beträffande kön rör alla de frågor där kvinnor har krav på lika tillträde till utbildningar, yrken, deltagande i politiska, sociala och övriga sammanhang. Från det tidiga artonhundratalet fram till mitten av nittonhundratalet var frågan om lika tillträde dominerande. ”Särbehandlingsfallet” uppmärksammar det som kan kallas för könsneutralitetens baksida, nämligen könsblindheten. En neutral rätt kan bli blind för viktiga faktorer i kvinnors liv. Faktorer som kan ha avgörande betydelse för reell likabehandling. Det klassiska fallet är, som nämnts ovan, graviditet. Graviditet kan därmed bli ett sakligt skäl för särbehandling. ”Identitetsfallet” blir också aktualiserat när det gäller kön. Identitet och kön hänger intimt samman. Ett av de tydligaste uttrycken för en persons identitet är dess kön. Neutralitet kan också här orsaka blindhet som gör att ett visst köns uttryckssätt undertrycks av rätten. Inom straffrätten har exempelvis våld diskute-

rats.<sup>418</sup> Manliga beteenden, har det påpekats, ses underförstått som det ”normala”, normalfallen, och kvinnliga dito som speciella, särfall.<sup>419</sup> Om en persons könstillhörighet leder till att viktiga delar av denna persons identitet undertrycks av lagens förmenta ”könsneutralitet” kan även här särbehandling vara sakligt befogad.

När detta är sagt är det dags att gå över till den mer specifika frågan om förhållandet mellan kön och medborgarskap. Ett evolutionärt synsätt på medborgarskap skulle även när det gäller kön kunna leda till att man säger att ”kvinnor” är den grupp som står i tur att helt inkluderas i medborgarskapets allt vidare cirklar.<sup>420</sup> Detta synsätt har avvisats ovan utifrån konstaterandet att inte heller kategorin ”kvinna” är en kategori vars bestämning i en viss tid föregår den. Istället gäller även för denna ”grupp” att dess värde, utseende och betydelse står i en intern relation till medborgarskapet i sig. Den invändning som skulle kunna göras mot detta är att kön har en biologisk grund.<sup>421</sup> Jag

<sup>418</sup> Se vidare s. 278 ff.

<sup>419</sup> Jfr. exempelvis Svensson (1997) s. 307 som säger att detta tänkande ”medfört att motsatserna värderas olika, att *den ena* sidan fått utgöra normen medan *den andra* 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”.

<sup>420</sup> Lister (1997) s. 42 ff. är ett exempel på någon som utgår från distinktionen exkludering/inkludering. Hon menar att man bör sätta fokus på det förra när man diskuterar kön.

kommer nedan att göra den åtskillnad man brukar göra när dessa frågor diskuteras, nämligen mellan biologiskt kön och socialt kön och diskutera begreppet genus i förhållande till bland annat biologiskt kön. Jag kommer dock inte att ansluta mig till ett socialkonstruktivistiskt synsätt och säga att kön helt och hållet är socialt konstruerat. Ovan har delvis redan berörts min invändning mot detta synsätt. För det första föder detta sätt att resonera lätt en tanke på en medveten process även om tillägget ”social” görs i förhållande till ”konstruktion”.<sup>422</sup> För det andra döljer detta sätt att analysera, enligt mitt förmenande, det förhållandet att förutsättningen för att synsättet ska vara fruktbart, är att det kräver någon form av systemsynsätt vilket inte tydliggörs genom att referera till mer anonyma sociala processer. Ofta används begreppet patriarkatet för att uppnå detta. Patriar-

<sup>421</sup> Se vidare s. 264.

<sup>422</sup> Till en början kan det vara av vikt att se hur ”konstruktion” används i fransk kontra anglosaxisk kultur. Ordet ”konstruktion” har en mycket speciell betydelse i fransk kultur- och samhällsdebatt. När Beauvoir säger: *On ne naît pas femme: on le devient*, (Man föds inte till, man blir kvinna), verkar hon i denna tradition. I sann jakobinsk anda, påpekar exempelvis Oommen, har Frankrike som nation alltid setts som en ”konstruktion”, det är inte ett hjärtats utan en hjärnans verk, eller för att citera Sanguinetti, som Oomenen refererar till: ”Frankrike är en artificiell politisk konstruktion” (Oommen op.cit. s. 143). Ser man däremot till amerikansk socialkonstruktivism (se exempelvis Berger/Luckmann 1966) framträder en annan bild av begreppet ”konstruktion” där det artificiella bytts mot det sociala. För en diskussion om social konstruktion i rättsvetenskapen, se exempelvis Christoffersen (2003).

katet sägs därmed vara detta system. Begreppet är dock svåränvänt. Formulerat av exempelvis MacKinnon utgår det från en relativt enkel maktanalys av mäns överordning och kvinnors underordning. Problemet med exempelvis MacKinnons synsätt är därför att det inte synliggör vare sig alla maktrelationer baserade på kön eller tar hänsyn till andra dimensioner än de som baseras på dominans, exempelvis de som brukar kallas för diskursiva, mer om denna skillnad nedan. Försök att vidareutveckla begreppet patriarkatet har exempelvis Walby stått för.<sup>423</sup> För henne och, i ännu större grad, för Connell är begreppet ”genusrelation” istället viktigt.<sup>424</sup> Ovan har redan ”relationssynsättet” anammats när det sagts att olika gruppers förhållanden till varandra i förhållandet till medborgarskapet bäst bestäms som en ”intern relation”. Av det sagda följer att några frågor måste utredas för att förhållandet mellan medborgarskap och kön ska kunna diskuteras närmare: a) förhållandet mellan biologiskt och socialt kön och b) begreppet patriarkatet.

a) *Biologiskt och socialt kön*. Vid diskussioner där det biologiska könet är i centrum är det tre idéer som ofta återkommer. För det första idén om att biologiska skillnader mellan könen avspeglas i sociala praktiker så att dessa sägs vara naturliga, exempelvis då kvinnors och mäns positio-

<sup>423</sup> Walby (1990).

<sup>424</sup> Connell (1987).

ner i samhället. För det andra är det idén om kroppen som en sorts sammanhållen ”maskin” där olika nivåer av exempelvis testosteron eller östrogen även de avspeglas i sociala praktiker så att män och kvinnor står för olika egenskaper i samhället i form av tävlingsanda, omvårdnad o.s.v. För det tredje är det idén om den tunna sociala fernissan. Direkta paralleller dras från människan i en tänkt avlägsen urtid och till dagens människa. Och de komplicerade sociala mönstren, relationerna, strukturerna, institutionerna o.s.v. som vi kallar för ett samhälle och en kultur sägs kunna genombrytas när som helst av de basala urtidsmässiga dragen hos människan.<sup>425</sup>

Det gemensamma för dessa tre idéer är att kön ses i termer av dikotomier. Kvinnliga egenskaper definieras som motsatta manliga. Att vara man bestäms utifrån negationen av det kvinnliga. Diskussioner med utgångspunkt i dessa dikotomier leder till låsta positioner och många gånger även till absurditeter. Till de senare hör att hamna i positionen att bara se till biologiska faktorer när kön diskuteras

<sup>425</sup> Se exempelvis Paglia, särskilt hennes syn på våldtäkt, exempelvis (1990) s. 276. Se också paralleller som brukar dras inom populärvetenskapen mellan djurvärlden och människorna där först djuren förses med mänskliga drag i form av en aktiv uppvaktande hane och en passiv hona genom att ord som ”äktenskapsmarknad”, ”harem” etc. används. Holmberg (2005) s. 203–213 visar det senare och hur också populärvetenskapen skapat sådant som ”våldtäktsgrodan” vilken sedan får bli en intäkt för att våldtäkt är en naturlig strategi långt tillbaka i historien för oattraktiva män att kringgå kvinnornas strategi att välja de mest attraktiva männen.

och bortse från alla sociala och kulturella faktorer eller det motsatta, att helt förneka biologins betydelse överhuvudtaget när kön diskuteras.<sup>426</sup>

Ett sätt att komma ifrån att enbart se kön utifrån dikotomier, grundade exempelvis på biologi, är att diskutera genus. Genom att föra in detta begrepp i diskussionen markerar man bl.a. dels att frågan inte bara rör ett kön, bara det kvinnliga, dels att kön måste sättas i relation till sociala relationer och mönster. Är det exempelvis reproduktiva frågor som barnafödande etc. man vill diskutera indikerar ett genussynsätt att dessa frågor bör sättas in i ett specifikt socialt sammanhang för att bli begripliga. En upptäckt man snart då gör är att beroende på vilket detta sociala sammanhang är så skiftar också frågorna om barnafödande, moderskap, föräldraskap utseende. Därför går det inte att ge entydiga svar på frågor angående skillnader mellan manligt och kvinnligt i relation till de reproduktiva frågorna. Om vi exempelvis rör oss från ett socialt och historiskt sammanhang där familjejordbruk dominerar till ett annat socialt och historiskt sammanhang i en industrialiserad värld där främst männen sysselsätts i ekonomi ser indelningar i kvinnligt och manligt i förhållande till de reproduktiva frågorna olika ut.<sup>427</sup> Även om männen har en dominerande ställning i båda ”systemen” finns det krafter som verkar för

<sup>426</sup> Vad jag syftar på är debatten om biologism där de olika sidorna lätt intar oförsonliga ståndpunkter. Jfr. Arrhenius (2004) med Robert/Uvnäs-Moberg (1994)

att exempelvis partnerskap är tydligare i det förra än det senare.<sup>428</sup> Förklaringarna till skillnader mellan dessa två systems behandling av de reproduktiva frågorna blir mer nyanserade när ett genusperspektiv anläggs än om man söker förklaringar utifrån ”naturliga skillnader” avseende kvinnors och mäns kroppar. Ett genusangreppssätt leder till att förklaringarna även måste sökas i de sociala praktiker som tar dessa ”kroppar” i anspråk på olika sätt i olika system. Genom att särskilja biologiskt och socialt kön, och införa begreppet genus, ges därmed också en möjlighet till att upptäcka de olika dimensioner i våra liv som ”kön” har i allt från produktion, privatliv, kultur m.m. Det ”stabila” och ”eviga” sätts därmed också i fråga och möjliggör tanken på förändring.<sup>429</sup>

<sup>427</sup> Haraway (1991) s. 149 ff, har föreslagit att vi bör låna en metafor från science fiction och tala om ”the cyborg image” om kvinnors erfarenheter i det sena 1900-talet. Kvinnan som både ”naturlig” och ”skapad” i förhållande till de reproduktiva frågorna. Med hjälp av preventivmedel, kirurgi, kemi, genteknik etc. är gränsen mellan ”naturligt” och ”artificiellt” upphävd, menar hon, och många av de gamla frågorna som barnafödande, abort etc. kommer därför i ett nytt ljus. Därför är det också svårt med historiska jämförelser utifrån exempelvis ett ”naturligt moderskap” och en ”cyborg”. Jfr. Mann (1994) s. 90–119 som påpekar att det idag exempelvis lättare går att göra en skillnad mellan biologiskt och socialt föräldraskap. Föräldrar är planerande och aktiva i förhållande till föräldraskap på ett sätt som inte ”biologiskt” var möjligt tidigare.

<sup>428</sup> Se Pylkkänen (2001) s. 123 om kvinnors roll i familjejordbruket.

<sup>429</sup> Hirdman s. 93–97. Butler (1990) s. 9.

b) *Patriarkatet*. Den beskrivning som ursprungligen gavs av patriarkatet, i feministisk teori, var att dess funktion var att bestämma mäns och kvinnors position och att vidmakthålla den. Positionen det handlar om var mäns överordning och kvinnors underordning. Den dimension som används för att beskriva patriarkatet är makt, närmare bestämt köns makt i en köns maktsordning vars strukturerande princip är mäns dominans över kvinnor. Makt är dock ett svårt begrepp att använda sig av. Det kan å ena sidan referera till handlingar och direkt dominans i förhållande till våld och hot om våld, å andra sidan referera till maktresurser som inte direkt behöver tas i användning utan mer anknyts till sådant som förväntningar. Just maktresurser är för det mesta ojämlikt fördelade mellan individer och grupper. MacKinnon, som nämndes ovan som en teoretiker som utgår från en maktanalys, säger att patriarkatets makt inte äger sin främsta styrka genom rått våld utan genom att den är ”metaphysically nearly perfectly”. Hon förklarar detta med att: “Its point of view is the standard for point-of-viewlessness, its particularity the meaning of universality”.<sup>430</sup> Makt kan på så vis i ett samhälle anknyta till ”samtycke”, ”deltagande” eller vara en del av ”ordningen”. MacKinnon står för en analys av patriarkatet som beskriver detta som sammanhållet och strukturerat utifrån en sammanhållande princip av under- och överordning. Kritik har

<sup>430</sup> MacKinnon op.cit. s. 117.

riktats mot ett sådant synsätt utifrån att beskrivningen bl.a. blir endimensionell. Det behövs, menar man, fler dimensioner för att beskriva patriarkatet än bara de som baseras på dominans. Våra liv, menar man, är inte så enkla att de går att beskriva på ett sammanhållet och strukturerat vis som exempelvis MacKinnons teori förutsätter. I en och samma persons liv kan, påpekar man, flera olika motstridiga genusmönster korsas genom att det inte bara finns en ”logik” för dessa. Går vi exempelvis från offentligt liv till privatliv och vidare till arbetsliv kan vi se hur dessa mönster förändras. I det offentliga livet, exempelvis politiken, är den generella likabehandlingen viktig för kvinnan som politisk varelse, medborgare. De frågor om ”makt” som aktualiseras där är framförallt de om osynlighet och könsblindhet, d.v.s. krav på att inte bara formellt utan även reellt få inflytande. Går vi sedan till det privata livet, i familjelivet, är det definitioner som husmoder och barnavårdare, utifrån generella idéer om mäns och kvinnors position i denna sfär, som skapar mönstren. ”Makt” på detta område baseras, får man nog säga, främst på känslomässiga band även om det går att formulera ekonomiska och andra band som möjliggör obalans mellan man och kvinna.<sup>431</sup> I arbetslivet samlas alla de övriga mönstren i en särskild form av genuslogik som har inslag av såväl könsblindhet, på grund av formell likabehandling, som påverkan av ideal från privatlivet om kvinnan som exempelvis

barnavårdare.<sup>432</sup> Att utgå från att kvinnor i fertil ålder vid en viss tidpunkt ska skaffa barn och inte kunna delta lika aktivt i arbetslivet är ett exempel på en del av dessa mönster. Kvinnan blir därmed avvikande i arbetslivet i kontrast mot ”det normala”, som blir mannen. Men att tala om ”makt” på samma vis på alla dessa områden som berörts är svårt. Vilket bl.a. Walby konstaterat och hon urskiljer sexstrukturer i patriarkatet: förvärvsarbete, hushållsarbete, kultur, sexualitet, våld och staten.<sup>433</sup> Vill man vara helt ärlig mot MacKinnon, kan man dock säga som Halldenius gör angående dominans i allmänhet.

The important thing is that to be dominated does not necessarily mean to be vulnerable in all aspects of one's life.<sup>434</sup>

<sup>431</sup> Tidigare var det vanliga feministiska svaret på frågan om ”makt” på detta område att den inte skilde sig från makt på andra områden. Se exempelvis Barret (1980) s. 214. Jfr. också Dworkin A. (1987) s. 147–167, hon gör inte någon skillnad på ”makt” i och utanför privatlivet. Hon menar exempelvis att det i själva verket inte finns något privat eftersom den privata sfären är alltför reglerad av staten genom exempelvis lagar.

<sup>432</sup> Den slutsats som Game/Pringle (1983) drar av detta är att de socialistiska idéerna om indelningen mellan arbete och kapital inte håller fullt ut för arbetslivet. De menar att man måste se till att arbetslivet huvudsakligen är strukturerat till fördel för män. Dessa två uppfattningar speglar väl synen på dessa frågor på 70- och 80-talen. Angående förändringar i genusrelationer inom arbetslivet se Walby (1997) s. 22 ff.

<sup>433</sup> Walby (1990) s. 24.

<sup>434</sup> Halldenius (2001) s. 24

Skillnaden mellan MacKinnon och den tidigare nämnda Walby är dock främst komplexiteten. Den senare talar om olika nivåer av abstraktion.<sup>435</sup> Connell går ett steg längre och har föreslagit en ytterligare modell för att fånga in, som han säger, även de genusrelationer som inte i sig är institutionaliserat ojämlika.<sup>436</sup> Vad han syftar på är bl.a. vad som brukar kallas för ”diskursivt synsätt på makt”. I förra kapitlet beskrevs detta utifrån Foucault och disciplinen. Denne beskriver hur ”disciplineringen” som princip fungerade i det moderna samhället inte utgående från ett centrum, utan, för att upprepa det ovan sagda, som ”resultatet av en mängd smärre, spridda processer av olika ursprung, som sammanfaller, upprepas eller imiterar varandra, söker stöd hos varandra, skiljer sig i fråga om tillämpningsområde men strålar samman och undan för undan låter en generell metod avteckna sig”.<sup>437</sup> Makt blir på så vis inte bara något som innehas av vissa utan en egenskap i ett socialt system som kan tas i bruk utifrån många olika positioner i detta system. Om en genusteori ska kunna göra anspråk på att fånga in alla dessa förhållanden relevanta för båda könen, tycks exempelvis Collier mena, måste man ansluta sig till ett diskursivt synsätt. Han gör det när han försöker beskriva maskuliniteten, vilken han konstaterar rättare borde beskrivas som maskuliniteter.<sup>438</sup>

<sup>435</sup> Walby op.cit. s. 20.

<sup>436</sup> Connell (2002) s. 82 och (1995) s. 95 ff.

<sup>437</sup> Supra not 280.

Man kan sätta in diskussionen om makt och kön inom genusforskningen i de sammanhang som har uppmärksamats här tidigare, nämligen mellan ”moderna” och ”senmoderna” synsätt på samhället, vetenskap etc. MacKinnon, och även Walby, skulle då kunna sägas stå för en modern syn på genus och makt och Collier och Connell för ett mer senmodernt synsätt. Hos MacKinnon finner vi tydliga strävanden, typiska för moderna teorier, exempelvis att söka säkra fundament för kunskap och i strävanden efter enhetlighet.<sup>439</sup> Patriarkatet, såg vi ovan i MacKinnons tappning, var sammanhållet – d.v.s. enhetligt – och strukturerat utifrån en sammanhållande princip av under- och överordning. Det som däremot förenar diskursiva synsätt är att man talar om varierande former av femininitet och maskulinitet utgående, istället för från sammanhållande principer, från skillnader och likheter av varierande utseende utifrån kontexten, diskursen. Begreppet patriarkatet skiftar således utifrån vilka utgångspunkter man har för analysen. Risken med det mer ”moderna” förhållningssättet är att det ersätter en form av essentialism, att säga att kvinnor och män är på ett visst sätt utifrån biologi, med en annan, nämligen att tala om en sammanhållen form av över- och underordning som återfinns överallt. Det diskursiva synsättet råder till en viss del bot på denna nya form av essentialism genom att

<sup>438</sup> Collier (1995) s. 37 ff.

<sup>439</sup> Wennström (2003a) . 9 ff. angående det typiska för moderna teorier.

uppmärksamma fler ”relationella” aspekter, d.v.s. en mer komplex bild av över- och underordning i och mellan olika diskurser och positionerna i dessa. Ett exempel kan vara när man diskuterar den s.k. genusordningen och talar om ”isärhållande av könen” i en patriarkal struktur. Man brukar se detta ”isärhållande” skapat av en ideologi vilken rättfärdigar att kvinnor och män så att säga befinner sig i olika sfärer.<sup>440</sup> Kvinnliga egenskaper nedvärderas, menar man, i förhållande till det offentliga livet och uppvärderas i förhållande till familjelivet. Ideologiskt formuleras detta, påpekar man, i stereotyper som att män uppfostras till att bli oberoende, kapabla, kraftfulla medan kvinnor formas till att bli beroende, begränsade och passiva. Det här kan ses som en tydlig form av essentialism och den bygger sina slutsatser till stor del på en viss form av kvinnliga erfarenheter av patriarkatet. Crenshaw påpekar att många slutsatser baserats på vita medelklasskvinnors erfarenheter.<sup>441</sup> För svarta kvinnor har stereotyperna och ideologin ett annat utseende, påpekar hon. Exempelvis ses svarta män traditionellt inte som kraftfulla och svarta kvinnor betraktas inte som passiva, säger hon, men ändå är svarta kvinnor utsatta för ett minst lika starkt förtryck som vita kvinnor och det finns en form av isärhållande för svarta kvinnor också men med andra förtecken. I avslutningen till detta

<sup>440</sup> Ett tidigt exempel på denna argumentation är exempelvis Friedan (1963).

<sup>441</sup> Crenshaw (2000) s. 222.

avsnitt ska vi diskutera denna fråga igen i förhållande till genusmetoder i juridiken och rättsvetenskapen där det kan vara stor skillnad på angreppssätt utifrån vilken ståndpunkt man intar i dessa frågor.

Jag går nu över till att försöka kombinera det som tidigare sagts om interna relationer med ett såväl strukturellt som diskursivt synsätt på patriarkatet och makt. Då kan följande sägas. Man och kvinna är inte kategorier vars bestämning föregår deras relation i en given tid. Relationen mellan dem är istället, så vi ovan, internt bestämd. Vi kan här använda oss av Isins ovan beskrivna metafor ”being political” för att förstå det hela. Han menar att det går att se processer i varje tid där grupper strävar efter att just ”bli politiska”, d.v.s. bli synliga, få inflytande och etablera sig etc. Viktiga begrepp var *inclusion*, *exclusion* och *immanence*. Det senare refererar till de grupper i ett samhälle som är en del av samhället, inte helt utanförstående, men som saknar någon essentiell egenskap vilket gör att de inte blir helt inkluderade i samhället, den politiska sfären. De är ”en av oss” till skillnad mot de exkluderade. Varje samhälle har olika former av sådana ”alteriteter”, ”annanhet”. Isin menade också att förståelsen av denna ”annanhet” kan fås om man studerar hur de hegemoniska grupperna etablerar och vidmakthåller sin makt. Han talade vidare om tekniker, strategier och teknologier som grupper använder sig av för att i tur och ordning aspirera på, komma i position

till och förändra för att etablera sig som en hegemonisk grupp och ”bli politisk”. Slutpunkten för en sådan kamp är en strategi som Isin benämnde som universalisering, d.v.s. att beskriva det som en helt naturlig ordning att vara just så som den hegemoniska gruppen är och att alla egentligen är som dem. I denna kontext med kön är vad som ovan kallats för könsblindhet en sådan strategi som syftar till universalisering, d.v.s. ytterst att peka ut den egna gruppen som det normala. När det gäller kön stöder sig en sådana universaliseringsstrategi på biologiska argument. Det ”naturliga” i en viss ”könsmaktsordning” stöds med mer eller mindre uttalade biologiska argument. Men tydligt är att i olika tider skiftar dessa argument utifrån vilka fundament som finns för kunskap, vetenskap, praktik etc. På vägen till denna universalisering använder sig en viss grupp av strategier, menar Isin som vi såg ovan, som solidarisering, antagonism och alienering. Solidarisering här i form av exempelvis att skapa identifikation och association inom gruppen. Det förstnämnda kan röra sig om särskilda tolkningar av religiösa texter eller skapande av andra gemensamma ideal som stöder identifikationen i gruppen. Det sistnämnda i form av sammanslutningar där ett av kriterierna är just att vara exempelvis man. Antagonism slutligen visade sig i att förekomsten av en annan grupp tycks oundvikligt innebära någon form av social kamp. Alienering slutligen som ett ytterligare steg mot universalisering i

form av att beskriva andra som avvikande, främmande, i detta fall kvinnan, som exempelvis underlägsen mannen eller på andra sätt avvikande från idealet. Viktigt i sammanhanget är också det Isin kallar för teknologier. I dessa inkluderade han juridiska lösningar i form av lagstiftning. Genom att skapa fasta institutioner befäster en hegemonisk grupp sitt grepp och kan så att säga forma världen utifrån den universalisering som är slutpunkten för de strategier som använts. Isin inbegrep här även sådant som arkitektur, vilken inte är helt slumpmässig i förhållande till ett visst samhälle och en viss grups strävanden.<sup>442</sup>

Isins analys har en svaghet, när man ska diskutera patriarkatet, och det är orsaken till att jag önskar föra samman hans analys med ett diskursivt synsätt. Vad som nämligen blir otydligt med Isins analys, om den står för sig själv, är de olikheter som patriarkatet uppvisar, att, som det sades ovan, det finns olika dimensioner av dominans. Inte minst gäller detta enskilda individer för vilka skilda genusrelationer kan gälla dels utifrån privatliv, arbete, politik etc., dels utifrån social position klassmässigt, etniskt o.s.v. Det diskursiva synsättet erbjuder här ett instrument för analys i form av uppdelningen mellan system och struktur, i Saussures klassiska formulering som refererats till ovan vid ett flertal tillfällen, syntagmatiska och paradigmatiska (associativa) relationer.<sup>443</sup> För att förenkla kan man säga att man

<sup>442</sup> Jfr. Wennström (2003a) s. 12 vid n. 9.

skiljer på struktur och system. Skillnader klassmässigt, etniskt o.s.v. gör att individen kan befinna sig på olika positioner i strukturen medan man dock samtidigt kan tala om ett enhetligt system av exempelvis under- och överordning. På så vis täcker man in både den övergripande under-/överordningen mellan könen och de olika formerna av maskulinitet och femininitet som existerar i samhället. Diskurs är dock ett begrepp som är en främmande fågel i det svenska språket. I franskan, italienskan och spanskan har det en naturlig plats. Istället ska jag när det går nedan försöka finna översättningar till diskursivt synsätt, diskursanalys o.s.v. och jag kommer att exempelvis att tala om lägesspecifika analyser, vilket jag redan gjort vid några tillfällen. Lägesspecifika analyser blir dock även något mer, en kombination av diskursiva analyser och interna relationer i Isins mening.

Slutsatsen av det sagda är att begreppet patriarkatet är mycket svåränvänt och att det behöver många nyanseringar och förtydliganden för att bli användbart.

När vi på detta vis har utrett dels frågan om biologiskt kontra socialt kön och granskat begreppet patriarkatet gäller det att återknyta till den övergripande frågan om kön och medborgarskap. Den juridiska sidan av medborgarskapet skulle med Isins terminologi kunna beskrivas som en del

<sup>443</sup> Jfr. ovan s. 40.

av en teknologi.<sup>444</sup> En teknologi vars utseende har skiftat, om startpunkten för en sådan analys är tiden efter franska revolutionen, från att först ha varit inriktad på enbart civila rättigheter till att sedan utökas till politiska och sociala sådana. ”Medborgarskap” blir därmed som juridiskt begrepp en teknisk lösning för att bl.a. förverkliga ideal som de hegemoniska grupperna i samhället omfattar. Begreppets utveckling speglar därför sociala och politiska maktförhållanden där inte minst genus kan vara en dimension. Vi ska nu gå över till att studera en av de mest basala civila rättigheterna, nämligen skyddet för den kroppsliga integriteten i förhållande till kön, medborgarskap etc.

Kumlien exempelvis har visat att skyddet för den kroppsliga integriteten, i form av förbud mot aga, har skiftat efter maktförhållanden i hemmet, arbetslivet o.s.v.<sup>445</sup> Det som ansetts vara en straffbar kränkning av en persons kroppsliga integritet är därför inte frikopplat från exempelvis könsmissiga maktrelationer. Inskränkningar i skyddet för

<sup>444</sup> Jag är mycket väl medveten om att det kan vara stötande att tala om lagstiftning, medborgarskap, civila rättigheter som teknologiska lösningar. Det finns en rad andra dimensioner av moraliskt, politiskt slag som också är viktiga. Jag har också själv vid ett flertal tillfällen kritiserat exempelvis Uppsalaskolans maskinmetaforer beträffande rätten, se exempelvis Wennström (1996) s. 168. ”Teknologi” i detta sammanhang ger dock inte uttryck för att vara en byggsten i en sammanhållen teori om rätten, vilket borde ha framgått av framställningen ovan.

<sup>445</sup> Kumlien (1997) s. 165–173, 195 och 329f, (2004) 42 f, 45–47, 86f, 133–135 och 255. Se även Nygren (1982) 219–221.

den kroppliga integriteten för den som på något sätt är underställd tenderar, är det nog riskfritt att säga, att vara lägre. Detta inbegriper också själva definitionerna av exempelvis vad som menas med våld.

Diskussionen om våld mot kvinnor, rättsliga regleringar av sådant våld och hur mål angående dessa frågor har behandlats i domstolar, har varit omfattande under de senaste femton åren. Särskilt när det gäller våld vid våldtäkt har en rad statliga utredningar sett dagens ljus och ett flertal propositioner lagts fram som lett till lagändringar.<sup>446</sup> Även inom rättsvetenskapen har diskussionen om våld mot kvinnor varit omfattande.<sup>447</sup> Att i denna framställning komma fram till något nytt i sak är därför inte möjligt. I

<sup>446</sup> Se när det gäller barn bl.a. prop. 1991/92:35, bet. 1991/9, JuU7, rskr. 1991/92:159, prop. 1992/93:141, bet. 1992/93, JuU16, rskr. 1992/93:220, prop. 1994/95:2, bet. 1994/95:JuU5 samt rskr. 1994/95:58. I övrigt när det gäller 6 kap. BrB (prop. 1997/98:55, bet. 1997/98, JuU13, rskr. 1997/98:250).

<sup>447</sup> Mycket av grunden till den rättsvetenskapliga debatten om våld har sin grund i en mer generell samhällsvetenskaplig debatt om mäns våld mot kvinnor. Utgångspunkten har varit att bl.a. ifrågasätta det individualpsykologiska synsättet att göra dessa frågor till en fråga om individuella våldsamma män som betraktas som sjuka, ”galna” eller avvikande. Se för en sådan kritik exempelvis Kimmel (2000) 239–247, Lundgren (1992) och (1995) och Websdahl (1998) s. 55–88. Den straffrättsliga debatten om våldtäkt kan representeras av exempelvis Wennberg (1997/98) s. 506–512, (1998/99) s. 523–525 och Sutorius (1997/98) s. 1297–1309. Angående våld och brottsoffer se exempelvis Granström (2004).

Prop 2004/05:45 s. 43 sammanfattas väl inställningen till våld särskilt när det gäller våldtäkt.

Det finns i dag en helt annan kunskap om hur människor beter sig i en hotfull situation än vad som fanns i slutet av 1970-talet och början av 1980-talet när den nuvarande regleringen av sexualbrotten arbetades fram. Numera vet vi genom bl.a. forskning att människor som utsätts för våld eller hot ofta inte förmår eller vågar göra motstånd utan i stället medvetet underkastar sig gärningsmannens krav, som en strategi för att överleva övergreppet. Det innebär att även mindre allvarliga hot och våldssituationer kan innebära ett betvingande av offret.

Vad som ska diskuteras här är istället tre saker. Själva grunden för kriminalisering, den förhärskande läran om kriminalisering på området och om det finns någon koppling mellan ”läran” och makt och kön, d.v.s. om den syn som finns på kriminalisering i allmänhet speglar en form av ”teknologi”, som vi talade om ovan, där genus har relevans. Jag kommer att begränsa framställningen till att diskutera vad som brukar kallas för skyddsvärde, skyddsintresse eller dylikt. Utgångspunkten för min diskussion kommer dock att vara den äldre benämningen, nämligen begreppet ”rechtgutes”, på svenska ”rättsgodheter”<sup>448</sup>, så som den utvecklats och används i tysk och svensk straffrättsdoktrin. Jag föredrar den äldre benämningen i denna framställning, eftersom den tydligare öppnar upp mot ett tänkande där ”värdighet” och ”integritet” kan stå i centrum, vilket är temat i denna framställning. I

Sverige har man allt mer gått över till att tala om skyddsvärde och skyddsintresse. Jag föredrar begreppet ”rättsgodhet” eftersom det mer tydligt är riktat åt två håll: Å ena sidan mot individual- och å andra sidan universalrättsgodheter. Det förra representerar skyddade intressen för enskilda människor i form av skydd till liv, kroppslig integritet, för ära och egendom. Det senare representerar skydd för samhället som sådant. Nedan kommer jag att föreslå en ytterligare indelning, nämligen att förutom att tala om individualrättsgodheter också tala om individuella godheter. Man brukar nämligen i läran om rättsgodheterna säga att dessa är disponibla, d.v.s. att innehavaren av dem kan med sin fria vilja disponera över dem. Därmed antyds också en direkt förbindelse mellan personen och det som ska skyddas.<sup>449</sup> Nedan kommer detta att kopplas samman med att se ”offret” som en aktör, vilket inledningsvis kan tyckas vara en kontradiktion.

Förenklar man utgångspunkten för rättsgodhetstänkandet kan man säga att straffrätten bara ska skydda ”godhe-

<sup>448</sup> Många författare använder begreppet ”rättsgoda” på svenska. Det måste dock sägas att uttrycket rent språkligt är otympligt och föga vackert varför jag använder mig av rättsgodhet istället. För en kritisk diskussion av *rechtsguts*-doktrinen se exempelvis Amelung (1991) s. 269–279.

<sup>449</sup> Se om rättsgodheter, Lernestedt (2003) s. 127–143 och Agge (1970) s. 206 ff. Intressant kan också vara att jämföra dessa med en äldre uppfattning om kriminalisering, se exempelvis Hagströmer (1901) s. 1–35.

ter” exempelvis som liv, kroppslig integritet o.s.v., och inte innehålla rent moraliska påbud eller rena ordnings- och ohörsamhetsföreskrifter.<sup>450</sup> Utifrån detta har både förts en diskussion om och rent konkret har utmönstring skett av brott som blott vilat på föreställningen att de varit omoraliska, exempelvis att straffbelägga homosexualitet, eller rena ordnings- eller ohörsamhetsbrott. Så långt är det hela enkelt, men problem uppstår så fort man börjar reflekterar över grunden för att de ”godheter” som skyddas är just de som bör skyddas: Varför just ”liv”, ”kroppslig integritet”, ”ära”, ”egendom” o.s.v.? I bakgrunden finns det även här moraliska föreställningar och gränsen till rena ordnings- eller ohörsamhetsbrott är inte alltid lätt att dra. Men just de moraliska avgränsningarna är svårast att motivera. Man kan ställa frågan om man inte egentligen skulle kunna tänka sig att ”den härskande moraluppfattningen” utnämns till en ”godhet” som också bör skyddas.<sup>451</sup> Eller varför skulle man inte kunna föra en rent teleologisk diskussion om vilka ”rättsgodheter” som ska vara skyddsvärda? Men att uttrycka i ”ändamål” vad som straffrättsligt sett ska vara skyddsvärt är inte helt enkelt. Kriminalpolitiska ståndpunkter i diskussioner om kriminalisering kan i många fall i samma fråga uttryckas i olika ibland motstående ändamål

<sup>450</sup> Roxin (1997) s. 11 f.

<sup>451</sup> Roxin op.cit. s. 13.

där valen mellan dem framstår som oöverstigliga eller mycket svåra.<sup>452</sup>

Kontentan av det sagda är att även om tanken på val mellan skyddsvärda "rättsgodheter" till en början kan tycks vara enkel öppnar sig frågan åt en rad olika håll när den synas närmare i sömmarna. Diskussionen om avkriminalisering av sodomi kan vara ett talande exempel. Det är ett brott som utmönstrats i både Sverige och Tyskland med hänvisning till att det enbart vilade på en moralisk grund och därmed tycktes det inte finnas någon skyddsvärd "rättsgodhet" bakom kriminaliseringen av sodomi. Men på senare år, med utvecklingen av "djurs rättigheter", har frågan kommit i ett annat läge. Det finns en dimension i motståndet mot dessa handlingar som går utöver djurplågeri och som inte heller enbart är uttryck för en moralistisk hållning utan har att göra med ett nytt synsätt på djur.

Det sätt på vilket man löst frågan i tysk doktrin om "rättsgodheternas" grund är att hänvisa till den tyska författningen.<sup>453</sup> Problemet med detta är att författningen inte heller ger någon direkt vägledning i dessa frågor utan att en ytterligare tolkning måste göras utifrån författningen. Rättsgodhetsläran tillför därmed inte det den kan göra,

<sup>452</sup> Här gäller samma svaghet som för ändamålsresonemang i allmänhet, se vidare Peczenik (1995) s. 367 ff.

<sup>453</sup> Roxin op.cit. s. 15, säger: Der Richtige Ansatz liegt in de Erkenntnis, dass die einzige de Strafgesetzgeber vorgegebene Beschränkung in den Prinzipien der Verfassung liegt.

nämligen att vara fristående i förhållande till exempelvis en författning eller rättsdogmatiken. Lernestedt talar om två olika nivåer, ”brottsbeskrivningsnivån” och ”intressenivån”.<sup>454</sup> Brottsbeskrivningsnivåns angreppsobjekt, exempelvis en viss kropp, är inte identisk med intressenivån. ”Intressenivån” är i beröring med, om exempelvis angreppsobjekt är en viss kropp, självkänsla, identitet, självbestämmanderätt etc. Nedan ska vi bland annat uppmärksamma hur EKMR används av Europadomstolen för mänskliga rättigheter för att diskutera en form av ”rättsgodhet”, nämligen en persons individuella sexuella autonomi. Mer om detta nedan, men innan dess är mitt förslag att vi måste bredda frågan om ”rättsgodheter” med att ta större hänsyn till individuella ”godheter”, både vid kriminalisering och vid rättstillämpning, d.v.s. att i större grad sätta i fokus människors upplevelse och krav på att själva få bestämma uttrycken för sina liv. Särskilt gäller detta brott mot kroppslig integritet och ära. Man skulle därmed kunna tycka att man bryter mot postulatet att kriminalisering ”måste avse gärningstyper, inte enskilda gärningar och individer”.<sup>455</sup> Men om man gör en sådan invändning har man inte lyckats separera det som ovan sades om skillnaden mellan ”brottsbeskrivningsnivån” och ”intresseni-

<sup>454</sup> Lernestedt op.cit. s. 130.

<sup>455</sup> Jareborgs formulering (2001) s. 53 om än inte i förhållande till just denna diskussion om godheter. Särskilt vad gäller brottsbegreppet i förhållande till våldtäkt se Andersson U. (2004) s. 51–72.

vån”. Vidare har man exempelvis genom införandet av brotten grov fridskränkning och grov kvinnofridskränkning i BrB 4 kap. § 4a markerat vikten av att ytterligare skydda personers självkänsla. Dessutom finns det ett allmänt intresse i att det som människor upplever som angeläget att skydda, om än på ett mycket personligt plan, också uppmärksammas av rätten. Hela diskussionen i denna bok handlar just om detta, att föra in det enskilda i det allmänna, och det var också orsaken till att vi tidigare granskade de expressiva idealen från exempelvis romantiken. Börjar vi se människor som aktörer, d.v.s. aktiva medborgare vilka går ut och in i olika kontexter där de själva är pådrivande och skapande, blir angreppen på den personliga integritet en allt viktigare fråga att analysera och förhålla sig till för rätten. Det är därmed också det paternalistiska draget hos straffrätten som måste ifrågasättas, där människor blir ”offer” och angrepp på deras sfär beskrivs främst i termer av tydligt avgränsade handlingar. Många gånger är det inte slagen eller angreppet i sig som sådant som är det viktiga utan det är just ifrågasättandet, nedvärderingen, angreppet på personen som självständigt handlande jag.<sup>456</sup> Det är det läggspecifika som blir det viktiga. Och viktiga fakta blir därför sådant som ”läge”, ”position” ”aktion” och ”strävanden” i en viss situation. Mann uttrycker saken så här:

<sup>456</sup> Jfr. Prop. 1997/98:55 s. 74 ff.

Insofar as social identities are presently unstable we should stop focusing so intently upon these fragile notions of selfhood. Instead, I suggest we think more about the quality of our actions ... We should think of ourselves as conflicted actors rather than as fragmented selves.<sup>457</sup>

Vidare måste vi vid analyser vara just ”site-specific”, lägesspecifika, säger Mann. När jag talar om ”individuella godheter” är det detta jag är ute efter. För att visa mer konkret vad jag menar ska jag gå över till att diskutera vad som med språkbruket inom diskussioner om mänskliga rättigheter brukar kallas för ”the protection of the individual’s sexual autonomy”. Detta är också som ett led i att koppla ihop dessa frågor med frågor om kriminalisering för att se om de senare speglar en ”tekonologi” blind för genus, individuellt självbestämmande etc.

Straffrättsdoktrinen har ofta ett magnifikt drag i det att den gärna bekänner sig till stränga principer med hänvisning till rättsstaten och legaliteten. Glappet mellan den sorgliga verklighet som denna doktrin i sin förlängning behandlar och idealen kan vara avsevärt. Lernestedt påpekar dessutom att med rättsvetenskaplig verksamhet i Sverige menas rättsdogmatik, och exempelvis ett rättsgodhetstänkande framstår som att det saknar värde inom den ramen.<sup>458</sup> Men det är givetvis även en rättsvetenskaplig

<sup>457</sup> Mann (1994), citatet med dess citerade begränsning dock hämtat från Johnson R (2002) s. 9.

<sup>458</sup> Lernestedt op.cit. s. 179.

uppgift att diskutera kriminalisering även om det kanske inte är en strikt rättsdogmatisk uppgift. Det kan därför vara på sin plats att åter uppmärksamma den dekonstruktion som gjordes i kapitel 2 angående rättssäkerhet. Där konstaterades att sådant som förutsebarhet, rationalitet, formalitet etc. prioriteras i vårt nuvarande juridiska paradig. Det må vara en riktig prioritering, men oavsett hur det förhåller sig med det kan man samtidigt konstatera att allt som associeras med ”equity”, nämligen flexibilitet, anpassning och faktiska individer samtidigt har en tendens att nedvärderas. Naffine exempelvis går så långt så att hon säger att straffrätten genom att ha sin tyngdpunkt på ideal grundade i gammal liberal tradition skapat: ”The man of the mind not of the body”.<sup>459</sup> Och genom att göra så ligger det något i, säger hon, den allmänna kritiken av juridiken på detta område att:

... it gets people wrong. It rides roughshod over human differences, reducing the vast complexity of humanity to a single type ...<sup>460</sup>

Ett sätt som jag föreslår här är att vrida på perspektivet och koncentrera sig på ”integrity and dignity” när det exempelvis gäller könsrelaterat våld, vilket FN:s kommitté för

<sup>459</sup> Naffine (1997) s. 80. Möjligen drar hon för stora växlar på Kants inflytande på denna skapelse. Från Kant till idag har en hel del tolkningar och omtolkningar skett, vilka till en del redovisades i kapitel 3 ovan.

<sup>460</sup> Ibid. Jfr. Andersson U (2001) s. 332.

avlägsnade av all diskriminering mot kvinnor gör i sin rekommendation 19 av 29 januari 1992. ”Integritet och värdighet” är också relaterat till det som ovan kallades för ”individuella godheter”, d.v.s. sådana godheter som individen själv disponerar över. I Europadomstolen för mänskliga rättigheters dom 4 december 2003 (M. C. v. Bulgarien nr. 39272/98) blir detta tydligt. Målet rörde en våldtäkt av en fjortonårig flicka. Flickan utsätts för två våldtäkter av för henne kända förövare under en kväll när de förmår henne att följa med först till ett diskotek, sedan till en badplats och därefter till en bostad. Domstolen säger bl.a:

The Court observes that, historically, proof of physical force and physical resistance was required under domestic law and practice in rape cases in a number of jurisdictions. The last decades, however, have seen a clear and steady trend in Europe and some other parts of the world towards abandoning formalistic definitions and narrow interpretations of the law in this area.

Vidare:

It is significant, however, that in case-law and legal theory lack of consent, not force, is seen as the constituent element of the offence of rape.

Oavsett var man hamnar i diskussionen om samtyckets<sup>461</sup> roll vid bedömning av våldtäkter visar detta på en trend där vålds- och sexualbrott mer länkas till frågor om mänskliga

<sup>461</sup> För en allmän diskussion om samtyckets roll i förhållande till dominans, se exempelvis Carstensen (2004) s. 42 ff.

rättigheter. Man förordar exempelvis ”a context-sensitive assessment of the evidence” och särskild när det gäller våldtäkt säger man:

Moreover, the development of law and practice in that area reflects the evolution of societies towards effective equality and respect for each individual’s sexual autonomy.

Slutsatsen blir, vilket delvis redan berörts:

In the light of the above, the Court is persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual’s sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States’ positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.

Det är med andra ord just en sådan utveckling som den dekonstruktion som gjordes av begreppet ”rättssäkerhet” pekar på stöder. Formalism i den mening som här diskuteras kan exempelvis, som sägs ovan i citatet från Europadomstolen för mänskliga rättigheter, ”jeopardising the effective protection of the individual’s sexual autonomy”. Men slutsatsen gäller inte bara individuell sexuell autonomi, menar jag, utan har också bäring på hela diskussionen om behovet av en ökad individualisering av synen på

vålds- och sexualbrotten. Kärnan i resonemanget är att se människor som ”aktörer” även när de är offer. Detta kan till en början låta som en motsägelse men har man i fokus det som ovan kallades för ”läge”, ”position” och ”aktion” blir strävanden viktiga. I det aktuella fallet med den 14-åriga flickan går det att föra ett sådant lägesspecifikt resonemang. Flickan kan, förutom att ses som ett offer, ses som en ”aktör” i ett särskilt ”drama” som handlar om att hon söker sin identitet som vuxen där det ingår att träffa pojkar, gå på diskotek och förhålla sig till vuxenvärlden på olika sätt.<sup>462</sup> Man vänder på så vis på perspektivet om vem som är handlande. Det är i det sammanhanget som frågan om ”samtycke”, vilket domstolen diskuterade blir viktig. Våldtäkterna är därmed ett angrepp på denna flickas integritet i form av att vara ”aktör” i den ”position” och utifrån de ”strävanden” hon har.

Min slutsats av det sagda blir att man måste föra en diskussion utgående från straffrättsliga ”fundamenta” där

<sup>462</sup> I USA har frågan om s.k. ”date rape” diskuterats. Mann spinner vidare på en idé från MacKinnon där den senare menar att det är märkligt att rätten när det gäller civilrätt och särskilt skadeståndsrätt är mycket duktig på att avgöra subtila frågor om vårdslöshet och uppsåt medan däremot straffrätten när det kommer till våldtäkt tycks förlora denna subtilitet. Mann stället frågan om det kanske inte vore på sin plats därför att flytta sig bort från straffrätten och istället som hon säger ”becoming civil about sex” och ”... then civil lawsuits could seem to offer a better source of juridical support ... than criminal lawsuits. Mann op.cit. s. 205. Förslaget är märkligt på så vis att det kan få till effekt att det normaliserar våldet.

sådant som ”skyddsintresse”, ”skyddsobjekt”, ”gärningstyper” etc. problematiseras ytterligare utifrån bl.a. könsmässiga aspekter och individuella skyddsvärden, ”godheter”, där individen ses som ”aktör”. Det senare anknyter till vad som ovan kallades för ”individuella godheter”. Detta kan initialt tyckas gå på tvärs mot det rådande synsättet på kriminalisering. Men det går mycket väl att i generell form uttrycka att individuella hänsyn ska tas. Grundformen för detta är den utformning som kränkingsbrott av olika slag har. Men även, vilken inte minst fallet M. C. v. Bulgarien visat, är begrepp som ”integritet” och ”värdighet”, lånat från mänskliga rättigheter, en viktig påverkansfaktor för straffrätten och grunderna för kriminalisering av brott mot exempelvis kränkningar av kroppslig och sexuell integritet. Frågor om våld mot kvinnor blir därmed inte en ”särfråga”, något som bara har att göra med förbättringar för en viss grupps ställning. Dessa frågor rör istället hela vår inställning till medborgarskapet. En persons autonomi kan, som nämnts vid ett flertal tillfällen ovan, beskrivas både i relation till det som brukar benämnas som partsautonomi och i förhållande till värdighet och mänsklig integritet. ”Värdighet och integritet” varierar i sin tur avsevärt i förhållande till den position en person befinner sig i. Ju maktlösare en person är, desto större är risken för kränkningar av just värdighet och integritet. Mellan kvinnor och män existerar en maktasymmetri, har konstaterats i allt från de ovan refere-

rade FN kommittéuttalandena till förarbeten i form av propositioner och i domar nationellt såväl som internationellt.<sup>463</sup> Därmed är också dessa frågor om våld kopplade till makt, d.v.s. under- och överordning, som vissa genusteoretiker, har vi sett ovan, brukat hävda.<sup>464</sup> Vore det däremot enbart en enkel fråga om ”frihet från”, exempelvis att utsättas för sexuellt tvång, skulle inte diskussionen om ”individuella godheter” behöva föras. Det går att komma med en rad motargument mot det här sagda om ”individuella godheter”. Några av dessa skulle kunna vara: ”Kriminalisering ska avse brottstyper.” ”Det finns andra sätt att komma till rätta med dessa problem än genom kriminalisering.” ”Legalitet och förutsebarhet skulle kunna äventyras.” ”Kriminalisering innebär att göra människor illa genom att man därmed är beredd att exempelvis sätta dem i fängelse”. Det sista påståendet kan direkt användas som ett motargument mot att allt för ensidigt sätta brottsoffrets ”individuella godheter” i fokus. Men påståendet är också intressant för att det speglar den ”ideologi” som ligger bakom dagens syn på kriminalisering, d.v.s. kriminalisering som en form av vad som ovan kallades för en teknologi. I avslutningskapitlet ska vi knyta ihop säcken på så vis att de frågor som väckts utifrån individuella godheter relateras till de övergripande frågorna i detta

<sup>463</sup> För en översikt se SOU 2004:121 kap. 2 och 3.

<sup>464</sup> Jfr. också NJA 1993 s. 321 när man talar om en viss manlig förövares ”naturliga auktoritet”.

arbete om att förstärka integriteten i förhållande till värdighet och självkänsla. Mot varandra kan ställa "omsorgen om att inte omotiverat göra människor illa genom att exempelvis sätta dem i fängelse" och "behovet av att rätten tydligare erkänner individens expressiva krav beträffande val av utformning och inriktning på sina liv".

Ovan sades att frågan om juridiska genusmetoder även skulle granskas. Dessa har sitt ursprung i vad som först kallades för kvinnostudier och som sedan utvecklades i många fall till att bli feministiska studier. Barnett har sammanfattat de senare till framför allt tre stycken främst rättsvetenskapliga metoder.<sup>465</sup> Den första metoden kan kallas för "the womans question" och har bl.a. som sin utgångspunkt könsblindhet. Genom att ställa "the womans question" kan man exempelvis få syn på de obalanser som döljer sig bakom påstådd könsneutralitet. Metoden går ut på att synliggöra kvinnors position i en viss kontext utifrån att inta "the womans point of view". I förhållande till traditionella metoder kan den nog ses som en extern metod eftersom den väljer en annan position än den strikt interna rättsliga vid analyser. Den andra metoden, som Barnett nämner, är "feminist practical reasoning". Den är idémässigt släkt med pragmatism i form av exempelvis amerikansk realism.

<sup>465</sup> Barnett (1997) s. 93–107. För en allmän diskussion om feministiska vetenskapliga metoder, se Harding (1986), Keynes s. 141 ff. Ramazanoglu/Holland (2002) s. 1–20 och 60–75.

Men det innebär inte nödvändigtvis en regelskepticism utan man tar i stället fasta på det utrymme som pragmatiskt färgade metoder menar ges genom ”lagens öppenhet” för tolkning, individualisering etc. Man hänvisar exempelvis till den ökade grad av lagstiftning genom generalklausuler och ”standards”. Vad man sedan gör är att man lägger tonvikten vid andra argument vid sådana valsituationer, där lagen är ”öppen”, än man normalt brukar göra. Argument som man exempelvis kan ha funnit genom att anlägga en ”womans point of view”. Särskilt påpekar man den stora olikhet som finns i mänskliga erfarenheter, i synnerhet sådana grundade på kön. Dessutom understryker man att när tolkningar görs är det alltid en fråga om val och dessa måste man göra öppet och skälen för dem måste gå att försvara på ett ansvarsfullt sätt även i förhållande till kön.

Den tredje metoden, som Barnett nämner, är den mest namnkunniga bland dessa metoder, nämligen ”consciousness-raising”. Den är en utpräglad rättsvetenskaplig metod som har sina rötter i radikalfeminismen. Metoden måste sättas i sammanhanget som redovisades ovan om dominans, d.v.s. att radikalfeminismen ser patriarkatet strukturerat utefter en sammanhållande princip av manlig överordning. ”Consciousness-raising” är ett sätt att nyttiggöra enskilda erfarenheter för att avslöja gemensamma erfarenheter och mönster av förtryck och underordning. Det är en form av metametod som har till syfte att förändra.

Förändra juridiken, lagen och den praktiska juridiska erfarenheten. Därmed tar den en tydligt extern ställning i juridiska frågor.<sup>466</sup>

Dessa tre metoder har haft sin utgångspunkt i feminismen men har sedan haft betydelse för andra former av genusstudier på rättens område. ”Womans point of view” kan exempelvis transformeras till att bli ”the male”, ”the lesbian” eller vilken som helst ”point of view”. På samma sätt kan också ”practical reasoning” och ”consciousness-raising” användas för andra ändamål än feministiska. Två av metoderna, ”point of view” och ”consciousness-raising”, är inte specifikt juridiska eller rättsvetenskapliga utan i bredare mening samhällsvetenskapliga. De anpassas visserligen till juridiska kontexter och kan användas, och har använts, på en rad områden inom juridiken. När det sedan gäller ”practical reasoning” är det en mer tydlig juridisk/rättsvetenskaplig metod. Medborgarskapet, som är tema för detta kapitel, har exempelvis studerats med hjälp av ”point of view” och ”consciousness-raising”.<sup>467</sup> Det faller sig relativt naturligt att föra metaresonemang utifrån ”consciousness-raising” om medborgarskap och även att anlägga ”the womans point of view” på dessa frågor. Ovan sades att endimensionella dominansteorier riskerar att skapa en ny form av essentialism. Den frågan har i förhål-

<sup>466</sup> Se vidare Wennström (2003b).

<sup>467</sup> Se exempelvis Lister op.cit. s. 13–113.

lande till juridiska och rättsvetenskapliga metoder diskuterats av svarta amerikanska feminister.<sup>468</sup> Crenshaw exempelvis börjar med ett exempel utifrån ett rättsfall, *DeGraffenreid v. General Motors*, för att visa vad hon menar.<sup>469</sup> Fem svarta kvinnor stämde General Motors och menade att företagets på senioritet baserade trygghetssystem ledde till diskriminering av svarta kvinnor. Man visade att företaget inte förrän 1964 anställde svarta kvinnor vilket var en del av orsakerna till att vid de aktuella nedskärningarna på 1970-talet svarta kvinnor sades upp först. Som grund för stämningen hänvisade man bl.a. till *Civil Rights Act of 1964*. Även om målet inte gick hela vägen upp till Supreme Court menar Crenshaw att det avslöjar ett sätt att se på dessa frågor som är typiskt. I lägsta instans konstaterades det helt enkelt att detta inte var en fråga om olaglig diskriminering eftersom kvinnor anställt och skyddats av senioritetsreglerna, visserligen vita kvinnor. Vidare konstaterade man att det inte heller var diskriminering på grund av ras eftersom svarta män anstälts under den tid det gällde och även de fått skydd enligt samma senioritetsregler. Crenshaw citerar domstolen som säger:

The prospect of the creation of new classes of protected minorities, governed only by the mathematical principles of permutation and combination, clearly

<sup>468</sup> Se exempelvis Hooks (1981) och (1984), Hill Collins (1990) och (1998) och James/Sharpely-Whiting ed. (2000).

<sup>469</sup> Crenshaw op.cit. s. 210 f.

raises the prospect of opening the hackneyed Pandora's Box.

Argumentet att Pandoras ask skulle öppnas om man tillåter alltför många nya indelningar känner vi igen från inledningskapitlet och *Smith*-fallet som refererades till där. Crenshaw menar att i detta fall får en sådan rädsla för splittring till orsak att svarta kvinnor för att ha framgång i ett mål om diskriminering antingen måste identifieras med vita kvinnor eller svarta män. Hon menar att detta är olyckligt eftersom det finns klara och tydliga orsaker till att svarta kvinnor i vissa situationer måste behandlas för sig. Valet mellan "ras eller kön" blir en omöjlighet menar hon eftersom svarta kvinnor kan uppleva diskriminering som både liknar men även skiljer sig från den som vita kvinnor eller svarta män upplever. Hon talar därmed inte bara om s.k. kallad dubbel diskriminering på grund av kön och ras utan också om särskilda former av diskriminering riktade just mot svarta kvinnor. Crenshaw använder sig av en metafor med en trafik Korsning för att förklara hur hon menar och hur problemet ska angripas.

Consider an analogy to traffic in an intersection, coming and going in all four directions. Discrimination, like traffic through an intersection, may flow in one direction, and it may flow in another. If an accident happens in an intersection, it can be caused by cars travelling from any number of directions and, sometimes, from all of them. Similarly, if a Black woman is harmed because she is in the intersection,

her injury could result from sex discrimination or race discrimination.<sup>470</sup>

Synsättet som Crenshaw representerar brukar kallas för intersektionellt, d.v.s. att man vid diskriminering försöker ta hänsyn till kön, ras, etnicitet, klass o.s.v. på samma gång. Intersektionalitet kan antingen ses som en alternativ ”teori” till de gängse genusteorierna eller ses som en metod för att hantera den fullständiga dynamiken i över/underordning på grund av kön.<sup>471</sup> Det senare är det synsätt som jag kommer att använda här. Metoden blir därmed den fjärde rättsvetenskapliga och juridiska metod, vid sidan om de tre redan beskrivna, som står till förfogande. Den tar särskilt sikte på att analysera diskriminering och tillför ett perspektiv som i annat fall är svårt att omfatta, nämligen vad som brukar beskrivas som ”to start from the bottom and go to the top”. Ett sådant betraktelsesätt stämmer också bra överens med ett lägesspecifikt synsätt där det viktiga för en analys är positionen, inplaceringen, i ett visst sammanhang.

Om vi återvänder till metaforen med väggkorsningen igen är det där, så att säga, som de ”diskriminerade kvinnorna” befinner sig. Crenshaw menar att om vi analyserar de ”kollisioner” som kan ske i dessa korsningar med perspektivet ”from the bottom” ska vi finna tre tydliga olika former av diskriminering mot marginaliserade kvinnor, exempelvis svarta kvinnor. För det första målinriktad dis-

<sup>470</sup> Ibid. s. 216.

kriminering, vilket exempelvis kan vara rasbaserat våld riktat just mot svarta kvinnor, där uppsåtet är att just skada en svart kvinna, eller sexualiserad propaganda mot marginaliserade kvinnor. För det andra sammansatt diskriminering, vilket exempelvis är den form av diskriminering mot svarta kvinnliga arbetstagare som beskrevs ovan i förhållande till fallet *DeGraffenreid v. General Motors*. För det

<sup>471</sup> Möjligen kan detta synsätt vara missvisande på så vis att många menar att intersektionalitet egentligen har att göra med en länge pågående debatt inom feminismen som den om "makt", "essentialism" och inte minst "identitet". Johnson R op.cit s. 3 ff. gör som hon säger en genealogisk undersökning om intersektionalitetens rötter. Hon knyter intersektionaliteten i mycket till en protest mot "mainstream-feminismen". Dels då marginaliserade kvinnors protest, dels en kritisk hållning till att ha fokus på kvinnor som "offer". Hon säger: "we should focus on the kinds of resistance that may be possible in specific locations. This shifts attention from a search for universal strategies towards particular locations. We may then discover the specific strategies and different kinds of resistance that might be available to people who are inflected by varying currents of advantage and disadvantage. That is, if it is useful to look at those who are marked by multiple axes of disadvantage, it is equally necessary to examine those who are pulled by and pull on the threads of both power and wound." Här bygger hon på Foucault och hennes sammanfattning av dennes syn är: "All individuals both enact power and are acted upon by it. Power is not a commodity possessed only by some and wielded against others. It is a property of a system of social relations, a shared resource that can be activated from many different positions within that system. The implication is that the search for the unitary opponent is misguided; so too, the search for the unitary victim." Jfr. även Wests och Fenstermakers (1995) kritik av intersektionaliteten. De menar att det finns en "samtidighet" i fenomenen som kön, klass, ras etc. vilket gör att det är svårt att separera dem som man gör när man talar om intersektionalitet.

tredje kan det vara fråga om strukturell dynamisk diskriminering, vilket exempelvis är sådant som till en början ser ut att vara "en del av livet". Crenshaw nämner sexuellt våld mot kvinnliga flyktingar. Visserligen utsätts kvinnor över hela världen för sexuellt våld, men sexuellt våld mot kvinnliga flyktingar har att göra med hela "strukturen" i att vara kvinna och flykting och exempelvis bo i ett flyktingläger i ett främmande land. En kritik som kan riktas mot Crenshaw är att hennes metaforer understryker bilden av kvinnor som "offer", inte aktörer. Hill Collins, Johnson och Mann, som nämnts tidigare, däremot betonar istället den egna aktiviteten och att det är strävanden och aspirationer som orsakar "kollisioner".<sup>472</sup>

Varför då komplicera saker på det vis som ett intersektionellt betraktelsesätt innebär? Till en början för att verkligen upptäcka former av diskriminering som i annat fall inte upptäcks och sedan i en förlängning också kunna vidta rätt åtgärder. Att vid analyser "start from the bottom" går vidare i linje med de frågor som diskuteras här om individualisering. Individen kan med ett sådant betraktelsesätt ses som en aktör inbegripen i en mängd olika lägesspecifika aktiviteter där sådant som ras, klass, sexuell läggning och genus får betydelse.

<sup>472</sup> Se ovan not 457, 468 och 471.

### **Avslutande om medborgarskapet och individen**

Vad detta kapitel gått ut på är, som det heter på engelska, ”rethink” om medborgarskap och likabehandling.<sup>473</sup> En av de bärande tankarna i undersökningen har varit att inte se evolutionärt på begrepp som medborgarskap. Just det kritiska, reflexiva förhållningssättet till medborgarskap avsatte här en tanke på dess förhållande till begreppet alteritet, ”annanhet”. Det enda konstanta, sades det då beträffande medborgarskapet, var att det alltid skapat sina motsatser. Den tydligaste bilden är Barbaren men förutom de helt exkluderade har det alltid förutom de exkluderade funnits de immanenta grupperna. De som visserligen är ”en av oss” men som inte behandlas fullt ut som de i medborgarskapet inkluderade. Det behövdes, sa vi, en ”humanism för den andre”. Kvaliteten på ett samhälle kan, om vi ansluter till det Levinas sa, avgöras utifrån hur vi behandlar de utanförstående, ”änkan, den föräldralöse och främlingen” i hans formulering.<sup>474</sup> Vidare menade han att ansvaret för dessa också står i förbindelse med den egna värdigheten. Medborgarskap och alteritet utvecklas därmed till en fråga om kvalitet. Hur vi behandlar minoriteter, vilka medborgerliga dygder vi prisar etc. För medborgarskapet kan ses,

<sup>473</sup> Jag har inspirerats till detta uttryck av Browning op.cit. när denne beskriver Collingwoods metod. Den senare hade i sin tur påverkats av Hegels prövande förhållningssätt med en ständig växelverkan mellan teori och praktik och historia och filosofi.

såg vi Isin säga, som uttrycket för ”a particular point of view of the dominant”.

Ålder och kön har varit exempel på sådant som skapat och skapar exkludering och immanens. Accepterar vi det som sagts i detta kapitel om den interna relationen mellan dessa grupper och medborgarskapet i sig förstår vi också att formerna för inkludering, exkludering och immanens ständigt skiftar. När det gällde barn såg vi hur den form av hjälp- och stödideologi som härskar i skolan orsakar utanförskap och oförstående för grupper barn som inte passar in i mallen för på vilket sätt barn ”bör” ha problem. I fråga om kön såg vi den komplicerade relationen som rådde mellan kön, makt, integritet och möjlighet att välja inriktning på sitt liv. Å ena sidan kan könsneutralitet i lagar etc. leda till könsblindhet. Å andra sidan kan det motsatta i form av en könsmedvetenhet som för ensidigt framhåller endimen-

<sup>474</sup> Se Nousiainens op.cit. s. 60 kritik av Levinas synsätt. Hon menar att dennes uppfattning om ansvaret för den andre medför att relationen människa till människa görs universell vilket försvagar femininiteten, vilken i sin tur svårligen kan förstås i universella termer. ”The relationship between lovers is the opposite of social relations,” säger hon exempelvis. Jag tror inte att man behöver göra detta val. Det bygger på att *Eros* föregår det sociala, vilket verkligen kan diskuteras och vilket har gjorts i kritiken av den världsbild psykoanalysen skapar. Dels kan en sådan uppfattning leda till en för stabil uppfattning om det maskulina som motsatt till det feminina, dels kan det finnas en risk för både idyllisering av det intima och att en ny universalisering sker utifrån heteronormativitet, västerlandscentrering etc. i förhållande till *Eros*.

sionella maktanalyser leda till en form av essentialism där vissa privilegierade gruppers förhållanden upphöjs till allmängiltiga och en annan form av blindhet därmed uppstår.

Slutligen frågar om likabehandling: Kapitlet började med tre exempel, likabehandlingsfallet, särbehandlingsfallet och identitetsfallet. Det första fallet, med Jessie Owens, är det som man först och främst förknippar med likabehandling. Men, som konstaterats så många gånger i detta arbete, kan inte rätten och rättssystemet nöja sig med att enbart ha tillgång till generell likabehandling som om det inte fanns något annat än en konstitutionell nivå i rätten. Det visades att frågan om sakliga skäl för avsteg från likabehandling diskuterats och lösts på olika sätt från franska revolutionen, till amerikansk diskrimineringslagstiftning och till EG-rätten. För att fritt citera en av de Supreme Court-domar som refererades till ovan, ”det är lika fel av lagen att behandla det som är lika som olika som att behandla det som är olika som om det vore lika”. Särbehandlingsfallet och identitetsfallet ovan kan vara exempel på när det är befogat att göra avsteg från generell likabehandling för att uppnå reell likhet. Vad rätten gör är olika former av individuationer, konstaterade vi. I välfärdsstatens namn och i namn av hjälp och stöd har en mängd sådana individuationer gjorts. Det är dock ett tveegat vapen, för å ena sidan skapar det möjlighet för individuella hänsyn men å andra sidan kan det också kollektivera.

Även då så på ytan harmlösa "identiteter" som konsument, elev eller patient kan ha sådana inlåsandefeffekter. Och den fråga som återstår att diskutera i det avslutande kapitlet är hur vi ska kunna åstadkomma en juridik som också ger möjlighet att stödja "individuationer" utifrån människors önskningar att skapa uttrycken och inriktningen för sina liv. Det som här har kallats för ett expressivt synsätt.

## 5 Utgångspunkterna för en ny juridisk antropologi

Det fanns ett sätt att se på rätten och individen under tidigt 1800-tal som idag gått förlorad. Som vi såg i kapitel tre sade Savigny att "i mitten av vår (ytter)värld står människan och det är hon som bestämmer vad som är viktigt för henne och vad hon vill likna". Vidare utgick han från att rättens funktion var gränsdragning, gränsdragning mellan ett "fritt rum" och ett annat "fritt rum", d.v.s. mellan en persons sfär och en annan persons sfär. Rätten som gränsdragning mellan personer kan ställas mot bilden av rätten som normstyrningsinstrument för nationalstaten genom lagstiftning. Det är i princip omöjligt att säga att det ena är bättre än det andra. De speglar olika funktioner hos rätten vid olika tider där kraven och förväntningarna varit olika. En poäng i hela denna framställning har varit att inte lägga evolutionära perspektiv på rätten och begrepp som individ och medborgarskap. Perspektivet har istället varit på att se ny- och omtolkningar av nämnda fenomen och begrepp utifrån varje tid och de frågor som varit aktuella för dessa tider. Ibland har kanske tyvärr mina egna preferenser vad gäller exempelvis rättslära skinit igenom. På så vis är det för en jurist mycket större tillfredsställelse att läsa exem-

pelvis Savigny och Puchta än senare efterföljare som Jhering och Windschied. De förras kombination av historisk och filosofisk bildning parad med djupa kunskaper om rätten gör helt enkelt läsningarna mer njutbara och spännande. Men att ha detta som utgångspunkt för en analys av förhållanden viktiga för juridiken idag är inte hållbart. Det som ligger närmare i tiden, i detta fall den juridik som exempelvis Jhering representerade, är också närmare till de problem som finns idag och det förklarande skimmer som kan tyckas ligga över tidigare epokers tankar och verk finns inte. Utgår vi från de brytningstider vi studerat här, angående rätten och individen, kan de sägas ha att göra med omdaningar av samhället där juridiken behövts. Savignys expressivism, Jherings intressetänkande, Webers rationalism o.s.v. representerar för juridikens del inte minst ny- och omtolkningar av kända institut och begrepp. Grunden var i stora drag samma ”romerska rätt” med dess indelningar. Men när Savigny exempelvis talar om ”egendom” eller ”vilja” menar han en sak, Jhering delvis en annan och Weber ytterligare en. Vi kan bl.a. se en långsam och stadig omvandling av egendomsbegreppet från de medeltida och på ståndssamhället grundade uppfattningarna om jorden och dess indelning och tillhörighet till vissa klasser och stånd, till ett allt större närmande mellan begreppen egendom och förmögenhet. Men det för oss intressanta här är att det tre nämndas uppfattningar om juridiska frågor, som

exempelvis "egendom", "vilja", "avtal" etc., även speglar filosofiska och vetenskapliga positioner som de tre intog. Det går också se att det vid brott med en gammal tradition, exempelvis när intressejuridiktänkandet slog igenom, att synsätt som inte är gångbara längre då utmönstras. I modifierad form skulle man kunna tänka sig att använda sig av MacIntyre's berömda allegori om vetenskapen efter flera stora naturkatastrofer för att illustrera det hela. I den "saga" MacIntyre berättar resulterar dessa naturkatastrofer i ett skuldbeläggande av vetenskapen och en rörelse uppstår med syfte att förgöra all vetenskap och dess institutioner, något man också mycket handgripligt lyckas med. Efter en tid tynar denna rörelse bort och en sorts motrörelse skapas som hävdar att vetenskap trots allt är något att ha. Man börjar mödosamt att arbeta med att återupprätta vetenskapen. Försöker tolka resultat av experiment man inte känner till teorierna bakom, hittar vetenskapliga instrument vilka man inte vet vad de använts till. Hittar vidare enstaka sidor ur vetenskapliga böcker och artiklar som man försöker tolka och förstå. Barnen tvingas lära sig vad som upplevs som vetenskaplig kunskap utantill, med vördnad diskuteras hur man ska förstå Newton, Einstein m.fl. Många börjar till och med tro att de sysslar med vetenskap trots att deras kunskaper är fragmentariska och att de egentligen inte vet något om vetenskaplig verksamhet. På grund av att de totala sammanhangen saknas har det som kallas för veten-

skap blivit motsägelsefullt och obegripligt. MacIntyre vill med sin allegori beskriva läget för moralfilosofin. Om vi skulle försöka använda ”sagan” för att beskriva juridiken istället finns det först och främst några saker som aldrig stämmer på juridiken och det är främst att den sällan drabbas av ”katastrofer”. Som Watson visat befinner sig rätten i en nästan konstant ”time-lag” och den är mycket motståndskraftig mot allt vad ”bäsföredatum” heter.<sup>475</sup> Trots detta hamnar rätten och juridiken i problem liknande de beskrivna i MacIntyre’s allegori. Vi kan exempelvis känna denna oro för fragmentisering, saknade helhet etc. hos Jhering. De nya omtolkningar som Savigny, Jhering och Weber var för sig gjorde kan till en viss del ses som försök att komma ifrån känslan av missade sammanhang och förlorade helhetsbilder. Hela skapandet av den autonoma individen, från Kant och via romantikerna, kan ses på detta sätt. Även Jherings kamp för lagstiftning är ett exempel på en kamp att få juridiken att så att säga gå i takt med den tid man levde i. Det är inte en strid om ”rätt eller fel” utan en anpassning via främst om- och nytolkning av gamla begrepp och institutioner. Det jag vill hävda här är att vi åter upplever en tid av missade sammanhang och förlorade helhetsbilder. Orsakerna till detta har jag redogjort för i kapitel tre när jag beskrev utvecklingen av den senmoderna individen och tillkomsten av det postmoderna tillståndet.

<sup>475</sup> Watson (2001) s. 5.

För att upprepa har detta inneburit ”att vår tid karaktäriseras bl.a. av frisläppanden från tidigare former av auktoritet som ersatt tidigare styrning och disciplin, att sociala band försvagats, att kulturell fragmentisering skett, att produktions- och konsumtionsmönster förändrats, att värdemässiga förändringar skett i riktning mot värden baserade på välmående och självförverkligande och att allt detta skapat en djupgående representationskris i förhållande till moderna värden baserade på prestation.”<sup>476</sup> Därmed kan vi också återvända till den fråga som ställdes i inledningen av denna bok: *Hur behålla de framsteg som den moderna staten och lagstiftningen givit i form av stabilitet och säkerhet m.m. och samtidigt tillgodose senmoderna krav på självförverkligande och individuellt självbestämmande?*

För att svara på den frågan och formulera utgångspunkterna för en ny juridisk antropologi ska jag först diskutera fem punkter som frågan aktualiserar.

1. Till en början blir statens roll viktig i detta sammanhang. Om vi ser en försvagad nationalstat, som inte längre i Europa bara bygger sin enhet på nationalitet i form av exempelvis etnicitet, utan är en stat som internt inte kan bygga vidare på gamla homogeniseringsstrategier utan måste förhålla sig till olika former av differentiering och externt överlämnat delar av sin makt till exempelvis EU, så har vi också en stat vilken inte främst och enbart kan förlita

<sup>476</sup> Jfr. supra s. 187.

sig på lagstiftning för normpåverkan. Begreppen staten och rätten blir inte lika ”synonyma”, eller sammanvävda, som de varit under stora delar av den mogna moderna eran. Den monocentriska bilden av rätten utmanas därmed. Vi såg exempelvis i kapitel 3 att före 1870-talet hade begreppet ”rättsförhållande” större betydelse i rättsliga kontexter. I en mer avreglerad värld kommer ”rättsförhållanden” att få en större betydelse. Det som behövs är en ny- och omtolkning av begrepp som exempelvis ”rättsförhållande” och allt det som har att göra med ”frisläppanden” och ”avreglering”. En svagare stat innebär däremot inte att lagstiftningen blir satt på undantag utan att den får en ny betydelse i förhållande till andra normskapande aktiviteter.

2. Som ett alternativ till synen på medborgaren som mottagare av sociala rättigheter eller en individ helt innesluten i den autonoma individens skyddade sfär, för att spetsa till det hela, talade jag ovan om individen som aktör. Aktörsbegreppet har jag dock redan deklarerat att jag är skeptisk mot eftersom det i många kontexter är avhumaniserat och ”aktören” blir något som liknar en spelare där sådant som strategier etc. framhävs. För en juridisk antropologi med humant ansikte är det därför viktigt att använda begreppet aktör bara för att markera det självständiga handlandet och ett som ovan kallats för expressivt ideal. Det senare även ytterligare som ett led i att understryka individen som handlande och skapande. I inledningskapit-

let lånade jag uttrycket "responsible selvs" från Nousiainen m.fl. och talade om den skapande "aktören" inbegripen i en mängd lägesspecifika aktiviteter. Det senare hänger samman med punkt 1 ovan om den försvagade staten men också med vad som sagts om att sociala band försvagats, att kulturell fragmentisering skett, att produktions- och konsumtionsmönster förändrats. I en sådan värld där även värdoförändringar skett blir den egna aktiviteten allt viktigare.

3. Alteriteten, annanheten, och "en humanism för den andre" blir likaså viktiga för besvarandet av frågan om att tillgodose senmoderna krav på självförverkligande och individuellt självbestämmande. Å ena sidan gav, som vi sett ovan, den mogna moderna rätten genom att ha fokus på ideal vilka brukar förknippas med rättssäkerhet i form av förutsebarhet, formell likabehandling etc., ett skydd för maktens övertramp och lika möjligheter för medborgarna. Å andra sidan tonade, som vi också sett ovan, den moderna rätten ned allt det som kan förknippas med anpassning till faktiska situationer, materiell likabehandling etc. I den mogna moderna rätten var humanism och skydd för "det andra", d.v.s. det främmande och avvikande, konstruerat främst utifrån att hålla på det formella för att öka säkerheten för alla och minimera maktens övertramp. En sådan formalism kräver en rationalitet som inte existerar i den senmoderna värld med splittring och konkurrerande aukto-

riteter som vi lever i nu. Skyddet för det avvikande, humanismen för den andre, måste därför främst istället inriktas på att stärka den enskildes integritet. Men begreppet integritet får delvis en ny tyngdpunkt ska vi se nedan.

4. Integritet vetter som vi har sett åt två håll. Dels mot det som kan ses som ett skydd för partsautonomin i form av exempelvis balansen mellan parter eller det offentliga respekt för den enskildes privatliv, dels mot mänsklig värdighet. I tidigare epoker har vi sett att den senare varit förknippad med ära. Nelson såg vi ovan talade om denna i äldre tid som ett janusansikte. Å ena sidan, sade han, vette begreppet in mot personen själv och har med självkänslan att göra. Å andra sidan, sade han, vette den mot det allmänna och har med andras anseende att göra. När vi talar om integritet här är det en kombination av det som kallas för mänsklig värdighet och det som Nelson kallade för självkänsla. Det är dessa delar som måste stärkas, ny- och omtolkas för att det ska gå att formulera en ny juridisk antropologi. En förstärkning av integriteten i förhållande till värdighet och självkänsla, såg vi ovan, får exempelvis konsekvenser för straffrätten när vi diskuterar våld. Det var därför vi använde oss av begreppet ”individuella godheter”. Troligen påverkar ett utvidgat skydd för värdighet och självkänsla också områden som skadeståndsrätt, alla de delar av den offentliga rätten där den enskilde befinner sig i ett utsatt läge m.fl. områden. Som vi konstaterat måst ana-

lysen vara lägesspecifik utgående från individens position och dess strävanden.

5. De individuationer som rätten godkänner, d.v.s. avsteg från generell likabehandling, är som konstaterats här ovan, de som bygger på sakliga skäl. Sakliga skäl kan vara samhällliga intressen, men exempelvis också skydd, hjälp och stöd för underlägsna parter. Välfärdssamhällets hjälp- och stödideologi stöder dock inte bara den enskilde utan kan också läggas som en våt filt över det område det handlar om och utplåna skillnader som finns där så att inte alla som har behov av hjälp och stöd upptäcks. Vi hade ovan exemplet med de särbegåvande barnen vilkas problem inte passar in i skolvärldens hjälp och stöd-ideologi och därför inte får den hjälp de behöver. Vi har också ovan sett när det gäller kön att analyser utifrån ett ensidigt dominansperspektiv kan leda till en essentialism angående kvinnor, d.v.s. förenklade bilder av hur kvinnor är, så att många problem ignoreras. Vi studerade i det sammanhanget ett intersektionellt betraktelsesätt för komma åt lägesspecifika problem angående när kön, klass och eller ras samverkar, kolliderar eller på annat sätt påverkar en diskriminerings-situation.

Den svåra frågan som återstår när det gäller individuation är om individernas egna val och preferenser kan anses vara sådana juridiskt godtagbara "sakliga" skäl som krävs för att kunna utgöra grunden för en juridisk individuation.

För att det ska vara möjligt krävs det att individuationen knyts samman med det som ovan sagts om en ny- och omtolkning av integriteten. Det kan först tyckas att saklighet och expressivitet står mot varandra. Att det inte går att grunda särbehandlingar på något så personligt som uttrycksbehov. Det tankefel man då gör är att man inte ser helheten mellan personliga preferenser och uttryck i världen. Vi talade ovan om ärans dubbelansikte, en del som vetter in mot personen och en del som vetter mot vad andra uppfattar. Den form av analyser som krävs är sådana som tar hänsyn till sådana helheter. Ett annat exempel på detta är det amerikanska rättsfallet *Michael M. v. Sonoma County* där Rehnqvist så elegant formulerade saken om våldtäkt på unga kvinnor med orden: ”We need not be medical doctors to discern that young men and young women are not similarly situated” ... o.s.v. Det är exempel på en, vilket ovan kallats lägesspecifik analys, som leder över till en förståelse av personliga kränkningar. Ett intersektionellt betraktelsesätt visade sig också kunna komma över svårigheterna med att göra det enskilda till något allmänt genom att analyserna, som det sades, startade ”from the bottom”. Det som föreslås här är därvid också samtidigt en utveckling av juridisk metod.<sup>477</sup>

<sup>477</sup> Diskussionen om juridisk metod har varit omfattande under de senaste femton åren. Ett exempel på angreppssätt som har mycket att tillföra i detta sammanhang är den inriktning på språkliga och argumentativa mönster som Andersson H. föreslår i (2002) och (2003).

Sammanfattar vi det sagda om utgångspunkterna för en ny juridisk antropologi innebär dessa till att början en omvärdering av staten och lagstiftningens roll. Vidare är frågan om medborgarskapet essentiellt, där medborgaren som aktör inbegripen i en mängd lägesspecifika aktiviteter är viktig. Vidare måste en, som det sades, ”humanism för den andre” utvecklas till skydd för det avvikande. Det senare leder över till frågan om integritet som därmed kommer in i ett nytt läge när en ny juridisk antropologi diskuteras genom att mänsklig värdighet och självkänsla sätts i fokus. Integritetsfrågorna leder i sin tur över till frågan om hur expressiva ideal, d.v.s. att erkänna individens rätt att välja inriktning och uttryck för sitt liv, ska kunna förverkligas. Vad som föreslogs där var att juridiska individuationer måste kunna grundas på individens val och preferenser. Detta, visade det sig, behövde inte betyda att man därmed hamnar i godtycklig subjektivism utan genom att se personliga preferenser i en helhet utifrån vad som kallades för lägesspecifika analyser undviks det.

Det som kanske mest hindrar en utveckling i den riktning jag föreslår här är vad som i inledningskapitlet kallades för att vara var blind för allt utanför det egna. När det gäller rätten leder en sådan blindhet till att man inte uppfattar de många ansikten som rätten haft under historien och att man ser utvecklingen av den moderna rätten som en form av

slutpunkt. En slutpunkt där rätten uppnått rationalitet, säkerhet och alla andra ideal som förknippas med goda värden. Dels har här ifrågasatts riktigheten i synsättet på den moderna rätten som en slutpunkt, dels har diskuterats hur rätten idag ska kunna gå utöver den moderna rättens ramar men samtidigt behålla säkerhet och stabilitet. Ytterst, har det sagts ovan, handlar det om att finna former för att säkerställa nya krav på att erkänna individen som en expressiv varelse med legitima behov av att själv få välja inriktningen på och uttrycken för sitt liv.

## Litteratur

- Abercrombie (1994) citat i Näsman (1994)
- Agge I. (1970) *Straffrättens allmänna del: Föreläsningar*  
Norstedts Stockholm
- Alanen L (1994) Gender and Generation i *Childhood Matters*  
Qvortrup m.fl (eds.) Avebury Aldershot
- Alexander J. (1994) Modern, Anti, Post, and Neo *Zeitschrift für  
Soziologie* 23 s. 165- 197
- Ambjörnsson R. (1978) *Familjeporträtt* Gidlunds Avetsa
- Amelung K. (1991) *Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit*  
i ed. Jung H m.fl. Nomos Verlagsgesellschaft  
Baden-Baden
- Andersson H. (2002) Ekonomisk-ideell skada i *Nybrott og od-  
ling Festschrift till Nils Nygaard* Fagbokforlaget Bergen  
(2003) Likhetsargumentation – analogi och metamorfos i  
*Festschrift till Åke Frändberg* Iustus Uppsala
- Andersson U. (2001) The Unbounded Body of the Law of Rape  
s. 331 – 351 i Nousiainen (2001) nedan  
(2004) *Hans (ord) eller hennes?* Bokbox Malmö
- Arendt H. (1998) *Människans villkor* Daidalos Göteborg
- Ariés P. (1962) *Centuries of Childhood* Vintage Books New  
York
- Aristoteles (1912) *Nicomachean Ethics* Harvard University  
Press Cambridge Mass.
- Arrhenius S. (2004) *En riktig kvinna* Pocky bokförlag Skarp-  
näck
- Barnett H. (1997) *Sourcebook on Feminist Jurisprudence*  
Cavendish London
- Barnett S. (1998) *Hegel after Derrida* Routledge London New  
York
- Barret M (1980) *Women's Oppression* Today Verso London
- Barthes R. (1968) *Elements of Semiology* Hill and Wang New  
York
- Bauman Z. (1999) *På spaning efter politiken* Daidalos Göteborg  
(2001a) *The Individualized Society* Polity Cambridge  
(2001b) *Community* Polity Cambridge

- Beck U. (2000) *Risksamhället* Daidalos Uddevalla
- Bellah R. ed. (1987) *Individualism and commitment in American life: readings on the themes of Habits of the heart* Harper & Row New York
- Behrends O. red. (1996) *Jherings Rechtsdenken* Vandenhoeck & Ruprecht Göttingen
- Berger P. & Luckmann T (1966) *The Social Construction of Reality* Doubleday Garden City
- Berman H. (1983) *Law and revolution* Harvard University Press Cambridge Mass.
- Berlin I. (1997) Two Concepts of Liberty i Goodin & Perrit eds. *Contemporary Political Philosophy* Blackwell Oxford
- Bjarup J. (2002) Human Nature and the Law *Associations* 6 (1) 2002 s. 3 – 33 Dunker & Humbolt Berlin
- Björne L. (1998) *Brytningstiden: Den nordiska rättsvetenskapens historia Del II* Institutet för rättshistorisk forskning Lund
- Browning G. K. (2004) *Rethinking R. G. Collingwood* Palgrave New York
- Burke E. (1987) *Reflections on the Revolution in France* Hackett Indianapolis
- Burt C. (1975) *The Gifted Child* Hodder and Stoughton London
- Butler J. (1990) *Gender Trouble* Routledge New York
- Button G. m.fl. (1995) *Computers, minds, and conduct* Polity Oxford
- Bäckström A. (1999) *När tros- och värderingsbilder förändras* Verbum Stockholm
- Carstensen G. (2004) *Sexuella trakasserier finns nog i en annan värld* Förlags AB Gondolin Eslöv
- Christensen A. (2001) Structural Aspects of Anti-Discriminatory Legislation and Processes of Normative Change i Numhauser-Henning A. ed. (2001) nedan
- Christoffersen L. (2001) The Changing Position of the Individual in Danish Welfare Law i Nousiainen (2001) nedan (2003) Konstruktion af ret i *Konstruktive bidrag* ed. Hansen Dreyer A. & Sehested K. Roskilde Universitetsforlag Roskilde

- Collier R. (1995) *Masculinity, Law and the Family* Routledge London
- Collingwood R. G. (1939) *An Autobiography* Oxford University Press Oxford
- Connell R. W. (1987) *Gender and Power* Polity Press London  
 (1995) *Maskuliniteter* Daidalos Uddevalla  
 (2002) *Om genus* Daidalos Göteborg
- Crenshaw K. (2000) Demarginalizing the Intersection of Race and Sex i *The Black Feminist Reader* ed. James/Sharpley-Whiting Blackwell Malden Mass.
- Crouch C., Eder K. & Tambini D. eds. (2001) *Citizenship, markets, and the state* Oxford University Press Oxford New York
- Cunningham H. (1995) *Children and Childhood in Western Society since 1500* Longman Essex
- Dalberg-Larsen J. (1994) *Rettens enhed – en illusion?* Akademisk forlag Köpenhamn
- Delanty G. & Isin E. eds. (2003) *Handbook of Historical Sociology* Sage London
- Dencik L. (1999) *Børn og familie i det postmoderne samfund* Hans Reitzels Forlag Köpenhamn
- Douzinas C. (2000) *The end of human rights* Hart Oxford
- Dworkin A. (1987) *Intercourse* Secker & Warburg London
- Edmunds J. & Turner B. S. (2002) *Generations, culture and society* Open University Press Buckingham
- Ekelöf P. O. (1990) *Rättegång I* Norstedts Stockholm
- Elias N. (1991) *The Society of Individuals* Continuum New York London
- Eriksson M. (2003) *I skuggan av pappa* Förlags AB Gondolin Stehag
- Faulks K (2000) *Citizenship* Routledge London
- Fenstermaker S. och West C. (1995) Doing difference *Gender & Society* 9 s. 8 – 37
- Fichte J. (1987) *The Vocation of Man* Hackett Publishing Company Indianapolis
- Fitzpatrick P. (2001) *Modernism and the Grounds of Law* Cambridge University Press Cambridge

- Fodor J. (1975) *The Language of Thought* Crowell New York
- Fogelklou A. (1978) *Den orättfärdiga rätten* P. A. Norstedt & Söners förlag Stockholm
- Foucault M. (1998a) Nietzsche, Genealogy, History i *Aesthetics, method and epistemology* vol. 2 The New York Press, New York
- Foucault M. (1998b) *Övervakning och straff* Arkiv förlag Lund  
(2002) *The Order of Things* Routledge London & New York
- Fox Keller E. (1996) *Feminism and science* Oxford University Press Oxford
- Freud S. (1995) *Vi vantrivs i kulturen* Bokförlaget Röda rummet Stockholm  
(2001) *Totem and Taboo* Routledge London New York
- Friedan B. (1963) *The feminine mystique* New York
- Frändberg Å. (1973) *Om analog användning av rättsnormer* P.A. Norstedt & Söners Förlag
- Gadamer H-G. (1979) *Truth and Method* Sheed and Ward London
- Game A. & Pringle R. (1983) *Gender at work* Allen & Unwin Sydney
- Gardner H. (1987) *The mind's new science* Basic Books New York
- Goethe J. W. von (2000) *Faust* Natur och Kultur Stockholm
- Goodrich P. (1996) *Law in the Courts of Love* Routledge London
- Gordon T. m.fl. (2000) *Making Spaces* St. Martin's Press/Basingstoke/Macmillan New York
- Grane L. (1994) *Vision och verklighet* Artos Skellefteå
- Granström G. (red.) (2004) Brottsoffers möte med rättsväsendet – en ond cirkel? i *Den onda Cirkeln* Uppsala Publishing House Uppsala
- Gunnarsson Å. (2003) *Fördelningen av familjens skatter och sociala förmåner* Iustus Uppsala
- Gustafsson H. (2002) *Rättens Polyvalens* Sociologiska institutionen vid Lunds universitet Lund
- Hacking I. (1999) *The social construction of what?* Harvard

- University Press Cambridge Mass. London
- Hadenius K. (1990) *Jämlikhet och frihet* Almqvist & Wiksell  
Stockholm
- Haeckel E. (1908) *Människoproblemet och Linnés Herredjur*  
Bonniers Stockholm
- Hagströmer J. (1901) *Svensk straffrätt: Föreläsningar bd. 1*  
Almqvist & Wiksell Uppsala
- Halldén G. (2003) Barnperspektiv som ideologiskt eller  
metodologiskt begrepp *Pedagogisk Forskning i Sverige*  
8:1 s. 12 – 23
- Halldén L. (2001) *Liberty Revisited* Bokbox Lund
- Haraway D. (1991) *Simians, Cyborgs and Woman* Free  
Association Books London
- Harding S. (1986) *The Science question in feminism* Cornell  
University Press Ihtaca
- Hart H. L. A. (1958) Positivism and the Separation of Law and  
Morals *Harvard Law Review* vol. 71 s. 593-629
- Harvey D. (1990) *The Condition of Postmodernity* Blackwell  
Cambridge & Oxford
- Hawkins M. (1979) *Social Darwinism in European and  
American thought 1860 – 1945* Cambridge University  
Press, Cambridge
- Haym R. (1857) *Hegel und seine Zeit* Berlin
- Hegel G. W. F. (1955) *Grundlinien der Philosophie des Rechts*  
Felix Meiner Hamburg
- Hill Collins P. (1990) *Black feminist thought* Unwin Hyman  
Boston
- (1998) Intersections of race, class, gender, and nation  
*Journal of comparative family studies* vol. 1 s. 27-36
- Hirdman Y. (2003) *Genus: om det stabila föränderliga former*  
Liber Malmö
- Hofstadter R. (1965) *Social Darwinism in American thought*  
Beacon Press Boston
- Holmberg T. (2005) *Vetenskap på gränsen* Arkiv Lund
- Hooks B. (1981) *Ain't I a woman: Black women and feminism*  
South End Press Boston
- (1984) *Feminist theory from margin to center* South End

- Press Boston
- Hydén H. (2002) *Normvetenskap* Sociologiska institutionen  
Lunds universitet Lund
- Ilting K-H. (1975) Die Struktur der Hegelschen Rechtsphilosophie, i *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie* utg. Manfred Riedel Frankfurt/M. bd 2 s. 52-78.
- Inger G. (1980) *Svensk rättshistoria* Liber Lund
- Inglehart R. (1997) *Modernization and Postmodernization* Princeton University Press Princeton
- Isin E. & Wood P. (1999) *Citizenship & Identity* Sage London
- Isin E (2002) *Being Political* University of Minnesota Press  
Minneapolis  
(2003) se ovan Delanty (2003)
- Israel J. (1991) Hegel och välfärdsstaten i *Behovet av filosofin*  
red. Heidegren Symposium Stockholm
- Jackson B. (1985) *Semiotics and Legal Theory* Routledge &  
Kegan Paul London
- Jacobi F. H. (1787) *David Hume über den Glauben, oder Idealismus und Realismus* Gottlieb Löwe Breslau  
(1812) *Friedrich Heinrich Jacobi's Werke* red. Köppen J.  
F. och Roth, C. J. F. Leipzig
- James A., Jenks C. & Prout A. (1998) *Theorizing Childhood*  
Polity Cambridge
- James & Sharpely-Whiting eds. (2000) *The Black Feminist Reader* Blackwell Malden Mass.
- Jameson F. (1983) *The political unconscious* Methuen London
- Jareborg N. (2001) *Allmän kriminalrätt* Iustus Uppsala
- Jhering R. v. (1907) *Geist des römischen Rechts* Breitkopf und Härtel Leibzig  
(1941) *Striden för rätten* Natur och Kultur Stockholm
- Johansson H. (1997) Att förstå det moderna medborgarskapet  
*Dansk Sociologi* 2/8 s. 40 – 61
- Johnson E. (1986) citat ur artikel i *Signalen* 1927 citatet hämtat från Lindberger (1986) ovan
- Johnson R. (2002) *Taxing Choices* UBC Press Vancouver
- Johansson C. (2002) *Nation States and Minority Rights* Juridiska fakulteten Uppsala

- Kant I. (1997) *Grundläggning av sedernas metafysik* Daidalos Göteborg  
(2002) *Prolegomena* Thales Stockholm
- Kelly D. (2003) Karl Marx and Historical Sociology i Delanty G. & Isin E. eds. (2003) ovan
- Ketcham R. (1987) *Individualism and public life* Basil Blackwell Oxford
- Kimmel M. (2000) Reducing Men's Violence: the Personal Meets the Political i *Male Roles, masculinities and violence* ed. Breines I. m.fl. Unesco Publications Paris
- Knöbl W. (2003) Theories That Won't Pass Away i Delanty & Isin (2003) ovan
- Koselleck R. (1988) *Critique and Crisis* Berg Oxford
- Kroeschell K (1988) *Jherings Brief an Windscheid* Vandenhoeck & Ruprecht Göttingen
- Kumlien M. (1997) *Uppfostran och straff* Institutet för rättshistorisk forskning Stockholm  
(2004) *Continuity and contract* Institutet för rättshistorisk forskning Stockholm
- Kymlicka M. och Norman W. (2000) *Citizenship in Diverse Societies* Oxford University Press Oxford New York
- Källström K. (2000) Låglönekonkurrens och arbetstagares integritet *Arbetsliv i omvandling* 2000:2 s. 85 – 99
- Larsson S. (1979) *Autisterna* Alba Stockholm
- Lehrberg B. (1996) *Praktisk Juridisk Metod* Iustus Uppsala
- Lernstedt C. (2003) *Kriminalisering* Iustus Uppsala
- Lerwall L. (2001) *Könsdiskriminering* Iustus Uppsala
- Levinas E. (1992) *Tiden och den andre* Brutus Östlings Bokförlag Symposion Stockholm Stehag  
(1999) *Alterity and Transcendence* Columbia University Press New York  
(2003) *Humanism of the Other* University of Illinois Press Urbana Chicago
- Lindberger Ö. (1987) *Norrbottningen som blev europé* Bonniers Stockholm
- Lindqvist M. (2001) *Is i magen* Natur och Kultur Stockholm
- Lister R. (1997) *Citizenship: Feminist Perspectives* Macmillan

- London
- Lokrantz Bernitz (2004) *Medborgarskapet i Sverige och Europa*  
Iustus Uppsala
- Lukes S. (1973) *Individualism* Blackwell Oxford
- Lundgren E. (1992) *Gud och alla andra karlar* Natur och Kultur  
Stockholm
- (1995) *Feminist Theory and Violent Empiricism* Avebury  
Aldershot
- Lundström M. (1996) *Jämställdhet eller sexistisk rättvisa?* SNS  
Förlag Stockholm
- Luther (1917) *Luthers företal till Paulus' brev till romarna i*  
1917 års Bibel
- Mach E. (1965) *Analys av förnimmelserna i Filosofin genom*  
*tiderna 1800-talet i urval av Marc-Wogau Thales*  
Stockholm
- MacKinnon C. (1989) *Toward a feminist theory of the state*  
Harvard University Press Cambridge Mass. London
- MacLean I. (1992) *Interpretation and Meaning in the*  
*Renaissance* Cambridge University Press Cambridge
- Maclem T. & Gardner J. (2001) *Provocation and Pluralism*  
*Modern Law Review* Vol. 64: 6 s. 815 – 830
- Malmstedt M. (2001) *From Employee to EU Citizen – A*  
*Development from Equal Treatment as a Means to Equal*  
*Treatment as a Goal?* i Numhauser-Henning A. ed. (2001)  
nedan
- Mann P. (1994) *Micro-Politics* University of Minnesota Press  
Minneapolis
- Mannheim K. (1997) *Essays on the sociology of knowledge*  
Routledge London
- Marshall T. H. (1963) *Sociology at the Crossroads* Heinemann  
London Melbourne Toronto
- Marx K. (1971) *Critique of Hegel's Philosophy of Right i Early*  
*Texts* ed. McLellan D. Blackwell Oxford
- (1975) *Early writings* Penguin Harmondsworth
- Modéer K. Å. (1996) *Jherings Rechtsdenken als Heraus-*  
*forderung für die skandinavische Jurisprudenz i Behrends*  
O. (1996) ovan

- Molander B. (1996) *Kunskap i handling* Daidalos Göteborg
- Naffine N. (1997) *The body bag* i *Sexing the subject of law* ed. Naffine N. & Owens R. J.LBC Information Services Sydney
- Nelson A. (1950) *Rätt och ära* Almqvist & Wiksells Boktryckeri Uppsala
- Nerman B. (1982) *Om erfarenheten* Bonniers Stockholm
- Niebuhr R. (1941) *The Nature and Destiny of Man* Nisbet & Co London
- Nielsen R. (2001) *The Enforcement of EU Sex Discrimination Law* i Nousiainen (2001) nedan
- Nietzsche (1994) *Om moralens härstamning* Rabén Prisma Stockholm
- Nousiainen (2001) m.fl. ed. *Responsible Selvs* Ashgate Aldershot  
(2001) *Transformative Nordic Welfarism* i *Responsible Selvs* se ovan
- Nozick R. (2004) *Anarki, stat och utopi* Timbro Stockholm
- Numhauser-Henning A. ed. (2001) *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination* Kluwer Law International Haag  
(2001) *On Equal Treatment, Positive Action and the Significance of a Person's Sex* i Numhauser-Henning A. ed. (2001) ovan
- Nygren R. (1982) *Barnarbete och arbetsavtalets frihet* i *Kontroll och kontrollerade* red. Sundin J. Historiska institutionen vid Umeå universitet Umeå
- Näsman E. (1994) *Individualization and Institutionalization of Childhood in Today's Europe* i Qvortrup m.fl (1999) nedan  
(2004) *Barn, barndom och barns rätt* i *Barns Makt* red. Olsen L. s. 53 – 75 Iustus Uppsala
- Nörr D. (1994) *Savignys philosophische Lehrjahre* Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
- Olivecrona K. (1928) *Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt* Lundequistska Bokhandeln Uppsala

- Oommen T. K. (1997) *Citizenship, Nationality and Ethnicity* Polity Cambridge
- Paglia C. (1990) *Sexual personae* Yale University Press New Haven
- Paine T. (1969) *Rights of Man* Penguin Books Middlesex
- Peczenik A. (1995) *Vad är rätt?* Norstedts Fritzes Stockholm
- Perelman (1967) *Justice* Random House New York
- Persson M. (1994) *Förnuftskampen* Brutus Östlings Bokförlag Symposium Stockholm/Stehag
- Persson R. (1997) *Annorlunda land* Almqvist & Wiksell Falköping
- Petersen H. (1995) Reclaiming Juridical Tact? i Petersen & Zahle (red.) *Legal Polycentricity* Aldershot Dartmouth
- Peterson C. (1983) Fredrik Schrevelius och den moderna personteorins upptagande i svensk civilrättsdoktrin i *Rättsvetenskap och lagstiftning i Norden Festskrift tillägnad Erik Anners* Juristförlaget Stockholm
- (2003) Från romerskrättsligt statustänkande till en allmän europeisk rättssubjektivitet i *Festskrift till Åke Frändberg* Iustus Uppsala
- Pettersson O. & Rothstein B. (2001) Förord till Putnam (2001) nedan
- Petri O. (1968) Orsak varför mässan bör vara på det tungomål som den menige man förståeligt är i *Skrifter i urval* Natur och Kultur Stockholm
- Philips A. (1999) *Which Equalities Matter?* Polity Press Cambridge
- Pinkard T. (2000) *Hegel: A Biography* Cambridge University Press Cambridge
- Puchta (1865) *Institutionen* Breitkopf und Härtel Leipzig
- Putnam R. D. (2001) *Den ensamme bowlaren* SNS Förlag Stockholm
- Pylkkänen A. (2001) Relational Gender Construction in the History of Finnish Law i Nousiainen (2001) ovan
- Qvortrup J. (1994) *Børn halv pris* Sydjysk Universitetsforlag Esbjerg
- (1999) *Childhood Matters: An Introduction* i *Childhood*

- Matters* Qvortrup m.fl eds. Avebury Aldershot
- Ramazanoglu C. & Holland J (2002) *Feminist Methodology*  
Sage London
- Rawls J. (1971) *A Theory of Justice* Oxford University Press  
Oxford
- Robert R. & Uvnäs-Moberg K. (1994) *Hon & Han* Bromberg  
Stockholm
- Rosén C. (1991) Hegel som viljefilosof i *Behovet av filosofin*  
red. Heidegren Symposium Stockholm
- Rosenberg M. F. v. (2000) *Friedrich Carl von Savigny (1779-  
1861) im Urteil seiner Zeit* Peter Lang Frankfurt am Main
- Rothstein (2001) se Pettersson O (2001) ovan
- Rowlands P. (1974) *Gifted Children and Their Problems* J. M.  
Dent & Sons Ltd London
- Roxin C. (1997) *Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1* Beck  
München
- Rumelhart D. (1991) Förord i *Philosophy an Connectionist  
Theory* Lawrence Erlbaum Hillsdale
- Runcis M. (1998a) Sinnesslöhet som samhällsproblem *Historisk  
Tidskrift* nr 4 1998  
(1998b) *Steriliseringar i folkhemmet* Ordfront Stockholm
- Sandström M. (1989) *Die Herrschaft der Rechtswissenschaft*  
Institutet för rättshistorisk forskning Lund  
(2004) *Rättsvetenskapens princip* Institutet för rätts-  
historisk forskning Stockholm
- de Saussure F. (1970) *Kurs i allmän lingvistik* Cavefors  
Staffanstorps
- Savigny F. C. v. (1840) *System des heutigen Römischen Rechts*  
band 1 Berlin  
(1849) *System des heutigen Römischen Rechts* band 3  
Berlin  
(1980) *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und  
Rechtswissenschaft* i  
*Rättsteoretiska klassiker* Frändberg Å och Strömholm S  
Thales Stockholm  
(1993) *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-  
1842* Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

- (1994) citat hämtat från Nörr D. (1994) ovan
- Schelling F. W. J. (1980) *Werke 2* Fromann–Holzboog Stuttgart
- Schlegel F. (1999) *Romantiska fragment* Vertigo Stockholm
- Searle J. (1992) *The rediscovery of the mind* MIT Press  
Cambridge Mass.
- Shapiro B. J. (1983) *Probability and Certainty in Seventeenth-Century England* Princeton University Press Princeton
- Shaywitz m.fl. (2001) Heterogeneity Within the Gifted *Gifted Child Quarterly* vol 45 nr 1
- Skinner Q. (1978) *The foundations of modern political thought* Cambridge University Press Cambridge
- Sonnander K. & Ramund B. (2000) *Specialnormering av WISC-III* Psykologförlaget Stockholm
- Spengler O. (1996) *Västerlandets undergång* Atlantis Stockholm
- Stoll A. (1927) *Friedrich Karl v. Savigny: Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe bd. 1* Berlin  
(1929) *Friedrich Karl v. Savigny: Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe bd. 2* Berlin  
(1939) *Friedrich Karl v. Savigny: Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe bd. 3* Berlin
- Stolt B. (1994) *Martin Luther, människohjärtat och Bibeln* Verbum Stockholm
- Strahl I. (2003) *Makt och rätt* bearb. Strömholm S. Iustus Uppsala
- Strömholm S. (1988) *Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning* Norstedts Stockholm
- Strömholm S. & Frändberg Å. (1988) *Rättsteoretiska klassiker* Thales Stockholm
- Sutorius H. (1997/98) Den rättsliga prövningen av våldtäkt s. 1297 – 1309 i *Juridisk Tidskrift*
- Svensson E-M. (1997) *Genus och rätt* Iustus Uppsala
- Szemerédy J (2002) *Ludwig Kuhlenbeck – Ein Verteter socialdarwinistischen und ... Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich* Zürich
- Taylor C. (1986) *Hegel* Symposion Stockholm/Lund  
(1991) *Hegel och det moderna samhället* Röda

- bokförlaget Göteborg
- Thibaut A. F. J. (1823) *System des Pandekten-Rechts* Friedrich Manke Jena
- Tocqueville (1987) *Democracy In America* i Bellah R. ed. (1987) ovan
- Torpman J. (2002) *Rättssystemets lärande* Företagsekonomiska institutionen Stockholm
- Tully J. (1995) *Strange multiplicity* Cambridge University Press Cambridge
- Turner B. S. (1986) *Citizenship and Capitalism* Allen & Unwin London  
(2002) se ovan Edmunds J (2002)
- Tydén M. (1996) Rasbiologi och andra rasismer *Folkets historia* 24:3/4 s. 51 – 63
- Walby S. (1990) *Theorizing Patriarchy* Blackwell Oxford  
(1997) *Gender transformations* Routledge London New York
- Watson A. (2001) *Society and legal change* Temple University Press Philadelphia
- Weber M. (1978) *Den protestantiska etiken och kapitalismens anda* Argos Lund  
(1985) *Ekonomi och samhälle* Argos Lund
- Weber M. (1986) *Kapitalismens uppkomst* Ratio Göteborg
- Wennberg S. (1997/98) Södertäljemålet och förhållandet mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande s. 506 – 512 i *Juridisk Tidskrift*  
(1998/99) Att välja och att vilja – några synpunkter på tvångsbegreppet enligt våldtäktsbrottet s. 523- 525 i *Juridisk Tidskrift*  
(2004/05) Våldtäkt – med eller mot kvinnans vilja? s. 113–131 i *Juridisk Tidskrift*
- Wennström (1996) *The Lawyer and Language* Iustus Uppsala  
(2002) *Rättens kulturgräns 2:a uppl.* Iustus Uppsala  
(2003a) *Bör den allmänna rättsläran omorienteras?* Juridiska fakulteten Uppsala  
(2003b) *Allmän rättslära och feministisk rättsteori i Festskrift till Åke Frändberg* Iustus Uppsala

- West C. (1995) se Fenstermaker (1995)
- Wihl G. (1994) *The contingency of theory* Yale University Press  
New Haven
- Whitman (1987) I Celebrate i Bellah R. ed. (1987) ovan
- Wieacker F (1973) Jhering und der Darwinismus i *Festschrift  
für Karl Larenz zum 70.Geburtstag* s. 63 – 92 Beck  
München
- Weikart R. (1993) The Origins of Social Darwinism in Germany  
1859-1895 *Journal of the History of Ideas* 54 s. 469-488
- Williams B. (2002) *Truth and Truthfulness* Princeton University  
Press Princeton
- Winner E. (1999) *Begåvade barn* Brain Books Jönköping
- Winthrop (1987) Citat från Bellah R. ed. (1987) ovan
- Young I. M. (1990) *Justice and the politics of difference*  
Princeton University Press Princeton
- Zahle (1986) Polycentri i retskildelæren i *Samfunn Rett  
Rettferdighet Festschrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*  
TANO Oslo
- Zetterberg H. (1986) Förord till *Kapitalismens uppkomst* av Max  
Weber Ratio Göteborg

### Övriga källor:

Förarbeten, de viktigaset använda:  
Regeringens skrivelse 2000/01:73, Bilaga 1  
Prop. 2004/05:45  
SOU 2000:20  
SOU 2002:18  
SOU 2004:121

### Rättsfall

EG: C-158/97 *Georg Badeck and others v Hessischer  
Ministerpräsident und Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des  
Landes Hessen*

C-407/98 *Katarina Abrahamsson and others v Elisabet Fogelqvist*

Europadomstolen för mänskliga rättigheter:  
*M. C. v. Bulgarien* (nr. 39272/98)

England: *Smith* 2001, 1 AC 146

USA: *Baxstrom v. Herold*, *DeGraffenreid v. General Motors*,  
*Michael M. v. Sonoma County*, *Rinaldi v. Yaeger* och *Tigner v. Texas*.

**Person- och sakregister****A**

Abrahamsson 206  
 abstract space 227  
 abstrakt individ 45, 46  
 abstrakta individen 9  
 abstrakta individerna 7  
 aktör 33, 284, 289, 309  
 Alanen 252  
 alienering 223  
 alteritet 32, 207, 220,  
 230, 300  
 Ambjörnsson 232  
 Amelung 280  
 Ande 135  
 Andersson U 283, 286  
 antropologi 30  
 Arendt 20, 102, 116, 190,  
 209  
 Ariés 232  
 Aristoteles 7, 55, 60, 87  
 Arrhenius 265  
 ära 132

**B**

Bacon 72  
 Badeck 206  
 Barn 231

barndomen 232  
 barndomssociologin 233  
 Barnett 136, 292  
 Barret 269  
 Barthes 40  
 Bauman 28, 183, 223, 227  
*Baxstrom v. Herold* 205  
 Beauvoir 262  
 Berger 262  
 Berman 35, 40, 51, 65  
 biologi 142  
 biologiskt kön 262 f  
 Bjarup 54  
 Björne 9  
 Brooke 86  
 brottsbeskrivningsnivån  
 283  
 Browning 52  
 build virtues 227  
 Burke 104  
 Burt 247  
 Butler 266  
 Button 189  
 byråkratisk juridisk indivi-  
 duation 21  
 Bäckström 11

**C**

Calvin 67  
 Carnap 188  
 Carstensen 287  
 Christoffersen 8, 262

- civilt medborgarskap 219  
 Collier 270  
 Collingwood 52, 60  
 connectionist perspective  
 190  
 Connell 263, 270  
 consciousness-raising 293  
 context-sensitive 288  
 Crenshaw 272, 295  
 Crouch 216  
 Cunningham 232  
 cyborg 266
- D**  
 Dalberg-Larsen 181  
 Darwin 91, 142  
*DeGraffenreid v. General  
 Motors* 295  
 dekonstruktion 44, 137,  
 184  
 Delanty 63  
 den andre 103  
 Dencik 236  
 Derrida 136  
 Descartes 55, 72, 88  
 det givna 120  
 dialektik 137, 140  
 difference-blind 212  
 disciplin 158 ff  
 disciplinära system 161  
 disciplineringen 270  
 diskursivt synsätt 270
- Douzinas 103  
 Dworkin R. 170, 255  
 Dworkin A. 269
- E**  
 economic individualism  
 71  
 Eder 216  
 Edmunds 252  
 Egendom 130  
 egendom 117  
 Ekelöf 13, 182  
 Elias 29  
 emancipation 158  
 enhetssamhälle 11  
*Equal Protection Clause*  
 204  
 equity 155  
 Europadomstolen för  
 mänskliga rättigheter  
 283  
 Evander 105  
 evolutionära medborgar  
 begreppet 222  
 evolutionära synsättet 31  
 exkludering 31  
 expressiv varelse 156, 315  
 expressiva antropologin  
 185  
 expressiva idén 197  
 expressivt tänkande 83,  
 85, 134

- F
- faktisk individ 7, 46
  - familj 130
  - Faust 83
  - feminist practical reasoning 292
  - Fenstermaker 298
  - Fichte 14, 77, 78, 79, 81, 114, 124, 139
  - filosofisk romantik 76
  - Fitzpatrick 12
  - Fodor 190
  - Fogelklou 82, 135
  - formell rättvisa 202
  - Foucault 36, 53, 58, 61, 73, 136, 159, 224, 270
  - Fox Keller 73
  - Franska nationalförsamlingen 203
  - Freud 102
  - Fridegård 105
  - Frändberg 15, 111
  - förmögenhet 117
  - förnuft 135
- G
- Gadamer 120
  - Galilei 86
  - Game 269
  - Gardner 189, 247
  - generationssynsätt 251
  - genus 262, 265
  - genusmetoder 292
  - genusperspektiv 266
  - Gierke 146
  - gifted children 247
  - Goethe 83
  - Goodrich 170, 181
  - Gott in uns 81
  - Grane 64
  - Granström 278
  - Gud finns i oss 63, 81
  - Guds avbild 54, 63
  - Gunnarsson 217
  - Gunsteren 215
  - Gustafsson 181
- H
- Hacking 32
  - Hadenius 250
  - Haeckel 92
  - Hagströmer 280
  - Halldén 233, 238
  - Halldenius 212, 269
  - Hamsun 101
  - Haraway 266
  - Hart 127
  - Harvey 174
  - Hawkins 91
  - Haym 158
  - Hegel 82, 133, 157
  - Herder 87, 135
  - hierarki 162

- Hill Collins 295  
 Hirdman 266  
 historisk genealogi 36  
 Hofstadter 91  
 Holmberg 264  
 Hooks 295  
 humanism för den andre  
 208, 310  
 Hydén 124, 157
- I
- identitet 32  
 Identitetsfallet 201  
 Ilting 158  
 immanens 207, 221  
 individualisering 28, 180  
 individuation 21, 23, 201,  
 234, 241, 312  
 individuella godheter 290,  
 311  
 individuella rättigheter  
 255  
 Inger 111  
 Inglehart 175  
 inkludering 31  
 integritet  
 integritet 168, 192, 195,  
 311  
 intersektionalitet 298  
 intresse 256  
 intressenivån 283  
 intresseteorin 257
- Isin 32, 63, 201, 207, 220,  
 273
- J
- Jackson 40  
 Jacobi 76, 114  
 James 232, 238  
 Jameson 39  
 Jareborg 283  
 Jhering 93, 142, 258, 305  
 Johansson H 159  
 Johnson 101  
 Johnson R 285, 298  
 juridisk antropologi 32,  
 304
- K
- Källström 168, 193  
 Kant 9, 81, 108  
 kategoriska imperativet  
 109  
 Ketcham 30, 70, 85  
 Kimmel 278  
 Knöbl 178  
 kognitionsforskning 189  
 kollektivisering 28, 235  
 kommersiell anda 70  
 konkurrens 223  
 könsblindhet 260  
 könsmaktsordning 267  
 könsneutralitet 260  
 kontroll 160  
 Koselleck 70

kränkande särbehandling  
194  
kriminalisering 279  
Kroeschell 143  
kronocentrism 236  
Kumlien 277  
kvinnofridskränkning 284  
Kymlicka 210

L  
läggspecifik 285, 297  
läggspecifika analyser  
276, 314  
Lamarck 142  
Larsson 171  
Lernestedt 280, 283  
Lerwall 24, 206  
Levinas 208, 300  
likabehandling 24, 193,  
199, 206, 254  
likabehandlingsfallet  
200, 260  
Lindberger 101  
Lindqvist 174  
Lister 261  
Luckmann 262  
Lukes 43, 66, 70, 71  
Lundgren 278  
Lundström 26  
Luther 64, 66

M  
M. C. v. Bulgarien 287  
Mach 142  
MacKinnon 20, 263, 267  
Maclem/Gardner 18  
makt 160, 270  
Malmstedt 206  
Mann 57, 266, 284  
Mannheim 252  
Marshall 31, 159, 218  
Marx 104  
maskulinitet 270  
materiell rättvisa 202  
medborgarskap 207 ff  
medborgerliga dygder 214  
metodologi 113  
Michael M. v. Sonoma  
County 27, 204  
minoritetsrättigheter 210,  
211  
misstankens semiotik 44  
moderna samhället 9  
modernisering 118  
modernismen 12  
modernization theory 177  
Molander 42  
monocentriska perspektiv  
181  
moralfilosofi 27  
moralisk vilja 169

## N

Naffine 286  
 Näsman 22, 234, 241  
 Nelson 132, 311  
 Nerman 106  
 Neurath 189  
 Niebuhr 59, 70  
 Nielsen 206  
 Nietzsche 36, 61  
 Nordström 159  
 normal curriculum 244,  
 249  
 normalisering 162  
 Norman 210  
 Nörr 77, 110, 115, 123  
 Nousiainen 33, 217, 301  
 Numhauser-Henning 26  
 Nygren 277

## O

Olaus Petri 64  
 Olivecrona 146  
 Oommen 262

## P

Paglia 264  
 Paine 203  
 partsautonomin 169  
 Patriarkatet 262, 267  
 Peczenik 282  
 Perelman 24, 202

person 82

Persson M 11, 72, 134,  
 143, 159, 167  
 Persson R 247  
 Petersen 181  
 Peterson 9, 15, 110, 128  
 Philips 220  
 pietism 66  
 Pinkard 140, 157, 188  
 politiskt medborgarskap  
 219  
 polycentrisk rätt 181  
 postmodernitet 172  
 predestinationsläran 66  
 Pringle 269  
 privatautonomibegrepp 9,  
 108, 110  
 protestantism 63  
 psykoanalys 100  
 Puchta 8, 125, 305  
 puritanism 66  
 Putnam 178  
 Pylkkänen 266

## Q

Qvortrup 233

## R

rationalisering 149  
 rationalismens antropologi  
 185  
 rättighetsfundamentalism  
 26

- rättsförhållande 120  
 rättsgodheter 279  
 rättsinstitut 120  
 rättssäkerhet 50, 155  
 rättssystem 120, 151  
 Rawls 214  
 rechtgutes 279  
 Ree 53  
 reformationen 63  
 reproduktiva frågor 265  
 Rinaldi v. Yaeger 27, 203  
 romantik 76  
 Rosén 138  
 Rosenberg 111, 113, 122  
 Rothstein 179  
 Rowlands 247  
 Roxin 281  
 Rule of law 49  
 Rumelhart 190  
 Runcis 163
- S
- Sakliga skäl 24, 205, 255  
 Sandström 15, 113, 140,  
 143  
 särbegåvning 247  
 särbehandling 24, 254  
 särbehandlingsfallet 200,  
 260  
 Saussure 40  
 Savigny 14, 76, 110, 257,  
 305
- Schelling 77, 79  
 Schiller 114  
 Schlegel 14, 77, 81  
 scientism 142  
 scientistiska antropologin  
 185  
 Searle 189  
 Self-expression 177  
 semiotik 35  
 senmoderna individen 170  
 sexuella autonomi 283  
 sexuella trakasserier 193  
 Shapiro 73  
 Shaywitz 242  
 sinnesslö 163  
 självkänsla 156, 169  
 Skinner 62  
 skolan 239  
 skollagen 239  
 skyddsintresse 279  
 skyddsvärde 279  
*Smith-fallet* 18  
 social konstruktion 32  
 sociala medborgarskapet  
 219  
 socialdarwinism 91, 147  
 socialkonstruktivistiskt  
 synsätt 262  
 socialt kapital 178  
 socialt kön 262  
 solidarisering 223  
 space 227

- Spencer 91  
Spengler 159  
stat 309  
statusläran 85  
sterilisering 164  
Stoll 122  
Stolt 64  
Strahl 13, 110  
Strindberg 11  
strukturalism 44  
Strömholm 12, 111  
styrning och övervakning  
183  
Sutorius 278  
Svensson 261  
systematisera 151  
Szemerédy 94
- T  
Tambini 216  
Taylor 85, 124, 141  
Tigner v. Texas 27, 203  
Tocqueville 9  
Tully 213  
Turner 22, 234, 252  
Tydén 167
- U  
universalisering 223  
utkorelseläran 66  
utvecklingsstörda 242
- V  
våld mot kvinnor 278  
vara politisk 223  
värdighet 193  
vetenskapens grundvals  
kris 190  
Vetenskapsvurm 72  
viljeteorin 257
- W  
Walby 263, 269  
Wästerhäll 181  
Watson 307  
Weber 10, 66, 148, 224  
Websdahle 278  
Weikart 92  
Wennberg 278  
Wennström 40, 174, 203,  
271, 275  
West 298  
Whitman 84  
Wieacker 94  
Wihl 85  
Williams 41  
Winner 247  
Winthrop 69  
Wittgenstein 136, 224  
womans point of view 292  
womans question 292  
Wood 201

Y  
Young 213  
Z  
Zahle 181  
Zetterberg 149