



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG

ULRIKA SVALLINGSON

För alla lika olika
– cripteoretiska avslöjanden av den faktiska människans
frånvaro i sexualstraffrätten

Särtryck ur häfte 2/2013

FÖR ALLA LIKA OLIKA

– CRIPTEORETISKA AVSLÖJANDEN AV DEN FAKTISKA MÄNNISKANS FRÅNVARO I SEXUALSTRAFFRÄTTEN

Av Ulrika Svallingson¹

Rationalitet och autonomi har sagts vara människans minsta gemensamma nämnare. Idén om det autonoma och rationella rättssubjektet, tillsammans med likabehandlingsprincipen, är vidare två av straffrättens hörnstenar. Inom sexualstraffrätten har det dock visat sig problematiskt att argumentera och döma utifrån det rationella och autonoma rättssubjektet. Sociala normer, såsom maktstrukturer och romantiska och sexuella praktiker, ger upphov till icke-rationella och icke-autonoma handlingar som grumlar den rättsliga analysen. Att följa med en okänd person hem, att inte skrika, eller att vänta med att anmäla kan inte sällan ifrågasättas utifrån ett rationellt och autonomt perspektiv. Criteori visar hur ett icke-rationellt och icke-autonomt beteende försvårar användningen av traditionella rättsliga bedömningskriterier och förklaringsmodeller.

I. INLEDNING

Sexualstraffrätten är ett rättsligt område där det straffrättsliga idealsubjektet agerar i ett sexuellt sammanhang färgat av maktstrukturer. Maktstrukturer och andra ogripbara omständigheter är svåra att översätta till rättsliga fakta och osynliggörs därför i gärningsanalysen.

Criteori synliggör underliggande rättsliga krav på oberoende och rationalitet hos rättssubjekten, vilka inom sexualstraffrätten kolliderar med patriarkala uppfattningar om sexuellt samspel. Sammantaget medför detta motsägelsefulla förväntningar på, framför allt, rättsskyddssubjektens agerande. Criteori visar det som vi känner, men som faller utanför den straffrättsliga logiken som är baserad på enskilda och avskilda gärningar av och mot rationella och autonoma individer. Genom criteoretiska skärskådningar av vetenskapliga texter och rättsfall avslöjas ett sexualstraffrättsligt system där obligatorisk funktionsfullkomlighet och sociala hierarkier produceras och säkras i rättsliga diskurser. Det queera, det icke-funktionsfullkomliga och den underordnade sanktioneras såsom avvikande från dominerande rättsliga diskurser kring kön, sexualitet och funktionsfullkomlighet.

¹ Avlade juristexamen vid Lunds universitet 2013 och är idag verksam som programhandläggare på Raoul Wallenberginstitutet för mänskliga rättigheter och humanitär rätt. Artikeln bygger på författarens examensarbete: För alla lika olika: Criteoretiska interventioner i sexualstraffrättens subjektskapande, som färdigställdes under handledning av Ulrika Andersson.

Mot bakgrund av detta kommer jag i denna artikel att framställa en teori om den faktiska människan som crip, icke-funktionsfullkomlig, i förhållande till det normativa rättssubjektet i den traditionellt heterosexuella sexualbrottskontexten. Den sexuella, relationella och emotionella människan utmanar antagandet om den rationella och autonoma individen som en enhetlig kategori. Detta visar inte enbart på grundläggande perspektivfel i förståelsen och hanteringen av sexualbrott – utan även på en oförmåga att hantera individer och uttryck som avviker från normer kring rättslig rationalitet och autonomi kopplade till obligatorisk funktionsfullkomlighet.

Syftet med artikeln är att synliggöra den funktionsfullkomliga normaten och problematisera effekterna av dess normer. Artikeln koncentreras vid föreställningar kring kognitiv funktionsfullkomlighet och funktionsnedsatthet med hänvisning till rättssubjektets kärnegenskaper. Därmed bortser jag från de många diskussioner och diskurser kring fysisk funktionsnedsättning som ämnet tangerar. Vidare avgränsas artikeln till straffrättens sexualbrottsområde. Anledningen till detta är att spänningen mellan rationella/autonoma individer och emotionella/sexuella praktiker dras till sin spets i det privata rum som har öppnats upp för offentlig sanktionering.

Artikeln inleds med en redogörelse för cripteoretiska förklaringsmodeller och vidare cripteoretiska perspektiv på rättssubjektet och sexualstraffrätten. Dessa visar hur personer och handlingar som avviker från föreställningar om funktionsfullkomlighet riskerar att indirekt diskrimineras i den rättsliga analysen. Med detta följer en ansats till att teoretiskt förklara den rättsliga exkluderingen av cripa människor och erfarenheter. Under rubriken *Cripteoretiska insikter*, avsnitt 3, analyserar jag sexualstraffrättsliga axiom vilket resulterar i en teori om allmänmänsklig cripitet i förhållande till sexualbrottsnormaten och den faktiska människans frånvaro i sexualstraffrätten. Avslutningsvis, i avsnitt 4, behandlas möjligheter att möta den faktiska människan i sexualstraffrätten genom ett kontextualiserat rättssubjekt och en positiv definition av autonomi.

2. CRIPTEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER

Cripteorin är ett obeprövat verktyg inom rättsvetenskapen.² Teorin riktar sin normkritiska blick mot idén om en funktionsfullkomlig individ, *normaten*. Den belyser maktstrukturer och deras reproduktion i relation till uppfattningar om funktionsnedsättning och funktionsfullkomlighet.³ Maktstrukturers

2 Jag har under arbetets gång hittat endast en artikel av Michael Gill, *Rethinking Sexual Abuse, Questions of Consent, and Intellectual Disability*, publicerad online 2010. Jag anser därför att cripteoretiska problemformuleringar är obeprövade inom rättsvetenskapen.

3 McRuer, Robert, *Crip Theory: Cultural signs of queerness and disability*, New York, 2006, s. 9

uttryck skiljer sig åt beroende på deras respektive historiska ursprung och uttrycks konstant i mellanmänskliga relationer och dess institutioner.⁴ Normen framstår som självklar eftersom samhällets strukturer och inrättningar har formats efter denna.⁵ Genom att påvisa normatens ohållbara och omöjliga ideal önskar teorin destabilisera den konstruerade dualismen mellan en överordnad normat i förhållande till en funktionsnedsatt, *crip*, individ.⁶

Cripteori bidrar med ny kunskap om rättssubjektet genom att kritiskt studera idealet av ett rationellt och autonomt rättssubjekt. Detta gör det möjligt att formulera nya rättsliga argument som kan förbättra rättssäkerheten för personer som skiljer sig från den rättsliga normaten.

Feministiska teorier och queorteori har bidragit till den rättsliga utvecklingen genom att visa på hur rättens autonoma subjekt i praktiken bekönsas.⁷ I ett samhälle där kön har betydelse kan detta få negativa konsekvenser för dem som avviker från bestämmelsens avsedda genus. Således reproduceras könsrelaterade maktstrukturer i den rättsliga kontexten.⁸ Från att ha betraktats med skepsis är teorierna nu vedertagna i rättsliga sammanhang.⁹ Cripteori besitter, enligt mig, samma potential att utveckla den rättsliga argumentationen.

Cripteori är inte begränsad till personer med en diagnostiserad funktionsnedsättning. Teorin är inte intresserad av *vem* som klassas som funktionshindrad, inte heller *varför*.¹⁰ Istället ställer cripteorin in skärpan på den ab-

[cit. McRuer 2006].

4 Brown, Wendy, Att vinna framtiden åter, Stockholm, 2008, s. 15 [cit. Brown 2008] och Minow, Martha, *Feminist Reason: Getting It and Losing It*, Heinonline, 1988, s. 51 [cit. Minow 1988].

5 Minow 1988, s. 51.

6 Löfgren-Mårtenson, Lotta, *Hip to be crip?*, Lambda Nordica, nr 1-2, 2012, s. 67 ff. [cit. Löfgren-Mårtenson 2012] och McRuer 2006, s. 34.

7 Westerstrand, Jenny, Mellan mäns händer: Kvinnors rättssubjektivitet, internationell rätt och diskurser om prostitution och trafficking, Uppsala, 2008, s. 311 och Niemi-Kiesliäinen, Johanna, *The Reform of Sex Crime Law and the Gender Neutral Subject*, Nordic Equality at a Crossroad – Feminist Legal Studies coping with Difference, Burlington, 2004, s. 177 [cit. Niemi-Kiesliäinen 2004] och Lewin, Barbro, *Vem bryr sig? Om osynlighet och rättssäkerhet för brottsoffer med funktionshinder*, Umeå, 2002, s. 7 [cit. Lewin 2002] och Andersson, Ulrika, *Våld mot kvinnor i straffrätten: Utsatta individer i strukturell och diskursiv belysning*, På vei: Kjønn og rett i norden, Göteborg/Stockholm, 2011, s. 422 f. [cit. Andersson 2011].

8 Andersson 2011, s. 422 f. och Minow 1988, s. 47.

9 Gunnarsson, Åsa och Svensson, Eva-Maria, *Genusrättsvetenskap*, Lund, 2009, s. 27 ff. [cit. Gunnarsson och Svensson 2009], och Fineman, A. Martha, *Introduction: Feminist and Queer Legal Theory*, *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Surrey, 2009, s. 2 och Andersson 2011, s. 419.

10 Löfgren-Mårtenson 2012, s. 67 ff. och McRuer 2006, s. 34.

strakta normaten, föreställningar kring obligatorisk funktionsfullkomlighet, samt samhällets ansträngda särskiljande av crip och normater.¹¹

I denna artikel granskas rättsväsendets del i denna subjektsskapande process. Rätten, som kunskapsproducent av normater i sexualbrottskontexten, bidrar till produktionen av olika sociala subjekt som kan begå eller utsättas för ett sexualbrott.¹² Den innefattar därmed alla människor som i en särskild situation skiljer sig från normen av – och förväntningarna på – ett rationellt och autonomt subjekt och därmed riskerar att indirekt diskrimineras. Genom Foucaults glasögon förtydligas hur den abstrakta normaten genererar makt-hierarkier där heterosexualitet, vithet, funktionsfullkomlighet och manlighet hamnar överst, i ett samspel av ekonomiska, sociala och kulturella relationer i en hegemoniskapande process.¹³

Cripteorins identitetspolitiska aspekt bygger på subversiv stigmahantering som bland annat går ut på att undvika eufemistiska omskrivningar av funktionsnedsättning.¹⁴ Cripteori kommer ursprungligen från USA där crip anspelar på *cripple* – krympling.¹⁵ I enlighet med cripteoretiska strategier har jag sökt efter ett behändigt, genomskinligt och representativt begrepp för att benämna gruppen som anses skilja sig från de sociala figurer som identifierar sig med normatens funktionsfullkomliga kropp och normalstörda sinne. På samma sätt som cripteorin har döpt idealet av den funktionsfullkomliga individen till *normat*, önskar jag finna liknande paraplybegrepp på svenska för personer som inte lyckas passera normatens nålsöga. Det dessa människor har gemensamt är att de skiljer sig från förståelsen av vad som kännetecknar en normat. Det innebär inte att jag anser att de har samma livsvillkor och önskningsar, eller att endast cripa personer kan ha en strukturellt underordnad position. Ett svenskt ord för

11 Berg, Susanne och Grönvik, Lars, *Crip Theory – en preliminär positionering*, 2007, s. 10 [cit. Berg och Grönvik 2007].

12 Andersson, Ulrika, *Handel med människor: Individer, strukturer och praktiker i straffrättslig be-lysning*, Väikvalta: Seuraamukset ja haavoittuvuus, Terttu Utraisen juhlaakirja, Helsingfors, 2006, s. 4 [cit. Andersson 2006] och Andersson, Ulrika, Hans (ord) eller hennes? En konstteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp, Lund, 2004, s. 32 [cit. Andersson 2004] och Wennström, Bo, Rättens individualisering: mot en ny juridisk antropologi, Uppsala, 2005, s. 8 [cit. Wennström 2009].

13 Rice, G., James, "I'm not enough of a loser": A crip interpretation of disability and charity in Iceland, *Lambda Nordica*, nr 1-2, 2012, s. 121 ff. [cit. Rice 2012] och McRuer, 2006, s. 2 och Vaahtera, Elina, *Compulsory able-bodiedness and the stigmatized forms of nondisability*, *Lambda Nordica*, nr 1-2, 2012, s. 79 f. [cit. Vaahtera 2012] och Coleman Brown, Lerita M., *Stigma: An Enigma Demystified*, i *The disability studies reader*, 2 uppl., London, 2006, s. 186 f.

14 Rydström, Jens, *Introduction: Crip theory in Scandinavia*, *Lambda Nordica*, nr 1-2, 2012, s. 10 ff.

15 Berg och Grönvik 2007, s. 3 och McRuer 2006, s. 33.

crip måste därför ha möjlighet att rymma en vidd av personer och företeelser. Ett nytt ord som *crip* kan förhoppningsvis möjliggöra en ny förståelse av crips (personer som skiljer sig från normaten), normalstörda och deras samhälleliga positioner samt etableras som normkritiskt uttryck. Jag kommer därför främst använda gruppbenämningen crips när jag diskuterar personer som avviker från normaten.

Sammanfattningsvis kan funktionsnedsättning reduceras till något performativt som i det mellanmännsliga samspelet förstås som mer eller mindre avvikande. Det innebär inte att kategorin assistansberoende, på grund av funktionsnedsättning, kan avskaffas. Det som bör motarbetas är istället den makt-hierarki som systematiskt positionerar normatens ideal överst och är drivande i utstötningsprocessen av crips. Criteori kan i detta bidra med givande perspektiv genom dess förståelse av makt och dess reproduktion.¹⁶

Criteorins subversivitet, i likhet med exempelvis critical white theory och queerteori, ligger i att den tar sikte på normaten: granskar dess normer och ifrågasätter dess position som icke-identitet.¹⁷ I denna process, där normatens gränser ifrågasätts och omformuleras, önskar criteorin upplösa det hierarkiska motsatsförhållandet funktionsnedsatt – funktionsfullkomlig.¹⁸ Frågan som följer blir på vilket sätt denna underordning kan antas återspeglas och reproduceras i en rättsordning där vi antas vara lika inför lagen. Denna fråga angrips med hjälp av criteori som inte endast tjänar som plattform för identitetsknuten aktivism, utan även som informativ och konstruktiv akademisk förståelsemodell.

2.1 STRAFFRÄTTEN SOM ETT LEGITIMT VEDERGÄLLNINGSSYSTEM

Straffrätten är uppbyggd kring relationen mellan stat och gärningsperson, där rätten agerar medlare.¹⁹ Autonomi som straffrättssubjektets kärnegenskap är intimt sammankopplad med den fria viljan. Den fria viljan har varit central för straffrätten alltsedan upplysningstiden.²⁰ Straffrätten har gått från att bedöma individens kriminella respektive laglydiga karaktär till att pröva individens

16 McCluskey, T., Martha, *How Queer Theory Makes Neoliberalism Sexy*, Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations, Surrey, 2009, s. 125 [cit. McCluskey 2009].

17 Berg och Grönvik 2007, s. 4 f. och Ambjörnsson, Fanny, *Vad är queer*, Stockholm, 2006, s. 82.

18 McRuer 2006, s. 30 och 34.

19 Fineman, A., Martha, *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, New York, 2004, s. 18.

20 Upplysningsfilosofen Kant argumenterade för att inte längre skilja på olika människor, utan på förnuftiga människor och djur, se Wennström 2005, s. 9 f.

kapacitet att, utifrån den fria viljan, välja att handla laglydigt och rationellt.²¹ För att möjliggöra likabehandling och erbjuda skydd mot maktmissbruk önskade rättsteoretiker finna de moderna subjektens minsta gemensamma nämnare. Enligt en liberal hållning delar människor en självständig ställning och en förmåga till rationellt tänkande.²² Det historiska arvet präglar straffrätten än idag, med den skillnaden att karaktärsprövningen har flyttats från själva sakprövningen till straffmätningen och påföljdsvalet.²³

Konstruktionen av det straffrättsliga rättssubjektet är följaktligen avgörande för ansvarsläran och möjligheten att utkräva ansvar hos enskilda individer för lagstridigt handlande.²⁴ Med denna tankegrund kan rättssystemet tillämpa en formell likabehandling som tjänar ett legitimitetssyfte. Det rättsliga systemet vill genom likabehandling framstå som ett legitimt vedergällningssystem.²⁵

Utifrån formell likabehandling inom ramen för ett normativt regelverk är det svårt för rätten att hantera ett normativt avvikande rättssubjekt i ett strukturellt underläge. Här uppstår det som Andersson benämner som en konflikt mellan subjekt och struktur.²⁶ Individerna agerar inom en strukturell kontext med tillhörande hierarkier, men straffrättssystemet tolkar situationen utifrån ett individperspektiv med fokus på enskilda gärningar.²⁷ Osynliggörandet leder till att erfarenheter för individer som avviker från normaten inte erkänns.²⁸ Människor som avviker i en anmärkningsvärd grad från det rationella och autonoma rättssubjektet hamnar därmed i en ofördelaktig position.

2.2 CRIPHET FALLER UTANFÖR STRAFFRÄTTENS VÄRLDSBILD OCH SKAPAR ETT BEGRÄNSAT RÄTTSSUBJEKT

Lacey har problematiserat idén om individuellt straffansvar och funnit att

21 Lacey, Nicola, *Responsibility and Modernity in Criminal Law*, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, nr 3, 2001, s. 257 [cit. Lacey 2001] och Andersson 2011, s. 420 och Wennström 2005, s. 9 och 307 och Westerstrand 2008, s. 96.

22 Lernestedt, Claes, *Dit och tillbaka igen: om individ och struktur i straffrätten*, Uppsala, 2010, s. 37 f. [cit. Lernestedt 2010].

23 Lacey 2001, s. 274 och Andersson 2011, s. 431. Se även HovR B 685-12, s. 4 och HovR B 3777-12, s. 8 och SOU 2010:71, s. 224 f.

24 Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Uppsala, 2001, s. 45, 47 och 51 [cit. Jareborg 2001] och Andersson 2004, s. 33, 47 och 172, och Andersson 2011, s. 420 och Niemi-Kiesläinen 2004, s. 177.

25 Se även Domstolsverkets rapport om arbetet för att uppnå delmål i *En strategi för genomförande av funktionshinderspolitiken 2011-2016*, dnr. 1906-2011, 050313, s. 4.

26 Andersson 2006, s. 5.

27 Andersson 2011, s. 420.

28 MacDonald, Gayle, *In Absentia: Women and the Sexual as a Social Construct in Law*, *Feminism, Law, Inclusion: Intersectionality in Action*, Ontario/Toronto, 2005, s. 50 [cit. MacDonald 2005].

den bland annat består av straffrättsliga koordinerings- och legitimitetsproblem. Straffrätten önskar framstå som ett objektivet vedergällningssystem där alla är lika inför lagen, samtidigt som den vill korrelera med det allmänna rättsmedvetandet där uppfattningen av individuellt ansvar påverkas av kontexten i vilken gärningen utförs. Brott är inte endast något som strider mot samhällets lagar, utan är samtidigt ett beteende som uppfattas som negativt och avvikande. Vad som uppfattas som negativt avvikande beror på egenskaper hos individen, politiska och ekonomiska intressen, det kulturella sammanhanget och möjligheter till alternativa regleringsmedel.²⁹ Det sociala sammanhanget och dess inneboende maktstrukturer gör det svårare att isolerat se till den enskilda gärningens klandervärdhet.³⁰ Med andra ord tvingas straffrätten ständigt till problematiska avvägningar mellan kraven på förutsebarhet, objektivitet och en förankring i det allmänna rättsmedvetandet som färgas av sociala sammanhang där individer erkänns olika värden.

Detta går igen i rättsliga praktiker där normaten är den som kan positionera sig i den privilegierade positionen som normativt rättssubjekt.³¹ I enlighet med detta beskriver Pfeiffer normalt beteende som ”en statisk artefakt vilken uppmuntrar människor med makt och resurser att märka människor utan makt och resurser som anormala”.³² Rationalitet och autonomi är ord som har fått sin betydelse av människor med tolkningsföreträde och är således kopplade till privilegierade positioner vilket speglas i rättsliga diskurser.³³ Precis som individens socioekonomiska position påverkar dennes möjligheter att realisera sina rättigheter, inverkar ekonomiska resurser och socialt kapital på individens förmåga att agera rationellt och autonomt.³⁴ Crip-teori visar rättsligt osynliggörande av den cripa individen genom att utgå från normata ideal, samt

29 Ekblom, Thomas, Engström Gunnar, Göransson, Birgitta, *Människan, brottet, följderna: Kriminalitet och kriminalvård i Sverige*, 7 uppl., Stockholm, 2011, s. 15. och Jönsson, Sverker, *Straffansvar och modern brottslighet – en idékritisk studie av straffansvar för juridiska personer*, Uppsala, 2004, s. 21 och 54 f. [cit. Jönsson 2004] och Lacey 2001, s. 250 och 274 ff. Se även Niemi-Kiesliäinen 2004, s. 168. Dessutom har Barbro Lewin i sin rapport om sexuell utsatthet för personer med funktionsnedsättning uppmärksammat att sexuella övergrepp av och mot boende på vårdhem inte sällan avfärdas som mindre allvarliga incidenter och inte genererar någon polisanmälan, se Lewin 2002, s. 95 och s. 101 ff.

30 Jönsson 2004, s. 25.

31 Pahlsson, Robert, *Om värderingars roll i rättstillämpningen*, SvJT 2006, s. 271.

32 Lennard, J., Davis, *Crips Strike Back: The Rise of Disability Studies*, *American Literary History*, vol. 11, no. 3, 1999, s. 504 [cit. Lennard 1999].

33 Denna åsikt delas även av Amita Dhanda vilket framgår i Dhanda, Amita, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the past or lodestar for the future?*, Heinonline, 2007, s. 460 [cit. Dhanda 2007].

34 Brown 2008, s. 6.

rättssubjektets privilegierade position i vilken den kan agera rationellt och autonomt i ordens rättsliga betydelse.

Niemi-Kiesliäinen finner att den sociala kontexten även påverkar den rättsliga uppfattningen om den fria viljan vilken ses som antingen närvarande eller icke-närvarande. Liberala grundantaganden om den fria viljan blir annars svåra att relatera till när subjekt agerar i trångmål.³⁵ Det finns således ett visst utrymme att falla bort från normatens handlingsmönster, trots att normaten i teorin borde agera genomgående utefter förnuft och rationalitet.³⁶

Personer som avviker från rättssubjektets normer har behov av speciell och atypisk behandling som går stick i stäv med idén om formell likabehandling baserad på fri vilja och rationalitet.³⁷ Rättssystemets svårigheter att hantera detta innebär att en formell likabehandling utfaller negativt för dem som avviker från normen.³⁸ Eventuell straffrihet får den konsekvensen att offrens erfarenheter inte erkänns som kränkningar vilka förtjänar straffrättslig återupprättelse. Detta reproducerar i sin tur den sociostrukturella hierarkin som genomgående placerar personer med kognitiv cripitet i botten. I ljuset av detta

35 Niemi-Kiesliäinen 2004, s. 183.

36 Denna ambivalenta gränsdragning visar bland annat på normatens flexibla identitet för att kunna upprätthålla dikotomin kring funktionsnedsatt och funktionsfullkomlig, se Berg och Grönvik 2007, s. 5 och Löfgren-Mårtensson 2012, s. 56 och Frithiof, Elisabet, *Mening, makt och utbildning*, Göteborg, 2007, s. 14.

37 Nussbaum, Martha C., *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, 2007, s. 101 f.

38 Idén om det rationella rättssubjektet influerar även rättens förväntningar på utsagor och förhör. I sexualbrottsmål är de inblandades trovärdighet många gånger avgörande för bedömningen, se bland annat SOU 2010:71, s. 224 f. och mål B 2004-11, Hovrätten för Västra Sverige, dom 2011-11-16 s. 5 och mål RH 2008:84, Svea hovrätt, 2008-10-22, s. 4 och mål B 9089-11 s. 3, Svea hovrätt, dom 2012-04-12 och mål B 5886-08, Svea hovrätt dom 2008-10-29, s. 62. Oräkneliga anledningar kan påverka upplevelsen av en persons trovärdighet, se mål RH 2008:84, s. 4, och RH 2006:53, Hovrätten för Nedre Norrland, 2006-06-30, s. 1, se även mål nr B 7243-10, Svea hovrätt, augusti 2010, s. 7 där den tilltalade på grund av sin utvecklingsstörning inte kan ge en egen version av det inträffade. Se även POMS – Handikappspsykologernas riksförbund, 2012, <http://www.poms.nu/us/us3.htm> (kontrollerad 2013-11-06). Detta har exempelvis påvisats när det gäller den normativa och även bristfälliga rättsliga hanteringen av barn och personer med förstånds-nedsättning (Cederborg, Ann-Christin, Lamb, E., Michael, *How does the legal system respond when children with learning difficulties are victimized?*, *Child Abuse & Neglect* 30, 2006, s. 544 f. och Dhanda 2007, s. 433). I mål B 2917-10 ansåg exempelvis Hovrätten över Skåne och Blekinge att målsägandens förstånds-nedsättning skadade utredningens robusthet, även om hon bedömdes ha svarat tillsynes adekvat på frågorna som ställts, se mål B 2917-10, Hovrätten över Skåne och Blekinge, 2011-02-18, s. 25 ff. Det kan tolkas som om förstånds-nedsättningen i sig försvagade målsägandens trovärdighet.

följer frågan om hur det rationella och autonoma rättssubjektet förstås i den särpräglade sexualbrottsrätten.

3. CRIPTEORETISKA INSIKTER

I rätten finner vi abstrakta individer i form av exempelvis medborgare och arbetstagare, medan den faktiska individen finns någon annanstans.³⁹ Uppdelningen kommer ifrån den liberala indelningen av människors liv i offentligt och privat.⁴⁰ När straffrätten började reglera det privata området förblev bilden av individen densamme. I det privata rummet, där rätten möter den faktiska individen, menar jag att det finns situationer där människor som antas vara normater svårligen kan agera autonomt och rationellt. I detta kapitel förklarar jag varför det område som är särskilt utsatt för svåra bedömningar om vilka gärningar som faller inom eller utom det kriminaliserade området är 6 kap. brottsbalken: om sexualbrott.⁴¹

Idén om sexualdriften och romantik som något instinktivt behöver inte mystifieras eller överdrivas för att en ska förstå att sexuell längtan och föreställningar om sexuella inlärdade praktiker sätter det moderna subjektens minsta gemensamma nämnare i gungning. Det krävs således en specifik förståelse av den sexuella individen i rättsprocessen för att hantera *cripa* handlingsincitament (romantiska och sexuella script) som inte kan hänföras till straffrättens rationella och autonoma spelregler.

Hur verkligheten förstås är en ontologisk fråga och hur den hanteras är en strategisk sådan. Utgångspunkten för rättsordningen är liberal eftersom den utgår från att vi är naturligt lika.⁴² Det finns dock även strukturell medvetenhet hos rätten, i exempelvis konsumentskyddslagstiftningen (exempelvis konsumentköplagen (1990:932) och straffbestämmelsen grov kvinnofridskränkning (4 kap. 4 a § 2 st. brottsbalken)).

Lernestedt menar att skiljelinjen mellan ett liberalt och ett strukturellt perspektiv på rätten inte går vid ontologin – utan vid de strategier som perspektiven anför.⁴³ Perspektiven har olika uppfattningar huruvida strukturer ska beaktas i rättsutövningen eller inte. Strukturer är dock problematiska att föra ner på

39 Wennström 2005, s. 7 och 10 f.

40 McCluskey skriver om hur den feministiska rörelsen lyckades göra våld i nära relationer till ett samhällsligt problem, se mer i McCluskey 2009, s. 116.

41 Wegerstad, Linnea, *Om erotik, makt och sexualbrottens sexualiteter*, På vei: Kjønn og rett i Norden, Göteborg/Stockholm, 2011, s. 274 [cit. Wegerstad 2011].

42 Jareborg 2001, s. 45, 47 och 51 samt Wennström 2005, s. 11.

43 Lernestedt 2010, s. 253.

individnivå. När övergripande strukturer reduceras till generella företeelser för att appliceras på den enskilde individen blir de inte sällan missvisande, särskilt i en rättslig kontext.⁴⁴ Den strukturella gruppen kan alltså användas som kunskapskälla, men inte som avgörande fakta.⁴⁵

Lernestedt har som sagt funnit att det liberala och strukturella perspektivet skiljer sig åt strategiskt. Jag undrar dock om inte förståelsen av den tredelade ontologi som rätten innefattar – *varat, rättslig argumentation och börat* – även skiljer sig åt mellan det strukturella och liberala perspektivet.⁴⁶ De maktdynamiker som strukturer medför, deras påverkan på individens socioekonomiska position och därmed individens livsförutsättningar, ges inte samma betydelse i en liberal tolkning av en situation, som i tolkning där strukturer erkänns.⁴⁷ Om det är så, innebär det att problemet inte endast ligger i utformandet av rättsregler utan att problemet också finns inneboende hos mänskliga rättstillämpares uppfattning om *varat*, hur något är. Detta skulle innebära att osynliggörandet av rättslig criphet inleds redan i gärningsanalysens initiala fas.

Cripteoretiska interventioner i rätten kan därför antas blottlägga en maktontologi som utan en medveten rättslig argumentation tar med sig ojämlikheten i skapandet av *börat*. Med maktontologi menar jag en uppfattning om *varat* med en inbyggd maktstruktur där tolkningsföreträdare ges den överordnade gruppen. En gärning, liksom de inblandades beteende, sker inte i ett vakuum, utan inom en kontext som rätten måste tillägna sig kunskap om i sökandet efter klandervärdhet.

Arbetet för kvinnors juridiska rättigheter består av två delar: dels ifrågasättandet av kvinnan som den andre, dels hävdandet av kvinnors köns-specifika erfarenheter som verkliga.⁴⁸ Kampen för crips måste på samma sätt utövas på såväl den ontologiska som strategiska fronten, i syfte att nå full potential att hantera människor som avviker från normen *samt* situationer som kännetecknas av icke-rationalitet och icke-autonomi, såsom den romantiska (heterosexuella) sexualbrottskontexten. Artikelns avslutande del bygger på denna tanke och poängen i denna del är att det råder ett rättsligt missförstånd om vad och vem individen i sexualstraffrätten är.

44 Lernestedt benämner detta *transformationsproblem*, se Lernestedt 2010, s. 224 f. Se även Andersson 2006, s. 5.

45 Lernestedt 2010, s. 224 f.

46 Jfr Westerstrand och hennes uppdelning av den juridiska ontologin, Westerstrand 2008, s. 28 f.

47 Vilket också Ulrika Andersson intresserar sig för, se Andersson 2011, s. 424.

48 Minow 1988, s. 49.

3.1 SEXUALITET OCH FUNKTIONSFULLKOMLIGHET I SEXUALSTRAFFRÄTTEN

Juridiken är upprättad efter en föreställning om hur och varför saker och ting normalt sett sker.⁴⁹ Detta är enligt Franke problematiskt i relation till sexuella gärningar. Vi missar inte enbart betydelsen av sexualitet som ett maktinstrument, utan begränsar även vår tolkning av sexuella uttryck till dem som är uttalat sexuella.⁵⁰ Franke förstår sexualitet som ett område befolkat av flera typer av maktrelationer. Även Foucault har identifierat sexualiteten som ett mångsidigt instrument, som bland annat tjänar för maktutövning.⁵¹ Enligt Wegerstad är sexualbrottens sexualitet förknippad med lustfylld erotik med den enskildes sexualdrift i fokus – utan någon reflektion kring maktrelationer.⁵²

Inom den rättsliga sfären antas den enskilde värna om sin sexuella integritet.⁵³ Begär kopplade till lust och njutning kan tyckas generera irrationella beslut, om utgångspunkten är att individen bör skydda sig mot oönskade närmanden. Problematiskt nog är, i en teoretiserad idévärld, själva förutsättningen för och även en del av det vällustiga med romantiska och sexuella relationer, att helt gå upp i relationen och för en stund lämna sitt eget jag för någon annans. Med andra ord att bli sårbar och beroende.⁵⁴

Avsaknaden av rättslig medvetenhet kring sexualitet och funktionsfullkomlighet kan exemplifieras med ett fall rörande människohandel och koppleri. I mål B 2917-10 värderar Hovrätten över Skåne och Blekinge målsägandens förståndsnedläggning utifrån motpartens förväntningar och föreställningar om ett adekvat uppträdande i den kontext de har befunnit sig. Målsäganden korresponderar inte med den konstruerade föreställningen av ett passivt offer, då hon bland annat själv hävdas ha initierat kontakten med de tilltalade.⁵⁵ I målet kan målsäganden antas ha en fri vilja och hennes viljeuttryck tolkas i enlighet med de gärningar som påvisar händelseförloppet; hon söker upp de tilltalade och då hon omhändertars återvänder hon till dem. Hon bedöms enligt en mall byggd utifrån normer av en vit, vuxen, rationell, ekonomiskt oberoende medelklasskvinna. Diskursen kring målsägandens vilja och domstolens ovilja att

49 Lernestedt 2010, s. 133.

50 Wegerstad 2011, s. 289.

51 Wegerstad 2011, s. 289.

52 Wegerstad 2011, s. 278 f.

53 Franke, M., Katherine, *Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law, and Desire*, Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations, Surrey, 2009, s. 30 [cit. Franke 2009] och Gill 2010, s. 202.

54 Björk, Nina, *Lyckliga i alla sina dagar: Om pengars och människors värde*, Stockholm, 2012, s. 162.

55 Mål B 2917-10, Hovrätten över Skåne och Blekinge, 2011-02-18, s. 25 ff.

väga in strukturella aspekter och karaktärsdrag hos offrets förståndsnedläggning kan härledas till den sexuella självbestämmanderättens centrala position inom sexualstraffrätten, vilken analyseras närmare nedan.⁵⁶ Domstolens bristande förmåga att hantera förevarande rättssubjekt är oroande med tanke på att många offer för sexuella övergrepp är just minderåriga, mentalt och/eller fysiskt funktionshindrade, berusade eller i någon form av utsatt situation.⁵⁷

Genom att förstå sexualitet som ett område för mångfacetterad maktutövning möjliggörs också förståelse för att en autonom och rationell reaktion på övergreppet många gånger uteblir, på grund av skam, förnedring, kränkning eller därför att offret inte rubricerade gärningen som ett övergrepp. En traditionell heterosexuell kontext påverkas av patriarkala strukturer där sexuella inlärdade praktiker, traditionellt sett, utmålar mannens roll som aktiv, medan kvinnan förväntas förhålla sig mer passiv. Mot bakgrund av bland annat detta är viljeltyttringar alltför svåra för att objektivt och generellt kunna utläsas i en sexuell kontext där gränsdragningen av det kriminella området är vanskligt.⁵⁸ Det blir också tydligt varför straffrätten har svårigheter att förstå de sexuella kränkningar som målsäganden upplevt. Förhoppningar, idéer och önskningar om sex är alltför brett. Svea hovrätt belyser dock i mål B 9089-11 irrationellt agerande på ett sätt som vittnar om insikt om denna svårighet, nämligen att ”en parts agerande [kan] påverkas av förhållanden som hovrätten saknar möjlighet att överblicka”.⁵⁹

Med hjälp av ett cripteoretiskt perspektiv kan påstått *irrationellt* beteende omtolkas. Detta har exempelvis skett vad gäller ”spela-död-effekten”, som har uppmärksamats hos våldtäktsoffer där kroppen upplevs som förlamad och oförmögen till handling.⁶⁰ Att förhålla sig passiv kan i vissa sammanhang

56 Mål B 2917-10, Hovrätten över Skåne och Blekinge, 2011-02-18, s. 44. Se även Niemi-Kiesliäinen 2004, s. 177.

57 I amerikanska undersökningar från 90-talet kunde visas att personer med mental funktionsnedläggning löpte fyra till tio gånger större risk att utsättas för sexuella kränkningar än funktionsfullkomliga människor. Samma mönster går att urskönja genom att jämföra sexuell utsatthet mellan kvinnor och män, se Gill 2010, s. 203, se även Niemi-Kiesliäinen 2004, s. 177.

58 I regeringens proposition *En skärpt sexuallagstiftning* höll sig samtliga remissinstanser skeptiska till ett införande av ett samtyckesrekvisit för våldtäktsbrottet. Lagstiftaren väljer istället att redogöra för de omständigheter där ett samtycke inte kan anses finnas, se prop. 2012/13:111, s. 18 ff.

59 Mål B 9089-11, Svea hovrätt, 2012-04-12, s. 4.

60 Europadomstolen kritiserade främst tillämpningen av den bulgariska lagstiftningen och poängterade betydelsen av att beakta samtliga omständigheter i fallet, se Case of M.C. v. Bulgaria (application no. 39272/98) där domstolen erkänner det förlamande tillstånd som våldtäktsoffret antas ha befunnit sig i.

även vara en medveten (rationell) strategi för att undvika ytterligare våld.⁶¹ ”Spela-död-effekten” är idag ett erkänt tillstånd och förstås inte längre som bristande motstånd eller motvilja.⁶² Efter den uppmärksammade så kallade Bulgariendomen i Europadomstolen anses medlemsländerna nu ha en skyldighet att kriminalisera och lagföra varje sexuell handling som har skett mot målsägandens vilja, i enlighet med artikel 3 och 8 i Europakonventionen. Detta trots att inte något fysiskt motstånd har förekommit.⁶³ Med anledning av detta utvidgades våldtäktsbestämmelsens tillämpningsområde första juli 2013 (SFS 2013:365).⁶⁴

Cripteori visar att rättssubjektets autonoma och rationella ursprung i kombination med fokus på enskilda gärningar i sexualbrottskontexten försvårar den straffrättsliga tolkningen av omständigheter som faller utanför den rättsliga verklighetsbilden. Gärningar som insinuerar samtycke kan i själva verket vara färgade av komplexa beteendemönster, sprungna ur maktstrukturer. Gråzonen för samtycke är vidsträckt, vilket inte minst uppdagades i och med kampanjen #prataomdet.⁶⁵ Konsekvensen av att en individ anses ha en viss grad av självbestämmande och antas resonera i likhet med normen, men i själva verket agerar utefter andra bedömningsparametrar, blir att ojämlika maktförhållanden mellan mentalt funktionsfullkomlig och icke-funktionsfullkomlig, kär och icke-kär, oerfaren och erfaren osynliggörs. Osynliggörandet maskeras genom rättsprocessens formella likabehandling som redogjorts för ovan.⁶⁶

Rättssystemet måste därför erkänna och bli medvetet om människors icke-rationella, sexuella gärningsincitament och utveckla en lyhördhet för maktstrukturer. Maktutövningsaspekten i sexualitet kräver att gärningarna i brottsutredningen kontextualiseras, såsom i Bulgariendomen, för att skapa insikt om händelseförloppet.⁶⁷ För en effektiv kontextualisering ur ett cripteoretiskt perspektiv krävs att den dömande verksamheten intar en medvetet funktions-

61 Prop. 2012/13:111, s. 26 f.

62 Se Case of M.C. v. Bulgaria (application no. 39272/98).

63 Se prop. 2012/13:111, s. 18 ff.

64 Tillämpningsområdet för våldtäktsbrottet i 6 kap. 1 § 2 st. brottsbalken utvidgades. Utvidgningen innebär att det ska vara straffbart att med en person genomföra ett samlag eller en sexuell handling som enligt första stycket är jämförlig med samlag genom att otillbörligt utnyttja att personen på grund av medvetelslöshet, sömn, *allvarlig rädsla*, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i *en särskilt utsatt situation*, (min kursivering), se prop. 2012/13:111, s. 24.

65 #Prataomdet är en rörelse som startade i sociala medier där människor delade med sig av sina sexuella upplevelser i gråzonen mellan övergrepp och ömsesidigt sexuellt umgänge.

66 Gunnarsson och Svensson 2009, s. 215.

67 Wegerstad 2011, s. 292.

fullkomlig position. Denna medvetandegöring måste inledas med en undersökning av från vilken position och med vilken måttstock rationalitet och autonomi bedöms. Följande avsnitt förklarar varför problemet med bristande hantering av sexualbrottsproblematiken finns i uppfattningen om varat, det vill säga hur något är.

3.2 RÄTTENS FÖRSTÅELSE AV RÄTTSSUBJEKTET I SEXUALSTRAFFRÄTTEN

Ett av sexualbrottslagstiftningens skyddsobjekt är individens sexuella självbestämmanderätt som innebär att individen själv ska ha möjlighet att styra sitt sexuella uttryck.⁶⁸ Andersson har dock funnit att domstolen inte frågar sig huruvida rättsskyddsobjektet i våldtäktsfall haft tillräckligt sexuellt inflytande. I de hovrättsdomar som Andersson analyserade bortser rätten ifrån tecken på bristande medverkan hos offret. Målsäganden konstruerades med en öppen kropp och en tillgänglig/passiv sexualitet, tills dess att målsäganden uttryckte motstånd.⁶⁹

Ett passivt (kvinnligt) offer kan tyckas vara förenligt med den traditionella idén om passiv kvinnlig sexualitet som samspelar med aktiv manlig sexualitet. En annan tolkning kan vara att rätten utgår ifrån att ett rationellt och autonomt subjekt gör motstånd när någon eller något inkräktar på dess intressen. Båda tolkningar ligger i linje med rättens bild av sexuellt självbestämmande.

Sexuellt självbestämmande är centralt för sexualbrottsfrågor. Följande avsnitt undersöker därför rättens förståelse av sexuellt självbestämmande. På grund av feministiska teories maktkritiska beröringspunkter med cripteori används teorier baserade på könsmaktsordningen för att analysera cripa människors utgångspunkter i sexualstraffrätten.

3.2.1 IDÉN OM DET SEXUELLA KONTRAKTET

Tidigare i artikeln konstaterades att straffrätten har svårt att hantera irrationella gärningsincitament. Detta kan förstås genom Laceys teori om att sexualbrottslagstiftningens otillräcklighet ligger i dess bristande förståelse av sexualitet. Tankar som dagens uppfattning om sexualitet grundas på – anknytning, intimitet och relationer – är till stor del frånvarande i den rättsliga analysen. Förödmjukelse och utnyttjande är inget som ryms inom den rättsliga regleringen. Lacey menar att detta beror på bedömningens utgångspunkt i form av ett rationellt rättssubjekt med sexuellt självbestämmande, som redogjorts för ovan. Lacey hävdar att idén om sexuellt självbestämmande som skyddsobjekt bygger

68 Prop. 2012/13:111, s. 19.

69 Andersson 2004, s. 264 f.

på en falsk dikotomi mellan tanke och kropp. Tanken anses vara överordnad och därmed i besittning av kroppen.⁷⁰ Skadan vid sexuella övergrepp utgörs endast av det övertramp som sker av offrets sexuella självbestämmanderätt över sin kropp.⁷¹ Denna utgångspunkt skapar en snäv förståelse av skada vid sexuella övergrepp. Ovan refererades till mål B 2917-10 från Hovrätten över Skåne och Blekinge, om sexuellt utnyttjande i form av människohandel alternativt koppleri. Där är följaktligen ingen skada skedd. Målsäganden utövade endast sin, om än självdestruktiva,⁷² självbestämmanderätt över sin kropp.

Laceys teori kan utvecklas med hjälp av Niemi-Kiesliäinens teori om hur den sexuella självbestämmanderätten förverkligas genom ett avtalslut.⁷³ Idén om det moderna (rätts)subjektet är sprunget ur kontraktstanken.⁷⁴ Niemi-Kiesliäinen ser den sexuella självbestämmanderätten som ett antagande om ett kontrakt mellan två oberoende och fria parter. Konsekvensen av att en individ anses ha en viss grad av självbestämmande, men i själva verket saknar fullständigt självbestämmande blir att ojämlika maktförhållanden osynliggörs.⁷⁵ Niemi-Kiesliäinen menar att den liberala diskussionen kring den sexuella självbestämmanderätten och individens rationalitet blir tvivelaktig när det kommer till exempelvis övergrepp mot underåriga och prostitution. Där kan "kontraktsparterna" knappast anses ha lika möjlighet att få gehör för sin vilja.⁷⁶

Niemi-Kiesliäinens teori om det sexuella kontraktet kan även den exemplifieras genom hovrättens resonemang i mål B 2917-10 rörande människohandel och koppleri. Där uppfattar målsäganden en av de tilltalade både som sin pojkvän och hallick. Jag menar att en utifrån teorin om det sexuella kontraktet, kan se de gärningar som är föremål för bedömning i fallet som komma ur detta avtal. Målsäganden har med andra ord, i egenskap av rationell individ, endast slutit en ofördelaktig överenskommelse mot bakgrund av en missvisande förtjänstkalkyl. Det finns inget utrymme att beakta svek, objektifiering och utnyttjande inom ramen för det rättsliga regelverket. Således anses hon inte

70 Lacey, Nicola, *Unspeakable Subjects, Impossible Rights: Sexuality, Integrity and Criminal Law*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, vol. XI, nr 1, 2008, s. 54 och 57 [cit. Lacey 2008].

71 Niemi-Kiesliäinen 2004, s. 182.

72 Behandlingspersonal vittnar om att "målsäganden har ett destruktivt och gränslöst beteende och saknar helt omsorg om sig själv", mål B 2917-10, Hovrätten över Skåne och Blekinge, 2011-02-18, s. 43.

73 Prop. 2012/13:111, s. 19.

74 Se bland annat Rawls kontraktsteori om social rättvisa i Nussbaum 2006, s. 10 f., 57 och 81.

75 Gunnarsson och Svensson 2009, s. 215.

76 Niemi-Kiesliäinen 2004, s. 169.

utgöra ett offer för andras utnyttjanden och därigenom avskrivs ansvarssubjekten skuld och ansvar.⁷⁷

Inom sexualstraffrätten har det dock instiftats bestämmelser mot bakgrund av ojämlika samhällsstrukturer, såsom kvinnofridsbestämmelsen i 4 kap. 4 a § 2 st. brottsbalken. Rättsliga strategier för att skydda särskilt utsatta grupper kan emellertid utgöra ett tveeggat svärd. I följande avsnitt kommer jag att ta upp hur protektionistiska ambitioner kan försvåra för en strukturellt underordnad grupp att göra bruk av sin agens, sina handlingsmöjligheter.

3.2.2 FASTLÅST MELLAN NORMAT OCH OFFER

Specificerade skyddsregler riskerar att cementera ojämlika förhållanden samtidigt som neutrala rättigheter osynliggör specifika grupperns särskilda behov. Denna rättsliga paradox uppmärksammas av Brown som refererar till kampen mot ett rättssubjekt kodat som manlig normat.⁷⁸ Rättsliga queerteoretiker har dessutom påpekat att även rättigheter kan riskera att reglera snarare än befria underordnade grupper.⁷⁹ Rättigheter främjar produktionen av en underordnad grupp samtidigt som de skyddar dess medlemmar.⁸⁰ För att omfattas av en skyddsbestämmelse eller en rättighet avsedd för en specifik grupp måste du tillhöra gruppen.⁸¹

Rice har identifierat den maktlösa positionen som människor ”förtjänta” av hjälp anses ha. Att ”göra” crip i det fallet är att ”göra” maktlöshet och därmed skilja sig från normativa idéer om aktörskap och självständighet.⁸² Att lära sig script av hjälplöshet kan få långtgående negativa konsekvenser för den enskilda personen vars agens och beslutstagande undermineras.⁸³ Exempelvis visar Burman på hur brottet grov kvinnofridskränkning har konstruerat ett kvinnligt

77 Andersson 2006, s. 14.

78 Brown 2008, s. 5.

79 I queerteori har feministers önskan om att blanda in staten i problem rörande den privata sfären som lyfts upp till samhällseliga frågor ifrågasatts. Genom att uppmärksamma sårbarhet är flera queerteoretiker rädda för att auktoriteter framstår som omsorgsfulla, se McCluskey 2009, s. 117 ff.

80 McCluskey 2009, s. 120.

81 Vidare kan viljan att skydda ge upphov till paternalistiska tendenser. En paternalistisk syn på till exempel cripa människor av människor som definierar sig och anpassar sig till normaten i en hierarkisk kontext objektifierar crip. De kan framstå som välförtjänta av normatens medlidande. Medlidande bygger på tanken att brottet är sprunget ur personen själv, exempelvis funktionsnedsättningen. Det kan cementera uppfattningen om att problemet ligger hos personen, se Gill 2010, s. 210 och Brown 2008, s. 6.

82 Rice 2012, s. 122.

83 Dhanda 2007, s. 436 och Gill 2010, s. 203.

idealoffer som framställs som passivt och försvarslöst vilket cementerar stereotypa bilder av våldsutsatta kvinnor och våldsbenägna män.⁸⁴ Idén om ett offer med särskilda karaktärsdrag påtalas även av Ekis Ekman som skriver att det i dagens offerdiskurs är omöjligt att både vara offer och aktivt subjekt.⁸⁵

Sharpe identifierar instabiliteten hos flytande sociala kategorier som anledningen till att rätten inte vill, vågar eller kan hantera dessa särskilt utsatta grupper, även om det är tydligt att de diskrimineras.⁸⁶ Ett strategiskt användande av strukturer i rättsutövningen kan nämligen ifrågasättas utifrån rättssäkerhetsprinciper. Det kan därför anses finnas en poäng med att presentera halvsanningar för att genom förenklade antaganden uppnå ett mer hanterbart rättssystem.⁸⁷

Stereotypen av ett kvinnligt offer samt avsaknaden av problematisering kring könsmaktsstrukturer inom ramarna för det heterosexuella spelet, får i förlängningen konsekvenser för rättsskyddssubjektets möjligheter att åtnjuta rättsligt skydd. Ett idealt kvinnligt offer associeras med särskilda karaktärsdrag vilket försvårar för kvinnor att aktivt värja sig mot de uttryck av strukturella förhållanden som försätter dem i underläge. Kvinnor är således fastlåsta mellan den fria autonoma viljan som bortser från strukturella förhållanden och synen på det ideala offret som försvarslöst och inaktivt. Samma resonemang kan appliceras på crips.⁸⁸

Brown förklarar rättens begränsning som maktresurs med att den opererar inom ramen för en normativ och diskursiv kontext. Rättsregler kan därför omöjligen *tillämpas fritt*.⁸⁹ Rättssystemet är en del av en institutionalisering

84 Burman, Monica, *The Ability of Criminal Law to Produce Gender Equality: Judicial Discourses in the Swedish Criminal Legal System, Violence against Women*, vol. 2 (16), 2010, s. 174 och 180 ff.

85 Ekis Ekman, *Kajsa, Varat och varan: prostitution, surrogatmödraskap och den delade människan*, Stockholm, 2010, s. 34.

86 Sharpe har med fokus på den transsexuella kroppen visat hur rätten producerar utanförskap genom sin oförmåga att hantera kroppar som står utanför könsdikotomin. Hen bevittnar en rättslig ängslan vid ansatser att luckra upp föreställningen om två kön genom en transsexuell inkorporering i det juridiska ramverket. Mot denna bakgrund presenterar Sharpe en transsexuell rättsvetenskap, se Selberg, Niklas och Wegerstad, Linnea, *Law's Outsiders: An interview with Alex Sharpe*, *Retfaerd* årgång 35, nr 3/138, 2012, s. 87 ff. [cit. Selberg och Wegerstad 2012].

87 Lernerstedt 2010, s. 253 och Minow 1988, s. 50.

88 Se bland annat RH 2006:53 där åklagaren gjorde gällande att målsägande på grund av sin mentala funktionsnedsättning alltid befann sig i ett hjälplöst tillstånd i sexuella sammanhang. Hovrätten menade att det inte kunde vara fallet då även personer med mental funktionsnedsättning har sexualitet och sexuell lust. I målet ansåg rätten inte att målsäganden hade förhållit sig passiv och ogillade följaktligen åtalet, RH 2006:53, Hovrätten för Nedre Norrland, 2006-06-30, s. 4.

89 Brown 2008, s. 6.

av sanningar som producerar och reproducerar maktordningen.⁹⁰ Förtryck måste förstås utifrån de kollektiva sanningar som människor förhåller sig till.⁹¹ Att utmana förtrycket är att ifrågasätta dessa sanningar. Därmed kan det vara problematiskt att angripa icke-normaters särskilda svårigheter att värna om sin sexuella integritet, liksom icke-normaters reaktion på övergrepp, genom en specifik skyddslagstiftning. Detta kan istället cementera ojämlika förhållanden och misslyckas med att ta itu med gråzonen mellan ömsesidigt sex och övergrepp.

Ett maktkritiskt perspektiv på sexualbrott måste värna om människors rätt att skyddas från sexuella kränkningar, samtidigt som det måste tillåta möjligheter för njutning och utforskande av den kvinnliga/crifa sexualiteten. När offer är förknippat med passivitet blir det svårt att tolka agerande för att nå sexuell njutning.⁹² Rätten, utifrån påvisbara fakta, ser ett subjekt som antingen vill eller inte vill, inte någon som hade hoppats på något annat.

3.3 ALLMÄNMÄNSKLIG CRIPHET I RELATION TILL RÄTTSSUBJEKTET I SEXUALBROTTSKONTEXTEN

Normatens position framträder vid en granskning av diskurser och processer som genererar en andrafring av den som fysiskt, kulturellt och socialt inte lyckas passera som normat i det enskilda fallet.⁹³ Dagens fria samhälle tycks kräva en generell anpassning till en idealperson. Huruvida denna idealperson utgör en majoritet av befolkningen är dock inte relevant att diskutera om en utgår ifrån att alla människor är lika värda och vill agera därefter. Istället bör undersökas hur dessa diskurser fungerar och vad de producerar.⁹⁴

Rättsliga diskurser återspeglar inte enbart samhällets uppfattning av exempelvis genus, kön, sexualitet och funktionsfullkomlighet, utan deltar även i reproduktionen av dessa.⁹⁵ Inom rätten kritiserar feministiska tänkare sexualbrottens lustfyllda sexualitet för att osynliggöra könsstruktur och därmed den underordnade position som kvinnan tilldelas i ett patriarkalt samhälle.⁹⁶ Ett cripteoretiskt perspektiv belyser rättens oförmåga att utifrån ett rationellt och autonomt subjekt begripa crifa beteenden och gärningsincitament, ex-

90 Andersson 2006, s. 4 och Andersson 2004, s. 32 och Wennström 2005, s. 8.

91 Tollin, Katharina och Törnqvist, Maria, *Feministisk teori i rörliga bilder*, Malmö, 2005, s. 129 f.

92 Franke 2009, s. 29 f.

93 Garland Thomson, Rosemarie, *Extraordinary bodies: Figuring physical disability in American culture and literature*, New York, 1997, s. 8 f. och Brown 2008, s. 6 och Lernestedt 2010, s. 133.

94 Vaahtera 2012, s. 81.

95 Niemi-Kiesliäinen 2004, s. 169 och Andersson 2004, s. 37.

96 Wegerstad 2011, s. 278.

empelvis sexuella sådana. Detta gör att samtliga sexuella och sociala individer som påverkas av maktstrukturer försätts i en *crip position* i förhållande till den straffrättsliga normaten. Det handlar således lika mycket om förståelser av funktionsfullkomlighet som om förväntningar på heteronormativitet.⁹⁷

Cripteori är avslöjande för den straffrättsliga strukturen, liksom för idén om rationalitet och autonomi i sig.⁹⁸ Utifrån ett cripteoretiskt perspektiv går det inte att förstå rationalitet och autonomi som objektiva grundförutsättningar. Den sexuella, relationella och emotionella människan trotsar det ohållbara antagandet om den allmänmänskligt rationella och autonoma individen.⁹⁹ Sexualbrottsnormaten speglar inte den sociala människan som därmed blir *crip* i förhållande till denna. Tesen om allmänmänsklig *crip*het kan förklara varför allmänheten många gånger inte anser att domar i sexualmål lyckas förstå händelseförloppet och stundtals missa klandervärdeheten hos gärningarna.¹⁰⁰

Ett cripteoretiskt angreppssätt kan således problematisera det autonoma, rationella rättssubjektet och visa på den faktiska människans frånvaro i sexualstraffrätten. Grundtanken om vad en människa är inom sexualbrottskontexten måste omformuleras för att den faktiska människan ska kunna inkluderas i ett straffrättsystem där den privata sfären är föremål för offentligt ingripande. Detta skulle inte bara skapa en mer nyanserad bild kring rationellt agerande, utan även vidga förståelsen och vidden av kriminaliserade sexualbrottsliga gärningar. Till detta behövs *cripa* problemformuleringar i juridiska termer i relation till normaten för att problematisera och rucka på den strukturella hierarkin som systematiskt förpassar den *cripa* till den *andre* – i samhället i allmänhet och även i rätten.

4. CRIPTEORETISKA UTSIKTER

Rättsligt fyller däremot normaten en viktig funktion. Ett rättssystem behöver normen för att kunna skilja mellan lagenliga och lagstridiga gärningar. Som Träskman poängterar, är det nödvändigt att skilja mellan ett moralssystem och

97 Tanken är baserad på Deborah Stones analys av välgörenhetsdiskurser och funktionsnedsättning, i Rice 2012, s. 138.

98 Selberg och Wegerstad 2012, s. 87.

99 Denna tanke är inspirerad av Vaahteras teori om att den icke-simkunniga och den överviktiga individen problematiserar den enhetliga gruppen funktionsfullkomliga i den finska kontexten, se Vaahtera 2012, s. 79.

100 Mitt resonemang kan möjligtvis misstolkas som moralistiskt på grund av dess fokus på närhet och intimitet, vilket kan läsas som romantiskt sex. Jag tror dock inte att dessa två nödvändigtvis är ihopkopplade. Min poäng är att visa vad en missar när det självklara inte ifrågasätts. Detta behöver inte yttra sig i moraliska principer, men kanske resulterar i möjligheter till ett mer holistiskt angreppssätt på rättsliga strukturproblem.

ett rättssystem.¹⁰¹ Nedan behandlas därför cripteorins faktiska möjligheter att påverka rättsprocessen.

Föreställningen om normativitet är central för att förstå rättsprocessen.¹⁰² En fullvärdig problemformulering av straffrättens normat kräver ett erkännande av det rättsliga systemets behov av ”rättesnören” och transparenta bedömningskriterier för att kunna avgöra dolus och culpa.¹⁰³ Här närmar vi oss resonemangets verkliga spänningsfält, där rättsliga grundkonstruktioner i form av legitimitet och objektivitet kolliderar med behov av att erkänna sociala maktstrukturer och individuella förutsättningar som försvårar för förenklade antaganden om allas lika värde och fria vilja.

4.1 DEN OUMBÄRLIGA NORMATEN

Rättsligt måste det finnas en möjlighet att enhetligt och effektivt söka efter klandervärdheten hos förövaren liksom trovärdigheten hos offret. Graden av skuld eller oaktsamhet och trovärdighet antas uppenbara sig genom en jämförelse mot en abstrakt jämförelseperson.¹⁰⁴ Det krävs sakliga skäl för att undantagas den normatenliga jämförelsen.¹⁰⁵ Det antas att sann klandervärdhet uppenbaras när den konstruerade måttstocken för klandervärdhet läggs nära den tilltalade. I sexualbrottsfall gäller detta även för offret.¹⁰⁶ Måttstocken har dock en begränsad flexibilitet för att just bestå som måttstock. Detta kan påverka den som avviker från måttstocken negativt.¹⁰⁷

För att förhindra att icke-normater indirekt missgynnas kan argumenteras för att måttstocken, i större utsträckning, ska anpassas till den enskilde individen. Detta skulle medföra konsekvenser för den formella likabehandlingen inom rättsprocessen. Diskussionen måste därför föras med hänsyn till straffrättens övergripande rättssäkerhetsprinciper. Institutionellt uppbackad beteendestyrning och

101 Träskman, Per-Ole, *Sexuella och andra (farliga) förbindelser samt försök därtill. Legalitetsprincipen och köp av sexuell tjänst*, Festskrift till Suzanne Wennberg, Stockholm, 2009, s. 408.

102 Rice använder sig av normativitetsförståelsen när han söker förstå vilka kroppar och liv som underkastats styrning, intervention och rehabilitering, Rice 2012, s. 138.

103 Jönsson 2004, s. 21 och 54 f.

104 Lernestedt 2010, s. 154 och 210.

105 Wennström 2005, s. 312 och 24 kap. brottsbalken: om allmänna grunder för ansvarsfrihet.

106 Inom sexualstraffrätten är ofta knäckfrågan om händelseförloppet var sex eller en kränkning av någons sexuella och kroppsliga integritet. Parternas upplevelse av händelseförloppet är sällan central. Istället ses omständigheterna som indikatorer på vad för typ av sexuella gärningar som förekommit, se MacDonald 2005, s. 52.

107 Lernestedt 2010, s. 112.

ansvarstillskrivning i brottsbalkens sexuella avdelning måste vara kompatibel med regler i rättens allmänna del.¹⁰⁸

Som tidigare konstaterats är det svårt för den individcenterade straffrätten att beakta strukturella aspekter i den rättsliga bedömningen av en gärning.¹⁰⁹ Vidare kan argumenteras för att om straffrättssubjektet antas utgöra en idealiserad normat i en privilegierad position kommer rättsliga argumentationer utifrån exempelvis ett cript perspektiv sannolikt rättfärdiga och ursäktade icke-normat beteende.¹¹⁰ En parallell frågeställning är vilka strukturella inflytanden som ska anses vara straffrättsligt relevanta. Lernestedt frågar sig hur dessa ska utses som straffrättsligt giltiga (normativ prövning) och hur de processrättsligt ska bevisas (faktisk prövning).¹¹¹ Lernestedt befarar att detta skulle ogiltigförklara hela rättssystemet.¹¹²

Lernestedts resonemang är färgat av den moderna rättens paradigmer, som värdesätter formell likabehandling och förutsebarhet för att skydda rättssubjekt mot maktövertgrepp och mot andra angripare. Objektiviteten inom den dömande verksamheten är så fundamental att det är svårt att se alternativ.¹¹³ Precis som Lernestedt uppmärksammar medför detta att andra värden och perspektiv får stryka på foten, såsom hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet och materiell likabehandling.¹¹⁴

Rätten verkar i en samhällelig kontext som befinner sig i ständig förändring. Hittills har berättelsen om det autonoma och rationella rättssubjektet i den moderna rätten accepterats i brist på annat. I en senmodern rätt kan det dock finnas utrymme att formulera nya visioner för rättssubjektet.

4.2 NORMATEN I DEN SENMODERNA RÄTTEN

Rätten kommer alltid att befinna sig ett steg efter samhällets utveckling och omtolkning av värderingar och individer.¹¹⁵ Wennström ser idag framväxten av en senmodern rätt som tvingas anpassa sig till en uppluckrad värld av

108 Lernestedt 2010, s. 108.

109 Andersson 2011, s. 424.

110 Wegerstad 2011, s. 288 och Lennard 1999, s. 504 och Dhanda 2007, s. 460 samt Lernestedt 2010, s. 179.

111 Lernestedt 2010, s. 109 och 215.

112 Lernestedt 2010, s. 182.

113 Minow 1988, s. 47.

114 Wennström 2005, s. 310.

115 Wennström 2005, s. 307.

konkurrerande auktoriteter. I en senmodern värld existerar inte den rationalitet som formell likabehandling bygger på.¹¹⁶

Wennström har studerat hur rättens bild av människan har gått från en del av ett kollektiv till en individ i takt med att samhället har gått från ståndssamhälle till klassamhälle.¹¹⁷ I det senmoderna rättssamhället, med fokus på den enskildes aktörskap, skyddas den enskildes integritet inte längre genom skydd mot maktövergrepp.¹¹⁸ Wennström argumenterar för att integritetsskydd istället uppnås genom en förstärkning av individens integritet med ett utvidgat skydd för värdighet och självkänsla.¹¹⁹

Utifrån Wennströms tankar om en rättslig omläsning av människor och integritet behöver inte rättssystemet förkastas för att strukturella perspektiv ska integreras. En utgångspunkt baserad på individens verklighet, vardag och möjligheter att skydda och försvara sin integritet inbjuder till att kontextualisera individen. Kontextualiseringen kompletterar gärningsanalysen med ett kritiskt maktperspektiv. Inom straffrätten öppnas det därmed upp för ett rättssubjekt som är icke-vit, icke-hetero, icke-medelklass, icke-man liksom crip. Hovrättens bedömning i RH 2008:84 är ett föredöme i detta avseende eftersom övriga omständigheter *tillsammans med* målsägandens psykiska funktionsnedsättning anses utgöra ett hjälplöst tillstånd.¹²⁰ Därigenom kan cripa människor i förhållande till det normata rättssubjektet erhålla en position som rättighetsbärare och moraliskt inkluderade, så även i sexualstraffrätten.¹²¹

Detta möjliggör även för ett intersektionellt angreppssätt och subjektskapande genom hänsynstagande till flera omständigheter och identitetskategorier.¹²² Den underordnade positionen skapas därmed inte automatiskt av att individen är kvinna, crip eller svart. Det hindrar att subjektets trovärdighet betvivlas på grund av funktionsnedsättningen i sig.

116 Wennström 2005, s. 19.

117 Wennström 2005, s. 7 ff. och 15.

118 Wennström 2005, s. 310 f.

119 Wennström 2005, s. 311. Se även preambeln till FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, paragraf h, där diskriminerande praktiker kränker individens *dignity and worth*.

120 RH 2008:84, Svea hovrätt, 2008-10-22, s. 4 f. liksom tingsrättens och hovrättens bedömning i mål B 685-12, Göta hovrätt, 2012-06-11.

121 Tanken är inspirerad av Natarajan, Mangai och Cioubanu, Monica, *Women and International Criminal Justice*, in *International Crime and Justice*, New York, 2011, s. 54.

122 Brown 2008, s. 16.

En mer individanpassad rättsprocess kan dock antas öppna upp för en alltför relativistisk rätt.¹²³ Straffrätten legitimeras genom neutralitet och formell likabehandling baserad på vetenskapsklingande objektivitet. Objektivitet kan tyckas kräva värdeneutralitet. Motsatsen skulle vara värdeladdad relativism.¹²⁴

Harding avvisar ovanstående resonemang. Med vetskapen om att kunskap är socialt betingat följer att antaganden och idéer ständigt måste ifrågasättas och undersökas utifrån deras historiska, sociala och kulturella arv. Detta är inte en relativistisk inställning, utan skapar endast förutsättningar för en mer verklighetsförankrad objektivitet.¹²⁵ En objektivitet grundad på medvetenhet, kunskap och transparent analys skapar förutsättningar för en rättslig argumentation som kan problematisera utan att bli relativistisk. En medveten rättslig argumentation kan skapas genom en kontextualisering av individen och en positiv definition av autonomi.

4.3 ETT SEXUELLT RÄTTSSUBJEKT GENOM KONTEXTUALISERING OCH POSITIVT DEFINIERAD AUTONOMI

De rättssubjekt som figurerar i sexualbrottssammanhang delar den rationalitet och autonomi som tillskrivs aktörer inom andra rättsområden. Att laborera med den fria viljan inom ramarna för det sexuella kontraktet är problematiskt. Avtalsförhandlingar för det sexuella kontraktet tar plats i en sexualiserad kontext. Flera teoretiker menar att det heteronormativa sexuella spelet är ”erotiserat av manlig överordning och kvinnlig underordning och att det så kommer att förbli så länge könsmaktsstrukturer består”.¹²⁶

För att denna förståelse och probleminsikt ska nå den rättsutövande verksamheten måste maktordningen synliggöras genom en holistisk syn på kön, makt och sexualitet i förklaringsmodeller av sexuella övergrepp.¹²⁷ Att beröringspunkter för juridik och intimitet automatiskt innebär en byteshandel mellan liberala (frihets-) och samhällseliga (kontroll-) intressen är ett liberalt antagande.¹²⁸ Detta är nödvändigtvis inte fallet.

¹²³ Wennström 2005, s. 20.

¹²⁴ Harding, Sandra, *Science? Whose? Knowledge?: Thinking from Women's Lives*, Buckingham, 1991, s. 139 [cit. Harding 1991].

¹²⁵ Harding 1991, s. 156 och 163.

¹²⁶ Som MacKinnon har poängterat är sexualiteten grundläggande för maktrelationen mellan könen och att det inom ramen för, till synes, oproblematiskt heterosex förekommer manligt maktuttryck, se Gunnarsson och Svensson, 2009, s. 2012 och Jarl, Bengt och Stolt, Eleonora, *Mellan normalitet och avvikelse - Forskning om sexualförövare och framväxten av praktisk behandling*, 7 perspektiv på våldtäkt, 2010, s. 88 [cit. Jarl och Stolt 2010].

¹²⁷ Jarl och Stolt 2010, s. 92.

¹²⁸ McCluskey 2009, s. 117.

Tidigare i artikeln presenterades Niemi-Kiesliäinens iakttagelser om en fri vilja som antingen uppfattades som närvarande eller icke närvarande.¹²⁹ På grund av denna vacklande kapacitet anser Lacey att rättstillämparen bör definiera rättssubjektets förmåga till autonomi positivt.¹³⁰ Hon vill omformulera begreppet autonomi för att skapa ett rättssubjekt där kroppen och tanken inte hålls åtskilda och därmed öppna upp för en mer verklighetsförankrad syn på våldtäkt. Lacey efterlyser därför ett positivt definierat autonomibegrepp med fokus på individens kapacitet och möjlighet att förverkliga sina livsval.¹³¹

I en crip kontext kan ett positivt formulerat autonomitetsbegrepp påtala individens begränsade möjligheter att agera i enlighet med strukturer och script satta efter en ouppnåelig normat. Att utgå från ett positivt autonomikoncept minskar risken för att oproblematiserat slå fast att vi alla är lika inför lagen. Ett positivt autonomibegrepp ger även insikter om att förväntningar på individens agerande inte alltid sammanfaller med dennes faktiska och föreställda möjligheter att ha inflytande över sig själv och sin omgivning.

Att positivt definiera individens autonomi kräver ett kontextualiserat rättssubjekt. Andersson argumenterar för ett kontextualiserat rättssubjekt i syfte att belysa de strukturella och diskursiva maktstrukturer som subjektet är utsatt för.¹³² Jag instämmer med Anderssons tro på att ett kontextualiserat subjekt ”förbättrar den enskilde individens möjligheter att kräva rättsligt skydd”¹³³, vilket, som hon påpekar, minskar den straffrättsliga konflikten mellan konflikt och struktur. Ett kontextualiserat rättssubjekt möjliggör för ett offer med utrymme för agens, detta motverkar samtidigt att förövarens ansvar och skuld reduceras.¹³⁴

I en kontextualiserad rättsanalys kan människors beteende läsas i en bredare kontext med plats för reaktioner och situationsanalyser som färgas av ”irrationella” omständigheter som inte tidigare har rymts inom rättens världsbild. Att ta av den rationella glorian från rättssubjektet och att aktivt ifrågasätta det rationella idealet som allmängiltigt skulle bidra till en mer heltäckande och verklighetsförankrad rättsprocess. Detta skulle ske i korrelation med en

129 Niemi-Kiesliäinen 2004, s. 183.

130 Dhanda 2009, s. 459.

131 Lacey 2008, s. 64.

132 Andersson 2011, s. 425.

133 Det förhindrar även att hamna i den fällan som Sharpe poängterar, nämligen att det alltid finns en grupp som inte passar in i nya, inkluderande, grupper, se Selberg och Wegerstad 2012, s. 88.

134 Andersson 2011, s. 431 och Andersson 2006, s. 14.

uppluckring av dikotomin funktionsfullkomlig-funktionsnedsatt – helt i linje med cripteoretiska ambitioner.¹³⁵

Istället för att förstå likhet med jämlikhet och olikhet med underlägsenhet, bör situationer som påbjuder särbehandling ses som tillfällen att begrunda den rutinmässiga hanteringen av ett fall, utan att olikheterna värderas.¹³⁶ Precis som Rice påpekar, är det idén om normaten och det normala som sätter käppar i hjulet för crips.¹³⁷ Utan idén om normaten tvingas rättsutövare att kontextualisera den enskilda individen i det enskilda fallet och därmed komma ett steg närmare i jakten på den sanna klandervärdheten, i enlighet med Hardings teori om en stark objektivitet som redogjordes för ovan.¹³⁸

Med våldtäktsbestämmelsens nya lydelse som trädde i kraft i juli 2013 kommer vi förhoppningsvis ett steg på vägen mot ett kontextualiserat rättssubjekt. Inom bedömningen för våldtäkt uppmanar lagstiftaren rätten att utreda om offret har befunnit sig i en särskilt utsatt situation genom att väga in samtliga omständigheter.¹³⁹ Rätten undviker därmed att stigmatisera enskilda omständigheter och cementera deras strukturella underordning.¹⁴⁰ Klass, genus, kön, etnicitet, ålder och andra strukturella positioneringsmekanismer kan ha lika stort inflytande som criphet.¹⁴¹ Detta skulle förebygga andrafiering och paternalistiskt medlidande samtidigt som agensen hos subjekten erkänns. Att inte definiera sexuellt övergrepp från bristande samtycke (bevisat genom våld) till utnyttjande av ojämlika maktförhållanden (bevisat genom en kontextualiserad gärning) skapar större förståelse för kränkningen. Dessa nya insikter kan motverka risken att icke-normativt beteendet reproduceras som avvikande, oförståeligt och att individen i fråga försummas tillgång till rätten och rättvisa.

5. AVSLUTNINGSVIS

Sammanfattningsvis lyckas cripteori synliggöra paradigmatiska begränsningar och maktuttryck hos rätten. Criteori visar på en indirekt diskriminering och ett osynliggörande av den cripa (irrationella och beroende) individen, liksom

¹³⁵ På samma sätt som Marta Minow har identifierat den vita, heterosexuella, kristna, funktionsfullkomliga, medelklasskvinnan som omöjlig referens för kvinnors position och erfarenheter, se Minow 1988, s. 48.

¹³⁶ Minow 1988, s. 56.

¹³⁷ Rice 2012, s. 123 f.

¹³⁸ Harding 1991, s. 156 och 163.

¹³⁹ Prop. 2012/13:111, s. 24.

¹⁴⁰ Utsattheten för människor med funktionsnedsättning kan inte sällan hänföras till externa förhållanden som att inte kunna välja vårdpersonal eller andra medlemmar på boendet, och alltså inte enbart till funktionsnedsättningen, se Gill 2010, s. 202 f.

¹⁴¹ Gill 2010, s. 203.

ett osynliggörande av cripa handlingsincitament. Samtliga aspekter är grundade i ett privilegierat rättssubjekt.

Den rättsliga exkluderingen av cripa är grundad i en maktontologi om den rationella och autonoma individen och uttrycks genom andrafring. Maktförhållanden för personer som avviker från normatens normer fungerar anorlunda än de maktförhållanden som tidigare har problematiserats rättsligt, såsom maktordningen mellan kön. Rättsliga grundvalar om legitimitet och objektivitet kolliderar med behov av att erkänna och beakta sociala maktstrukturer och individuella begränsningar som försvårar förenklade antaganden om allas lika värde och fria vilja. I och med detta bidrar cripeteorin till att mer direkt påtala inneboende svagheter hos det rättsliga systemet.

Rättens begränsningar blir särskilt tydliga när idén om det abstrakta liberala rättssubjektet används inom sexualbrottens kontext. Förväntningar på ohållbar funktionsfullkomlighet och heteronormativitet i kombination med förståelsen av sexuellt samspel i ett patriarkalt samhälle skapar motsägelsefulla förväntningar, föreställningar och krav på rättsaktörerna. Att skam, tillit, lust och maktspel inte får rättslig relevans får till följd att den emotionella, relationella och sexuella individen blir crip i förhållande till sexualbrottens norm. Rättens förståelse av individen är således dess inneboende begränsning.

För att cripa människors erfarenheter och cripa omständigheter ska få rättslig relevans kan *lika rätt* inför lagen svårligen innebära en formell likabehandling av rättssubjekten. Istället efterfrågar jag en reflexivitet såsom Harding beskriver den. Att förlikas med detta skulle kunna öppna upp för en uppluckring av idealsubjektets normer och därigenom ett mer verklighetsförankrat rättssystem.

En omskrivning av det rationella och autonoma rättssubjektet vore tillräckligt om rättsprocessen varit en formel där en variabel påverkar de följande. Rättsprocessen kan snarare liknas vid en social ritual där händelseförlopp görs begripliga utifrån de sanningar vi har att förhålla oss till. En omskrivning läker därför inte bristen hos ett rättssystem utan reflektion över ett rättssubjekt vars normer stundtals är inkompatibla med händelseförloppets sociala kontext och därmed motarbetar sökandet efter klandervärdhet.

För att rättsligt inkludera cripa människor, erfarenheter och omständigheter krävs ett medvetandeskapande hos den dömande verksamheten genom självgranskning och handlingsplaner. I denna artikel har refererats till rättsfall som visar på möjligheter att rättsligt contextualisera rättssubjektet och se till reella möjligheter till självständigt aktörskap. Detta ger utrymme att beakta

och erkänna maktdynamiker och andra emotionella, relationella, sexuella och sociostrukturella handlingsparametrar inom ramen för en straffrättslig gärningsanalys. Denna medvetenhet måste dock säkras i hela rättssystemet.

En kontextualiserad individ med en positivt definierad autonomi tillerkänns agens utan att positionen som offer ifrågasätts. Det minskar risken för att rättssäkerheten hotas genom jämförelser med avlägsna ideal. Med en senmodern rättsinställning kan fokus läggas på de omständigheter som förhindrar individen att uttrycka sin agens.

Juridiken är en maktresurs med förmåga att skapa sociala diskurser med räckvidd utanför rättssalen. Criteoretiska problemformuleringar inom rätten kan därför få konsekvenser på andra samhälleliga områden där diskriminerade maktstrukturer sätter agendan. Rätten är därmed en utmärkt tillika nödvändig arena för ”cripa” omformuleringar, i ett försök att angripa den bristande tillgången till rättssäkerhet och rättvisa för icke-normater.

Artikeln visar på behovet att problematisera det autonoma och rationella rättssubjektet vidare. Criteori blottlägger rättens inneboende förtryck och problematik och kan presentera konstruktiva strategier att bemöta dessa – i sökandet efter substantiell likabehandling inför lagen liksom utanför rättssalen. Jag tror mig därför ha visat att criteori har en given plats inom rättsvetenskapen. Se därför inte artikelns avslut som en punkt, utan som ett semikolon. ☺☺