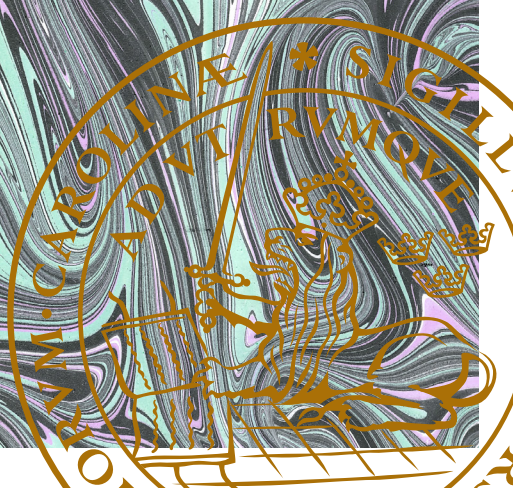
Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar

Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande

LINNEA WEGERSTAD
JURIDISKA FAKULTETEN | LUNDS UNIVERSITET 2015



Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

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

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f44c7

Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar

Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande

Linnea Wegerstad

LUNDS
UNIVERSITET

Omslag: Handmarmorerat papper av Åsa Bergqvist, Bokbinderi Bok & Box

Copyright Linnea Wegerstad

Juridiska fakulteten, Lunds universitet
ISBN 978-91-7623-247-7 (print)
ISBN 978-91-7623-248-4 (pdf)

Tryckt i Sverige av Media-Tryck, Lunds universitet
Lund 2015

Innehållsförteckning

1 Inledning – om att skapa ett avhandlingsämne 9

1.1 Inledning 9
Syfte och frågeställningar i korthet 12
Inledning till avhandlingens analysstrategi 13

1.2 Utgångspunkter kring kön, sexualitet och sexualbrott 15
Är sexuella övergrepp något annat än våld och i så fall vad? 15
Samband mellan kränkningar, våld och ojämlikhet 20
Forskning om sexualbrott i det straffrättsliga systemet 23

1.3 Avgränsningar av avhandlingsämnet 26
Sexualbrotten mot person 26
Sexualhandlingen och gränsdragande rekvisit 30
Skäl för att studera sexuellt ofredande och ofredande 32
Avgränsningen till andra brott 34

1.4 Ingång till avhandlingens analysstrategi 37
Sexuellt ofredande enligt första stycket 38
Sexuellt ofredande enligt andra stycket 39
Ofredande 41
Skäl för att studera hur sexualbrotten skapas 43

2 Det straffrättsliga systemet – utgångspunkter för att analysera skyddsvärdhet och straffvärdhet 45

2.1 Samhällets rätt 45
Utgångspunkt i distinktionen 46
Mitt förhållningssätt i korthet 47

2.2 Det rättsliga systemet 49
Rätten som diskurs, rättsordningen och rättsliga praktiker 49
Det rättsliga systemet och dess miljö 53

2.3 Skyddsvärdhet och straffvärdhet som en struktur i det straffrättsliga systemet 55
Tautologin som utgångspunkt 56

Kontingens och struktur 57
2.4 Olika typer av straffrättsliga praktiker 60
Det straffrättsliga systemet 60
Den dömande praktiken i systemets centrum 62
2.5 Skyddsvärdhet och straffvärdhet i relation till straffrättsliga begrepp 64
Skyddsintresse och klander 65
Brottsbegreppet och andra kartor över det straffrättsliga systemet 67
Subjekt i konstruktioner av skyddsvärdhet och straffvärdhet 70
2.6 Material och analysstrategi i avhandlingens olika kapitel 72
Bakgrund till kapitel 3–5 – lagens egen narrativa diskurs 73
Frågor och material i kapitel 3–5 75
Bakgrund till kapitel 6–7 77
Frågor och material i kapitel 6–7 78
3 Sedlighetsbrotten – från 1864 års strafflag till 1965 års brottsbalk 81
3.1 Våldtäkt och sedlighetsbrotten i 1864 års strafflag 82
Våldtäkt och sedlighetsbrott 82
Översikt av reformer 85
3.2 En komplex konstruktion – sedlighet och skyddsvärda subjekt i 1864 års strafflag 87
Sedernas helgd och den individuella sedlighetskänslan 87
Våldtäkt – ett tvetydigt skyddsintresse 89
Skyddsvärda subjekt – om otukt med avkomling och andra i utsatta positioner 92
Den skyddsvärda kvinnan och den straffvärda blottaren – om sårande av tukt och sedlighet 95
Summering 99
3.3 Straffvärda handlingar – om otukt och sedlighetssårande handlingar i 1864 års strafflag 100
Otukt som osedligt i sig 100
Straffvärd otukt – könsdriftens tillfredsställande och betydelsen av sädesavgång 101
Straffvärd otukt – kropp och avsikt 105
Tukt- och sedlighetssårande handling 108
Otukt eller sedlighetssårande handling? Högsta domstolens avgöranden 109
Summering 113

3.4 Sammanfattande tolkning av 1864 års strafflag och vägen mot 1965 års brottsbalk 113
Sedligheten skyddas genom frånvaron av könsdrift 115
Sexualdriften som orsak 116
3.5 Brottsbalksreformen 1953–1965 118
Skyddsintresset som styrande princip 119
Ut med moralen, in med vetenskapen 120
Otukt ersätts med samlag och könsligt umgänge 122
Sedlighet ersätts med sexualitet 124
3.6 Otuktigt beteende och ofredande i brottsbalksreformen 126
Otuktigt beteende 126
Sårande av tukt och sedlighet och förslaget om inbjudan till otukt 132
Ofredande 134
3.7 Sammanfattande tolkning av brottsbalksreformen 137

4 Sexualbrotten efter brottsbalken – om reformer 1976–2005 141

4.1 Sedlighetsbrott blir sexualbrott – 1984 års reform 142
Frigör sexualiteten – sexualbrottsutredningens betänkande SOU 1976:9 142
SOU 1976:9 – sexualbrottsutredningens förslag avseende otuktigt beteende 146
Övergrepp i fokus – sexualbrottskommitténs betänkande SOU 1982:61 150
SOU 1982:61 – sexualbrottskommitténs förslag avseende otuktigt beteende 154
Proposition 1983/84:105 – sedlighetsbrott blir sexualbrott 156
Summering 160
4.2 Det sexualiserade våldet – 1998 års reform 162
Kvinnovåldskommissionens utgångspunkter 163
Reformförslag avseende sexuellt umgänge och sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet 164
Ofredande och sexuellt ofredande i nya kriminalpolitiska problem 166
Summering 169
4.3 Kränkning eller sexualdrift? 2005 års reform 170
Straffvärda kränkningar – sexualbrottskommitténs betänkande SOU 2001:14 170

SOU 2001:14 – sexualbrottskommitténs förslag avseende sexuellt ofredande 174
Proposition 2004/05:45 – universell, individuell och sexuell integritet. 177
Proposition 2004/05:45 – sexuellt ofredande 180

4.4 Sammanfattande tolkning av lagstiftande praktiker i perioden 1976–2005 184
Motstridigheter 184
Olika kriminalpolitiska problemformuleringar 186
Skyddsvärda intressen och straffvärda handlingar 186
Dominerande och alternativa konstruktioner 189

5 Lagstiftande praktiker i samtiden – 2013 års reform 191

5.1 2013 års reform – utvärdering av sexualbrotten 191

5.2 Gränsdragningsproblem i 2013 års reform 194
Sexuell handling och betydelsen av gärningspersonens avsikt 194
Sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet 196
Sexuellt ofredande och betydelsen av gärningspersonens avsikt 198
Sexuellt ofredande mot sovande och medvetslösa personer samt smygfilmning 200
Krav på sexuellt intresse 200
Förmå barn att bevittna en sexuell handling 202
Gränsdragningsproblemet i rättsvetenskapliga praktiker 202

5.3 Sammanfattande tolkning av lagstiftande praktiker i samtiden 205
Motstridigheter i fråga om skyddsvärda intressen och straffvärda handlingar 205
Integritetskränkningar som kriminalpolitiskt problem 207
Betydelsen av den dömande praktiken 209

6 Skyddsvärda intressen och straffvärda kränkningar i vägledande avgöranden 211

6.1 Spörsmål i Högsta domstolens avgöranden 211
Olaga tvång eller våldtäkt 212
Sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet eller sexuell handling 213
Sexuellt umgänge eller sexuellt ofredande 214
Sexuellt ofredande? 215
Ofredande? 217
Summering 221

6.2 Skyddsvärd integritet och straffvärda handlingar i Högsta domstolens avgöranden 222
Skyddsvärd kroppslig integritet 222
Straffvärdhet och betydelsen av sexuellt begär 224
Skyddsvärd integritet oavsett det straffvärda subjektets avsikt 226
Sexuellt ofredande – betydelsen av sexuellt begär 227
Sexuellt ofredande – villkorad integritet och frågan om samtycke 230
Summering 231
6.3 Sexuellt ofredande och ofredande – spörsmål i publicerade hovrättsavgöranden 232
Exempel på sexuellt ofredande 233
Frågan om gränsdragningen mellan sexuellt ofredande och ofredande 233
Frågan om vad som är ett hänsynslöst beteende 237
Fråga om förföljelse, trakasserier och målsägandens vilja 239
Frågan om/när en person kan ta anstöt 241
6.4 Sexuellt ofredande och ofredande – sammanfattande tolkning av vägledande avgöranden 242
Krav för straffvärt sexuellt ofredande 243
Krav för straffvärt ofredande 246
Typer av straffvärda handlingar 248
Det som känns igen som straffvärt 249
7 **Skyddsvärda intressen och straffvärda kränkningar i den dömande praktiken 253**
7.1 Typer av straffvärda handlingar och spörsmål i den dömande praktiken 253
Sexuellt ofredande genom kroppsliga angrepp mot vuxna 255
Sexuellt ofredande av barn 257
Sexuellt ofredande genom blottning 258
Sexuellt ofredande genom andra handlingar 258
Om min tolkning av avgörandena 259
7.2 Skyddsvärd integritet 260
Kroppslig integritet 260
Annan skyddsvärd integritet än kroppslig 263
Barns sexuella integritet 265
7.3 Villkorandet av skyddsvärd integritet 269
Frågan om målsägandens vilja och förmåga och den tilltalades insikter om detta 269
Frågan om gärningen riktas mot annan 272

Frågan om att ta anstöt 273
Skapandet av skyddsvärd integritet 274
7.4 Frågan om handlingens sexuella inriktning 276
Skämt som invändning 276
Professionella skäl för beröring 278
Blottade bröst som sexuellt ofredande 281
Yttranden i samband med kroppsligt angrepp 283
Legitim attraktion som invändning 284
Sexuell avsikt vid beröring av barn 285
Den komplexa gränsdragningen mellan olämpligt och straffvärt 287
Möjliga invändningar 289
Alternativa konstruktioner av straffvärdhet 291
7.5 Ofredande i den dömande praktiken – en jämförelse 292
Ofredande genom kroppsliga angrepp 292
Upprepade handlingar som hänsynslöst beteende 294
Enstaka handlingar som hänsynslöst beteende 296
Sammanfattande tolkning 299
7.6 Sammanfattande tolkning av hur sexuellt ofredande skapas i det straffrättsliga systemet 300
8 Avslutande ord – summering och reflektioner 305
8.1 Summering 305
8.2 Reflektioner 310
Sexualbrotten och den erotiska sexualiteten 310
Förändring i det straffrättsliga systemet 312
Efterord 315
Summary 317
Referenser 323
Litteratur 323
Offentligt tryck 332
Publicerade domstolsavgöranden 335
Opublicerade domstolsavgöranden 337
Övriga referenser 339

1 Inledning – om att skapa ett avhandlingsämne

Den här avhandlingen behandlar sexualbrotten i svensk lagstiftning med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande. Detta inledande kapitel ägnas åt att beskriva avhandlingens syfte och frågeställningar samt avhandlingens analysstrategi i korthet.

1.1 Inledning

På Dagens Nyheters hemsida finns en blogg som heter ”Hyfs och stil” i vilken etikettexpert Magdalena Ribbing svarar på frågor. En fråga till bloggen rubricerades ”Sexskämt?”:

> **Fråga:** Jag behöver råd om hur man hanterar en släkting med förkärlek för sexskämt och sexuella anspelningar. Dessa mycket otrevliga skämt och anspelningar har hållit på sedan jag och mina systrar var i tonåren. När vi klagade hos de andra vuxna i familjen har de sagt att han inte menar något med det han säger.
>
> Släktingen är ingift släkt så pass nära att vi ses flera gånger per år. Han började med att klappa oss systrar i baken då han fick tillfälle och en gång försökte han till och med kyssa mig. När det gick så långt tog de vuxna det verkligen på allvar och talade honom tillrätta, och efter det lugnade han ner sig.
>
> Men efter ett tag kunde han ändå liksom inte låta bli att fortsätta med de obehagliga sexskämten, små insinueringar om att sova ihop eller så. Alltid som ett skämt, burdust liksom, men alltså absolut inte roligt. Speciellt inte med tanke på hans övertramp från tidigare år.
>
> Senast idag fick jag ett skämt som var en slags ordvits med sexuella anspelning. Det är alltid som att ingen annan verkar höra, och jag blir lika chockad varje gång och följaktligen helt mållös.
>
> Idag är jag äldre och kan hantera det på ett annat sätt, men icke desto mindre är det fortfarande så förnedrande och tragiskt att behöva höra dessa äckliga kommentarer!
>
> Några tips om hur man kan hantera dessa situationer?

Svar: Många unga män och kvinnor råkar ut för äldre generationers plumpa sexanstrukna så kallade skämt. Även om det inte är illa menat är det ytterst obehagligt. Det är en katastrofal missuppfattning om de tror att de i kraft av just sin ålder har rätt att göra sexuella anspelningar till yngre personer som de förmodligen finner fysiskt tilltalande.

Ingen ska ofrivilligt behöva utsättas för sådant som du beskriver. Jag anser att du ska säga ifrån bestämt och direkt.

Tyvärr förefaller dina övriga vuxna med något undantag vara så utomordentligt fega att de inte vågar säga till när de hör dessa dumheter, eller förklarar att mannen inte menar något med det han säger. Dessa vuxna som har sett, hört och fått sig berättat av tonåringar men inte har ingripit beter sig uselt – vad skulle de ursäktat sig med om denne man i sin brist på självkontroll hade förgripit sig på er systrar? Att han inte menade något med det?

Nu är du ju vuxen nog att protestera själv. När ett obehagligt ”skämt” kommer, visa tydligt och genast att du inte vill höra sådant. Egentligen skulle du inte behöva vara artig, men vill du behålla en (i ditt fall verkar den vara ganska sviktande) familjefrid kan du säga ungefär ”den där sortens så kallade skämt uppfattar jag som obehagliga så kan du sluta med dem, tack”.

Eller ”det är inte okej, det du säger, och jag vill inte höra sådant”.

Inte särskilt vänligt men det är inte heller rimligt att du ska stå ut med det slags gubbighet som tar sig dessa förnedrande pinsamma uttryck. Även äldre män måste kunna behärska sig i sällskap.[1]

Frågeställaren undrar över hur hon kan hantera dessa situationer men tycks också söka bekräftelse för att det hon har blivit utsatt för inte är okej. Ribbing ger bekräftelse – detta är inte ett acceptabelt beteende – och ger frågeställaren tips på hur hon skulle kunna hantera situationen. Frågeställaren skulle också kunna vända sig till det straffrättsliga systemet. Möjligen kan den äldre släktingen bestraffas för brottet *ofredande* i 4 kap. 7 § brottsbalken (BrB), eller brottet *sexuellt ofredande* i 6 kap. 10 § BrB.

I såväl frågeställarens beskrivning som i Ribbings svar framkommer omständigheter som kan vara – men inte nödvändigtvis är – relevanta för frågan om detta beteende utgör ett brottsligt ofredande eller sexuellt ofredande.

Problemet formuleras som ”sexskämt”. Om den äldre släktingen menade att skämta – kan ett skämt bestraffas? ”Även om det inte är illa menat är det ytterst obehagligt”, svarar Ribbing. Frågeställaren säger att sexskämten absolut inte är roliga, hon blir chockad, det är förnedrande, kommentarerna är äckliga. Har det någon betydelse hur hon upplever släktingens handlingar? Utifrån vems perspektiv ska handlingarna bedömas?

[1] www.dn.se/blogg/etikettfragan/2013/03/04/sexskamt.

Det framgår av frågan att de vuxna har sagt att släktingen inte menar något med det han säger, vilket kan antyda att han inte kan klandras. Är det nödvändigt att personen har till syfte att kränka någon annan för att kunna straffas? En annan aspekt är om den som inte kan kontrollera sina handlingar kan klandras. Ribbing nämner i sitt svar ”brist på självkontroll” men anför att även ”äldre män måste kunna behärska sig”.

Är vissa handlingar värre än andra? Frågeställaren uppger att de vuxna tog det på allvar då han *till och med* försökte kyssa henne. Ribbing tar ett värre exempel: tänk om han hade ”förgripit sig på er systrar”. Det implicerar att handlingar kan graderas. Frågan är dock på vilka grunder denna gradering ska göras. Är det skillnad mellan kroppsliga överträdelser och andra handlingar? Kanske är det så att sexskämten blir klandervärda i en kontext av andra – kroppsliga – kränkningar.

Ålder ges betydelse både i frågan (”Idag är jag äldre och kan hantera det på ett annat sätt”) och i svaret (”nu är du ju vuxen nog att protestera själv”). Ålder på den som utsätts och den som utsätter ges på olika sätt betydelse för huruvida gärningen är klandervärd. De vuxna borde ha ingripit, säger Ribbing, vilket kan jämföras med att staten bör ingripa med straff när det är fråga om handlingar mot barn. Men gäller detta även när vuxna drabbas?

En relaterad fråga är om den utsattas vilja ska tillmätas betydelse. ”Ingen ska ofrivilligt behöva utsättas” för detta, svarar Ribbing. I det straffrättsliga systemet aktualiseras frågan om och på vilka grunder frivillighet eller ofrivillighet kan fastslås och vilken betydelse det ska ha för straffansvar.

Ribbing sätter in sexskämten i en kontext av att det är unga män och kvinnor som råkar ut för äldre generationers sexanstrukna skämt. De tror att de ”i kraft av sin ålder har rätt att göra sexuella anspelningar till yngre personer som de förmodligen finner fysiskt tilltalande”. Det är ett sätt att begripliggöra det problem som frågeställaren formulerar. Ribbings problembeskrivning innefattar inte att kön skulle ha en specifik betydelse, även om det generaliseras kring kön i svaret, som i ”gubbighet” och att ”äldre män måste kunna behärska sig”.

Bör problemet formuleras som ett uttryck för könsojämlikhet eller som att enstaka individer inte kan ”behärska sig”? Har det betydelse för straffbarhet vilken förklaring som ges till att människor handlar på det här sättet? Om det ofta är äldre personer som beter sig så här mot yngre personer – ska då åldersskillnad och kön beaktas vid utdömandet av klander? Består brottet i uttryck för en okontrollerad sexualdrift, för begär till yngre personer som är ”fysiskt tilltalande”? Frågorna tar sikte på grunderna för kriminalisering och vilket individuellt och samhälleligt intresse som antas skadas genom gärningen.

Det är inte vilka skämt som helst som bekymrar frågeställaren, utan sexskämt och sexuella anspelningar. I såväl frågan som i svaret är det underförstått vad sexskämt och sexuella anspelningar är. Den här avhandlingen ägnas åt att utforska hur skillnad görs i det straffrättsliga systemet mellan sexualbrott och andra typer av våld och kränkningar.

Syfte och frågeställningar i korthet

Sexuellt ofredande är ett sexualbrott. Det finns i sjätte kapitlet brottsbalken bland brottsrubriceringar såsom våldtäkt, sexuellt tvång, våldtäkt mot barn, köp av sexuell tjänst och koppleri. De senaste åren har sexualbrott varit ett högaktuellt ämne i samhällsdebatten. Debatten har främst rört frågan om vad som krävs för att en person ska ha gjort sig skyldig till våldtäkt och huruvida tvång, våld och hot ska ersättas med frånvaro av samtycke. Därtill har det rådande beviskravet och bevisvärderingen ifrågasatts.

Framträdande i samtiden är å ena sidan konsensus om att sexualbrott är avskyvärda handlingar, och att sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt är självklara skyddsvärda intressen som motiverar straffrättsligt ingripande.[2] Å andra sidan framförs kritik mot sexualbrottslagstiftningen och rättsväsendets oförmåga att hantera sexuella kränkningar.

Genom den här avhandlingen söker jag förstå varför just sexualbrotten framställs som så problematiska i vår samtid. Det gör jag genom att fråga: Varför finns det en specifik brottskategori som benämns sexualbrotten och på vilket sätt urskiljs denna brottskategori från andra brott mot person? Det korta svaret på den frågan är att sexualbrottsregleringen har till uppgift att skydda specifika intressen: sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt. Genom avhandlingen söker jag förstå vad dessa intressen innebär.

Avhandlingens *första syfte* är att beskriva hur sexualbrotten skapas som en specifik brottskategori. Det gör jag genom att ta utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande. Syftet utforskas på två sätt i avhandlingen. Dels genom att undersöka hur sexualbrotten har skapats i ett historiskt perspektiv, när den moderna strafflagstiftningen tar form. Dels genom att undersöka hur sexualbrotten skapas genom varje avgörande som tar ställning till om en handling utgör ett sexualbrott.

Avhandlingens *andra syfte* är att utveckla en strategi för att beskriva hur sexualbrotten skapas på ett sätt som beaktar att det straffrättsliga systemet både är öppet och slutet i förhållande till sin miljö, och därmed ständigt i rörelse.[3] Det har resulterat i att jag använder jag begreppsparet skyddsvärdhet och straffvärdhet i min analys.

Jag uttolkar hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i det straffrättsliga systemet utifrån hur sexualbrotten formuleras som ett kriminalpolitiskt problem i förarbeten, hur det kriminaliserade området för sexualbrotten formuleras i förarbeten, vägledande avgöranden och rättsvetenskapliga texter, samt hur straffvärda handlingar skapas i enskilda avgöranden. Hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras

---

[2] Ett exempel är riksdagsdebatten angående den senaste lagändringen av sexualbrotten, se Riksdagens protokoll 2012/13:109 §12.

[3] Detta utvecklar jag i kapitel 2.

betraktar jag som strukturerande för vad som är möjligt att kommunicera som sexualbrott i det straffrättsliga systemet. Samtidigt framhåller jag att denna struktur skapas genom varje kommunikation i det straffrättsliga systemet

Dessa syften har jag konkretiserat i två frågeställningar. Den *första frågeställningen* är ställd till sexualbrottsregleringens moderna historia: Hur har skyddsvärdhet och straffvärdhet konstruerats i fråga om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet från 1864 års strafflag fram till idag?

Den *andra frågeställningen* är: Hur konstrueras skyddsvärdhet och straffvärdhet i fråga om sexuellt ofredande i det straffrättsliga systemet idag? Eftersom sexuellt ofredande avgränsas i förhållande till ofredande ställer jag också frågan: Hur konstrueras skyddsvärdhet och straffvärdhet i fråga om ofredande?

Frågorna ställs till lagstiftande och rättsvetenskapliga praktiker från 1864 års strafflag till 2013 års reform av sexualbrottslagstiftningen (kapitel 3–5), till vägledande avgöranden (kapitel 6) samt till ett urval av underrättsavgöranden, den dömande praktiken, rörande sexuellt ofredande och ofredande (kapitel 7).

Inledning till avhandlingens analysstrategi

I artikeln *Putting Sex to Work* ställer Katherine M. Franke två frågor: Vad är det vi ser när vi känner igen någonting som sexuellt? Hur skiljer vi en praktik som på ett självklart sätt uppfattas som sexuell från en praktik som inte uppfattas så?[4] Frågorna tar inte sikte på att fastställa den rätta eller sanna innebörden av sexualitet. I likhet med Franke utgår jag från att sexualitet används i samhället för att beteckna en mångfald av handlingar, beteenden och begär. Min avsikt är att utforska vad som ryms i det som betecknas som sexualbrott i det straffrättsliga systemet.

Det är två olika typer av frågor som Franke ställer. Den första tar sikte på en vilja att veta *hur* begripliggörandet går till. På vilka grunder uppfattas och beskrivs ett beteende, en praktik eller en handling som sexuell? Den andra ifrågasätter att vissa beteenden, praktiker eller handlingar uppfattas och beskrivs på ett visst sätt. Vad är det som utesluts genom benämnandet?

Jag har inspirerats av Franke på så sätt att jag i avhandlingsarbetet inte tar för givet att det som ska studeras har en existens oberoende av det språk som används för att beteckna det studerade. Det betyder att jag utgår från att det som benämns sexualbrott, såväl i det straffrättsliga systemet som i övriga samhället, inte är givet utan en produkt av en viss tid och kontext. Det handlar inte enbart om att vad som är kriminaliserat varierar över tid utan också om vad som i samhälleliga diskurser begripliggörs som övergrepp.

[4] Franke (2002), s. 290.

Avhandlingsarbetets tillvägagångssätt benämner jag, med Niels Åkerstrøm Andersens ord, analysstrategi.[5] Begreppet beskriver hur jag förstår förhållandet mellan tidigare forskning, frågor och tillvägagångssätt samt hur min frågeställning förhåller sig till andra möjliga. Analysstrategi är en återkommande reflektion över valet av teoretiska verktyg för att tolka, valet av material att studera och valet av frågor till materialet. Analysstrategi i denna mening är ett sätt att hantera problemet med att göra en kritisk analys av ett sammanhang av betydelser som forskaren själv är delaktig i.

En liknande beskrivning görs av Mats Alvesson och Kaj Sköldberg, som sätter ontologi och epistemologi, snarare än metodik, i fokus, och benämner detta reflekterande forskning.[6] Reflektion syftar på relationen mellan ”kunskap” – vad vi vet – och ”sätt att göra kunskap på”. Detta förhållningssätt syftar till att ge möjlighet till förståelse snarare än att fastställa sanningar.

I likhet med hur Franke ställer frågan om hur sexuella praktiker urskiljs, ställer jag frågan om hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i fråga om sexualbrotten. Jag ställer inte frågan: Vad är ett sexualbrott? Den frågan implicerar en betoning på ontologi, att verkligheten är beskaffad på ett visst sätt och att forskningsuppgiften är att ta reda på hur den är beskaffad. Detta till skillnad från de nämnda hur-frågorna, som implicerar en betoning på epistemologi: I vilka former och under vilka villkor har ett specifikt system av mening tillkommit?[7]

En sådan betoning på epistemologi innebär i min avhandling att jag inte utgår från att sexuella kränkningar är på ett eller annat sätt. Syftet blir då inte att utröna en mera riktig beskrivning. Genom att undersöka hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i fråga om sexualbrotten eftersträvar jag att synliggöra och därigenom kunna problematisera något som är självklart i samtiden, nämligen sexualbrottens existens som en särskild kategori brott.

Analysstrategi består inte av metodologiska regler utan en beskrivning av den position varifrån forskaren ställer frågorna.[8] Strategin tar itu med hur forskaren konstruerar andras observationer såsom ett föremål för sina egna observationer. Valet av perspektiv konstruerar således både observatören och det som observeras. Genom att tala om analysstrategi betonas att detta är avsiktliga val, att valen får implikationer, samt att valet hade kunnat göras annorlunda. Själva tillblivelsen av det som observeras är beroende av forskaren. Avhandlingsämnet skapas.

Det kan invändas, som Åkerstrøm Andersen framhåller, att detta förhållningssätt framställer forskaren som om denne inte på förhand antar något över huvud taget om

---

[5] Åkerstrøm Andersen (2003).

[6] Alvesson & Sköldberg (2008) framhåller tolkningens fundamentala betydelse, i meningen systematisk reflektion. Förhållningssättet är även en tradition inom feministisk forskning. Det handlar snarare om ”*hur kön förstås och göres* än vad kön *är*” anför Widerberg (1995), s. 19.

[7] Åkerstrøm Andersen (2003), s. XI f.

[8] Ibid., s. XIII.

det studerade objektet.[9] Detta är en omöjlighet; man måste anta någonting för att kunna känna igen och observera objektet. Att redogöra för analysstrategi är således att göra synligt och precisera vilka dessa antaganden är. Då jag i det följande redogör för min analysstrategi innebär det en beskrivning av det objekt (det straffrättsliga systemet) som konstruerar en viss mening (hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i fråga om sexualbrotten).

I avsnitt 1.2 beskriver jag den tidigare forskning och teoribildning som avhandlingens syfte och frågeställningar har vuxit fram genom och som jag gör bruk av i avhandlingen. I avsnitt 1.3 motiverar jag hur avhandlingsämnet har avgränsats. Jag redogör även för varför jag har valt att ta utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande och motiverar varför fridsbrottet ofredande har inkluderats i avhandlingen. Till sist, i avsnitt 1.4, ger jag en inledande förklaring, genom exempel från lagkommentarer, till varför avhandlingens frågeställningar är utformade som frågor om hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras. Angrepssättet fördjupas sedan i kapitel 2.

1.2 Utgångspunkter kring kön, sexualitet och sexualbrott

Jag utgår i avhandlingen från att sexualitet, våld, kön och makt är relaterade till varandra. Jag har dock inte för avsikt att fastställa *en* teori om hur våld, sexualitet och kön förhåller sig till varandra. Det är själva frågorna som har väckts i tidigare forskning som grundar den position varifrån jag beskriver hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras. I det följande sammanfattar jag dessa frågor med syftet att klargöra varifrån jag skapat avhandlingsämnet och introducera teorier som jag använder i avhandlingen för att beskriva och synliggöra hur sexualbrotten urskiljs från andra brott.

Är **sexuella övergrepp något annat än våld och i så fall vad?**

Jag har redan nämnt Frankes spörsmål som inspirerat avhandlingen: Vad är det vi ser när vi känner igen någonting som sexuellt? Hur skiljer vi en praktik som på ett självklart sätt uppfattas som sexuell från en praktik som inte uppfattas så?[10] Franke utgår från spänningen i det faktum att vi intuitivt klassificerar vissa beteenden såsom sexuella samtidigt som det är svårt att ge en uppsättning kriterier för hur denna klassificering görs. Det är, enligt Franke och det håller jag med om, varken önskvärt

[9] Ibid., s. XIII.
[10] Franke (2002), s. 290.

eller möjligt att definiera sexualitet. Istället kommer jag att undersöka hur sexualitet görs.

Frankes frågeställning leder i en viss riktning, nämligen till ett ifrågasättande av benämningar som essentialiserar vissa kroppsliga handlingar som erotiska, romantiska – sexuella – till sin natur.[11] Genom Frankes resonemang synliggör jag i avhandlingen hur sexualbrotten blir till som en brottskategori i relation till det som jag benämner den *erotiska sexualiteten*. Därtill synliggör jag hur handlingar som involverar vissa kroppsdelar (könsorgan, anus, bröst) på ett underförstått sätt benämns sexualbrott.

Varför är det viktigt att synliggöra detta? Utifrån Michel Foucault argumenterar Franke för att sexualitet bör förstås som ett ”ställe där maktrelationerna trängs”[12], ofta maktrelationer baserade på kön, ras eller sexuell läggning. Foucault skriver: ”I maktrelationerna spelar sexualiteten inte en passiv roll; den är ett verktyg som kan brukas på en mängd olika sätt: den är användbar för ett stort antal manövrer och kan tjäna som stödpunkt, som utgångspunkt för de mest varierande strategier.”[13] Om sexualitet enbart förstås som en erotisk drift, utan denna maktanalys, riskerar vi enligt Franke att osynliggöra de olika sätt varpå sexualitet används i och genom maktrelationer.[14]

De spörsmål som Franke väcker är inte nya. I den feministiska debatten och teoribildningen har det sedan 1970-talet funnits invändningar mot att sexuella övergrepp förstås som uttryck för en okontrollerbar, manlig sexualdrift. Här kan nämnas Susan Brownmillers bok *Våldtäkt*, i vilken författaren argumenterar för att våldtäkt inte begås av irrationell, impulsiv, okontrollerbar lust, utan är ”en avsiktlig våldshandling i syfte att förnedra och tillägna sig, skrämma och injaga fruktan, begången av en som vill visa att han är den som segrar”.[15] Att våldtäkt handlar om maktutövande, inte sexualitet, och argumentet att det är ”vanliga” män som våldtar, inte perversa förbrytare, blev en grundläggande ståndpunkt för delar av kvinnorörelsen i Sverige.[16]

Problemet sexuella övergrepp beskrivs på olika sätt.[17] Jarl och Stolt beskriver en skiljelinje mellan å ena sidan forskning som fokuserar på individen, ofta dömda sexualförbrytare och som beskriver på vilka sätt dessa individer avviker från ”normalpopulationen” och å andra sidan forskning som fokuserar på strukturella och sociokulturella förklaringar, såsom normer kring maskulinitet och sexualitet.[18]

---

[11] Ibid., s. 298.
[12] Ibid., s. 291. Översättningen av ”as an especially dense transfer point for relations of power” är hämtad ur Foucault (2002) s. 112.
[13] Foucault (2002), s. 112.
[14] Franke (2002), s. 294.
[15] Brownmiller (1977), s. 332.
[16] För en översikt, se Bergenheim (2010) och Nilsson (2009). Se även Boëthius (1981).
[17] Jarl & Stolt (2010), se även Wendt (2010).
[18] Jarl & Stolt (2010), s. 85.

Franke framhåller betydelsen av samhälleliga maktrelationer, men syftet är att ifrågasätta själva benämnandet snarare än att utreda vilken förklaringsmodell till sexualiserat våld som är mest giltig. Den ansatsen kan placeras i en anglosaxisk fåra av feministisk teoribildning och diskussion kring sexualbrott, bestående av diskursiva analyser av kön, sexualitet och makt.[19]

En del av denna diskussion tar spjärn mot Foucaults uttalande om att det i princip inte är någon skillnad mellan att slå ett knytnävsslag i någons ansikte och att köra in sin penis i någons kön.[20] Problemet med att göra en sådan åtskillnad är enligt Foucault att sexualiteten därmed tillskrivs en särställning och att de sexualiserade kroppsdelarna skyddas och omges av lagstiftning som inte gäller för andra delar av kroppen.[21]

Foucaults påstående uppfordrar till ett svar på frågan: Om våldtäkt är något annat än våld, vad är då detta andra?[22] Vikki Bell anför att svaret på vad det specifika med den sexuella kränkningen är, beror på vad som läggs in i sex, kön, våld respektive makt. [23] Bell anser vidare att frågan om ”våld eller sex” är fruktlös, dels för att debatten präglas av mycket olika uppfattningar om vad ”sex” är, dels för att det inte bara handlar om två begrepp – våld eller sex – utan om tre centrala termer: sex, våld och makt, som ges olika innebörd.

Foucaults uttalande måste ses mot bakgrund av trilogin *Sexualitetens historia*, i vilken sexualitet beskrivs som ett sätt varpå kroppen skrivs in i makt- och vetandemönster.[24] Eftersom sådana diskursiva makt- och vetandemönster producerar (vår förståelse av) kroppen, måste vi ifrågasätta det sätt på vilket det talas om sex, alltså ifrågasätta de diskurser som gör vissa kroppsdelar sexuella. Foucaults påstående kan därför tolkas som ett motstånd mot rådande sexualitetsmönster.

I Foucaults påstående, genom Bells tolkning, framstår det som inte är sexualitet som oproblematiskt – ett knytnävsslag i ansiktet är det enkla exemplet på våld i förhållande till den problematiska sexualiteten. I motsats till detta står feministiska teorier som problematiserar mäns våld mot kvinnor som sexualiserat våld.[25]

---

[19] Exempelvis Naffine (1994); Lacey (1998a); Smart (1995); Cahill (2000); Cahill (2001); Halley (2006); Butler (2011).

[20] ”One can always produce the theoretical discourse that amounts to saying: in any case, sexuality can in no circumstances be the object of punishment. And when one punishes rape one should be punishing physical violence and nothing but that. And to say that it is nothing more than an act of aggression: that there is no difference, in principle, between sticking one’s fist into someone’s face or one’s penis into their sex . . . But to start with, I’m not at all sure that women would agree with this...” Kritzman (1988), s. 200.

[21] Ibid., s. 201-202.

[22] För litteratur där frågan diskuteras, se Jackson (1978); Plaza (1981); Bell (1991); Cahill (2000); Henderson (2007); Smart (1989), kapitel 2.

[23] Bell (1991), s. 85.

[24] Foucault (2002).

[25] MacKinnon (1982); MacKinnon (1983); Kelly (1988).

I Catherine MacKinnons teoribildning suddas gränserna mellan våld, sex och makt ut. Detta perspektiv innebär att våld och kränkningar mot kvinnor är sexualiserade i den västerländska kulturen. Det är inte någon större skillnad mellan ett knytnävsslag mot ansiktet och ett övergrepp med penis, inte för att båda är våldsamma utan för att båda är sexualiserade och könade.[26] Enligt MacKinnon handlar våldtäkt om sex och makt, eftersom de två är relaterade i det sätt varpå manlig sexualitet konstrueras. Kort sagt: ”sexuality is the set of practices that inscribes gender as unequal in social life.”[27]

Skapandet av avhandlingsämnet har inspirerats av feministisk teoribildning som pekar ut sexualiserat våld som en del av hur könsojämlikhet reproduceras. Det innebär att det inte är en artskillnad mellan å ena sidan våldtäkt, grovt våld och mord, och å andra sidan exempelvis nedlåtande yttranden eller pornografiska bilder på en arbetsplats. Då samtliga dessa betraktas som reproduktion av ojämlikhet, är det istället en gradskillnad. Detta har benämnts som *våldets kontinuum* av Liz Kelly.[28] Det används för att ringa in sexualiserat – framför allt i betydelsen könsrelaterat – våld som en kontinuerlig serie av händelser av fysiska, verbala och sexuella övergrepp av män mot kvinnor.

Brownmiller argumenterar samtida med Foucault för att våldtäkt är en mekanism genom vilken män upprätthåller sin makt över kvinnor.[29] Detta kan, enligt Bell, förstås som att våldtäkt skiljs från sexualitet på ett liknande sätt som i Foucaults förslag.[30] Men syftet hos Foucault och Brownmiller skiljer sig åt. Foucaults resonemang syftar till att ifrågasätta hur gränsdragningar reproducerar rådande makt- och vetandemönster. Brownmillers argumentation tar sikte på att synliggöra våldtäkt som mäns maktutövning mot kvinnor. Den makt som Foucault söker göra motstånd mot genom påståendet att sexualitet aldrig bör vara föremål för kriminalisering är inte samma makt som Brownmiller, eller MacKinnon, synliggör.[31]

Avhandlingsämnet är också skapat utifrån den teoribildning som uppstått i linje med Foucault och som dels ifrågasätter heterosexualitetens ställning som det normala och naturliga, dels hur sexualitet i allmänhet uppfattas som essentialistisk och given av naturen. Gayle Rubin är en företrädare för denna teoribildning och menar att sexualitet i allmänhet, och förtryck av sexuella minoriteter i synnerhet, måste

---

[26] MacKinnon (1983). Jämför Bonthuys (2008).

[27] MacKinnon (2005), s. 275.

[28] Kelly (1988). Se även Lundgren, Heimer, Westerstrand, m.fl. (2001) s. 16-17. Att koppla direkta våldshandlingar till indirekta former av våld, såsom ojämlikhet, exploatering och förtryck gäller inte bara sexualiserat våld, se exempelvis Listerborn (2011).

[29] Brownmiller (1977).

[30] Bell (1991), s. 90.

[31] Ibid., s. 97.

teoretiseras fristående från kön. Även om feminismen kan förklara orättvisor med avseende på kön, så kan den inte förklara förtryck av sexualitet.[32]

Rubin identifierar antaganden om sexualitet som genomsyrar det västerländska samhället. Ett sådant antagande är en essentialistisk syn på sexualiteten, ett annat att sex förutsätts vara dåligt tills man genom acceptabla ursäkter har bevisat att det är bra (genom äktenskap, kärlek, reproduktion). Vidare menar Rubin att det västerländska samhället präglas av ett hierarkiskt system där sexuella handlingar värderas olika. Sexualiteten kan delas in i sådan som är bra, normal, naturlig och välsignad å ena sidan och sådan som är dålig, abnorm, onaturlig och förkastad å den andra.

Något tillspetsat kan resonemangen ovan beskrivas som en spänning mellan teorier som är inriktade mot sexualitet och makt, med syftet att synliggöra och ifrågasätta heteronormativa uttryck i samhället och teorier som är inriktade på kön och våld, med syftet att påvisa sexualitetens betydelse för könsojämlikhet. Jag har dock inte funnit det relevant för avhandlingens syfte att ställa dessa positioner mot varandra.[33]

Något som uppehåller Foucault, Rubin och andra är hur sexualitet kan förstås i ett historiskt perspektiv och vad historieskrivningen gör med nutiden.[34] I avhandlingen studerar jag hur sexualbrotten blir till som en specifik brottskategori och beskriver således sexualbrottens historia i det straffrättsliga systemet. Den kan kopplas till studier av hur sexualiteten blir till genom de tidiga sexologernas kategorisering av identiteter, såsom homosexuella, pedofiler och exhibitionister.[35] Själva ordet sexualitet började användas i vanligt språkbruk först på 1900-talet, enligt Lena Lennerhed.[36] Det är vid samma tidpunkt som det börjar hänvisas till sexualitet i straffrättsliga texter som rör dåvarande sedlighetsbrotten.[37]

Påståenden om att sexualitet skulle vara en modernitetens konstruktion har ifrågasatts. Har biologiska drifter att reproducera sig, begär och erotik, inte funnits tidigare? Jeffrey Weeks beskriver det som att sexualitet inte kan förstås oberoende av kroppen och psyket, men att dessa ges mening i sociala sammanhang.[38] Weeks ifrågasätter, liksom Rubin, antagandet att sex skulle vara en naturkraft, ett biologiskt imperativ mystiskt placerat i genitalierna, och argumenterar att det innehåll som

---

[32] Rubin (1993).

[33] Såsom Romero (2009) påpekar kan feministisk teori och queerteori betraktas som metodologiska beskrivningar, inte skilda teorier.

[34] Allmänt, se Weeks (2000); Weeks (2003); Jagose (1996); Foucault (2002); Bergenheim & Lennerhed (1997); Skeggs (2000).

[35] Se Foucault (2002). Weeks betonar att Mary McIntosh tidigare hade påpekat sambandet mellan medicinska diskurser och den framväxande homosexuella identiteten, Weeks (2000), s. 61.

[36] Lennerhed (2002), s. 13.

[37] Se kapitel 3.

[38] Weeks (2003), kapitel 1-2.

begreppet sexualitet ges är socialt skapat. Liknande debatter om kroppen och biologins betydelse för kön har förts inom feministisk teoribildning.[39]

Komplexiteten i hur kropp och begär både skapar och skapas av samhälleliga institutioner och praktiker kan beskrivas på olika sätt. Exempelvis anför Beverly Skeggs: ”Sexualitet är åtminstone: en form av institutionell organisering (som i fallet heterosexualitet); en reglerande (offentlig/intern) diskurs; en språklig enhet; en representation; en praktik/ett beteende; en identitet; ett begär; ett slags medborgarskap.”[40] Ett annat exempel är Janet Halleys beskrivning: ”I use it [sexuality] to designate a psychic, social, political phenomenon the nature of which is subject to deep political contestation.”[41]

I avhandlingen betraktas det straffrättsliga systemet som kommunikationer. Dessa kommunikationer är del av det samhälle varigenom kön och sexualitet reproduceras och begripliggörandet av kroppar och begär görs. Den närmare frågan om ontologi – vad är kön, vad är sexualitet – lämnas således för att lämna plats åt hur-frågan, det vill säga hur straffvärdhet och skyddsvärdhet konstrueras i det straffrättsliga systemet. Sexuella övergrepp är något mer än en kroppslig handling mot eller med en annan människa. Samtidigt är den kroppsliga handlingen inte fristående från hur denna begripliggörs i rådande samhällsdiskurser.

Avhandlingens analysstrategi är inspirerad av dessa olika ståndpunkter på så sätt att jag frågar *hur* skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras, att jag konstaterar att det görs på olika sätt, och att konstruktionerna skiljer sig åt i fråga om betydelsen av sexualitet, våld, kön och makt. Det innebär att jag exempelvis inte utvärderar straffrätten utifrån dess förmåga att bestraffa en viss typ av handlingar som sexualbrott. På så sätt formulerar jag avhandlingens ämne i linje med Carol Smarts rättspessimistiska inställning. Om feminismen identifierar problem som har med sexualitet och kön att göra, är rätten nog snarare en del av problemet än en del av lösningen, på grund av det sätt som rätten könar och sexualiserar kroppen.[42] Detta sätt att skapa ämnet har också inspirerats av argumentet att mer omfattande sexualbrottsreglering inte nödvändigtvis tjänar emancipatoriska syften.[43]

Samband mellan kränkningar, våld och ojämlikhet

Avhandlingen inleddes med en fråga om sexskämt. Att skämta om sex kan betraktas som ett brott mot etikettsregler och goda seder. Det är olämpligt att skämta på detta sätt eftersom sex är privat, oanständigt eller tabubelagt. Sexskämt kan också benämnas

[39] Se exempelvis Butler (1993); Grosz (1994).
[40] Skeggs (2000), s. 191.
[41] Halley (2006), s. 25.
[42] Smart (1995), s. 52.
[43] Se exempelvis Bell (2002) och Wacquant (2009), kapitel 7.

som sexuella trakasserier. Genom den benämningen sätts sexskämtet i relation till könsojämlikhet. Det är ett synsätt som har samband med våldets kontinuum, som jag beskrev ovan.

Slagen dam, en omfångsundersökning av mäns våld mot kvinnor, hade som syfte att uppmärksamma det så kallat lindriga men ofta förekommande våldet mot kvinnor.[44] Hot, våld och sexuella övergrepp kännetecknas enligt studien av att gränserna är flytande mellan dem och att handlingarna glider in i varandra. Vanligt förekommande uttryck för sexism – såsom ”sexskämten” i det inledande kapitlet – kopplas till fysiska våldshandlingar.[45] I Slagen dam beskrivs våld mot kvinnor, sexuella trakasserier och verbala kränkningar som uttryck för manlig överordning på ett strukturellt plan. Med sexuella trakasserier avses exempelvis oanständiga telefonsamtal, blottning, ovälkomna kommentarer, enträget uppvaktande, obehaglig närhet, sexuell hotfullhet eller förföljelse. Genom detta synsätt begripliggörs handlingar, vilka i andra sammanhang benämns som skämt eller som uttryck för romantisk uppvaktning, som uttryck för en reglerande och förtryckande våldspraktik. I Slagen dam anförs att denna typ av våld inte bara reproducerar mäns överordning, utan också bidrar till att forma mäns och kvinnors syn på vad det innebär att vara man respektive kvinna.[46]

På ett liknande sätt som feministiska teorier formulerade motstånd mot förståelsen av våldtäkt som uttryck för en otämjd sexualdrift, artikuleras härigenom ett motstånd mot bagatellisering av ”sexskämt”, uppvaktning och tafsningar. Motståndet innebär en ny benämning på dessa handlingar: trakasserier.

En fråga som aktualiseras i forskning kring sexuella trakasserier är på vilket sätt det *sexuella* i uttrycket sexuella trakasserier ska förstås. På vilket sätt har det sexuella något att göra med könsdiskriminering?[47] I det straffrättsliga sammanhanget väcks frågan om sexskämt, exempelvis, bör bestraffas och i så fall på vilka grunder.

Ofta formuleras sexuella trakasserier som en fråga om att *göra kön* och som en förlängning av acceptabla genusrelationer. Eva Witkowska hävdar i en studie i skolmiljö att sexuella trakasserier inte enbart är uttryck för sexistiska attityder eller missriktat sexuellt begär, utan om (re)produktion av kön.[48] Sexuella trakasserier ska således förklaras som ett sätt att upprätthålla och bevaka genusgränser, och därtill hörande informella och formella maktstrukturer.

Det finns dock en ambivalens i hur det sexuella momentet i sexuella trakasserier ska förstås. Witkowska anför att handlingens maktkomponent (att förnedra och kontrollera) osynliggörs om handlingen i fråga betraktas som uttryck för sexuell

[44] Lundgren, Heimer, Westerstrand, m.fl. (2001).
[45] Ibid., s. 63.
[46] Ibid., s. 15.
[47] Franke (1997); Schultz (2009); Halley (2002); Cornell (1995).
[48] Witkowska (2005), s. 6.

uppmärksamhet. Men samtidigt innebär den sexuella komponenten en särskild intimitetsaspekt, och skapar en särskild utsatthet.[49]

Ett annat exempel är Kerry H. Robinsons studie av unga mäns uppfattning om sexuella trakasserier. Robinson visar hur sexuella trakasserier är ett sätt att göra kön.[50] Hegemonisk maskulinitet görs genom aggression mot den könade andra (flickor och kvinnor) men också mot dem som gör andra former av maskulinitet än hegemonisk. Sexuella trakasserier är enligt Robinson ett uttryck för makt inom grupper av män och inte bara ett uttryck för mäns makt över kvinnor.

I en annan undersökning rörande elevers sexuella trakasserier riktade mot lärare, anförs det att sexuella trakasserier används mot kvinnliga lärare för att ifrågasätta deras auktoritet.[51] Manliga lärare som utsätts för sexualisering av kvinnliga studenter har andra möjligheter att hantera detta än kvinnliga lärare som utsätts av manliga elever. Studien påvisar hur maktrelationer inte är endimensionella, och att skiftande maktrelationer är involverade i så kallade sexualiseringsprocesser och sexuella trakasserier. Författarna menar att ”sexualisering” – att bli adresserad som en sexuell person – blir problematiskt i en miljö och i en relation som inte får eller bör vara sexualiserad.

En analys av hur sexuella trakasserier relateras till kön görs av Franke i artikeln *What's wrong with sexual harassment?*.[52] Sexuella kränkningar kan bland annat förstås som relaterade till kön eftersom de är sexuella. Den sexuella aspekten av trakasserier har till syfte och verkan att reducera kvinnor till objekt för manlig sexuell tillfredsställelse.[53] Synsättet bygger på premissen att manligt sexuellt beteende är sexistiskt. Ett problem med detta perspektiv, enligt Franke, är att sexuellt begär hamnar i förgrunden, även om det sexuella begäret här betraktas som ett könat och maktrelaterat sådant.

Franke anför att ett problem med detta synsätt är sammanblandningen av sex med sexism: sex blir i sig sexistiskt.[54] Häri ligger också ett heteronormativt antagande som innebär att handlingar mellan personer av olika kön antas ha en sexuell aspekt, medan handlingar mellan personer av samma kön antas vara i avsaknad av sexuellt begär. Detta gör att sexuella kränkningar mellan personer av samma kön inte förstås som en sexuell kränkning (relaterad till kön). Franke menar att den sexism och heterosexism som är underliggande i trakasserier av män som inte anses leva upp till maskulinitetsnormer osynliggörs. En annan aspekt, som har diskuterats i stor

[49] Ibid., s. 7.
[50] Robinson (2005).
[51] Lahelma, Palmu & Gordon (2000).
[52] Franke (1997).
[53] Ibid., s. 714-715.
[54] Ibid., s. 735-737.

utsträckning, är att detta förhållningssätt utesluter kvinnlig, heterosexuell, sexualitet fri från våld, tvång och sexism.[55]

Även om inte sexuellt begär placeras i förgrunden, utan sexuella kränkningar förstås som en praktik som skapar och reproducerar könsojämlikhet, finns det risk för en ensidig beskrivning av problemet som någonting män gör mot kvinnor. Enligt Franke bör sexism inte reduceras till något som enbart görs av män mot kvinnor, eftersom den underliggande ideologi som gör sexism så kraftfull, effektiv och skadlig då osynliggörs.[56] Snarare bör sexism förstås som en social praktik som skapar könade kroppar – feminina kvinnor och maskulina män. Sexuella kränkningar placeras således i denna reglerande praktik som producerar feminina kroppar som (hetero)sexuella objekt och maskulina kroppar som (hetero)sexuella subjekt, och används som ett sätt att bestraffa den som inte agerar i enlighet med dess föreskrifter om femininitet, maskulinitet och heterosexualitet. Franke argumenterar mot att sexualitet placeras i centrum för analysen, eftersom det döljer att sexualitet är metoden, men sexism är innebörden i sexuella trakasserier.

Forskning om sexualbrott i det straffrättsliga systemet

Avhandlingsämnet är skapat utifrån forskning som på olika sätt belyser hur sexualitet och sexualbrott konstrueras i det straffrättsliga systemet.

Ett sådant tema är att sexualbrottsrättegången kretsar kring brottsoffrets kropp och sexualitet och att övergreppet erotiseras.[57] Ett exempel på detta är en studie av domstolsavgöranden rörande sexualbrott utförd av Linda Coates och Allan Wade.[58] I studien anförs att de åtalade gärningarna inte beskrivs som våldshandlingar utan som erotiska, romantiska eller tillgivna handlingar. En gärning bestående i att en person tryckt in sin tunga i en annan persons mun beskrivs i ett avgörande som att ”de tungkysstes” och våldtäkt beskrivs som ”samlag” eller ”ofrivilligt sex”. Sexualiserat våld konstrueras således inte unilateralt utan som något ömsesidigt. Därigenom osynliggörs, enligt författarna, att sexuella övergrepp och erotisk sexualitet har helt olika mening. Det ena är en ensidig våldshandling, det andra är en ömsesidig aktivitet.[59]

Ulrika Anderssons könsteoretiska diskursanalys av sexualbrottens gränsdragande rekvisit visar hur rättsskyddssubjektet konstrueras som kvinnligt, med en passiv

---

[55] Ibid., s. 741. Jämför Cahill (2001), s. 36-47.
[56] Franke (1997), s. 761-763.
[57] Smart (1995), s. 83, Lacey (1998a), s. 60. Se även Ehrlich (2006) och Rumney (2008).
[58] Coates & Wade (2004).
[59] Ibid., s. 508. Författarna jämför: ”To accept this assumption would be to accept the analogous idea that someone can fulfill his need for positive social affiliation by assaulting people.”

sexualitet och en kropp som är öppen och tillgänglig.[60] Andersson visar hur våldtäktsavgöranden kommer att handla om rättsskyddssubjektets (hennes) vilja och hennes motstånd mot en aktiv, manlig, sexualitet. Andersson konstaterar därtill att straffrätten producerar både implicit och explicit heterosexuell sexualitet som norm och heterosexuellt penetrerande samlag som referens för normalt sexuellt beteende.[61]

Frågan om vad det är som skiljer sexualbrotten från andra brott mot person har ställts av Tove Stang Dahl, som konstaterar att dåvarande sedlighetsbrottens syfte var att beivra olovlig tillfredsställelse av könsdriften, vilket återspeglar 1800-talets uppfattning.[62] Stang Dahl hänvisar till forskning som visar att drivkrafterna bakom sexuella övergrepp ofta är andra än att tillfredsställa könsdriften, såsom utövande av makt, en vilja att förödmjuka och att nedvärdera den kvinna som drabbas eller kvinnor som kön. Därtill kan sexuella övergrepp vara en del av ett misshandelsmönster riktat mot kvinnor, där utagerande av hat och behov att dominera utgör drivkrafter. Stang Dahl konkluderar att könsdriftens tillfredsställelse bör överges som definierande straffbarhetskriterium.[63]

Nicola Laceys analys av sexualbrottens skyddsintresse är en viktig inspirationskälla i avhandlingen.[64] Lacey ställer frågan: ”Reading across and between the lines of the sexual offences, what can we tell about their implicit conception of what is valuable about sexual experience, sexual expression, lived sexuality? Conversely, what is their implicit view of abuses of sexuality?”[65]

Lacey konstaterar att det explicita skyddsintresset är sexuellt självbestämmande, det vill säga, frihet att själv fatta beslut om sina sexuella erfarenheter, att välja hur och med vem man vill ha sex. Detta till skillnad från äldre lagstiftning, vari våldtäkt har betraktats som ett egendomsbrott, att ta en annan mans kvinna med våld. Men, menar Lacey, även i modern tid formuleras våldtäkt som ett egendomsbrott. Det skyddsvärda är ett ägandeintresse i den egna kroppen. Våldtäkt är således en kränkning av subjektets kontroll över sin kropp som en egendom, i likhet med äganderätten till andra egendomar.[66]

Lacey synliggör att de kroppsliga och känslomässiga aspekterna av sexuella övergrepp exkluderas i den straffrättsliga diskursen. Detta är problematiskt, enligt Lacey, eftersom sådant som framhålls i andra delar av samhället som det värdefulla med sexualitet inte framkommer i straffrätten. Idéer om självförverkligande,

---

[60] Andersson (2004).

[61] Ibid., s. 126-128, Se även Lacey (1998a), s. 51.

[62] Stang-Dahl (1994), kapitel 10, se särskilt s. 187.

[63] Istället bör ”man gå over til den beskrivelse av den ytre bruk av kjønnsorganer som må til for at handlingen skal rammes av straffelovens kapittel 19”. Med sedlighetsbrotten avses kap. 19, Forseelser mod sædelighed, i dåvarande norska straffeloven. Ibid., s. 188.

[64] Lacey (1998a).

[65] Ibid., s. 51.

[66] Ibid., s. 53. Se även Naffine (1994).

samhörighet, intimitet och relationer är frånvarande, och motsatsvis kommer inte heller missbruk av förtroende, påförande av skam och förnedring, objektifiering och exploatering till uttryck i straffrätten.[67]

Sammanfattningsvis aktualiserar Lacey frågan om hur det kommer sig att den straffrätt som reglerar sexualitet inte stämmer överens med samhälleliga uppfattningar om vad som är värdefullt med sexualitet och vad det är för sorts skada som sexuella övergrepp orsakar. Lacey menar att man borde kunna förvänta sig ett svar på frågan om vad som är värdefullt med sexualitet i straffrätten, eftersom en kriminalisering syftar till att skydda specifika skyddsvärda intressen. Jag vill dock sätta i fråga om den gärning som skadar och det skyddsvärda intresset korresponderar med varandra.

Ett exempel kan förtydliga. Att en person blottar en erigerad penis kan förstås som uttryck för sexualitet. Men det skyddsvärda intresset kan förstås på olika sätt. Det skyddsvärda kan vara den allmänna ordningen, där blottning hamnar i samma kategori som andra typer av förargelseväckande beteenden – att föra oväsen på ett torg, att urinera offentligt, att uppträda hotfullt. Även då blottning betraktas som ett brott mot en enskild individs sexuella integritet behöver det inte nödvändigtvis drabba den enskildes sexualitet. Att utsättas för en blottare kan orsaka rädsla, avsky, äckel – men inte nödvändigtvis en kränkning av något som har med personens sexualitet att göra.

Det är ett skäl till att jag formulerar frågeställningen i termer av hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras, och inte hur sexualitet, eller kön, konstrueras. Som framgått av avsnitten ovan tar jag således inte för givet att sexualbrotten reglerar sexualitet i en på förhand given mening.

I likhet med hur Lacey problematiserat sexualbrottens skyddsintresse har Ngaire Naffine ifrågasatt att skadan vid våldtäkt formuleras utifrån abstrakta teorier, och inte utifrån kvinnors levda erfarenhet.[68]

I förhållande till svensk sexualbrottslagstiftning har Kerstin Berglund synliggjort olika sätt som skyddsintresset vid våldtäkt formuleras på, samt belyst relationen mellan individ och ideologi i straffrätten.[69] Berglund beskriver det som att den kulturellt konstruerade sexualiteten ingår i straffrättens kunskapsunderlag.[70] Härmed avser Berglund att varje straffrättslig åtgärd kring ett sexuellt övergrepp innebär ett ställningstagande till en beskrivning av verkligheten, det vill säga sexualiteten.

Johanna Niemi har analyserat hur den finska sexualbrottslagstiftningens skyddsintresse formulerats över tiden.[71] Sexualbrottsreformen under 1990-talet hade

---

[67] Lacey (1998a), s. 61. Jämför Cahill (2001), s. 120: ”Rape is sexual because it uses sexualized body parts and the very sexualities of the victim and the assailant as a means to commit physical, psychic, and emotional violence.”

[68] Naffine (2009).

[69] Berglund (2002), se även Berglund (2007).

[70] Berglund (2007), s. 58.

[71] Niemi-Kiesiläinen (2004).

som explicit syfte att säkerställa rätten till sexuellt självbestämmande.[72] Niemi menar att sexuellt självbestämmande som skyddsintresse innebär ett underliggande, liberalt antagande om det autonoma subjektet, som är självständigt, avskilt, rationellt och kapabelt till autonomt beslutsfattande. Sexualitet beskrivs i förarbetena som ett liberalt utbyte mellan två jämlika subjekt fristående från maktrelationer, där sex är en handling avgränsad i tid och rum.

Niemi visar att brotten i sexualbrottskapitlet sällan definieras som övergrepp mot ett subjekt som motsvarar beskrivningen ovan, utan om minderåriga eller på annat sätt utsatta subjekt eller subjekt oförmögna till beslutsfattande. Det är således svårt att se att sexuell självbestämmanderätt utgör det centrala skyddsintresset. På så sätt belyser Niemi vikten av att i en studie av sexualbrottens skyddsintresse inkludera andra sexualbrott än våldtäkt.

1.3 Avgränsningar av avhandlingsämnet

I det här avsnittet klargör jag att avhandlingen är fokuserad på sexualbrott mot person samt att det är sexualhandlingarna i sexualbrotten som jag främst studerar. Jag motiverar också varför jag tar utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande samt de överväganingar jag gjort då jag valt att inkludera fridsbrottet ofredande i avhandlingen.

Sexualbrotten mot person

Avhandlingens första syfte är att beskriva hur sexualbrotten skapas som en specifik brottskategori. Det gör jag genom två frågeställningar. Den första frågeställningen tar sikte på hur skyddsvärdhet och straffvärdhet har konstruerats i fråga om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet från 1864 års strafflag fram till idag.

Att sexualbrotten intar en särställning i förhållande till övriga brott mot person följer inte bara av att det finns ett urskiljbart kapitel i brottsbalken som rubriceras sexualbrott.[73] Det framgår också av att sexualbrotten ges ett specifikt skyddsintresse som skiljer sig från de allmänt formulerade skyddsintressena liv, hälsa, frihet och frid. Det specifika skyddsintresset för sexualbrotten benämns som sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt.[74]

---

[72] Ibid., s. 175-178.

[73] Med brotten mot person avses 3-7 kapitlet brottsbalken, det vill säga brott mot liv och hälsa (3 kap), brott mot frihet och frid (4 kap), ärekränkning (5 kap), sexualbrott (6 kap) samt brott mot familj (7 kap).

[74] Jareborg & Friberg (2010), s. 17, beskriver skillnaden: Det fjärde kapitlet i brottsbalken skyddar ”individens fysiska frihet i olika hänseenden” samt personliga intressen ”såsom att få vara i fred, att

Vid brottsbalkens tillkomst år 1965 skapades ramarna kring den brottskategori som då hette *sedlighetsbrotten* och som sedan 1984 benämns *sexualbrott*. I en lagkommentar konstateras att det inte finns någon brottskategori som genomgått så stora förändringar under årens lopp som sexualbrotten.[75] Detta gäller både sexualbrotten i ett längre perspektiv och dess moderna historia, från att 1864 års strafflag trädde i kraft.[76] Även efter brottsbalkens tillkomst har sexualbrotten genomgått reformer vid ett flertal tillfällen. Den första frågeställningen tar sikte på förändring och kontinuitet över tiden, både vad gäller hur skyddsintresset formuleras och hur straffvärda gärningar avgränsas.[77]

En central avgränsning för avhandlingen är att det är sexualbrott mot person som behandlas. Sexualbrottskapitlets stadganden kan utifrån skyddsintresset beskrivas som tre grupper av brott: sexualbrott mot vuxna, sexualbrott mot barn samt sexualbrott utan ett tydligt individualiserat skyddsobjekt. I det följande ger jag en kort översikt över dessa tre kategorier.

Sexualbrott mot vuxna

Den första gruppen består av våldtäkt mot vuxna i 1 §, sexuellt tvång i 2 § samt sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning i 3 § 6 kap. brottsbalken. Även sexuellt ofredande mot vuxna (andra stycket i 10 §) hänför jag till denna grupp.

Våldtäkt beskrivs i 1 § ”Den som genom misshandel eller annars med våld eller genom hot om brottslig gärning tvingar en person till samlag eller till att företa eller tåla en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag.”

Våldtäkt kan enligt andra stycket 1 § också bestå i att ”en person genomför ett samlag eller en sexuell handling som enligt första stycket är jämförlig med samlag genom att otillbörligt utnyttja att personen på grund av medvetslöshet, 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”.

Sexuellt tvång i 2 § skiljer sig från våldtäktsstadgandet i två avseenden. Vad gäller sexualhandlingen behöver det inte som vid våldtäkt vara fråga om samlag eller därmed jämförlig handling, utan rekvisitet här utgörs av *sexuell handling*. Vad gäller det gränsdragande rekvisitet stadgas om ”olaga tvång” istället för de gränsdragande

---

inte bli störd, och att kunna hålla sitt privatliv okänt för andra”, medan det sjätte kapitlet straffbelägger ”en rad kränkningar av individen i sexuellt hänseende”.

[75] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), under rubriken *6 kap. Om sexualbrott*.

[76] Vilket behandlas i avhandlingens kapitel 3-5.

[77] I kapitel 2.6 utvecklar jag den frågeställningen och preciserar vilket material jag använt.

rekvisit som det stadgas om i 1 §, kort sagt: att tvinga genom våld, hot eller utnyttjande av särskilt utsatt situation.

I 3 § förutsätts också en sexuell handling, men det gränsdragande rekvisitet är istället att förmå en person genom att allvarligt missbruka att personen befinner sig i beroendeställning till gärningspersonen.

10 § stadgar om sexuellt ofredande. Andra stycket är tillämpligt oavsett ålder på den som utsätts och stadgar att ”den som blottar sig för annan på ett sätt som är ägnat att väcka obehag eller annars genom ord eller handlande ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet” ska dömas för sexuellt ofredande.

Dessa brott förutsätter ett brottsoffer, ett individualiserat skyddsobjekt. Det uttalade skyddsintresset är individens sexuella självbestämmanderätt och sexuella integritet, och i praktiken är det ofta avgörande huruvida den som utsatts har samtyckt eller ej.[78] Brotten i denna grupp kan graderas efter brottets allvarlighet på så sätt att våldtäkt är det brott som har högst straffskala (grov våldtäkt max 10 års fängelse) medan sexuellt ofredande lägst (böter finns i straffskalan).

Sexualbrott mot barn

Den andra gruppen består av lagrum i 6 kap. BrB som förutsätter att den som utsätts är minderårig. Det explicita skyddsintresset är barns sexuella integritet och utgångspunkten är att barn inte kan lämna ett ansvarsbefriande samtycke till sexuella handlingar.

Enligt huvudregeln är det barn under femton år som avses. I vissa fall gäller även dessa brott den som är under arton år, nämligen om barnet är ”avkomling till gärningsmannen eller står under fostran av eller har ett liknande förhållande till gärningsmannen, eller för vars vård eller tillsyn gärningsmannen ska svara på grund av en myndighets beslut”, se 4 § andra stycket 6 kap. BrB.

4 § stadgar om våldtäkt mot barn, 5 § sexuellt utnyttjande av barn och 6 § sexuellt övergrepp mot barn. Våldtäkt mot barn stadgar, liksom våldtäkt enligt 1 §, att det ska vara fråga om samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Till skillnad från 1 § är det gränsdragande rekvisitet inte våld, hot eller särskilt utsatt situation, utan att den person som utsätts är under 15 år, eller, som nämnts, i vissa fall under 18 år.

Om det är fråga om ett brott enligt 4 § men detta är att anse som mindre allvarligt, ska det istället dömas enligt 5 § som sexuellt utnyttjande av barn. 6 § motsvarar i princip sexuellt tvång enligt 2 § på så sätt att sexualhandlingen inte behöver vara samlag eller jämförlig handling, istället är rekvisitet sexuell handling.

[78] Andersson (2004).

Brott mot barn stadgas det också om i 8 § (utnyttjande av barn för sexuell posering), 9 § (köp av sexuell handling av barn), samt 10 a § (kontakt med barn i sexuellt syfte).[79]

10 § första stycket stadgar om sexuellt ofredande mot person under 15 år. Rekvisiten består i att antingen sexuellt beröra ett barn eller att förmå ett barn att företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd. Även andra stycket kan tillämpas vid brott mot barn.

Även dessa brott kan graderas på så sätt att våldtäkt mot barn är det brott med högst straffskala (grov våldtäkt mot barn max 10 år), sexuellt övergrepp mot barn och sexuellt utnyttjande mot barn har endast fängelse i straffskalan medan utnyttjande av barn för sexuell posering (8 §), köp av sexuell handling av barn (9 §) och sexuellt ofredande (10 §) samt kontakt med barn i sexuellt syfte (10 a §) samtliga har böter i straffskalan.

Övriga sexualbrott

Den tredje gruppen av brott i 6 kap. BrB är brott där individens sexuella integritet och sexuella självbestämmanderätt inte utgör det explicita skyddsintresset. Här placerar jag brotten samlag med avkomling och samlag med syskon (7 §), köp av sexuell tjänst (11 §), samt koppleri (12 §).

I 7 § första stycket kriminaliseras den som har samlag med eget barn eller dess avkomling. I andra stycket kriminaliseras den som har samlag med sitt helsyskon. Båda brotten är subsidiära till andra stadganden. Därtill anges i tredje stycket att kriminaliseringen inte gäller den som förmåtts till gärningen genom olaga tvång eller på annat otillbörligt sätt.

11 § stadgar att den som skaffar sig en tillfällig sexuell förbindelse mot ersättning ska dömas för köp av sexuell tjänst. Detta gäller även om ersättningen har utlovats eller getts av någon annan.

Koppleri enligt 12 § kriminaliserar den som främjar eller på ett otillbörligt sätt ekonomiskt utnyttjar att en person har tillfälliga sexuella förbindelser mot ersättning.

Övriga stadganden i sexualbrottskapitlet

Samtliga sexualbrott förutsätter uppsåt, vilket framgår av 1 kap. 2 § brottsbalken.[80] I 6 kap. 13 § stadgas dock om ett undantag avseende gärningspersonens insikt om den utsattas ålder. Vid brott mot minderåriga ska dömas till ansvar även om

[79] Utnyttjande av barn för sexuell posering, 6 kap. 8 §, reglerar särskilt det fall då den utsatte är 15-18 år, straffbarhet förutsätter då att poseringen är ägnad att skada barnets hälsa eller utveckling. Köp av sexuell handling av barn gäller upp till 18 år, se 6 kap. 9 §.

[80] 1 kap. 2 § brottsbalken stadgar: ”En gärning skall, om inte annat är särskilt föreskrivet, anses som brott endast då den begås uppsåtligen.”

gärningspersonen inte insåg men hade skälig anledning att anta att den andra personen inte uppnått den åldern.

Även 6 kap. 14 § BrB rör sexualbrott mot minderåriga, och stadgar om ansvarsfrihet i vissa fall:

> Den som har begått en gärning enligt 5 § eller 6 § första stycket mot ett barn under femton år eller enligt 8 § första stycket eller 10 § första stycket, ska inte dömas till ansvar om det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan den som har begått gärningen och barnet samt omständigheterna i övrigt.
>
> Detsamma gäller den som har begått en gärning enligt 10 a § om den har syftat till en sådan gärning som anges i första stycket och som, om den hade fullbordats, enligt vad som anges där uppenbarligen inte skulle ha inneburit något övergrepp mot barnet. Lag (2009:343).

I 15 § första stycke stadgas om försök till sexualbrott. Nästan alla sexualbrott är kriminaliserade på försöksstadiet, dock inte sexuellt ofredande. 15 § andra stycke kriminaliserar förberedelse till koppleri samt förberedelse och stämpling till och underlåtenhet att avslöja våldtäkt, grov våldtäkt, våldtäkt mot barn, grov våldtäkt mot barn, grovt utnyttjande av barn för sexuell posering och grovt koppleri.

Jag har skapat avhandlingsämnet med utgångspunkt i det skyddsintresse som framhålls idag ifråga om sexualbrotten, det vill säga individens sexuella integritet och sexuella självbestämmanderätt. De sexualbrott som har mindre med detta explicita skyddsintresse att göra (samlag med syskon, köp av sexuell tjänst och koppleri) är inte det huvudsakliga föremålet för avhandlingen. Avhandlingen är således inriktad på de sexualbrott som intar en självklar ställning i kriminalpolitiken.[81] Därtill utgör sexualbrotten mot person den största sexualbrottskategorin som rättsväsendet hanterar.[82]

Sexualhandlingen och gränsdragande rekvisit

Eftersom avhandlingens syfte är att beskriva hur sexualbrotten skapas som en specifik brottskategori koncentreras undersökningen till de rekvisit som är specifika för sexualbrotten. Dessa rekvisit betecknar jag som *sexualhandlingar*. Det innebär att jag utgår från en distinktion mellan å ena sidan sexualhandlingen, kort sagt de olika

[81] Angående kriminaliseringen av köp av sexuell tjänst, se Westerstrand (2008) och Dodillet (2009).

[82] Av antalet anmälda sexualbrott år 2011 utgjorde våldtäkt 38 procent och sexuellt utnyttjande av olika slag 8 procent Sexuellt ofredande exklusive blottning utgjorde 39 procent och blottning 6 procent av de anmälda sexualbrotten. Bland resterande 8 procent återfinns bland annat köp av sexuell tjänst, koppleri och samlag med avkomling/syskon. År 2011 registrerades drygt 17 000 anmälningar av sexualbrott. Brå (2012), s. 113-114.

rekvisit i sexualbrottskapitlet som betecknar det sexuella momentet, och å andra sidan *gränsdragande rekvisit*.[83]

Med sexualhandling avses följande rekvisit: sexuell handling (1–6, 9 §§ 6 kap BrB), samlag (1 och 4 §§ 6 kap BrB), sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag (1, 4 och 5 §§ 6 kap. BrB). Med beteckningen sexualhandling avses också de rekvisit som stadgas om i brottet sexuellt ofredande 10 § 6 kap BrB: sexuell beröring, blottande och andra handlingar som är ägnade att kränka en persons sexuella integritet.[84]

Med gränsdragande rekvisit avses att genom misshandel eller med våld eller hot om brottslig gärning tvinga annan, att otillbörligt utnyttja att en person befinner sig i en särskilt utsatt situation (1 § 6 kap BrB), olaga tvång (2 § 6 kap BrB), samt att allvarligt missbruka att en person befinner sig i beroendeställning (3 § 6 kap BrB).

Med gränsdragande rekvisit avses också de åldersrekvisit som det stadgas om i 4–6, 8–9, 10 och 10a §§ 6 kap BrB: barn under femton år, eller barn som fyllt femton men inte arton år och som är avkomling till gärningsmannen, står under dennas fostran eller har ett liknande förhållande till gärningsmannen, eller då gärningsmannen ska svara för barnets vård eller tillsyn på grund av myndighetsbeslut. Den sistnämnda, artonårsgränsen, gäller endast i 4–6 §§ 6 kap BrB. Ansvarsfrihetsregeln i 14 § 6 kap BrB utgör också ett gränsdragande rekvisit.[85]

Gränsdragande rekvisit utgörs vid brottet sexuellt ofredande (10 § 6 kap BrB) dels av åldersgränsen, barn under femton år, dels av ”ägnat att väcka obehag” (blottning) eller ”ofreda på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet”. Vad gäller sexuellt ofredande överlappar sexualhandlingen och de gränsdragande rekvisiten varandra: ”Det gränsdragande rekvisitet sätts vid en handling, som i sig anses kränka den sexuella integriteten”.[86]

Sexualhandlingen är också ett gränsdragande rekvisit i meningen att det är ett rekvisit som ska föreligga för straffansvar. Men som Andersson konstaterar är det inte främst själva sexualhandlingen som skiljer ett straffvärt övergrepp från en tillåten ömsesidig handling, utan de gränsdragande rekvisiten i form av våld, hot, tvång etc.

Att jag har valt att avgränsa avhandlingen till sexualhandlingarna i sexualbrotten motiveras av avhandlingens syfte, att beskriva hur sexualbrotten skapas som en specifik brottskategori.

---

[83] Se Andersson (2004), s. 18, varifrån jag hämtat begreppen “sexualhandling” och “gränsdragande rekvisit”. Rekvisit avseende sexualhandlingen och gränsdragande rekvisit utgör sammantaget ”gärningsrekvisit”, som brukar skiljas från ”skuldrekvisit”, det vill säga uppsåt och oaktsamhet. Se vidare om detta i kapitel 2.5.

[84] Andra rekvisit som också utgör sexualhandlingar men som jag inte behandlar är *sexuell posering* i 8 § 6 kap BrB, *sexuellt syfte* i 10a § 6 kap BrB) samt *sexuell förbindelse* i 11-12 §§ 6 kap BrB.

[85] Andra rekvisit som är gränsdragande men som jag inte behandlar är släktskap i form av avkomling eller helsyskon (7 § 6 kap BrB), den åldersgräns som det stadgas om i 8 § 6 kap BrB (sexuell posering), samt rekvisiten för köp av sexuell tjänst och koppleri (11-12 §§ BrB).

[86] Andersson (2004), s. 118.

Kapitel 3–5 ägnas åt hur brottskategorin sexualbrott skapas från 1864 års strafflag till 2013 års reform av sexualbrottslagstiftningen och frågan hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras avseende sexualbrotten. Det huvudsakliga materialet utgörs av förarbeten. Kapitel 3–5 utgör både en undersökning i sig av hur sexualbrotten som brottskategori blir till och en beskrivning av kommunikationer som det hänvisas till i vägledande avgöranden och i den dömande praktiken, som jag behandlar i kapitel 6 och 7.

Sexualbrottens historia analyseras således med utgångspunkt i dess betydelse för hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras avseende sexualbrotten i nutiden. Det innebär att jag har fokuserat studien av dåtiden till sådana brott som också idag är kriminaliserade som sexualbrott mot person. Genom hela avhandlingen är brottet sexuellt ofredande i fokus. I kapitel 3–5, samt vad gäller vägledande avgöranden i kapitel 6, har jag dock också inkluderat sexualhandlingen i andra sexualbrott, nämligen rekvisitet sexuell handling och sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet.

Sammanfattningsvis är avhandlingens ämne sexualbrotten som brottskategori. Avhandlingsämnet är inte hur sexualitet konstrueras i det straffrättsliga systemet, utan hur straffvärdhet och skyddsvärdhet konstrueras i fråga om brottskategorin sexualbrotten. Det innebär att jag inte beaktar andra kriminaliseringar som reglerar människors sexualitet[87].

Ämnet sexualbrotten förstås i avhandlingen mer specifikt som sexualbrotten mot person, och brottet sexuellt ofredande utgör det exempel som jag gör fördjupade analyser av. Utifrån sexuellt ofredande som exempel drar jag övergripande slutsatser om sexualbrotten. Samtidigt kan avhandlingen också läsas som en studie av sexuellt ofredande och därtill ofredande. I det följande motiveras varför jag studerar just sexuellt ofredande och ofredande.

Skäl för att studera sexuellt ofredande och ofredande

Den andra frågeställningen som jag arbetar med i avhandlingen är: Hur konstrueras skyddsvärt och straffvärt i fråga om sexuellt ofredande i det straffrättsliga systemet idag? Eftersom sexuellt ofredande avgränsas i förhållande till ofredande ställer jag också frågan: Hur konstrueras skyddsvärt och straffvärt i fråga om ofredande? Dessa frågeställningar löper genom kapitel 3–5 men är framför allt i fokus i kapitel 6–7 som huvudsakligen ägnas åt sexuellt ofredande och ofredande.

---

[87] Till exempel kan nämnas bestraffning enligt 3 kap. BrB av personer som bär på HIV-smitta och har oskyddat samlag med andra personer. Barnpornografibrott, som det stadgas om i 16 kap. 10a-b §§ BrB, beaktas inte och inte heller kriminaliseringen av olaga våldsskildring i 16 kap. 10 c § (att i bild skildra sexuellt våld eller tvång) behandlas. Ett annat exempel på kriminaliseringar som har koppling till sexualitet och kön är lagen (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor och lagen (2001:499) om omskärelse av pojkar.

Jag använder sexuellt ofredande som utgångspunkt eftersom sexualbrottens skyddsintresse – sexuell integritet – ställs på sin spets i detta brott. Sexuellt ofredande, som det stadgas om i brottsbalkens 6 kap. 10 § har följande lydelse:

> Den som, i annat fall än som avses förut i detta kapitel, sexuellt berör ett barn under femton år eller förmår barnet att företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd, döms för sexuellt ofredande till böter eller fängelse i högst två år.
>
> Detsamma gäller den som blottar sig för någon annan på ett sätt som är ägnat att väcka obehag eller annars genom ord eller handlande ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet. Lag (2005:90).

Det är inte reglerat i lagtexten hur ett ofredande av någons sexuella integritet ska gå till, eller hur ett hänsynslöst beteende ska utföras. Även om sexuell beröring och blottning nämns som specialfall kan i princip vilka handlingar som helst bestraffas såsom sexuellt ofredande. Som exempel kan nämnas verbala yttranden, fysiska angrepp, sms, mejl, eller att lämna över föremål. Till skillnad från andra sexualbrott är kriminaliseringarna inte specificerade till vissa kroppsliga handlingar (som exempelvis rekvisitet samlag i våldtäktsstadgandet). Det finns ingen begränsning till vissa situationer, platser eller parternas kön.

Kort sagt är sexuellt ofredande ett vitt omfattande lagrum och straffvärda handlingar avgränsas framför allt genom det sexuella momentet, det vill säga att beröringen är sexuell eller att en persons sexuella integritet har kränkts.[88] Därför är det ett lämpligt lagrum att fokusera på för att undersöka hur sexualbrotten skapas som en specifik brottskategori.

Därtill har frågan om hur sexuellt ofredande ska avgränsas, särskilt avseende det sexuella momentet och då i förhållande till fridsbrottet ofredande, aktualiserats både i den lagstiftande (förarbeten) och i den dömande praktiken (hovrättsavgöranden). Det har då hänvisats till sexualbrottens specifika skyddsintresse. Jag menar att hur detta gränsdragningsproblem formuleras, och de lösningar som föreslås, ger uttryck för hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i fråga om sexualbrotten mot person.

Vid de allvarligare sexualbrotten, det vill säga 1–6 §§ 6 kap. BrB har gränsdragningsproblem kring sexualhandlingen inte aktualiserats i lika hög utsträckning. Exempelvis har frågan om hur våldtäkt ska åtskiljas från misshandel i 3 kap BrB inte uppstått i samma omfattning som gränsdragningen mellan sexuellt ofredande och fridsbrottet ofredande.

Ett ytterligare skäl till att jag tar utgångspunkt i sexuellt ofredande är att de allvarligare sexualbrotten, särskilt våldtäkt, har utforskats av andra i högre grad än

[88] Andersson (2004), s. 230-231.

sexuellt ofredande.[89] Detta trots att sexuellt ofredande sett till antalet anmälda brott utgör en något större brottskategori än våldtäkt.[90]

Både sexuellt ofredande och ofredande är brott mot person. Men sexuellt ofredande hör till sexualbrotten i sjätte kapitlet BrB medan ofredande hör till fridsbrotten i fjärde kapitlet BrB. Jag har således inkluderat ett fridsbrott i en avhandling som rör sexualbrotten. I brottsbalkens 4 kap. 7 § stadgas om ofredande:

> Den som handgripligen antastar eller medelst skottlossning, stenkastning, oljud eller annat hänsynslöst beteende eljest ofredar annan, döms för ofredande till böter eller fängelse i högst ett år. Lag (1993:207)

Det främsta skälet för att inkludera ofredande är, som jag nyss nämnt, att sexuellt ofredande har ställts i förhållande till ofredande i den dömande praktiken. Kort sagt, om inte det sexuella momentet i sexuellt ofredande anses föreligga, har det ibland dömts för ofredande istället. Ofredande är således intressant att jämföra med för att beskriva det specifika med sexualbrotten.

Skadan eller det skyddsintresse som kränks vid sexuellt ofredande och ofredande låter sig inte beskrivas på något självklart sätt. Både sexuellt ofredande och ofredande avgränsas och definieras genom hänvisning till begreppet *kränkning*. Under 2000-talet framhålls allt mer att skadan vid sexualbrotten är kränkningen.[91] Att synliggöra hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras även ifråga om ofredande är ett sätt att förstå vad kränkning i det straffrättsliga systemet hänvisar till, och särskilt hur sexuella kränkningar skiljs från andra kränkningar.

Båda lagrummen har karaktären av uppsamlingsparagrafer. De är subsidiära till andra sexual- respektive fridsbrott, och ger således uttryck för vilka mellanmänskliga beteenden som är så klandervärda att staten bör ingripa med straff.

Avgränsningen till andra brott

Sexuellt ofredande och ofredande förekommer i överlappande kriminalpolitiska problemformuleringar som jag benämner integritetskränkningar. Det är ett skäl till att jag inkluderar ofredande i avhandlingen. Att betrakta sexuellt ofredande utifrån det

---

[89] Angående våldtäkt i svensk rätt, se exempelvis Sutorius & Kaldal (2003); Bergenheim (2010); Wendt (2010); Berglund (2007); Leijonhufvud (2008); Asp (2010); Andersson (2004); Niemi-Kiesiläinen (2004); Diesen & Diesen (2013). Andersson (2004), behandlar samtliga sexualbrott mot vuxna. Sexuellt ofredande specifikt har behandlats av Träskman (2009). Se även Lernestedt (2004).

[90] Av antalet anmälda sexualbrott år 2011 utgör våldtäkt 38 procent, sexuellt ofredande (exklusive blottningsfallen) 39 procent och blottning 6 procent, Brå (2012), s. 114.

[91] Berglund (2002).

här perspektivet öppnar dock för frågan varför inte också andra brottstyper har inkluderats i avhandlingen.

Mobbning och (sexuella) trakasserier på arbetsplatsen eller i skolan är ett område som huvudsakligen har reglerats av annan lagstiftning än straffrättslig, även om sådana handlingar också ibland bestraffas som sexuellt ofredande eller ofredande. Näthat och nätmobbning har relativt nyligen kommit att formuleras som kriminalpolitiska problem.[92] Hit hör också uppmärksamhet kring om, och i så fall när, det bör vara otillåtet att fotografera och filma andra människor, samt spridning av foton och filmer som har tagits lovligen. Därtill har förföljelse, eller ”stalking”, kommit att formuleras som ett kriminalpolitiskt problem.[93] Särskilt ofredande kan placeras i kriminalpolitiska formuleringar kring hatbrott. Ofredande utgör, tillsammans med olaga hot, den största brottskategorin vid samtliga former av hatbrott.[94]

Förtal och förolämpning gränsar till sexuellt ofredande och ofredande. Till skillnad från sexuellt ofredande, som finns i sexualbrottskapitlet, och ofredande, olaga förföljelse och kränkande fotografering, som är fridsbrott, återfinns förtal och förolämpning i femte kapitlet brottsbalken som har rubriken *Om ärekränkning*. Skyddsintresse för ärekränkningsbrotten är en persons ära. Genom bestämmelsen om förtal skyddas ”det anseende som en person har bland sina medmänniskor, dennes ’goda namn och rykte’ (ära i objektiv mening)” medan bestämmelsen om förolämpning avser kränkningar mot ”en persons egen känsla av att vara aktad och ansedd (ära i subjektiv mening)”.[95]

Enligt första stycket 5 kap. 1 § döms den som utpekar någon såsom brottslig eller klandervärd i sitt levnadssätt eller eljest lämnar uppgift som är ägnad att utsätta denne för andras missaktning, för förtal. I andra stycket finns en ansvarsfrihetsgrund. Det ska ej dömas till ansvar om personen var skyldig att uttala sig, eller om det med hänsyn till omständigheterna var försvarligt att lämna uppgiften och personen visar att uppgiften var sann eller att det fanns skälig grund för den. Bestämmelsen om förolämpning i 5 kap. 3 § stadgar att den som smädar annan genom kränkande tillmäle eller beskyllning eller genom annat skymfligt beteende mot honom, ska dömas för förolämpning.

Det hade varit intressant att utforska hur ärekränkningsbrottens skyddsintresse förhåller sig till sexualbrottens skyddsintresse. Det huvudsakliga skälet till att

---

[92] I maj 2014 tillsattes en utredning i syfte att göra en översyn av det straffrättsliga skyddet för enskildas personliga integritet när det gäller hot och kränkningar på internet. Särskilt ska utredaren ta ställning till om straffbestämmelserna olaga hot, ofredande, förtal och förolämpning eller andra bestämmelser till skydd för den personliga integriteten bör ändras. Se Kommittédirektiv 2014:74.

[93] I rapporten *Brottsutvecklingen i Sverige år 2008-2011* behandlas hot och trakasserier under egen rubrik, se Brå (2012), s. 133 f.

[94] Olaga hot och ofredande utgör 40 procent av anmälningarna. Våldsbrott utgör 19 procent av anmälningarna. Ärekränkning utgör även den 19 procent. Brå (2011), s. 11. Hatbrott är inte en separat brottskategori, utan en straffskärpningsgrund enligt 29 kap. 2 § brottsbalken.

[95] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), under rubriken till kapitel 5 BrB.

ärekränkningsbrotten inte har behandlats är utrymme och tid. Ett annat skäl är att förtalsbestämmelsen aktualiserar frågor kring yttrande- och tryckfrihet. Avhandlingens fokus ligger på enskilda individers handlande mot andra individer. Att beakta yttrande- och tryckfrihetsbrott vore att vidga frågeställningen allt för mycket i en riktning som inte är motiverad.

Därtill gäller särskilda åtalsregler för ärekränkningsbrotten som gör att brottskategorin intar en särställning. Enligt huvudregeln är det målsäganden som ska åtala vid denna brottstyp.[96] För sexuellt ofredande gäller inga åtalsbegränsningar. För ofredande stadgas dock att ofredande som inte förövats på allmän plats får åtalas av åklagare endast om målsäganden anger brottet till åtal eller om åtal är påkallat från allmän synpunkt.[97]

Under den period som jag arbetat med avhandlingen har två nya brott tillkommit som har nära samband med både ofredande och sexuellt ofredande. Den ena är olaga förföljelse i 4 kap. 4 b § som infördes år 2011. Den som förföljer en person genom brottsliga gärningar[98], bland andra sexuellt ofredande och ofredande, och var och en av gärningarna har utgjort led i en upprepad kränkning av personens integritet, kan dömas för olaga förföljelse. Sexuellt ofredande och ofredande som tidigare, och i det material jag studerar, utgörs av upprepade handlingar kommer idag möjligen att bedömas som olaga förföljelse.

Den andra nykriminaliseringen är kränkande fotografering, 4 kap. 6 a § BrB, som trädde i kraft den 1 juli 2013. Enligt detta stadgande ska den som olovligen med tekniskt hjälpmedel i hemlighet tar upp bild av någon som befinner sig inomhus i en bostad eller på en toalett, i ett omklädningsrum eller ett annat liknande utrymme, dömas för kränkande fotografering till böter eller fängelse i högst två år. Enligt andra stycket ska det inte dömas till ansvar om gärningen med hänsyn till syftet och övriga omständigheter är försvarlig. Ansvarsfrihet gäller också enligt tredje stycket den som

---

[96] Den 1 juli 2014 ändrades åtalsreglerna, se prop. 2013/14:47. Ändringen innebär att det inte längre krävs särskilda skäl för att åklagare ska tillåtas väcka åtal i vissa fall. 5 kap. 5 § BrB stadgar som huvudregel att ärekränkningsbrott inte får åtalas av någon annan än målsäganden. Undantag görs om den som brottet riktas mot är under arton år eller om i annat fall målsäganden anger brottet till åtal. Åklagaren får då väcka åtal om detta anses påkallat från allmän synpunkt och åtalet avser (1) förtal och grovt förtal, (2) förolämpning mot någon i eller för hans eller hennes myndighetsutövning, (3) förolämpning mot någon med anspelning på hans eller hennes ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung eller trosbekännelse, eller (4) förolämpning mot någon med anspelning på hans eller hennes sexuella läggning.

[97] 4 kap. 11 § BrB.

[98] Följande brottsliga gärningar räknas upp i stadgandet: misshandel enligt 3 kap. 5 § eller försök till sådant brott som inte är ringa, olaga tvång enligt 4 kap. 4 § första stycket, olaga hot enligt 4 kap. 5 § första stycket, hemfridsbrott eller olaga intrång enligt 4 kap. 6 §, kränkande fotografering enligt 4 kap. 6 a §, ofredande enligt 4 kap. 7 §, sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 §, skadegörelse enligt 12 kap. 1 § eller försök till sådant brott, åverkan enligt 12 kap. 2 § första stycket, överträdelse av kontaktförbud enligt 24 § lagen (1988:688) om kontaktförbud.

med tekniskt hjälpmedel tar upp bild av någon som ett led i en myndighets verksamhet.

Sexuellt ofredande och ofredande gränsar också till brott mot allmän ordning enligt stadgandena om hets mot folkgrupp och förargelseväckande beteende i 16 kap. 8 § respektive 16 §. Jag har valt att fokusera på gärningar som är riktade mot person, och därmed uteslutit brott mot allmän ordning.

1.4 Ingång till avhandlingens analysstrategi

Jag har ovan motiverat varför jag ägnar avhandlingen åt sexualbrotten, varför jag tar utgångspunkt i sexuellt ofredande och varför jag inkluderar fridsbrottet ofredande i avhandlingen. Jag har i inledningen nämnt att avhandlingsämnet är hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i det straffrättsliga systemet i fråga om sexualbrotten, och inte vad ett sexualbrott är. Innan jag utvecklar detta vidare i kapitel två konkretiserar jag detta angreppssätt genom exempel från lagkommentarer.[99]

Den ena är *Brottsbalken – en kommentar*[100] (nedan hänvisas till den som *Brottsbalkskommentaren*) och den andra är *Brotten*.[101] Lagkommentarerna utgör en del av den straffrättsvetenskap som brukar benämnas *straffrättsdoktrin*.[102] Som Asp et al påpekar har straffrättsdoktrin inte sällan påtaglig betydelse för rättsutvecklingen.[103] Detta kan ske genom explicita uttalanden om vad som bör vara gällande rätt, men också implicit genom rekonstruktionen av det som brukar benämnas det kriminaliserade området.

Lagkommentarerna kan beskrivas som rekonstruktioner av gällande rätt utifrån förarbeten och rättsfall samt i viss mån annan rättsvetenskaplig litteratur. Genom lagkommentarerna ges vägledning för att avgöra om en handling är potentiellt

---

[99] Lagkommentaren *Karnov*, innehåller främst hänvisningar till förarbeten och rättsfall. Se Bergman, Bogdan, Eriksson, m.fl. Sedan 2012 finns även lagkommentaren *Lexino*, se Nilsson (2012/2014).

[100] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013) I det följande hänvisas till upplagan i databasen Zeteo, version den 1 januari 2013 t.o.m. supplement 2. Per Ole Träskman ansvarar för kap. 4 (dvs. ofredande) och Suzanne Wennberg för kap. 6 (dvs. sexuellt ofredande).

[101] Jareborg & Friberg (2010). Brotten utkom första gången 1975, då med Nils Jareborg och Alvar Nelson som författare. En andra upplaga gavs ut 1978. Därefter gavs den ut i form av fyra häften, varav det första häftet avser brott mot person, första upplagan 1979 och andra upplagan 1984. Se Jareborg & Nelson (1975) och Jareborg (1984). År 2010 utgavs en uppdaterad upplaga med Sandra Friberg som medförfattare.

[102] Enligt Asp et al är straffrättsdogmatikens huvuduppgift att konstruera straffrättssystemet och därmed utgöra en brygga mellan lagstiftning och rättstillämpning. Dogmatiken hjälper till att ordna ”alla relevanta frågeställningar” genom att konstruera begrepp, principer, terminologi och därmed skapa ett system av regler. Asp, Ulväng & Jareborg (2010), s. 19.

[103] Ibid., s. 20.

straffvärd som sexuellt ofredande eller ofredande. I det följande redogör jag för hur detta görs i lagkommentarerna om sexuellt ofredande respektive ofredande.[104]

Sexuellt ofredande enligt första stycket

Inledningsvis kan konstateras att stadgandet om sexuellt ofredande definieras genom att det i kommentaren nämns att andra sexualbrott har företräde framför sexuellt ofredande.[105] I Brotten benämns sexuellt ofredande som ett ”tredje kränkningsskikt” i sexualbrottskapitlet. Genom stadgandet kriminaliseras ”handlingar med sexuell inriktning som inte är lika ingripande som en sexuell handling”.[106] Här framkommer också att sexuellt ofredande kan föreligga även då gärningen består i en sexuell handling om gärningen genomförs utan giltigt samtycke (men utan tvång eller otillbörligt utnyttjande).

Vad avser handlingen att sexuellt beröra ett barn i första stycket förtydligas följande i brottsbalkskommentaren:

> En beröring är sexuell om den har en sexuell inriktning i den meningen att det är fråga om att söka reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Handlingen ska ha en klar och för en vuxen person otvetydig sexuell prägel. Straffansvar kommer inte i fråga om en vuxen person under lek med ett barn kommer att beröra barnets blottade könsorgan.[107]

Författarna till Brotten anför dock att kravet på att beröringen ska söka reta eller tillfredsställa den vuxnes sexualdrift leder till orimligheter, eftersom ansvar då skulle vara uteslutet ”om gärningsmannen söker reta eller tillfredsställa barnets eller en tredje persons sexualdrift, men inte sin egen”.[108] Istället bör det vara avgörande om beröringen typiskt sett utgör en sexuellt inriktad beröring, det vill säga att beröringen har en för en vuxen person otvetydig sexuell karaktär.

Det är inte bara den sexuella inriktningen som nämns som avgörande för frågan om vad som är ett sexuellt ofredande av barn. Stadgandet avgränsas också genom hänvisning till legitima beröringar, såsom att tillfällig beröring under lek av ett barns blottade könsorgan normalt inte omfattas av straffansvar. I Brotten anförs vidare att

---

[104] Jag återkommer till lagkommentarerna i kapitel 5.2.
[105] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 6 kap. 10 §.
[106] Jareborg & Friberg (2010), s. 104. De andra ”kränkningsskikten” utgörs av dels ”kvalificerade sexuella handlingar” som det stadgas om i våldtäktsparagraferna, dels andra sexuella handlingar.
[107] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 6 kap. 10 §.
[108] Jareborg & Friberg (2010), s. 105.

det inte är straffbelagt att i sexuellt syfte förmå ett barn att bevittna en sexuell handling.[109]

Omständigheter som hänför sig till den som utsätts nämns för att ringa in straffansvar för sexuellt ofredande. I Brotten uttalas att det inte krävs att barnet uppfattar beröringen, således omfattas beröring av ett sovande barn. Vidare framgår av båda kommentarerna att barnets uppfattning eller inställning inte har någon betydelse för straffrättsligt ansvar, samtycke är således inte ansvarsbefriande. I Brotten nämns dock att den utsattas frivillighet påverkar huruvida ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § BrB kan tillämpas. [110]

Vad gäller det andra ledet i första stycket, att förmå ett barn att företa eller medverka i en handling med sexuell innebörd, uttalas i brottsbalkskommentaren att barnet inte måste ha utsatts för tvång eller annan otillbörlig påverkan för att medverka. För straffansvar krävs någon form av agerande från gärningsmannens sida, men det behöver inte vara ensamt motiverande för barnet.[111]

Sexuellt ofredande enligt andra stycket

Vad gäller andra stycket uttalas i brottsbalkskommentaren att bestämmelsen avser handlingar både mot barn och mot vuxna.

I andra styckets första led stadgas om att en person blottar sig för en annan person på ett sätt som är ägnat att väcka obehag. I brottsbalkskommentaren anförs: ”En förutsättning för ansvar är att blottningen typiskt sett duger för, dvs. att den är ägnad, att ge upphov till obehag. Det krävs således inte att någon förargelse åstadkommits i det enskilda fallet.”[112] Vidare anges att det inte krävs någon grad av offentlighet och att det är tillräckligt att det exhibitionistiska beteendet vidtas i enrum inför en person. Som exempel nämns i brottsbalkskommentaren ”att en person är naken under ett ytterplagg och öppnar upp rocken inför en förbipasserande person”.[113]

I Brotten anförs att blottning vanligtvis begås av män som i övrigt påklädda blottar könsorganet för att få sexuell stimulans. Det anges att om en person blottar sig i annat syfte (”t.ex. för att urinera”) kan det vara straffbart som förargelseväckande beteende enligt 16 kap. 16 § BrB.[114] Vidare anförs att exhibitionister sällan är farliga.

---

[109] Ibid., s. 105. Dock anförs att Sveriges tillträde till en nyligen upprättad Europarådskonvention förutsätter en sådan nykriminalisering. Se Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, CETS nr. 201.

[110] Ibid., s. 105.

[111] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 6 kap. 10 §.

[112] Ibid., 6 kap. 10 §. Liknande formuleringar även i Jareborg & Friberg (2010), s. 106.

[113] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 6 kap. 10 §.

[114] Jareborg & Friberg (2010), s. 106.

I andra styckets andra led stadgas om den som genom ord eller handlande ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet. I Brottsbalkskommentaren uppges att det krävs att handlingen ”typiskt sett duger för att kränka den andres sexuella integritet.”[115] En sådan kränkning måste inte ha uppstått i det enskilda fallet och offrets uppfattning om vad som är kränkande har inte någon avgörande betydelse. Det förtydligas att om en person känner sig kränkt av en handling som inte kan anses ägnad att kränka hans eller hennes sexuella integritet kan sexuellt ofredande inte tillämpas.

Vidare anförs att det för bedömningen om ansvar för sexuellt ofredande föreligger kan vara av betydelse mot vem handlandet företas, samt att tids- som miljöförhållandena kan ha betydelse.[116] Som exempel anges att en handling kan vara ägnad att kränka ett barns sexuella integritet men inte en vuxens. I Brotten anförs därtill att samhällets allmänna toleransnivå i fråga om sexuella företeelser inte är konstant.[117]

Vad gäller gärningspersonens insikter anförs i brottbalkskommentaren att denne inte behöver ha haft uppsåt att kränka den andre personens sexuella integritet. Det är ”tillräckligt för ansvar att uppsåtet omfattar de omständigheter som innebär att gärningen var ägnad att kränka den andre på detta sätt”.[118]

I brottsbalkskommentaren anförs att inte varje angrepp med sexuell inriktning kan bestraffas som sexuellt ofredande. Det förtydligas: ”Användandet av könsord och andra yttranden med sexuella påståenden faller utanför tillämpningsområdet om syftet är annat än rent sexuellt, utan i stället att uttala en svordom.”[119] I Brottsbalkskommentaren hänvisas till förarbetenas exempel på sexuellt ofredande: ”att en person i sexuellt syfte kortvarigt berör en annan persons bröst eller könsorgan”, samt ”tydliga sexuella kontakter per telefon eller e-post”.[120]

I Brotten exemplifieras sexuellt ofredande:

> Brottet kan bestå i kroppslig beröring, t.ex. att kortvarigt beröra en kvinnas bröst eller någons könsorgan eller försöka dra ner ett blixtlås i byxor. Det kan också bestå i en sexuell handling i andras åsyn, sexuella åtbörder, användning av könsord i tal eller skrift, förevisning av bilder rörande sexuallivet, sexuella kontakter per telefon eller e-post.[121]

---

[115] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 6 kap. 10 §.
[116] Ibid., 6 kap. 10 §. Liknande formulering i Jareborg & Friberg (2010), s. 106.
[117] Jareborg & Friberg (2010), s. 106.
[118] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 6 kap. 10 §.
[119] Ibid., 6 kap. 10 §. Se även Jareborg & Friberg (2010), s. 107.
[120] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 6 kap. 10 §. Det hänvisas också till två avgöranden från Högsta domstolen: NJA 1996 s. 418 och NJA 1997 s. 359. De behandlas i avhandlingens kapitel 6.
[121] Jareborg & Friberg (2010), s. 106.

Författarna till Brotten vänder sig mot att det skulle finnas ett krav i gällande rätt på att gärningen ska syfta till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift.[122] Enligt författarna har ett sådant krav varken stöd i lagtexten eller i förarbetena, och är inte förenligt med vad som gäller för övriga sexualbrott. Det anförs att bedömningen av om en gärning är ägnad att kränka en persons sexuella integritet ska ske på objektiva grunder, och inte utifrån gärningsmannens privata syften. Det konstateras att denna fråga har särskild betydelse för gränsdragningen mot ofredande och förolämpning, där sexuellt ofredande har företräde vid konkurrens.[123]

Även den utsattas samtycke ges betydelse för avgränsningen. Det anförs i Brotten att samtycke som grundas på tvång eller vilseledande är inte giltigt, och att det därför kan vara sexuellt ofredande att utföra en kroppsundersökning efter att lögnaktigt påstått sig vara läkare. Det har inte betydelse för straffansvar att den som utsätts sover eller av annan anledning inte lägger märke till händelsen, eftersom i sådana fall ”är vederbörandes sexuella integritet kränkt även om beröringen inte uppfattas”.[124] Som exempel nämns ”smygfilmning under en kvinnas kjol”.

Ofredande

Av kommentarerna framgår att det är två olika typer av gärningar som kriminaliseras i stadgandet om ofredande, dels handgripligt antastande och dels ofredande genom hänsynslöst beteende. Skottlossning, stenkastning och oljud som nämns i paragrafen är endast exempel.[125]

Straffansvar för att handgripligen antasta begränsas genom att det är handlingar som inte når upp till straffansvar för misshandel eller försök till misshandel. I brottsbalkskommentaren nämns som exempel på att handgripligen antasta ”att någon avsiktligt knuffar eller sätter krokben för en annan person eller rycker eller sliter i offrets kläder”.[126]

I Brotten nämns därtill som exempel att ta någon i armen för att försöka få personen att följa med, spotta på, nypa eller klappa (”henne”). Författarna till Brotten konstaterar: ”Att handgripligen antasta någon är alltid att ofreda henne.”[127] Men att enbart ta någon under armen är inte att antasta.

I Brottsbalkskommentaren anges att vissa fall av störande av kvinnofriden omfattas av ofredande. Exempel som nämns är ”att hindra en kvinna från att komma fram, att ta henne under armen för att förmå henne att följa med eller att antasta

[122] Ibid., s. 106.
[123] Ibid., s. 107.
[124] Ibid., s. 107.
[125] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 4 kap. 7 §, Jareborg & Friberg (2010), s. 57.
[126] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 4 kap. 7 §.
[127] Jareborg & Friberg (2010), s. 58, fetstil borttagen.

henne med klappar eller liknande smekningar".[128] Vidare anförs att en handling bestående i att en man närmar sig en kvinna för att nå sexuell förbindelse omfattas av ofredande även om det inte sker på ett handgripligt sätt. Men för straffansvar krävs då att närmandet verkligen är så grovt att det ska kallas för ett ofredande. Det hänvisas till att det i förarbeten har angetts att envist pockande vid sökande av sexuellt sällskap liksom envist pockande vid tiggeri kan utgöra ofredande.

I Brottsbalkskommentaren anförs angående handgripligt antastande att gränsdragningen mellan ofredande och sexuellt ofredande är något flytande, men att om ofredandet har en sexuell innebörd ska det dömas för sexuellt ofredande.[129] I Brotten anförs att en sexuell beröring riktad mot vuxna personer, som inte kan beivras som sexuellt ofredande, är "normalt att bedöma som ofredande".[130] Det anförs vidare att ett handgripligt antastande kan ske med hjälpmedel, exempelvis att tränga någon med bil. Dock kan det vara att bedöma som olaga hot.

Vad gäller ofredande genom hänsynslöst beteende, den andra typen av fall, anförs i båda kommentarerna att det för straffbarhet "måste krävas att handlingen enligt vanlig värdering kan sägas utgöra en kännbar fridskränkning".[131]

I brottsbalkskommentaren ges följande exempel: att någon genom telefonpåringningar eller hög musik stör en annan persons nattro eller trakasserar honom på något annat sätt, telefonförföljelse på dagarna, att någon för att göra en annan person upprörd framför ett falskt meddelande om en närståendes död samt att skrämmas genom att anordna nattliga spökerier.[132]

I brottsbalkskommentaren anförs att många gärningar som inte liknar dessa exempel från förarbetena ändå kan bestraffas som ofredande, men att det straffbara området begränsas genom uttrycket "ofredande", som används både i brottsbeskrivningen och som brottsrubricering. I Brotten anförs att gärningen måste vara ett uttryck för hänsynslöshet, vilket innebär att tidpunkten för gärningen kan ha betydelse för straffansvar.[133]

I Brotten ges än fler exempel på hänsynslöst beteende som kan bestraffas enligt stadgandet om ofredande: att störa grannar genom högljutt musicerande eller en skränig nattlig fest, att genom ihärdiga och störande övertalningsförsök söka få någon att ge bort något, ställa upp som sexualpartner eller på annat sätt vara tjänstvillig, att dra undan stolen när någon ska sätta sig och andra "practical jokes", att provocera illamående och att blåsa tobaksrök i ansiktet på en astmatiker, att olovligen filma

---

[128] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 4 kap. 7 §.

[129] Här konstateras att det i praxis varit förenat med svårigheter att dra gränsen mellan de två brotten. Det hänvisas till RH 1984:82, RH 1999:119, RH 1999:51, RH 2004:40, Svea hovrätt mål nr B 10342 dom 2012-04-20 samt NJA 1997 s. 359. Rättsfallen behandlas i avhandlingens kapitel 6.

[130] Jareborg & Friberg (2010), s. 58

[131] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 4 kap. 7 §. Jareborg & Friberg (2010), s. 59.

[132] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 4 kap. 7 §.

[133] Jareborg & Friberg (2010), s. 58.

nakna män på en badinrättning (så att de märker det).[134] Att utsätta en kvinna för ihärdig och ovälkommen uppvaktning nämns också om exempel i Brotten. Dock med tillägget att det inte är tillräckligt för straffansvar att ”enbart ställa enstaka frågor, t.ex. att säga något till en kvinna för att få sällskap”.[135]

Straffvärt ofredande ska enligt Brottsbalkskommentaren ”karakteriseras av att de innebär ett personligt ofredande”. [136] Även om den drabbade personkretsen kan vara tämligen obestämd, avser kriminaliseringen att en eller flera identifierade personer har blivit kränkta. I Brotten anförs att kravet på att gärningen måste innebära en kännbar fridskränkning förutsätter att gärningen har uppfattats av den angripne vid gärningstillfället.[137] Vidare anförs att en gärning inte kan vara ofredande om den som drabbats är införstådd med gärningen. Därtill avgränsas det kriminaliserade området med hänvisning till att handlingar som är tillåtna enligt föräldrabalken 6 kap. 2 § i samband med utövande av tillsyn av barn inte kan utgöra ofredande.[138]

Slutligen anförs i Brotten att ofredande är subsidiärt till andra brott i 4 kap. BrB, liksom till alla brott som innefattar uppsåtlig våldsutövning mot person. Det utesluter dock inte att även allvarlig brottslighet kan beivras som ofredande. Här nämns som exempel omfattande och systematiska trakasserier, mobbning och annat psykiskt våld, omfattande och utdragen telefonterror eller förföljelse samt upprepade trakasserier med rasistisk eller politisk bakgrund.[139]

Skäl för att studera hur sexualbrotten skapas

Frågan ”Är det här ett brott?” kan handla om vad som har hänt (kan jag bestraffas för det jag har gjort). Frågan kan också ta sikte på att förutse framtiden (vad blir följderna om jag gör detta). När en kriminalisering införs talas om att i fortsättningen ska ett visst beteende vara straffvärt. Lagstiftaren kan inte veta vad som kommer att hända, vilka handlingar som kommer att utföras, vad som kommer att anmälas som brott. Den förutser genom att beskriva det kriminaliserade området. När en domstol avgör om en person har begått ett brott uttalar den sig om det som har varit men samtidigt också om framtiden. Varje avgörande upprepar det som har sagts tidigare. På samma gång är denna upprepning också en förändring. Det kriminaliserade området är på så sätt i rörelse, det slås gång på gång fast men dessa reproduktioner är också förändringar. Vid varje beslut aktualiseras det rättsliga systemets minne men varje avgörande förändrar det som aktualiseras.

---

[134] Ibid., s. 58-59.
[135] Ibid., s. 59.
[136] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 4 kap. 7 §.
[137] Jareborg & Friberg (2010), s. 59. Det hänvisas till NJA 2008 s. 946.
[138] Ibid., s. 59.
[139] Ibid., s. 59.

Lagkommentarerna präglas av antagandet om att det kriminaliserade området för ett brott kan beskrivas. Genom att upprepa definitioner och exempel från förarbeten och rättsfall ges vägledning för att avgöra om en handling är potentiellt straffvärd som sexuellt ofredande, eller ofredande.

I lagkommentarerna anges generella avgränsningar, såsom att ett straffvärt sexuellt ofredande förutsätter att handlingen har en ”sexuell inriktning”, eller att en handling ”typiskt sett utgör en sexuellt inriktad beröring” eller har en ”otvetydig sexuell karaktär”. Ett sexuellt ofredande ska ”typiskt sett duga för att kränka den andres sexuella integritet”. Blottning ska ”typiskt sett duga för att väcka obehag”. Straffansvar för ofredande förutsätter att handlingen ”enligt vanlig värdering kan sägas utgöra en kännbar fridskränkning”, den ska vara ”uttryck för hänsynslöshet”.

Men dessa uttryck som ska ringa in det kriminaliserade området är samtidigt påfallande innehållslösa. De väcker fler frågor: Vad är en sexuell inriktning? När väcker en blottning typiskt sett obehag? Vad är en kännbar fridskränkning? Svar erbjuds i lagkommentarerna i form av specifika exempel. I redogörelsen ovan framkom exempelvis att ofredande kan bestå i att hindra en kvinna från att komma fram eller att blåsa tobaksrök i ansiktet på en astmatiker och att sexuellt ofredande kan vara en man som blottar könsorganet för att få sexuell stimulans.

Men exemplen är inte mer än just exempel. Till syvende och sist hänvisar lagkommentarerna till domstolarna, den dömande praktiken. Det är först när en domstol tar ställning i det enskilda fallet som ett svar ges på frågan om en handling är ett sexuellt ofredande eller ett ofredande.

Det betyder inte att varje avgörande är godtyckligt. Avgörandet struktureras av vad som har gjorts tidigare i det straffrättsliga systemet. I varje avgörande är det straffrättsliga systemet öppet i förhållande till det straffrättsliga systemets miljö. Även om avgörandet struktureras av det som gjorts tidigare, är den rättsliga slutsatsen inte förutbestämd. Det enskilda avgörandet både reproducerar och förändrar det som strukturerar avgörandet.

Att jag i avhandlingen undersöker hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i det straffrättsliga systemet betyder att jag söker beskriva det som strukturerar avgörandet och som avgörandet samtidigt är en del av. I det följande redogör jag för vad som avses med skyddsvärdhet, straffvärdhet och det straffrättsliga systemet. Jag uppehåller mig således vid avhandlingens andra syfte, det vill säga att utveckla en strategi för att beskriva hur sexualbrotten skapas på ett sätt som beaktar att det straffrättsliga systemet både är öppet och slutet i förhållande till sin miljö, och därmed ständigt i rörelse.

2 Det straffrättsliga systemet – utgångspunkter för att analysera skyddsvärdhet och straffvärdhet

I det här kapitlet utvecklar och motiverar jag utgångspunkterna för att beskriva hur sexualbrotten skapas i det straffrättsliga systemet. Inledningsvis motiverar jag varför avhandlingens analysstrategi utformats med hjälp av Niklas Luhmanns teori om rätten som ett autopoietiskt system (avsnitt 2.1–2.2).

I avhandlingen utgör begreppsparet skyddsvärdhet och straffvärdhet en struktur som skapar sexualbrotten. I avsnitt 2.3 utvecklar jag vad det innebär i relation till Luhmanns teori. Avsnittet därefter, 2.4, ägnas åt relationen mellan olika straffrättsliga praktiker. Därefter, i avsnitt 2.5, motiverar jag varför just begreppen skyddsvärdhet och straffvärdhet används i avhandlingen i förhållande till termer i det straffrättsliga systemet.

Sist i kapitlet följer avsnitt 2.6 som utgör bakgrund till avhandlingens olika kapitel. Här redogör jag för det material som används i avhandlingen och hur frågeställningarna preciseras i respektive kapitel.

2.1 Samhällets rätt

Jag tar utgångspunkt i att rätten å ena sidan inte är isolerad från det samhälle den finns i och har skapats av, å andra sidan att rätten i västerländska samhällen, som det svenska, urskiljs såsom något specifikt, som ett system eller en diskurs.[140]

Det finns en tradition inom rättsvetenskapen som fokuserar på rätten som ett system, och som framhåller systemets koherens och enhetlighet som eftersträvansvärt.

[140] Tuori sammanfattar: ”One of the distinctive features of modern law consists in its autonomy. But autonomy is not equivalent to absolute autarchy. There are reciprocal relations of influence between the law and the surrounding society: if the classics of sociology and their contemporary successors are right in claiming that modern society could not exist without modern law, nor would modern law be possible without modern society and modern culture.” Tuori (2002), s. 4.

Ur ett sådant perspektiv är det inte systemets relation till samhället som har varit i fokus, utan systemet i sig. Mot en sådan forskningsposition har det rests invändningar som istället betonar rätten *i samhället*. Dessa två olika perspektiv ställs ibland upp som motsatta.[141] Särskilt rättsvetenskap ur feministiska perspektiv har uppehållit sig vid att problematisera den rättsförståelse som fokuserar rättssystemets interna koherens.[142]

Eva-Maria Svensson använder beteckningen *avskiljandets logik* för att synliggöra och problematisera de distinktioner som utgör grunden för vad som definieras som det rättsliga.[143] Beskrivningar av rätten som bygger på avskiljandets logik innebär att vissa erfarenheter, vissa delar av det mänskliga livet och vissa konflikter görs icke-rättsliga. En kritik av avskiljandets logik innebär enligt Svensson dels ett synliggörande och en kritik av på vilka grunder distinktionerna upprättas, dels en kritik av att gränsdragningarna osynliggörs och inte problematiseras. Villkoren för hur skillnad görs är en central fråga för feministiska teorier om rätten.[144] Gränsdragningarna innebär inklusion och exklusion: vem som är representerad, vilka berättelser som ges utrymme och vem som har makt att avgöra detta.

Utgångspunkt i distinktionen

I avhandlingen utgår jag från att avskiljandets logik är verksam i samhället. Men rätten urskiljs även i forskningspositioner som utgår från att rättens gränser kan och bör ifrågasättas. Som Margaret Davies konstaterar så innebär talet om rätten och dess relation till det samhälleliga ett antagande om en skillnad mellan en entitet som benämns rätten och ett område utanför rätten.[145] Det är inte min avsikt att nagla fast en beskrivning av rätt-samhälle-relationen oberoende av den plats varifrån beskrivningen görs. Jag tar fasta på att trots att rätten inte är isolerad och att den är en del av samhället så görs distinktionen. Jag har valt att använda Luhmanns teori om rätten som ett autopoietiskt system i samhället då den tar sin utgångspunkt i just distinktionen.[146] Luhmann beskriver det rättsliga systemet:

---

[141] Exempelvis att rättsociologi positioneras i motsats till rättsdogmatik, Hydén (2002b); att rättsdogmatik ställs mot diskursanalys, Andersson (2004); att genusrättsvetenskap ställs mot traditionell rättsvetenskap, Gunnarsson & Svensson (2009), kapitel 4. Se även Tuori (2002), kapitel 10 om olika rättsvetenskapliga förhållningssätt.

[142] För sammanfattning, se Gunnarsson & Svensson (2009), kapitel 4, se även Svensson (2011). Angående straffrättvetenskap särskilt, se Lacey (1998c), även Andersson (2011); Burman (2011); Lernestedt (2013); Gröning (2011); Norrie (2001).

[143] Svensson (1997), s. 55.

[144] Davies (2008), s. 281.

[145] Ibid., s. 281.

[146] Allmänt om rätten som ett autopoietiskt system, se Luhmann (2004) och Luhmann (1988). Se även Borch (2011), s. 82-84; Nobles & Schiff (2006); Nobles & Schiff (2013); King & Thornhill (2003) och Philippopoulos-Mihalopoulos (2010).

> We mean by 'system' a context of factually enacted operations, which have to be communicated because they are social operations, whatever defines them – and in addition to that – have to be communicated as legal communication. This means, however, that the basic distinction is not to be found in a typology of norms or of values but in a distinction between system and environment.[147]

Beskrivningen är undflyende, men det som slås fast i Luhmanns beskrivning av rätten är just distinktionen mellan systemet och dess miljö.[148]

Luhmann vänder sig mot formuleringar såsom ”koppling mellan rätten och samhället”, eftersom det rättsliga systemet är ett system *i* samhället (som ett system).[149] Genom sina egna operationer reproducerar det rättsliga systemet både samhället och sig självt. Å ena sidan är samhället det rättsliga systemets miljö, å andra sidan är det rättsliga systemets operationer alltid också operationer i samhället, det vill säga samhällets operationer.[150] Det rättsliga systemet är således en del av samhällets konstruktion av verkligheten. Rätten är inte ekonomi, inte religion, inte utbildning (andra autopoietiska system i samhället enligt Luhmann), samtidigt som rätten inte kan existera om inte också detta pågick. Systemet kan inte existera utan sin miljö, men samtidigt är rätten ett slutet system och autonomt när det gäller sina egna operationer.

Mitt förhållningssätt i korthet

Luhmanns texter innehåller begrepp hämtade från olika discipliner och i det närmaste har ett eget språk utvecklats. Mitt förhållningssätt är att göra bruk av delar av Luhmanns teori om rätten för att utveckla ett sätt att beskriva hur sexualbrotten

---

[147] Luhmann (2004), s. 78. På originalspråk, se Luhmann (1995a), s. 40: ”Unter 'System' verstehen wir dabei nicht, wie manche Juristen, einen Zusammenhang aufeinander abgestimmter Regeln, sondern einen Zusammenhang von faktisch vollzogenen Operationen, die als soziale Operationen Kommunikationen sein müssen, was immer sie dann noch zusätzlich als Rechtskommunikationen auszeichnet. Das aber heiβt: die Ausgangsunterscheidung nicht in einer Normen- oder Wertetypologie zu suchen, sondern in der Unterscheidung von System und Umwelt.” Jämför: “Law, in short, is the legal system; it is *a system of communications* which identifies itself as law and is able to distinguish between those communications which are part of itself and those which are not.” King & Thornhill (2003), s. 36, kursiv i original.

[148] Luhmanns teori, inspirerad av Spencer Brown's verk *Laws of Form*, tar utgångspunkt i skillnadens enhet, se Borch (2011), s. 52. Som exempel på hur distinktioner används för att skriva fram teorin, se exempelvis kapitel två i Luhmann (2004) och särskilt s. 77-78, 80, 84.

[149] Luhmann (1988), s. 138 -139 och Luhmann (2004), s. 89. Detta framkommer tydligare i i den tyska titeln *Das Recht der Gesellschaft*, Luhmann (1995a), det vill säga *samhällets rätt*.

[150] Luhmann (2004), s. 73.

skapas i det straffrättsliga systemet.[151] Jag undviker därför detaljerade begreppsbeskrivningar och gör inte anspråk på att redogöra för teorin i sin helhet. Teorin används som en utgångspunkt i avhandlingen, samtidigt är avhandlingen ett utforskande av potentialen i att använda teorin på detta sätt.

Min analys av hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras bygger på förståelsen att rätten urskiljer sig som ett system i samhället och att systemet är *självreproducerande* genom den *binära kodningen* i rätt/icke-rätt. Det rättsliga systemet utgörs av *kommunikationer* som baseras på eller relaterar till distinktionen, den binära koden, rätt/icke-rätt.[152]

Kommunikation är namnet för de operationer som urskiljer sociala system, såsom det rättsliga systemet.[153] Med det rättsliga systemet avses således inte institutionerna (domstolar exempelvis), inte heller de människor som är sysselsatta med den rättsliga praktiken. Det rättsliga systemet definieras inte utifrån fysiska eller geografiska gränser, utan utifrån kommunikationer som har en riktning, nämligen den binära koden rätt/icke-rätt.

För att förklara detta nämner King och Thornhill som exempel två bilförare som dividerar om vem som orsakade olyckan, en kund som insisterar på sin rätt som konsument i diskussion med en försäljare, eller en man som vägrar betala underhåll på grund av att han inte erkänner faderskap. [154] I dessa exempel används rätten som ett sätt att ge mening eller betydelse åt händelserna. Det är inte själva handlingen, att vara inblandad i en bilolycka, att vilja reklamera en vara, eller att vägra faderskap, som konstituerar händelsen som rättslig. Istället blir rättsliga kommunikationer till genom att rätten används som ett ramverk för förståelse och begripliggörande och att kommunikationerna har riktningen rätt/icke-rätt. Den binära koden rätt/icke-rätt styr således vilka kommunikationer som inkluderas i systemet. [155]

Grundläggande för hur jag analyserar skyddsvärdhet och straffvärdhet är att det rättsliga systemet är ett självreproducerande (autopoietiskt) system som på samma gång är (kognitivt) *öppet* och (normativt) *slutet*. [156] Det innebär, kort, att rätten producerar sina egna kommunikationer genom rekursiva hänvisningar till tidigare kommunikationer.[157]

I slutet av kapitel 1.4 framhöll jag att vad som bestraffas som sexualbrott inte är godtyckligt, men heller inte förutbestämt. Hur skyddsvärdhet och straffvärdhet

---

[151] Inspirationskällor till detta förhållningssätt är främst Wandall (2008); Borch (2005) och Cornell (1992). Angående olika förhållningssätt till Luhmanns teori, se Přib (2010).

[152] På tyska *Recht/Unrecht*, se Luhmann (1995a), s. 60. Hydén (2002a), s. 168, översätter begreppen till lagligt/olagligt respektive rättsligt/icke-rättsligt, Jönhill (1997), s. 44, till rätt/orätt.

[153] Luhmann (2004), s. 89, jämför King & Thornhill (2003), s. 35-36.

[154] King & Thornhill (2003), s. 36.

[155] Luhmann (2004), s. 98-99.

[156] Ibid., kapitel 2.

[157] Ibid., s. 90.

konstrueras är ett sätt för mig att beskriva detta avseende sexualbrotten. Tillämpningen av den binära koden, exempelvis vilka omständigheter som görs relevanta i ett avgörande, eller om domslutet anger friande eller fällande dom, struktureras av hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras.

Luhmann benämner det som strukturerar tillämpningen av den binära koden som *program*.[158] Det sätt som jag använder begreppsparet skyddsvärdhet och straffvärdhet är inspirerat av den betydelse som program tillmäts i Luhmanns teori om rätten. Program genereras genom de kommunikationer som utgör skäl för hur koden tillämpas. Program görs alltid genom både extern referens och självreferens, det vill säga genom kognitiv öppenhet och normativ slutenhet. Härigenom är det enskilda avgörandet – som är ett sätt varpå den binära koden appliceras – varken godtyckligt eller förutbestämt. Men varje tillämpning av den binära koden är också en förändring av programmet.

I det följande avsnittet, 2.2, motiverar jag varför jag utgår från just denna beskrivning av det rättsliga systemet och vad den innebär. I avsnitt 2.3 fördjupar jag därefter vad som avses med skyddsvärdhet och straffvärdhet som program.

2.2 Det rättsliga systemet

Det här avsnittet ägnar jag åt att förklara vad jag menar med det rättsliga systemet i avhandlingen. Det gör jag inledningsvis genom att diskutera hur rätten kan förstås som diskurs och hur ett sådant synsätt förhåller sig till system i Luhmanns mening. Därefter diskuterar jag beskrivningen av rätten som en interaktion mellan å ena sidan rättsliga praktiker, å andra sidan rättsordningen. Slutligen behandlar jag att rätten kan beskrivas både ur ett vertikalt och ett horisontellt perspektiv, och på vilket sätt dessa beskrivningar kan relateras till att det rättsliga systemet är normativt slutet och kognitivt öppet.

Rätten som diskurs, rättsordningen och rättsliga praktiker

Att tala om det rättsliga systemet är att tala om kommunikationer som refererar rekursivt till andra kommunikationer. Ett liknande sätt att beskriva det rättsliga systemet är att beskriva rätten som diskurs.[159] I likhet med det systemteoretiska

[158] Ibid., s. 196 f. Se även Nobles & Schiff (2013), s. 10 samt King & Thornhill (2003), s. 55 f.

[159] Borch (2011), s. 33, menar att Luhmanns teori utgör del av den språkliga vändningen, och drar paralleller till Habermas, Derrida och Foucault. Kneer & Nassehi (2000), s. 95 fn. 27, menar att Foucault visar på en liknande förståelse av kommunikation, handling och person som Luhmann. Se även Philippopoulos-Mihalopoulos (2010).

perspektivet innebär det diskursanalytiska förhållningssättet att analysen förflyttas från aktörer eller institutioner till diskurs respektive kommunikationer.[160]

Begreppet diskurs används på olika sätt i rättsvetenskapliga sammanhang. Diskursanalytiska metoder kan användas för att studera rättsliga texter, exempelvis för att identifiera diskurser i rätten.[161] Rätten kan också beskrivas som en diskurs i förhållande till andra samhällsdiskurser. Brännström avser med diskurs i denna mening ”en helhet av sammanhängande utsagor och begrepp, sätt att angripa problem, sätt att argumentera och att formulera frågor och problem på ett visst område”.[162] Ur detta synsätt är den rättsliga diskursen inte kategoriskt åtskild från exempelvis den moraliska, politiska eller ekonomiska diskursen, men samtidigt beskrivs den rättsliga diskursen som att den har egna utmärkande drag.[163]

Smart beskriver det som att rätten producerar en diskurs som gör sanningsanspråk.[164] Rätten har sin egen metod som bär på ett antagande om att en given metod kan ge en korrekt tolkning eller tillgång till sanning, den har sitt egna specialiserade språk och system av resultat, och den avgränsar sig själv från andra diskurser. Smart beskriver den rättsliga diskursens koppling till den vardagliga och rutinmässiga process där rätten gör rätt. Rättsliga aktörer möter en berättelse, ett problem, en polisanmälan och översätter alldagliga problem till rättsliga problem – till ett annat språk.[165] Det är en process där alternativa redogörelser diskvalificeras och den rättsliga versionen blir den enda giltiga, vilket innebär en reproduktion av rättens sanningsanspråk varje gång någon vänder sig till rätten med ett problem. Smart anför exempelvis att en kvinnas redogörelse för våldtäkt filtreras genom vad som anses vara rättsligt relevant.[166]

I avhandlingens analysstrategi tar jag fasta på den problemformulering som Smart ställer upp, och som Niemi också anför, nämligen att rätten inte reglerar något som existerar före lagen, utan att rätten är en del av hur detta något blir till.[167]

Teubner konstaterar att teorin om rätten som autopoietiskt system har mycket gemensamt med diskursiva angreppssätt eller andra postmoderna teorier om rätten.[168]

---

[160] Jämför Smart (1995), s. 8: “Thus we can shift our understanding of law(s) away from the concept of it being an institution, towards the idea of law as discourse which is, in turn, a significantly powerful discourse because of its situation in the hierarchy of knowledges and its power to subjugate other discourses (namely, law’s version of rape versus women’s version of rape).” För diskussion om människan i autopoietiska system, se bidrag av Bankowski respektive Paterson i Nelken (1996).

[161] Andersson (2004); Burman (2007); Bladini (2013).

[162] Brännström (2009), s. 36.

[163] Ibid., s. 125.

[164] Smart (1995), kapitel 5.

[165] Ibid., s. 74. Jämför: ”Domstolen blir ofta tvungen att ’översätta’ parternas språk till det ”juridiska” språket”. Niemi, Honkatukia & Ruuskanen (2008), s. 134.

[166] Smart (1995), s. 83.

[167] Niemi-Kiesiläinen (2004), s. 168.

[168] Teubner (1992), s. 1446.

Som exempel anger Teubner den språkliga vändningen från positivistisk rättssociologi, upplösningen av sociala och rättsliga verkligheter till diskurs, decentraliseringen av det rättsliga subjektet samt betoning på skillnad istället för enhet. Paradoxer, antinomier och tautologier framhålls i båda synsätten. En skillnad är dock enligt Teubner att teorin om rätten som ett autopoietiskt system inte slutar med paradoxer, tautologier och motsättningar utan betraktar dessa som utgångspunkten. Syftet med teorin är att begripliggöra hur det rättsliga systemet trots detta kan reproduceras.[169]

I kapitel 1.4 problematiserade jag lagkommentarernas anspråk på att beskriva vad som är ett brott. Men ett anspråk på förutsebarhet är centralt i det straffrättsliga systemet. Även om det inte går att finna ett svar på vad som är ett sexuellt ofredande utanför det enskilda avgörandet, så kan domstolen ändå göra det i det enskilda avgörandet. Då syftet är att beskriva hur sexualbrotten skapas som en specifik brottskategori, är det lämpligt att utgå från en teori om rätten som tar sikte på hur systemet reproducerar brottskategorin, trots frånvaron av ett egentligt svar på frågan vad sexualbrotten är.

Det intressanta är hur systemet reproducerar sig själv och fortsätter att existera trots avslöjandet av motsättningar och inkoherens. Luhmanns beskrivning av det rättsliga systemet erbjuder verktyg för att studera förhållandet mellan det rättsliga systemet (eller den rättsliga diskursen) och dess miljö (andra samhälleliga diskurser) på ett sätt som tar fasta på reproduktionen av rätten som ett system. Teorin förstår jag således som en precisering av det problem Smart pekar ut, nämligen omvandlingen till det rättsliga språket.

Att använda distinktionen rätt/samhälle som utgångspunkt innebär kort sagt att distinktionen rätt/icke-rätt är verksam i samhället, och att den kan beskrivas som en skillnad mellan system och miljö. Den utgångspunkten innebär inte en bestämd uppfattning om var gränsen för det rättsliga går, eller att denna gräns skulle vara given eller universell. Även om det rättsliga systemet urskiljer sig genom kommunikationer som förmedlar att rätten som system skulle vara fritt från värderingar, att rätten skulle vara objektiv eller att koherens skulle vara eftersträvansvärt, innebär inte det att forskaren måste bekänna sig till sådana föreställningar om systemet.[170]

I det rättsliga systemet görs distinktionen mellan norm och fakta.[171] Distinktionen mellan normer och omständigheter görs internt i det rättsliga systemet. Skillnaden mellan det rättsliga systemet och andra system i samhället är inte att normer har betydelse, så är fallet i de flesta samhällsområden.[172] Distinktionen och den uppmärksamhet som ägnas åt att urskilja normer från fakta och undvika att de sammanblandas karakteriserar det rättsliga systemet. I avsnitt 1.4 beskrev jag

[169] Ibid., s. 1444.
[170] Angående rättens objektivitet, se Bladini (2013).
[171] Luhmann (2004), s. 72. Jämför Tuori (2002), s. 25.
[172] Luhmann (2004), s. 113.

antagandet om att normen – exempelvis rekvisitet *sexuellt berör* i stadgandet om sexuellt ofredande – kan beskrivas oberoende av det enskilda fallet och oberoende av det rättsliga systemets miljö. Samtidigt blir rekvisitet meningsfullt endast i relation till fakta, det vill säga det enskilda avgörandet.

Antagandet att normer kan beskrivas oberoende av fakta, det vill säga distinktionen mellan norm och fakta, innebär att rätten kan beskrivas som ett normativt system – rättsordningen. Tuori beskriver *rättens två ansikten* och avser därmed att rätten består både av ett symboliskt normativt fenomen – rättsordningen – och av de rättsliga praktiker som producerar och reproducerar detta fenomen.[173] Enligt Tuori kan den ontologiska existensen och reproduktionen av rättsordningen inte åtskiljas. Relationen dem emellan är inte sådan att rättsordningen "är" något som den rättsliga praktiken sedan förhåller sig till på olika sätt. Istället ska de betraktas som i konstant interaktion.[174] Vid varje nytt fall, vid varje ny tillämpning av ett lagrum, uppstår en ny tolkning av normen. Rättsskipning handlar inte bara om att tillämpa redan existerande lag i det individuella fallet, utan den tolkning som görs vid tillämpningen innebär en modifiering av rättsordningen.[175] Brännström beskriver det som att den rättsliga diskursen kretsar kring att samtidigt fastställa och framställa rätten.[176]

Luhmann framhåller att frågan om rättens "natur" eller "essens" är oväsentlig. Den relevanta frågan är hur rätten skapar gränser.[177] Beskrivningen av rätten som ett system innebär att tala om något utan en fast struktur, att det rättsliga systemet existerar och utvecklas med strukturer som är kontingenta och hela tiden möjliga att förändra. Här finns en likhet med hur Tuori beskriver interaktionen mellan rättsordning och rättsliga praktiker. Men Luhmann gör inte skillnad mellan rättsordning och rättsliga praktiker på det sätt som Tuori gör, utan framhåller att strukturer i systemet som snävar in framtida kopplingsmöjligheter inte är kvalitativt annorlunda än alla de kommunikationer som det rättsliga systemet består av.[178] Även om distinktionen mellan norm och fakta görs i systemet, betyder inte det att en sådan skillnad är meningsbärande i andra sammanhang.

Min undersökning av hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras beskriver hur kommunikationer struktureras i fråga om sexualbrotten. Men denna struktur är ingenting annat än just dessa kommunikationer. Jag återkommer till detta i avsnitt

---

[173] Tuori (2002), s. 29 samt kapitel 5. Se även Tuori (1999), s. 9.

[174] "The legal order is, as it were, created anew in every court decision." Tuori (2002), s. 29.

[175] Ibid., s. 159.

[176] Genom det sistnämnda uttrycket framhävs "att rätten fastställs i enlighet med den rättsliga diskursens regler, men att dessa regler sällan frambringar ett entydigt resultat, vilket är anledningen till att rätten i viss utsträckning framställs". Brännström (2009), s. 126, fn. 149.

[177] Luhmann (2004), s. 58, se även Nobles & Schiff (2013), s. 5.

[178] Luhmann (2004), s. 78, s. 85, s. 95.

2.3. Beskrivningen måste dock också beakta att skyddsvärdhet och straffvärdhet görs i relation till systemets miljö, vilket är temat i det följande.

Det rättsliga systemet och dess miljö

Ett sätt att betrakta rätten är som en hierarkisk ordning av normer, ett vertikalt system. Rätten kan också betraktas horisontellt, det vill säga att utgångspunkten är interaktionen mellan rätten och dess omgivning. Exempelvis Hydén beskriver det som att rättsdogmatiken och rättssociologin har ett gemensamt intresse i studiet av rättsordningen, men att rättsordningen studeras ur olika perspektiv.[179] Det vertikala perspektivet är rättsdogmatikens och bygger på deduktion från principer och regler till handling eller beteende. Det rättsociologiska perspektivet är horisontellt och innebär att samhälleliga orsaker respektive konsekvenser och rättsliga företeelser integreras.[180]

Där Hydén beskriver horisontellt/vertikalt i termer av motsättning, betonar Davies interaktionen mellan dessa olika dimensioner. Å ena sidan kan rätten framställas vertikalt, som en hierarki av överordnade och underordnade regler och principer, där rätten betraktas som en enhetligt ordnad systematik av normer, som kommer ur en auktoritativ källa.[181] Å andra sidan kan rätten framställas horisontellt, i den meningen som jag beskrev i avsnitt 2.1, det vill säga att rätten inte är isolerad utan interagerar med andra samhälleliga diskurser.

Min analysstrategi inspireras av Davies argumentation för att det horisontella och det vertikala perspektivet inte är ömsesidigt uteslutande. Davies argumenterar för en pragmatisk ståndpunkt som ger den vertikala beskrivningen av rätten en plats i (kritisk) rättsteori. Det är en beskrivning av rätten som är ”sann” eftersom rättsliga aktörer, subjekt och rättsvetare tror på den och handlar utifrån detta antagande.[182] Därmed riktas fokus mot hur rätten framställer sig själv, vilket jag anser att Luhmanns beskrivning av rätten som system gör.

Davies diskuterar hur det horisontella perspektivet kan betraktas som en dimension av vertikal rätt, som rättens inneboende pluralism. ”Flat law”, som Davies benämner det, är ett sätt att söka förena det vertikala och det horisontella perspektivet. Syftet är att visa på två olika positioner varifrån rätten kan beskrivas. Terminologin tar sikte på hur andra normativa miljöer interagerar med, ger upphov till och påverkar den formella (stats)rättens kultur och innehåll. Davies sammanfattar:

---

[179] Hydén (2002b), s. 15 f.
[180] Ibid., s. 15.
[181] Davies (2008), s. 283.
[182] Ibid., s. 286.

> Nonetheless, a basically vertical perception of law is maintained throughout legal theory because law is (correctly) seen as regulating certain socio-political conditions, and because the legal subject is (again correctly) seen as under the law. This is, however, only a partial account of both the theoretical nature of law and its emerging alternative practices.[183]

Davies beskriver ett sätt (av flera) att ”horisontalisera” vertikal rätt, som innebär att varje element i det vertikala rättssystemet är grundad i en horisontell kontext och inte enbart bestämd av ett slutet normativt system. I varje rättslig praktik (eller kommunikation med Luhmanns terminologi) görs en koppling till samhället (till systemets miljö). Som Davies konstaterar är relationerna mellan rätten och dess miljö, mellan vertikala och horisontella beskrivningar, komplexa och låter sig inte beskrivas i några enkla figurer.[184]

Davies hänvisar till Luhmann, och anför att rätten inte bara har en empirisk eller faktisk koppling till sin miljö, utan också är operationellt öppet. Detta eftersom relationer och mänskliga erfarenheter, inte abstrakta system, förmedlar normer. I en not anför Davies att det hade varit möjligt att säga mycket mer om relationen mellan ”flat law” och Luhmanns teori. I avhandlingen tar jag upp detta spår. Jag menar att Luhmanns teori kan användas för att beskriva det rättsliga systemet ur ett horisontellt perspektiv med avseende på att rätten i varje operation involverar sin miljö, samtidigt som det beaktas hur rätten framställer sig som vertikal.

Exempel på en sådan analys är Wandalls användning av teorin om rätten som autopoietiskt system i en undersökning av domstolars beslutsfattande rörande påföljdsbestämning. [185] Frågan är hur domstolarnas beslutsfattande utförs så att det på samma gång som det är öppet inför andra strukturer än det rättsliga ramverket håller dömandet inom de gränser som kravet på rättslig giltighet sätter upp.[186] Enligt Wandall fångar teorin subtila interaktioner mellan å ena sidan rättens behov av giltighet och å andra sidan behovet av kontextuell öppenhet i varje rättslig operation, och innebär att rättsligt beslutsfattande kan konceptualiseras som både rättslig formalism (det vertikala) och kontextuell anpassning (det horisontella).

Rätten som system i Luhmanns mening är på samma gång normativt[187] slutet och kognitivt, eller kontextuellt,[188] öppet. Distinktionen mellan normativ slutenhet

---

[183] Ibid., s. 289.
[184] Ibid., s. 293.
[185] Wandall (2008).
[186] Ibid., s. 3 och kapitel 2.
[187] Operativ slutenhet karakteriserar alla sociala system, normativ slutenhet är den specifika slutenhet som utmärker det rättsliga systemet. För en sammanfattning av begreppen, se Nobles & Schiff (2004), s. 7 f.
[188] Wandall (2008), s. 3. använder begreppet kontextuell öppenhet, och inte kognitiv öppenhet.

och kognitiv öppenhet är något som görs i systemet, det är inte ett objektivt givet förhållande.[189]

Systemet är normativt slutet eftersom det reproducerar sina strukturer och gränser genom sina egna kommunikationer. Ett systems operationer utgörs av de kommunikationer som ett system erkänner som tillhörande systemet. Ett socialt system existerar endast genom sina kommunikationer och kan endast svara sin miljö genom kommunikationer. Eftersom dessa operationer är identifierade som sådana av systemet självt, och inte av andra system eller den fysiska miljön, kan det beskrivas som operationellt slutet.

Kognitiv öppenhet betyder att systemet producerar kommunikationer genom extern referens. Systemet är kapabelt att respondera på sin miljö. Det betyder inte att systemet alltid gör det, utan endast att det *kan* göra det. Denna öppenhet beskrivs som kognitiv dels eftersom systemets respons oundvikligen är en förenkling av världen, den opererar som en form av kognition, dels för att systemet kan lära sig. Systemet kan svara på sin miljö genom att göra kommunikationer som förändrar möjligheterna för vad som, i framtiden, kan komma att utgöra kommunikationer inom systemet.

2.3 Skyddsvärdhet och straffvärdhet som en struktur i det straffrättsliga systemet

Att undersöka hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras innebär att försöka beskriva den självklarhet varmed vissa handlingar benämns och bestraffas som sexualbrott och andra inte. Benämnandet av handlingar som sexualbrott görs exempelvis i kriminalpolitiska problemformuleringar, i mediedebatter om vad som bör bestraffas, i rättsvetenskapliga texter om sexualbrotten, genom anmälningar av påstådda brott till polisen, eller genom domstolarnas huvudförhandlingar och domskäl. Allt detta är kommunikationer i det straffrättsliga systemet.

I avhandlingen binder jag ihop sådana kommunikationer genom begreppsparet skyddsvärdhet och straffvärdhet. Det sätt varpå skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras strukturerar kommande kommunikationer. Det innebär i vid mening en begränsning av vad som är möjligt att kommunicera om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet. Det innebär mer specifikt en insnävning av vilka handlingar som kan bestraffas som sexualbrott, sexuellt ofredande eller ofredande. I det följande utvecklar jag detta resonemang.

---

[189] Luhmann (2004), kap. 2, särskilt s. 112. Se även Nobles & Schiff (2004), s. 7-9; Philippopoulos-Mihalopoulos (2010), s. 40 f.; Borch (2011) s. 26 f.; Kneer & Nassehi (2000) s. 63.

Tautologin som utgångspunkt

Utgångspunkten är Luhmanns påstående att om vi vill veta mer specifikt vad som karakteriserar det rättsliga systemet får vi ett tautologiskt svar: rätten är rätt.[190]

Frågan vad som är ett sexuellt ofredande i det straffrättsliga systemet får svaret: Detta är ett sexuellt ofredande eftersom det är ett sexuellt ofredande. Men, som jag visade i kapitel 1.4, är det inte det svaret som ges i exempelvis lagkommentarer. Svaret är istället tidigare gjorda kommunikationer i form av distinktioner. Exempelvis skillnaden mellan att å ena sidan blotta sig som ett uttryck för sexualdrift (straffvärt), å andra sidan för att urinera (inte straffvärt). Att försöka utröna vad som är uttryck för sexualdrift leder till andra distinktioner som gjorts tidigare, men något annat svar än att rätten är rätt – tautologin – finner vi inte. Vad det handlar om är att tautologin – rätten är rätt – vecklas ut. En identitet (exempelvis sexuellt ofredande) bryts upp genom distinktioner som ersätter denna identitet med distinktionen. Det rättsliga systemet skapas genom att kommunikationer hänvisar rekursivt till tidigare rättsliga kommunikationer.[191]

Skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras genom rekursiva referenser. Det kan vara fråga om explicita referenser till lagtext, till förarbeten, till tidigare rättsfall eller principer. Ett avgörande är både framåtblickande (vad blir konsekvenserna av denna operation, dess påverkan på framtida rättsliga kommunikationer?) och bakåtblickande genom rekursiva kopplingar (vilka tidigare operationer ska det stödjas på?).[192] Det rättsliga systemet kan beskrivas som en maskin i vilken varje kommunikation förändrar maskinen, och därmed skapar förändrade villkor för alla vidare kommunikationer.[193] Det är en maskin som involverar sina egna villkor, sina egna förutsättningar i varje operation och därmed konstrueras en ny maskin genom varje operation. Denna reproduktionsprocess betecknas som rekursiv, eftersom den hela tiden använder produkterna och resultaten från sina operationer som grund för vidare operationer.

En parallell kan dras till begreppet *iterabilitet*.[194] Beverly Skeggs och Leslie Moran uttrycker det som att iterabilitet, ifråga om rätten, innebär att rättstolkning karakteriseras både av nyhet – att säga något för första gången – och att upprepa, att säga igen.[195] Men nyheten måste alltid ha en form av att säga det samma. Det måste

---

[190] Luhmann (2004), s. 90.

[191] Ibid., s. 90.

[192] Ibid., s. 82-91. Men, allt som händer sker i nuet, det förflutna och framtiden är alltid och endast relevant på samma gång, systemet *aktualiseras*.

[193] Ibid., s. 91; Kneer & Nassehi (2000), s. 55.

[194] "Iterability requires the origin to repeat itself originarily, to alter itself so as to have the value of origin, that is to conserve itself […] This iterability inscribes conservation in the essential structure of foundation" Derrida (1990); s. 1007-1009.

[195] Moran & Skeggs (2004), s. 20. Jämför: "Repetition is a rather complicated process." Luhmann (2004), s. 314.

vara en betydelse som genereras genom det rådande rättsliga språket, eller genom hänvisning till tidigare erkända rättsliga tolkningar.

Att fråga hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras är att undersöka hur varje kommunikation i det rättsliga systemet hänvisar rekursivt till vad som har gjorts tidigare. Rekursiva hänvisningar är hänvisningar till systemet, vilket benämns självreferens. Samtidigt är varje rättslig kommunikation också kognitivt öppen, det vill säga hänvisningar till miljön, extern referens.

Kontingens och struktur

Det ovan sagda innebär att vad som bestraffas som sexualbrott varken är godtyckligt eller förutbestämt. Det rättsliga systemet karakteriseras av stabilitet, men inte determinism. Detta kan beskrivas som en spänning mellan *kontingens* och *struktur*. Kontingens innebär att det finns ett spektrum av möjliga kommunikationer och att en viss kommunikation kan vara möjlig, men inte nödvändig.[196] Luhmanns teori innebär ett erkännande av att sociala system utvecklar strukturer, men inte att strukturerna determinerar villkoren för möjliga händelser.[197]

Även om det rättsliga systemet uteslutande består av de kommunikationer som producerar och reproducerar en specifik rättslig mening är strukturer nödvändiga för sammanflätningen av kommunikationer.[198] Rekursiva kopplingar etableras i kommunikationerna och systemet oscillerar från kommunikation till kommunikation med hjälp av strukturer. Begreppet struktur betecknar således insnävningen av anslutningsmöjligheter i systemet. Att den fortlöpande produktionen av kommunikationer struktureras, innebär att vissa kommunikationer görs mer sannolika och andra – likaledes möjliga – görs mindre osannolika eller utesluts.[199]

I avsnitt 2.2 påpekade jag att Luhmann inte gör skillnad mellan rättsordning och rättsliga praktiker på det sätt som exempelvis Tuori gör. Det är inte någon materiell skillnad mellan kommunikationer och struktur.[200] Varje kommunikation i det rättsliga systemet är både producerande och strukturbevarande. Strukturer skapas således på ett cirkulärt sätt: kommunikationer kräver strukturer för att definiera sig själv genom att referera rekursivt till andra kommunikationer. Strukturer bekräftas genom kommunikationer som orienteras utifrån dessa strukturer.

---

[196] Jönhill i förordet, s. 12, till Luhmann (2003). Se även King & Thornhill (2003), s. 31-32 och Nobles & Schiff (2013), s. 18 f.

[197] Luhmann (2004), s. 77-78; Kneer & Nassehi (2000), s. 97; Luhmann (1995b), s. 282.

[198] Luhmann (2004), s. 78 och s. 82.

[199] Struktur ska förstås som begränsade möjligheter men är inte en produktiv faktor, inte den underliggande orsaken, Luhmann (1987), s. 384-385.

[200] Luhmann (2004), s. 84.

Genom att lägga denna beskrivning av det rättsliga systemet till grund för undersökningen kan jag undersöka hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras på ett visst sätt. Det jag då undersöker är strukturer i det straffrättsliga systemet. Dessa strukturer är rättsliga, men görs alltid genom både självreferens och extern referens, det vill säga genom kognitiv öppenhet. På så sätt är det enskilda avgörandet – som är ett sätt varpå den binära koden appliceras – varken godtyckligt eller förutbestämt.

Mitt resonemang i ovan har syftat till att beskriva vad som menas med att det sätt varpå skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras är en struktur i det straffrättsliga systemet. Mer specifik kan den strukturen förstås som ett villkorligt program med Luhmanns terminologi.

Metaforen *det kriminaliserade området* förekommer i det straffrättsliga systemet som ett sätt att beskriva vad som bestraffas under en viss brottsrubricering. Genom att systematisera rättskällor konstrueras det kriminaliserade. Metaforen bär på ett antagande om stabilitet, i meningen att det är möjligt att staka ut gränserna för detta kriminaliserade område. Jag ifrågasätter inte betydelsen av att systemet beskriver sig självt på det här sättet.[201] Men genom talet om det kriminaliserade området görs anspråk på att förutbestämma något som inte är förutbestämt, nämligen vad som bestraffas.[202] Metaforen döljer det rättsliga systemets kontingens. Det betyder dock inte, som jag framhållit ovan, att avgörandet om en viss handling utgör ett brott är godtyckligt. Det som beskrivs i exempelvis lagkommentarer är tidigare kommunikationer om hur den binära koden har tillämpats. Samtidigt är varje sammanfattning av gällande rätt en kommunikation i det rättsliga systemet

Kriterierna för att skilja mellan rätt/icke-rätt beskrivs av Luhmann som program. Det rättsliga systemets program är alltid villkorliga.[203] Det innebär att de är utformade utifrån formeln *om… så*. Exempelvis: *Om* jag handgripligen antastar någon, *så* bestraffas jag för ofredande. Villkorliga program är komplexa och utgörs av rekursiva hänvisningar till kommunikationer som är kontingenta, det vill säga varken nödvändiga eller omöjliga.

Kommunikationer i det villkorliga programmet kan exempelvis vara ordalydelsen i lagrummet, kriminalpolitiska problemformuleringar, det sätt varpå kriminaliseringens skyddsintresse beskrivs, kommunikationer i vägledande avgöranden, kommunikationer om uppsåt, samtycke etc. Allt detta är exempel på möjliga kommunikationer som det rekursivt hänvisas till då koden rätt/icke-rätt tillämpas.

Program genereras genom de kommunikationer som utgör skäl för hur koden appliceras. Även om programmen inte determinerar kodens applikation så stabiliserar program kodningsprocessen. Nobles och Schiff tydliggör: ”By accounting for the

---

[201] Se om legalitetsprincipen i kapitel 2.5.
[202] Luhmann (2004), s. 129.
[203] Ibid., s. 196 f.; Luhmann (1988), s. 196. Se även Borch (2011), s. 83 och Jönhill (1997), s. 303.

application of the code (this situation is legal because…) […] a system creates a body of communications that represent a resource (a system's memory) that make the application of the code meaningful."[204]

Genom villkorliga program kombineras normativ slutenhet och kognitiv öppenhet. Den normativa slutenheten är själva tillämpningen av den binära koden, rätt/icke-rätt. Där koden sörjer för systemets slutenhet, utförs systemets öppenhet genom program.[205] Att använda program som ett analytiskt redskap är att synliggöra hur systemets miljö inkluderas i systemets egna operationer utan att den binära kodningen överges, det vill säga utan att systemet förlorar sin existens. En avgörande skillnad mellan koden rätt/icke-rätt och program är att program förändras medan koden är densamma och identifierar systemet som sådant.[206]

I kapitel 2.2 beskrev jag att utmärkande för rättsliga system är distinktionen mellan normer och fakta. Denna distinktion kommer till uttryck i villkorliga program: om omständighet a föreligger, är beslutet x rätt/icke-rätt.[207] Distinktionen mellan norm och fakta följer på distinktionen mellan självreferens och externreferens.[208] Distinktionen representerar skillnaden mellan självreferens och extern referens i systemet, det vill säga att varje kommunikation i systemet speglar skillnaden mellan system och miljö.

Dock, distinktionen mellan norm och fakta är inte alltid identisk med distinktionen mellan system och miljö. Existensen av normer i systemets miljö kan utgöra fakta (ett exempel från de hovrättsavgöranden jag studerat är att det refereras till ungdomars språkbruk, det vill säga normer i systemets miljö). Vad jag vill framhålla är att system och miljö samexisterar. En sida av distinktionen, systemet, existerar aldrig utan den andra, miljön. Systemet kan skifta från självreferens till externreferens och tillbaka igen, men det görs alltid i systemet.

Att beskriva hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras är således ett sätt att förstå hur handlingar begripliggörs som sexualbrott, vilka omständigheter som görs relevanta för detta begripliggörande, vilka som exkluderas, och hur detta alltid görs i relation till systemets miljö. Genom frågan hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras undersöker jag hur extern referens (fakta, omständigheter) och självreferens (rekursiva referenser) leder till normativ slutenhet (rätt/icke-rätt).

Ett konkret exempel på extern referens kan vara det som Claes Lernestedt beskriver som "domstolars sexuella förförståelse".[209] Lernestedt avser härmed en förförståelse om vem som kan vilja ha sex med vem, när, var och hur som genomsyrar bedömningen i sexualbrottsmål. Utifrån Luhmanns beskrivning av det rättsliga

---

[204] Nobles & Schiff (2013), s. 10.
[205] Kneer & Nassehi (2000), s. 138. Jämför Nobles & Schiff (2013), s. 11.
[206] King & Thornhill (2003), s. 26.
[207] Luhmann (2004), s. 111.
[208] Ibid., s. 106-118.
[209] Lernestedt (2004), s. 413.

systemet, som jag tolkar det, är en sådan förförståelse inte något som föregår det rättsliga avgörandet eller något som kan påverka den rättsliga bedömningen mer eller mindre.

Det är istället intrikat sammanvävt med självreferens och en nödvändig del i det straffrättsliga systemet, i applicerandet av den binära koden rätt/icke-rätt. I varje kommunikation görs extern referens, såsom referens till samhälleliga normer (relaterat till sexualitet, exempelvis). Utifrån den här förståelsen av relationen mellan det straffrättsliga systemet och dess miljö blir det relevant att söka beskriva vad det refereras till, snarare än att argumentera för att förförståelser inte har någon plats i det straffrättsliga systemet.

Att beskriva hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i fråga om sexualbrotten, sexuellt ofredande och ofredande är således något annat än att beskriva det kriminaliserade området. Genom att använda uttrycket *konstrueras* betonas att de strukturer jag identifierar i materialet inte är givna oavsett position och observatör. De är konstruktioner i meningen resultatet av en tolkningsprocess som jag har utfört. Genom hur-frågan betonas att det som beskrivs är i rörelse, att det är något som görs i varje rättslig kommunikation. Att fråga hur något konstrueras implicerar samtidigt att detta något, det vill säga skyddsvärdhet och straffvärdhet som ett program, låter sig beskrivas.

I nästa avsnitt redogör jag närmare för de olika typer av material som frågan ställs till.

2.4 Olika typer av straffrättsliga praktiker

Inledningsvis i detta avsnitt redogör jag för att avhandlingens ämne avgränsas till det straffrättsliga systemet. Därefter diskuterar jag hur olika rättsliga praktiker förhåller sig till varandra och motiverar varför den dömande praktiken betraktas som det straffrättsliga systemets centrum.

Det straffrättsliga systemet

Som jag påpekat ovan är det rättsliga systemet i Luhmanns mening inte begränsat till vissa institutioner. Det är inte de fysiska gränserna som är intressanta, utan kommunikationer i en mängd olika sammanhang som har en specifik riktning, den binära koden rätt/icke-rätt.

I avhandlingen beskriver jag hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i det straffrättsliga systemet. Jag avhandlar således inte hur olika system eller diskurser

interagerar i fråga om exempelvis sexualitet, eller hur det kommer sig att vissa frågor eller problem förskjutits från en samhällsdiskurs till en annan.[210]

Jag beskriver hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i hur det straffrättsliga systemet framställer sig självt. [211] I de föregående avsnitten i detta kapitel har jag talat om det rättsliga systemet. Här ska tydliggöras att jag i avhandlingen gör anspråk på att beskriva hur straffvärdhet och skyddsvärdhet konstrueras i fråga om ett specifikt område i svensk rätt, det *straff*rättsliga systemet. I rättsvetenskapliga arbeten görs ofta skillnad mellan olika rättsområden. Sådana uppdelningar har satts i fråga då genom nya perspektiv på rätten och inneburit förändring av hur rättsområden delas in (exempelvis kvinnorätt, genusrättsvetenskap, barnrätt, medicinrätt).

Jag menar dock att straffrätten kan urskiljas från andra rättsområden, och urskiljer sig, på sätt som gör att det är relevant att tala specifikt om det straffrättsliga systemet. Straffrätt är en typ av regler som föreskriver att om en person gör en viss handling kan den personen tilldömas ett straff i form av böter, fängelse eller annan påföljd. Straffrätten avgränsas i förhållande till andra regelsystem av de specifika straffprocessuella reglerna.[212]

I det straffrättsliga systemet framställs lagstiftningen som grundbulten. Frågan om en person har begått ett brott tar utgångspunkten i riksdagens beslut om att kriminalisera en gärning, det vill säga i lagtexten. Legalitetsprincipen innebär att vad som är ett brott måste vara stadgat i lag – nullum crimen sine lege – och att ingen kan straffas utan att brottet är stadgat i lag – nulla poena sine lege.[213] I legalitetsprincipen ligger ett förbud mot retroaktiv tillämpning av strafflag samt ett förbud mot analog strafftillämpning. Legalitetsprincipen innebär ett krav på förutsebarhet. Straffbestämmelser ska vara förutsebara och tydliga, vi ska på förhand veta att om en handling kan utgöra ett brott eller ej. Straffstadgandets ordalydelse bildar en gräns som inte får överskridas.[214]

I kapitel 1.3 framhöll jag att sexuellt ofredande och ofredande är stadganden som till sin karaktär är relativt obestämda. Tillämpningen av dessa lagrum kan således betraktas som problematisk, och möjligen i strid mot legalitetsprincipen.[215] Jag tar dock utgångspunkt i att trots sådana oklarheter kan rätten ändå göra rätt, i meningen att domstolen kan meddela domen: Du har gjort dig skyldig till sexuellt ofredande. På

---

[210] Se exempelvis Brännström (2009) och Teubner (1992).

[211] Jämför Philippopoulos-Mihalopoulos (2010), s. 38.

[212] För en beskrivning av utmärkande drag i straffprocessen, se Bladini (2013), kapitel 5.

[213] Se regeringsformen (1974:152) 2 kap. 10 §, europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, artikel 7 (lag (1994:1219)), brottsbalken 1 kap. 1 § och lag (1964:163) om införande av brottsbalken 5 §. Se Leijonhufvud & Wennberg (2009), kapitel 2; Asp, Ulväng & Jareborg (2010), s. 62-64, samt Frände (1989), s. 18-21.

[214] Leijonhufvud & Wennberg (2009), s. 22.

[215] Jämför Träskman (2009).

så sätt utgår jag från den dömande praktiken, snarare än principerna som anses styra den dömande praktiken.

Den dömande praktiken i systemets centrum

Relationen mellan lagstiftande praktik och dömande praktik kan beskrivas på olika sätt. Å ena sidan kan, som Strömholm påpekar, rättstillämpning förstås som ett omsättande i praktisk handling av ”rätten”, där ”rätten” framstår som en uppsättning satser som med bibehållen identitet tillämpas.[216] Rättstillämpning består då dels av att en konkret händelse subsumeras under en rättsregel, dels att en slutsats dras: domstolen dömer.

Å andra sidan kan rättstillämpningen beskrivas som den slutliga konkretiseringen av normerna. Utgångspunkten är då rättsordningen som en ordnad struktur av normer. Normerna ställs upp med hjälp av rättskällor som sammanställs och får det norminnehåll som är tillämpligt i det enskilda fallet. Utgångsmaterialet är ur detta perspektiv inte färdiga regler att tillämpa, utan ”ett slags råmaterial, ur vilket efter en ofta komplicerad bearbetning en för det enskilda fallet individualiserad, tillämpningsbar norm kan utletas”.[217] Strömholm menar att den här beskrivningen drar uppmärksamhet till att rättstillämpning, när det inte är fråga om mycket enkla fall, representerar ytterpunkten på en steglös skala. Skalan består av i ena änden lagstiftningen, i andra änden rättstillämpningen, och implicerar att normsystemet inte är färdigt förrän det har kommit till tillämpning i ett konkret fall.[218]

En fråga kan riktas mot betydelsen av det som av Strömholm formuleras som ”en konkret händelse”, det vill säga den handling som rätten tillämpas på. Det är inte en given verklighet som oförändrad förs in i rättssalen.[219]

Tuori delar in rättsliga praktiker i två typer: rättsliga praktiker i sensu largo och i sensu stricto, det vill säga i vid mening och i snäv mening.[220] I likhet med hur Luhmann beskriver kommunikation – all kommunikation som gör användning av den binära koden rätt/icke-rätt utgör det rättsliga systemet – innefattar Tuori i begreppet rättslig praktik i vid mening ”all social communication whose theme is the application, interpretation or amendment of the legal order”.[221]

---

[216] Strömholm (1992), s. 353.

[217] Ibid., s. 354. Jämför Tuori (2002), s. 137.

[218] Detta kan beskrivas som en rättsrealistisk hållning, se exempelvis Hydén (2002b), s. 19.

[219] Bladini (2013), kapitel 5.3.

[220] Tuori (2002), s. 132.

[221] Tuori nämner en debattartikel i en dagstidning om hastighetsgränserna i trafiklagstiftning som exempel på rättslig praktik i vid mening. Men att köra bil, oavsett om hastighetsgränserna överträds eller ej, är inte att delta i rättslig praktik. Ibid. s, 133.

Rättslig praktik i snäv mening är enligt Tuori specialiserade rättsliga praktiker, vars huvudaktörer är jurister.[222] De huvudsakliga rättsliga praktikerna i snäv mening är lagstiftning, rättsvetenskap och den dömande praktiken. Tuori anför dock att det endast är den dömande praktiken som representerar rättslig praktik i en ”ren” form. Detta eftersom lagstiftande praktik är en kombination av rättsliga och politiska praktiker, medan rättsvetenskap tillhör inte bara rättsliga utan också vetenskapliga praktiker.[223]

Även Luhmann tillskriver domstolarna en särställning, men av andra skäl. Luhmann gör en indelning i centrum och periferi, där domstolarna placeras i centrum och lagstiftningen i periferin. Lagstiftningen är således inte överordnad den dömande praktiken.[224] Domstolarna placeras i centrum eftersom det endast är domstolar som måste avgöra en fråga även då det saknas (goda) skäl för att göra det. Om domstolen endast agerade utifrån lagstiftaren – *som* lagstiftaren – skulle förhållandet mellan dessa kunna beskrivas som en hierarkisk ordning. Men det skulle förutsätta att domstolen inte avgör fall där lagstiftningen är oklar.

Lagstiftaren kan inte fullständigt förutbestämma domstolsavgöranden.[225] Ansvaret för att avgöra rätt/icke-rätt ligger hos domstolarna och det presumeras att det alltid är möjligt att avgöra vad som är rätt/icke-rätt. Därmed utgör den dömande praktiken den praktik som måste konfrontera det rättsliga systemets tautologi: rätt är det som är rätt. Vad som avgör rätt/icke-rätt är således inte något inneboende värde. Tidigare distinktioner – villkorliga program – strukturerar men förutbestämmer inte avgörandet. I den meningen skapar domstolen rätt. Men det är inte fråga om en omvänd hierarki, att domstolen skulle vara överordnad lagstiftaren, utan just ett cirkulärt förhållande.

Det paradoxala förhållandet att det inte finns något utanför rätten som avgör vad som är rätt, kan undvikas i den lagstiftande praktiken, som Luhmann alltså placerar i det rättsliga systemets periferi. Lagstiftaren behöver inte avgöra varje fall. Problemet med osäkerhet kring rätt/icke-rätt (exempelvis vad som ska bestraffas som sexuellt ofredande) kan hänskjutas till den dömande praktiken. Men domstolen måste avgöra också det omöjliga. Domstolen är således den plats där paradoxen inte kan undvikas. Men paradoxen kan vecklas ut, den kan osynliggöras genom att villkorliga program utvecklas.[226] Utan programmen skulle paradoxen uppenbara sig; det finns ingen grund för att skilja mellan rätt/icke-rätt.

Utifrån dessa utgångspunkter skapas avhandlingsämnet med den dömande praktiken i fokus. Skyddsvärdhet och straffvärdhet är det villkorliga program som

---

[222] Ibid., s. 133.

[223] I Luhmanns teori om sociala system utgör vetenskapen och politiken separata sociala system. Hur dessa system förhåller sig till det rättsliga är dock inte något jag utvecklar i avhandlingen.

[224] Luhmann (1990), s. 464. Se även Luhmann (2004), kapitel 7 och Nobles & Schiff (2004), s. 30 f.

[225] ”Es gibt keine mechanische Jurisprudenz.” Luhmann (1990), s. 468.

[226] Luhmann (2004), s. 118. Jämför Borch (2011), s. 83.

varje avgörande samtidigt hänvisar till och reproducerar. Jag undersöker hur den enskilda handlingen och omständigheterna kring den på ett intrikat sätt vävs in med den rättsliga normen och leder till avgörandet.

Ur varje avgörande kan tidigare kommunikationer urskiljas. Samtidigt kan också varje avgörande aktualiseras i andra kommunikationer. Kommunikationer är på samma gång bakåtblickande och framåtblickande. Genom att på detta sätt studera hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras visar jag att även om det kriminaliserade området inte låter sig naglas fast, är varje avgörande inte godtyckligt. Den dömande praktiken utgör, tillsammans med andra kommunikationer, del av det program som styr hur rätt/icke-rätt ska appliceras.

I avhandlingen studerar jag även lagstiftande praktiker i form av förarbeten och rättsvetenskapliga praktiker. Den dömande praktiken svarar på frågan om vad som är ett brott. Den lagstiftande praktiken, liksom den rättsvetenskapliga, svarar snarare på frågan om vad som bör vara ett brott. Även då rättsvetenskaplig praktik endast gör anspråk på att beskriva gällande rätt, att beskriva det kriminaliserade området, är detta kommunikationer i det villkorliga programmet som det kan hänvisas till i kommande kommunikationer.

Sammanfattningsvis kan vi inte veta vad som är exempelvis ett sexuellt ofredande förrän en domstol har avgjort det. Genom cirkulära kommunikationer i lagstiftande, rättsvetenskapliga och dömande praktiker konstrueras program i det rättsliga systemet som strukturerar, men inte determinerar avgörandet. Det är detta jag söker synliggöra genom att undersöka hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras.

I avsnitt 2.6 utvecklar jag mer i detalj vilket material jag använder. Dessförinnan utvecklas i avsnittet som följer hur begreppen skyddsvärdhet och straffvärdhet relaterar till begrepp och principer som används i det straffrättsliga systemet.

2.5 Skyddsvärdhet och straffvärdhet i relation till straffrättsliga begrepp

Jag har i föregående avsnitt framhållit att frågan om hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras ska förstås som en struktur som styr, men inte förutbestämmer, hur den binära koden appliceras i kommunikationer som rör sexualbrotten. I det här avsnittet motiverar jag inledningsvis varför denna struktur benämns just skyddsvärdhet och straffvärdhet i avhandlingen. Därefter diskuterar jag hur mitt sätt att utforma analysstrategin förhåller sig till vanligt förekommande sätt varpå straffrätten systematiseras i rättsvetenskapliga kommunikationer. Sist i avsnitt 2.5 beskriver jag hur begreppet subjekt har inkluderats i analysstrategin.

Skyddsintresse och klander

I det straffrättsliga systemet framhålls att en kriminalisering motiveras av att ett visst, i någon mån specificerat, intresse ska skyddas. Med skyddsintresse förstås det som antas skadas av de handlingar som ska kriminaliseras eller är kriminaliserade.[227] Skyddsintresse kan ha betydelse vid tolkning av straffrätt. Skyddsintresse kan också användas som en måttstock för att granska, utvärdera och rikta kritik mot kriminaliseringsförslag eller befintlig kriminalisering.[228] En omfattande begreppsbildning finns kring skyddsintresse som syftar till att etablera principer för kriminalisering.[229] Exempelvis framhåller Asp et al att kriminalisering i princip inte bör användas för att förhindra orsakande av att annan upplever obehag (som inte kan kallas skada), framtvinga att man enbart orsakar förbättringar för andra, eller förhindra enbart osedligt beteende eller etikettsbrott.[230]

I avhandlingen utgår jag från att skyddsintresse har betydelse i det straffrättsliga systemet. Hänvisningar till skyddsintresse, eller bristen på ett avgränsat skyddsintresse, är verksamt som en avskiljande logik i systemet, särskilt i den rättsvetenskapliga praktiken men också i den lagstiftande praktiken.[231] Som Lernestedt konstaterar kan något vara ett intresse (”positivt värderade saker, företeelser, förhållanden”) oavsett om det åtnjuter skydd genom kriminalisering eller ej.[232] Endast vissa handlingar som skadar detta intresse kriminaliseras. På så sätt råder ett förhållande mellan intresse och skada.

Därtill menar jag att intresse ges en specifik innebörd i det straffrättsliga systemet. I det straffrättsliga systemet är kommunikationer om skyddsintresse riktade mot den binära koden rätt/icke-rätt. Kommunikationer om skyddsintresse är bärare av en uttalad eller underförstådd fråga: Kriminalisera eller ej? Därmed görs kommunikationer om skyddsintresse alltid i relation till definitionen av den handling som anses skada intresset – vad ska bestraffas/inte bestraffas?

Denna relation tydliggörs i den uppdelning som görs mellan å ena sidan skyddsintresse, å andra sidan gärningsobjekt. Härmed avses en distinktion mellan å

---

[227] Se exempelvis Strahl (1976), s. 18, Jareborg (1995); Berglund (2007), s. 49 f.

[228] Strahl (1976), s. 18-19; Lernestedt (2003), s. 127. Se även SOU 1992:61, kapitel 2 och SOU 2013:38, kapitel 6-7. Som exempel kan nämnas kritik mot kriminaliseringen av köp av sexuell tjänst, se Träskman (1998), Asp & Ulväng (2007) Lernestedt & Hamdorf (2000).

[229] Se exempelvis Lernestedt (2003); Simester & von Hirsch (2011); Asp, Ulväng & Jareborg (2010) s. 57 f.

[230] Asp, Ulväng & Jareborg (2010), s. 58. Författarna anför att det dock kan finnas anledning för lagstiftaren att ingripa om frånvaron av kriminalisering av ett beteende som medför obehag för andra skulle medföra att detta beteende blir mycket vanligt. Här hänvisas bland annat till ofredande.

[231] För exempel på skyddsintresse i den lagstiftande praktiken, se SOU 1992:61, kapitel 2 och SOU 2013:38, kapitel 6-7. För en kritik av straffrättsteorins upptagenhet vid abstrakt formulerade skyddsintressen, se Naffine (2009).

[232] Lernestedt (2003), s. 127.

ena sidan det mer eller mindre handfasta objekt som angrips av den enskilda gärningen, och å andra sidan det intresse som en viss kriminalisering är avsedd att skydda. [233] Begreppsparet skyddsvärdhet och straffvärdhet tar sikte på denna logik i det straffrättsliga systemet. Jag utgår från att gärningen som bestraffas i det enskilda fallet står i relation till ett skyddsintresse konstruerat i det straffrättsliga systemet.[234]

Jag beskriver hur skyddsvärdhet konstrueras i fråga om sexualbrotten genom att analysera hur skyddsintresset formuleras i lagstiftande praktiker och vilka kriminalpolitiska problemformuleringar som förekommer i dessa. Men skyddsvärdhet står i relation till straffvärdhet. Det är en anledning till att jag valt ett annat begrepp för min analys än skyddsintresse. Begreppet skyddsintresse implicerar att ett värdefullt intresse föregår utpekandet av de handlingar som skadar eller hotar just detta intresse.

Skyddsvärdhet däremot uttolkar jag inte bara ur hur skyddsintresset formuleras mer eller mindre abstrakt i lagstiftande praktiker, utan också ur det sätt varpå straffvärda handlingar beskrivs i den lagstiftande praktiken samt vilka handlingar som bestraffas, eller inte bestraffas, i den dömande praktiken. Skyddsvärdhet och straffvärdhet är således en distinktion vars olika sidor är förbundna. Skyddsvärdhet kan inte förstås utan straffvärdhet, och vice versa.

I straffrättslig terminologi har *straffvärde* en specifik betydelse som har att göra med påföljdsbestämningen. I det sammanhanget innebär straffvärde ett sätt att gradera brott, och straffvärde beskriver brottets svårighetsgrad i relation till andra brott.[235] Straffvärdhet i avhandlingen avser inte straffvärde i denna snäva betydelse.

Jag ser dock en koppling mellan denna betydelse av straffvärde och vad jag avser med straffvärdhet. Vid bedömningen av straffvärde i påföljdssammanhanget ska ”beaktas den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon haft”.[236] Straffvärde beskriver hur mycket en person kan klandras för det brott denne har begått, efter att personens skuld har fastställts.

Klander genomsyrar dock också de stadier som föregår påföljdsbestämningen, såväl beslutet att kriminalisera som fastställandet av ansvar i det enskilda fallet.[237] Där straffvärde i påföljdsbestämningens mening ställer frågan om hur straffvärd en handling är, ställer mitt begrepp straffvärdhet frågan om en handling är värd att straffa vilket besvaras både i den lagstiftande och i den dömande praktiken.

---

[233] Lernestedt beskriver det som en skillnad mellan två nivåer, brottsbeskrivningsnivå och intressenivå, se ibid., s. 128 f. för redogörelse av olika begreppsbildningar i fråga om detta.

[234] Jämför Berglund (2007), s. 53, som anför att ställningstaganden på den ena nivån, skyddsintresset, påverkar den andra nivån, gärningsobjektet.

[235] Skillnad görs mellan abstrakt och konkret straffvärde, där det första hänvisar till straffvärdet för ett brott enligt dess straffskala i jämförelse med andra brotts straffskalor. Konkret straffvärde hänvisar till straffvärdet för ett specifikt, konkret brott som har begåtts och som har fastställts av domstol. Se exempelvis Jareborg & Zila (2007), s. 100 – 101; Burman (2007), kap. 3.5.

[236] 29 kap. 1 § andra stycket BrB.

[237] Se exempelvis Jareborg (2006), s. 35.

Begreppet straffvärdhet i min användning inbegriper således att klander och moral är av betydelse i det straffrättsliga systemet.[238] Alan Norrie beskriver det som att straffrätt är både en moralisk verksamhet – ett medel för att göra rättvisa – och en teknisk rättslig verksamhet – att beskriva, systematisera, följa en uppsättning tekniska regler.[239] I förlängningen innebär detta, enligt Norrie, att den rättsliga rättvisan, som en fråga om ansvar i det enskilda fallet, inte kan separeras från anspråk på samhällelig rättvisa.

Kopplingen däremellan är att straffansvar förutsätter och innebär utdömande av klander.[240] Endast klandervärda handlingar ska kriminaliseras och endast klandervärda beteenden/avsikter ska bestraffas. Detta betyder inte att det rättsliga systemet tar ställning till om en gärning är omoralisk eller ej. Det är den binära koden rätt/icke-rätt som styr straffrättsliga kommunikationer.[241]

Brottsbegreppet och andra kartor över det straffrättsliga systemet

Frågan om en handling är värd att straffa kan också förstås som frågan: ”Vilka förutsättningar ska vara uppfyllda för ett beslut om att en konkret gärning är ett brott och för att straffansvar därför kan påföras en person som har begått gärningen?”[242] Svaret på frågan har systematiserats i det så kallade *brottsbegreppet*. Som Per Ole Träskman konstaterar är det just ett konstruerat begrepp, det kan inte utläsas ur gällande lagstiftning och det finns inte heller någon enhetlig uppfattning om hur brottsbegreppet ska konstrueras.[243]

I den svenska straffrättsvetenskapen hänvisas ofta till det brottsbegrepp som utarbetats av Nils Jareborg.[244] Som motivering till att använda det brottsbegrepp som utarbetats av Jareborg anför Träskman att det ska bygga på gällande lagstiftning, vara logiskt och rationellt, det ska kunna användas som hjälpmedel när det gäller

---

[238] Simester & von Hirsch (2011), kap. 1; Asp, Ulväng & Jareborg (2010), s. 71; Lernestedt (2010) kap. 3.

[239] Norrie (2002).

[240] Jämför Utriainen (1985), s. 36, som anför att i det moderna skuldbegreppet ”svävar ett diffust begrepp om klandervärdhet som kräver en rättvis vedergällning, utan att någon dock tycks veta varifrån denna kommer, vart den strävar, vems intressen den i olika situationer driver eller hur och på vilket sätt den mäts och var den döljer sig i brottets rekvisit”.

[241] För fördjupade resonemang kring detta, se Nobles & Schiff (2013), s. 10-14, samt King & Thornhill (2003) s. 43-44. Se även Ekström (2002), s. 157-159, för resonemang om juridik och moral i en studie av våldtäktsbrott 1946-1950.

[242] Träskman (2010), s. 76.

[243] Ibid., s. 76.

[244] Brottsbegreppet beskrivs i Asp, Ulväng & Jareborg (2010), s. 33-42. Hänvisningar till detta brottsbegrepp görs exempelvis i Andersson (2004), s. 51; Burman (2007), s. 159-160; Berglund (2007), s. 63; Bladini (2013), s. 123; Forsman (2013), s. 320.

brottskontrollen i praktiken och det ska styrka möjligheterna att komma fram till rättssäkra beslut. Därtill motiveras valet av att domstolarna har använt detta brottsbegrepp i beslutsprocessen om straffansvar i konkreta fall.[245]

Brottsbegreppet består av två delar – å ena sidan rekvisit för otillåten gärning, å andra sidan rekvisit för personligt ansvar.[246]

Rekvisit för otillåten gärning innebär att rekvisiten i en enskild straffbestämmelse eller rekvisiten för en osjälvständig brottsform ska vara uppfyllda. Brottsbeskrivningsenlighet är den första punkten eftersom ”frågan huruvida brott förövats aktualiseras aldrig om man inte finner en straffbestämmelse att stödja sig på”.[247] Punkten innebär ett ställningstagande till huruvida en handling överensstämmer med rekvisiten i en brottsbeskrivning. Vid den bedömningen har allmänna principer och läror om exempelvis gärningsculpa och underlåtenhetsansvar betydelse. För att en otillåten gärning ska anses föreligga får det inte föreligga några rättfärdigande omständigheter, som exempelvis nödvärn, nöd, samtycke, eller social adekvans.

Rekvisit för personligt ansvar tar sikte på det allmänna skuldkravet, att gärningen antingen har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet (där oaktsamhetskrav är särskilt föreskrivet).[248] Sexualbrotten, liksom ofredande, kan endast begås uppsåtligen. För att personligt ansvar ska anses föreligga får det inte finnas några ursäktande omständigheter, såsom att gärningen är ursäktad på grund av någon undantagsregel som rör gärningsmannens ansvarsförmåga eller på grund av frivilligt tillbakaträdande.[249]

Madeleine Leijonhufvud och Suzanne Wennberg använder terminologin objektiva och subjektiva rekvisit för att systematisera förutsättningarna för att en person kan dömas för ett brott.[250] Objektiva rekvisit är det som framgår av brottsbeskrivningarna i de enskilda straffstadgandena, samt de krav som uppsätts för den otillåtna gärningen. Subjektiva rekvisit är de krav på uppsåt eller oaktsamhet som uppställs för personligt ansvar. Täckningsprincipen innebär att de objektiva rekvisiten ska vara täckta av uppsåt.

Den systematiserande doktrinen, som brottsbegreppet är ett exempel på, kan med Laceys ord beskrivas som en karta.[251] Doktrinära konstruktioner såsom brottsbegreppet, läror om uppsåt och ansvarsbefriande grunder är viktiga för att

---

[245] Träskman (2010), s. 77.

[246] Asp, Ulväng & Jareborg (2010), s. 42.

[247] Ibid., s. 42.

[248] Kravet på uppsåt som huvudregel framgår av BrB 1 kap. 2 §: ”En gärning skall, om inte annat är särskilt föreskrivet, anses som brott endast då den begås uppsåtligen.”

[249] Enligt Asp, Ulväng & Jareborg (2010), s. 44, kan också en tredje nivå läggas till som omfattar materiella och formella straffbarhetsbetingelser.

[250] Leijonhufvud & Wennberg (2009), s. 32. Termerna objektiv och subjekt uppfattas av Asp, Ulväng & Jareborg (2010), s. 33, som mindre lämpligt.

[251] Lacey (1998c), s. 18.

beskriva och strukturera straffrätten. Men de är just kartor, och beroende på vad man är intresserad av att framhäva kan kartor utformas på olika sätt. Det är viktigt att, som Lacey påpekar, fråga sig hur kartan förhåller sig till ”verkligheten”, varmed avses allt det som pågår i det straffrättsliga systemet. Ett ensidigt fokuserande på kartan och dess interna struktur riktar uppmärksamheten bort från frågan om dess relation både till den terräng som den påstår sig karakterisera och till det som faller utanför dess gränser.[252]

Brottsbegreppet har uppenbara pedagogiska förtjänster och därtill kan systematiken utgöra en måttstock för att utvärdera praktiken. Genom att undersöka hur domstolar resonerar kan graden av rättssäkerhet undersökas, exempelvis i vilken mån rättstillämpningen lever upp till legalitetsprincipen. Men om den rättsliga praktiken gör annorlunda än systematiken föreskriver – vilka konsekvenser bör en sådan slutsats får? Det kan vara terrängen eller kartan som är problemet, kanske är det båda.

Den analysstrategi som jag har valt – att sätta fokus på det straffrättsliga systemet i samhället, som både öppet och slutet i förhållande till sin miljö – är ett sätt att göra straffrättsteori, om straffrättsteori förstås som en karta över det straffrättsliga systemet i samhället. Istället för att utgå från vedertagna kartor ställer jag frågan hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras.

Min analysstrategi tar utgångspunkt i att potentiellt sett skulle många handlingar kunna bestraffas som sexuellt ofredande eller ofredande. Ett ofredande kan bestraffas som ofredande om det är ett ofredande, kan lagkommentarerna tolkas något tillspetsat.[253] Jag menar dock inte att just dessa lagrum skulle vara radikalt annorlunda till sin utformning än andra straffstadganden, och inte heller att detta skulle vara ett problem i den dömande praktiken.

Avhandlingens syfte är således inte att utvärdera lagrummens utformning utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv där kravet på förutsebarhet används som måttstock. Inte heller anför jag att lagrummen borde vara tydligare utformade med hänsyn till legalitetsprincipen.[254] Jag menar att systemets oförmåga att nagla fast en exakt beskrivning av de straffvärda handlingarna inte utgör ett problematiskt undantag, utan dess huvudregel. Istället för att efterfråga ett mer exakt språk lyfter jag fram osäkerheten och oförutsebarheten som centrala i det straffrättsliga systemet.[255]

Detta förhållningssätt innebär en något annorlunda förståelse av ofta använda straffrättsliga begrepp som exempelvis *rekvisit för straffbarhet*, *förutsättningar för att bestraffa* och *krav för att brott ska anses föreligga*. Jag menar att sådana krav eller förutsättningar visserligen kan, men inte nödvändigtvis måste, aktualiseras. De är kontingenta i den mening som jag beskrivit i avsnitt 2.3. I min analys av det

[252] Ibid. Se även Lernestedt (2010), kapitel 3.
[253] Se kapitel 1.4.
[254] Jämför Träskman (2009).
[255] Jämför Svensson (1997), s. 40-41.

straffrättsliga systemet betraktas förarbeten (den lagstiftande praktiken) och domar (den dömande praktiken) som interagerande med straffrättsdoktrin (den rättsvetenskapliga praktiken). Den systematiserande doktrinen är således inte något som föregår andra rättsliga praktiker.

Subjekt i konstruktioner av skyddsvärdhet och straffvärdhet

I det straffrättsliga systemet är gärningspersonens individuella ansvar för specificerade gärningar centralt. En jämförelse kan göras med *sexuella trakasserier* som frågor om arbetsmiljö och skolmiljö. Diskrimineringslagen och skollagen placerar ansvaret för att förebygga och beivra sexuella trakasserier på arbetsgivaren eller utbildningsanordnaren.[256] Sexualbrottsregleringen däremot innebär att en individ bestraffas för ett brott som den individen har begått mot en annan individ.

Frågan om hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras rymmer en analys av skyddsvärda och straffvärda subjekt i det straffrättsliga systemet. Härmed avses också betydelsen av subjektsrelationer för hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras.[257] Begreppet subjekt har använts i straffrättsvetenskapen, vilket är ett skäl till att jag använder det, och inte begreppet *person* i Luhmanns teoribildning.[258] Andersson beskriver det som att det i straffrättsliga diskurser framträder ett ansvarssubjekt – det subjekt som bestraffas – och ett rättsskyddssubjekt – det subjekt som skyddas av straffrätten.[259] Utifrån en diskursanalytisk metod beskriver Andersson hur rättsskyddssubjektet produceras i straffrättsliga diskurser om sexualbrott.[260]

På ett liknande sätt använder Burman begreppet subjektsposition för att beskriva den process varigenom identiteter produceras i straffrätten.[261] I den processen placeras individen i subjektspositioner av diskurser. I ett straffrättsligt sammanhang innebär detta synsätt att ”individen inte *är* brottsoffer eller gärningsman i någon ursprunglig eller essentiell mening som straffrätten har till uppgift att ’upptäcka’”.[262] Burman

---

[256] Se diskrimineringslagen (2008:567) och skollagen (2010:800).

[257] Jag har inspirerats av Ekströms analys av den rättsliga hanteringen av våldtäkt 1946-1950. Ekström drar slutsatsen att i polisutredningar och rättsliga utslag blir kvinnans (brottsoffrets) skyddsvärde en måttstock varemot mannens (gärningspersonens) straffvärde jämförs. Ekström (2002), s. 159-163.

[258] Enligt Borch är ”person” det begrepp som systemteorin använder för att beskriva hur människor adresseras i kommunikation. I det funktionellt differentierade samhället kan inte något system helt inkludera en individ, utan människor flukturerar mellan inkludering/exkludering i olika system. Såsom Borch beskriver Luhmanns teori har begreppen ”person” och ”individualitet” en innebörd som uppbär likheter med subjekt, se Borch (2011), s. 46-49. Angående olika förståelser av subjekt och subjektsposition, se exempelvis Hall (2001), s. 80 och Skeggs (2000), s. 27 f.

[259] Andersson (2004), s. 33. Se även Edgren (2004).

[260] Andersson (2004), s. 264-268.

[261] Burman (2011), s. 284.

[262] Ibid., s. 285, kursiv i original.

använder begreppet för att ifrågasätta uppfattningen om att gärningsperson och brottsoffer skulle vara något man är eller inte är, och att det skulle vara fråga om grupper av individer med motsatta intressen.

Det finns en kritik mot att straffrättsliga subjekt framställs i det straffrättsliga systemet som abstraherat från social kontext.[263] Detta abstrakta subjekt ställs till svars för specificerade gärningar som är begränsade i tid och rum. Exempelvis är gärningspersonens motiv oväsentliga för frågan om straffansvar, uppsåtsbedömningen fokuserar på subjektets tillstånd och inte exempelvis sociala drivkrafter till att brottet begicks.[264] Samtidigt ges subjektets sociala kontext betydelse på vissa områden, det så att säga ”sipprar” tillbaka igen, anför Norrie.[265]

Att skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras genom kontextuell öppenhet och normativ slutenhet innebär att straffvärda handlingar alltid görs genom extern referens. Frågan om hur straffvärdhet och skyddsvärdhet konstrueras implicerar således en möjlighet att också ställa frågan om vilka omständigheter som inkluderas och vilka som exkluderas, vad som görs rättsligt och på vilket sätt.[266] Frågan är inte bara huruvida rätten ser något mer än den individuella handlingen utan *vad* rätten ser.

Jag menar att handlingar blir straffvärda endast i relation till ett sammanhang. Den effekt det potentiellt straffvärda subjektet har på det potentiellt skyddsvärda subjektet är kontextualiserad. Men hur denna kontext beskrivs, vilken extern referens som görs i varje avgörande, är inte givet.[267]

Som en princip för kriminalisering framhålls att det som ska bestraffas är vad en person har gjort, och inte vem den personen är.[268] I domstol är det specificerade gärningar den åtalade personen ställs till svars för. Genom att beakta subjektsrelationer synliggör jag att frågan om en handling är straffvärd besvaras i relation till frågan vem som har utfört handlingen. Detta gäller även det potentiellt skyddsvärda subjektet. Härigenom ifrågasätts distinktionen i det straffrättsliga systemet mellan vad en person *gör* och vem den personen *är*.

I avhandlingen utforskas således subjektrelationernas betydelse för konstruktioner av straffvärdhet och skyddsvärdhet. Straffvärdhet innebär att den åtalade personen kan begripliggöras som en sådan vars handlingar är straffvärda, och att den som utsatts kan begripliggöras som skyddsvärd.[269] Straffvärdhet konstrueras

---

[263] Lacey (1998b), kapitel 7; Norrie (2002); Andersson (2009).

[264] Norrie (2002), se även Lacey (1998b) s. 199.

[265] Provokation, nöd och nödvärn anförs som exempel på att ansvarsfrågan vidgas till att också omfatta omständigheter som föregick handlingen. Norrie (2002).

[266] Jämför Lacey (1998b), s. 200.

[267] Bladini (2013), s. 46-47, beskriver detta som en fråga om hur sociala praktiker transformeras till diskursiva praktiker, det vill säga rekontextualiseras.

[268] Jareborg (1995), se även Lernestedt (2010), s. 107.

[269] Jämför Christie (2001).

utifrån var handlingen har ägt rum, vem som har utfört den och vem som har utsatts, i relation till sedlighetsnormer. Med sedlighetsnormer avser jag antaganden om vad som är ett normalt, acceptabelt eller anständigt beteende i den specifika situationen och subjektsrelationen.

Kapitel 2 har jag ägnat åt att redogöra för min analysstrategi. Kapitlets sista avsnitt ägnas åt att beskriva, mer konkret, hur jag använder analysstrategin i relation till det material som jag valt att studera. Avsnittet utgör också en bakgrund till avhandlingens olika kapitel.

2.6 Material och analysstrategi i avhandlingens olika kapitel

Avhandlingens syfte är att beskriva hur sexualbrotten skapas som en specifik brottskategori, vilket jag gör genom att ta utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande. Syftet utforskas på två sätt i avhandlingen. Dels genom att undersöka hur sexualbrotten har skapats i ett historiskt perspektiv, när den moderna strafflagstiftningen tar form. Dels genom att undersöka hur sexualbrotten skapas genom varje avgörande som tar ställning till om en handling utgör ett sexualbrott.

Utifrån dessa två betydelser kan avhandlingens kapitel förstås som två delar. Den första delen utgörs av kapitel 3–5 och har som huvudsakligt fokus lagstiftande praktiker. Den andra delen, kapitel 6–7, tar istället utgångspunkt i den dömande praktiken. I det följande redogör jag för hur frågeställningarna utformats i förhållande till de olika delarna samt hur jag valt ut materialet som studeras.

I kapitel 3 behandlar jag sedlighetsbrotten i 1864 års strafflag samt reformen som leder till att strafflagen ersätts med brottsbalken. Jag beskriver hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i lagstiftande och rättsvetenskapliga praktiker. I viss mån behandlas också vägledande avgöranden. Kapitel 4 och 5 ägnas åt lagstiftningsreformer efter att brottsbalken trätt i kraft. Framställningen är kronologisk och inleds med 1984 års reform (kapitel 4) för att avslutas med den senaste reformen av sexualbrottslagstiftningen år 2013 (kapitel 5).

Genom dessa tre kapitel visar jag hur sexualbrott skapas som en särskild brottskategori. Kapitlen utgör samtidigt en beskrivning av kommunikationer i den lagstiftande praktiken och den rättsvetenskapliga praktiken som reproduceras i den dömande praktiken, som behandlas i kapitel 6–7. I kapitel 6 urskiljer jag vägledande avgöranden, det vill säga avgöranden från Högsta domstolen och publicerade avgöranden från hovrätterna. Kapitel 7 ägnar jag åt ett urval av underrättsavgöranden som rör sexuellt ofredande och ofredande. Kapitel 8 innehåller en summering av avhandlingen och avslutande reflektioner.

I det följande redogör jag för det material som används och de frågor som ställs i respektive kapitel.

Bakgrund till kapitel 3–5 – lagens egen narrativa diskurs

Ett övergripande syfte med kapitel 3–5 är att begripliggöra vad det innebär att sexualbrotten urskiljs genom det specifika skyddsintresset den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten. Syftet ska förstås mot bakgrund av hur sexualbrottens historia framställs i förarbeten.

Vid de mer omfattande sexualbrottsreformerna innehåller utredningarna en berättelse om sexualbrottens historia som kan sammanfattas: så här har det varit, tidigare reformer har inneburit förbättringar men nu kommer det att bli ännu bättre. Uttalanden om att någonting har förändrats eller lever kvar är enligt Karin Hassan Jansson samtidigt yttranden om det förflutna och utpekanden av skillnader och likheter över tid. Det som är gott framställs som en historisk konstant medan det som är dåligt antas ha sitt ursprung i en äldre och sämre tid.[270] Det är en träffande beskrivning av hur sexualbrottens utveckling tecknas i förarbeten.

Den historieskrivning som statens offentliga utredningar (SOU) själva placerar sig i benämner Sara Edenheim *lagens egen narrativa diskurs*.[271] Mot bakgrund av historien konstrueras målsättningen med nutidens reglering och det problem som den förväntas åtgärda. I det följande sammanfattar jag lagens egen narrativa diskurs så som den framkommer i de senaste utredningarna och propositionerna rörande sexualbrotten.[272]

Centralt i berättelsen om sexualbrotten är att skyddsintresset och motiven bakom kriminaliseringen av sexuella övergrepp har förändrats. Före 1800-talet var skyddsintresset ”familjens – eller snarare mannens – ära och ordningen i samhället”.[273] 1864 års strafflag framhålls som ett skifte som innebar att våldtäkt kom att förstås som ett brott mot den utsatta kvinnans frihet. [274] Ett annat skifte är då sedlighetsbrotten utformas som brott mot person genom brottsbalkens ikraftträdande 1965.[275] Syftet med att beivra sedlighetsbrotten blev då ”att bereda straffrättsligt skydd för barn och ungdomar mot sexuella kränkningar och att värna individens (kvinnans) integritet i sexuellt hänseende”.[276]

Ett äldre, förlegat, skyddsintresse (ära, den allmänna ordningen) ställs mot det moderna skyddsintresset (personlig, sexuell integritet). Genom beskrivningen av det som varit framställs reformer som uppgörelser med det förlegade (sedlighet, en negativ

---

[270] Hassan Jansson (2002), s. 16.
[271] Edenheim (2005). s. 27.
[272] SOU 1995:60; SOU 2001:14; prop. 2004/05:45; SOU 2010:71.
[273] SOU 2010:71, s. 52.
[274] Prop. 2004/05:45, s. 19, SOU 2001:14, s. 107.
[275] Prop. 2004/05:45, s. 20; SOU 2001:14, s. 107; SOU 2010:71, s. 52. Förarbeten till brottsbalksreformen: SOU 1953:14; prop. 1962 nr 10.
[276] SOU 2010:71, s. 52.

kvinnosyn). Lagstiftaren har tidigare haft till syfte att styra människors sexuella beteenden och deras frivilliga sexualliv, men så är inte längre fallet.[277]

Angående 1965 års brottsbalks införande anförs att ”[ä]ven om våldtäkt inom äktenskapet kriminaliserades slog dåtidens kvinnosyn igenom i lagstiftningen”.[278] På liknande sätt beskrivs motivet till reformen 1984 som att de rådande bestämmelserna var präglade av äldre tiders moralföreställningar i sexuella frågor och grundades på en föråldrad kvinnosyn.[279]

Reformen 1984 framställs i lagens narrativa diskurs som ett skifte där den föråldrade kvinnosynen förpassas till det gamla. Det ”ålderdomliga uttrycket sedlighetsbrott” ersattes med rubriken *Om sexualbrott*, straffbestämmelsen om våldförande upphävdes och våldtäktsbrottet ”gjordes könsneutralt”.[280] Utgångspunkten för reformen beskrivs som att ”kvinnan i varje situation hade rätt att bestämma över sin egen sexualitet, och att hennes önskan att inte ha samlag eller annat sexuellt umgänge ovillkorligen skulle respekteras.”[281]

Även den mindre reformen 1998, då våldtäktsstadgandet utvidgades, beskrivs som ett jämställdhetsprojekt; ”ett viktigt led i regeringens strävanden mot ett jämställt samhälle där kvinnor och män har lika rättigheter, skyldigheter och möjligheter.”[282]

Berättelsen karakteriseras av att det både vid reformernas genomförande och i samtiden råder konsensus om reformerna.[283] Konflikt och meningsskiljaktigheter utesluts ur beskrivningen av dåtiden. Exempelvis omnämns inte kvinnofridsutredningens förslag på mer omfattande reformer av sexualbrottsregleringen som aldrig genomfördes.[284] Förslag på avkriminaliseringar som i de två utredningar som föregick 1984 års reform nämns inte heller.[285] På så sätt skapas ett gemensamt och enhetligt vi i samtiden som ställs mot en enhetlig dåtid.

Lagens egen narrativa diskurs skapar en framgångsberättelse. Det görs genom formuleringar som att synen på sexualbrott har utvecklats, att synen på sexualbrotten har skärpts och att skyddet för den sexuella integriteten ska göras så heltäckande som möjligt.[286]

---

[277] SOU 2001:14, s. 107.

[278] Prop. 2004/05:45, s. 20. Detta eftersom fall då en man förgrep sig på sin hustru som huvudregel bedömdes som våldförande, ett lindrigare brott.

[279] Ibid., s. 21; SOU 2010:71. Förarbeten till 1984 års reform: SOU 1976:9; SOU 1982:61; prop. 1983/84:105.

[280] Prop. 2004/05:45, s. 20. Se även SOU 2010:71, s. 52 samt SOU 2001:14, s. 108.

[281] SOU 2001:14, s. 108.

[282] Prop. 2004/05:45, s. 20.

[283] Det ska noteras att propositioner ofta är resultatet av kompromisslösningar där tidigare konflikter i frågan osynliggörs, se Tollin (2011), s. 13.

[284] Se SOU 1995:60; prop. 1997/98:55.

[285] SOU 1976:9; SOU 1982:61.

[286] Prop. 2004/05:45, s. 20; SOU 2010:71, s. 52.

Berättelsen beskriver det som har varit, men denna beskrivning är samtidigt ett uttalande om sexualbrottsregleringen i samtiden. Nutiden görs genom beskrivningen av dåtiden. I förarbeten från 2000-talet är könsojämlikhet främst relevant i historieskrivningen och inte i den samtida problemformuleringen av sexualbrotten. Kvinnofridsutredningen står i detta avseende i kontrast till senare förarbeten, då könsojämlikhet inte placeras i en förlegad dåtid, utan i nutiden: ”Våldtäkt och andra sexuella övergrepp mot kvinnor uppfattas numera allt oftare som allvarliga uttryck för bristande jämställdhet mellan enskilda kvinnor och män, men även i samhället i stort.”[287]

Lagens egen narrativa diskurs uttrycker konsensus och fullkomlighet. Olika alternativ kan ha övervägts, men det val som har gjorts innebär den bästa, mest ändamålsenliga och effektiva lagstiftningen. Det är en friktionsfri framgångsberättelse i vilken varje reform har utgjort ett naturligt steg på vägen till den rådande sexualbrottslagstiftningen. Nyckelord är framgång (det blir bättre nu), avståndstagande (det gamla är förlegat) och skillnad (nu kommer något radikalt annorlunda).

Att den sexuella integriteten ska skyddas genom specifika straffrättsliga bestämmelser är en självklarhet i samtiden. Samtidigt är det inte givet vad som ryms i detta självklara. Syftet med att undersöka hur sexualbrotten har skapats i ett historiskt perspektiv är att begripliggöra sexualbrotten idag genom att undersöka dess tillblivande.

Frågor och material i kapitel 3–5

Undersökningen av hur sexualbrotten skapas i ett historiskt perspektiv görs med fokus på den lagstiftande praktiken i det straffrättsliga systemet. Jag undersöker förarbeten över tiden och huvudsakligen statliga utredningar och propositioner. Samtidigt ska denna undersökning sättas i relation till hur sexualbrotten skapas i den dömande praktiken, det vill säga att skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras genom rekursiva operationer i det straffrättsliga systemet.

Förarbeten till lagstiftningen kan analyseras ur olika utgångspunkter. En utgångspunkt är att undersöka hur det kriminalpolitiska problemet blir till i den politiska, samhälleliga diskursen.[288] Tonvikt kan då ligga på konflikter och det blir intressant att granska det politiska spelet kring statliga utredningar och propositioner, såsom utskottsbetänkanden, motioner och riksdagsdebatter, remissyttranden och debattartiklar i media.

---

[287] SOU 1995:60, s. 272.

[288] För sådana analyser, se exempelvis Wendt Höjer (2002); Tollin (2011).

En annan utgångspunkt kan tas i förarbeten som straffrättsliga kommunikationer. Det är i detta avseende som jag studerar förarbeten. I förarbeten anges vad som ska vara kriminaliserat och på vilka grunder. Kriminalpolitiska problemformuleringar i förarbeten görs genom andra samhälleliga diskurser, det vill säga det straffrättsliga systemets miljö. Religion, sedlighet, sexologi, psykiatri, och medicin är exempel från materialet.

Avhandlingens två frågeställningar genomsyrar kapitel 3–5. Den första frågeställningen lyder: Hur har skyddsvärdhet och straffvärdhet konstruerats i fråga om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet från 1864 års strafflag fram till 2013? Den andra frågeställningen lyder: Hur konstrueras skyddsvärdhet och straffvärdhet i fråga om sexuellt ofredande och ofredande i det straffrättsliga systemet idag?

Det som utmärker dessa kapitel i förhållande till senare är att frågorna huvudsakligen ställs till den lagstiftande praktiken och den rättsvetenskapliga praktiken och att de riktas mot en längre tidsperiod. Vad avser perioden fram till 1965 har också Högsta domstolens avgöranden inkluderats (kapitel 3).[289]

Som jag har beskrivit i kapitel 1 är sexuellt ofredande det specifika brott varigenom jag studerar sexualbrotten. Detta gäller även för kapitel 3–5. Således kan en tredje frågeställning som är specifik för kapitel 3–5 formuleras: Hur har skyddsvärdhet och straffvärdhet konstruerats i fråga om sexuellt ofredande och ofredande i den lagstiftande och den rättsvetenskapliga praktiken från 1864 års strafflag fram till 2013?

Undersökningen inleds i 1864 års strafflag. Startpunkten motiveras av att det är genom 1864 års strafflag som den moderna straffrätten växer fram. Perioden som behandlas i kapitel 3, 1864 års strafflag fram till brottsbalkens tillkomst 1965, är i förhållande till övriga perioder mycket lång och flertalet reformer av strafflagen genomförs under första hälften av 1900-talet Dessa behandlas endast översiktligt.

Förarbetena till 1864 års strafflag är knapphändiga. För perioden 1864–1965 har jag studerat lagkommentarer och andra rättsvetenskapliga texter som behandlar sedlighetsbrotten, samt i viss mån avgöranden från Högsta domstolen. För de efterföljande perioderna, som jag behandlar i kapitel 4 och 5, är det främst förarbeten – propositioner och statens offentliga utredningar – som studerats. Dock beaktas även lagkommentarer och andra rättsvetenskapliga texter.

I förarbetena är det huvudsakligen tre områden jag analyserat. Det ena utgörs av de inledande avsnitt som vanligen rubriceras *allmänna utgångspunkter* eller liknande. Sådana avsnitt placerar den aktuella reformen i en kontext. Här ges ofta allmänna uttalanden om sexualbrotten och motiveringar kring vad som bör skyddas genom denna lagstiftning. Bilagor till utredningarna inkluderas då dessa visar på vilken typ av kunskap som problemformuleringarna görs utifrån. Det andra området är rekvisit

[289] Vägledande avgöranden efter 1965 behandlar jag i kapitel 6. Detta motiveras av att det är då som 6 kap. BrB får en utformning som i hög grad liknar den som nu gäller.

som är specifika för sexualbrotten, det vill säga sexualhandlingarna i stadganden om sexualbrott mot person.[290] Det tredje området utgörs av brottet sexuellt ofredande och brottet ofredande.[291]

Ofredande kriminaliserades först genom brottsbalken 1965 och har sedan dess endast ändrats en gång, då straffskalan höjdes år 1993. Ofta aktualiseras gränsdragningen mellan sexuellt ofredande och ofredande i förarbetena till sexualbrotten. Utifrån avhandlingens frågeställningar har jag inte funnit det motiverat att göra en särskild studie av fridsbrotten som brottskategori, utan ofredande vävs in i den kronologiska redogörelsen för sexualbrotten.

Undersökningen av hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras innebär mer konkret att jag ställt följande frågor till materialet: Vilka problem formuleras? Hur motiveras kriminalisering eller avkriminalisering? Hur beskrivs sedlighetsbrottens/sexualbrottens skyddsintresse? Vilka avgränsningar görs av lagrummen och hur motiveras dessa? Vilka exempel ges på straffvärda handlingar?

Bakgrund till kapitel 6–7

Kriminalpolitiska problemformuleringar och andra kommunikationer om sexualbrotten i den lagstiftande praktiken säger en del om hur sexualbrotten skapas. Men som jag framhållit i avsnitt 2.4 behöver den lagstiftande praktiken inte avgöra om en handling är straffvärd eller inte. Lagstiftaren kan peka ut en riktning för vad som bör bestraffas, men frågan om vad som är ett sexuellt ofredande, eller ett ofredande, hänskjuts till domstolarna. Den dömande praktiken utgör på så vis det straffrättsliga systemets centrum. Domstolarna måste ta – och tar – ställning till vad som exempelvis är en straffvärd kränkning av en persons sexuella integritet i avgöranden som rör sexuellt ofredande.

Jag urskiljer vägledande avgöranden som en särskild typ av dömande praktik. Med vägledande avgöranden avses avgöranden från Högsta domstolen och publicerade hovrättsavgöranden. Dessa behandlas i kapitel 6. Skälet för att urskilja denna typ av avgöranden är att Högsta domstolen ges en rättsbildande uppgift i det straffrättsliga systemet. Högsta domstolen ska huvudsakligen bevilja prövningstillstånd då rättsläget anses vara oklart.[292] Avgörandena ska tala om inte bara

[290] I samtida sexualbrottslagstiftning avses rekvisitet sexuell handling samt sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet, se kapitel 1.3. Tidigare motsvarigheter är *otukt* i 1864 års strafflag som vid 1965 års reform kommer att bli dels *samlag*, dels *könsligt umgänge*. Vid 1984 års reform ersätts könsligt umgänge med *sexuellt umgänge*, som genom 2005 års reform kommer att benämnas *sexuell handling*.

[291] Äldre motsvarighet till sexuellt ofredande är *tukt- och sedlighetssårande handling* (1864 års strafflag) och *otuktigt beteende* (brottsbalken fram till 1984).

[292] Enligt rättegångsbalken (1942:740) 54 kap. 10 § får prövningstillstånd beviljas endast om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen, eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att domvilla

hur det är i detta fall, utan hur det böra vara i framtiden. På så sätt uppvisar Högsta domstolen likheter med den lagstiftande och rättsvetenskapliga praktiken. Ett annat skäl är att det i förarbeten, lagkommentarer och underrättsavgöranden explicit refereras till HD-avgöranden och till RH-fall. [293] Till skillnad från andra avgöranden upprepas de i andra straffrättsliga praktiker.

För att beskriva hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i det straffrättsliga systemet inkluderar jag också ett urval av underrättsavgöranden. Min tolkning av dessa behandlas i kapitel 7.

Frågor och material i kapitel 6–7

Jag har analyserat avgörandena utifrån två angreppssätt. Det första sätter fokus på vilka problem som formuleras i den dömande praktiken, det vill säga vilka spörsmål som framkommer i Högsta domstolens avgöranden, i RH-avgöranden och i underrättsavgörandena. I de sistnämnda kommer sådana spörsmål främst till uttryck genom att hovrätten gör en annan bedömning än tingsrätten, eller genom att det finns skiljaktiga meningar. Utifrån detta angreppssätt drar jag paralleller till motstridigheter som framkommer i kapitlen 3–5 i fråga om hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras.

Det andra angreppssättet sätter fokus på hur straffvärda handlingar skapas i de enskilda avgörandena, och används främst i kapitel 7. Min analys tar huvudsakligen sin början där domskälen har kommit fram till vad som är styrkt i målet, och omfattar således inte bevisfrågor och hur bevisvärderingen görs.[294]

Frågan om hur straffvärda handlingar skapas i enskilda avgöranden ställs mot bakgrund av att varje avgörande utgör kommunikationer som konstruerar programmet skyddsvärdhet och straffvärdhet. Men på samma gång är programmet skyddsvärdhet och straffvärdhet en struktur utifrån vilken straffvärda handlingar skapas i avgörandet. Frågan innebär att jag undersöker förhållandet mellan å ena sidan omständigheterna i det enskilda fallet (fakta, extern referens) och å andra sidan förutsättningar för straffansvar (norm, självreferens). Enklare uttryckt tar min tolkning sikte på vilka typer av handlingar som känns igen som straffvärda i den dömande praktiken.

---

förekommit eller att målets utgång i hovrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

[293] Ett avgörande som har publicerats som RH-fall kommer att inta en annan position i det rättsliga systemet. Jämför rättsinformationsförordningen (1999:175) 6 §.

[294] Jämför Andersson (2004), s. 19.

I kapitel 6 respektive 7 utvecklar jag mer i detalj hur jag går tillväga för att tolka avgörandena.

Materialet i kapitel 6 utgörs av avgöranden från Högsta domstolen och publicerade hovrättsavgöranden (RH-fall) från brottsbalkens tillkomst 1965 till 2013. Inte alla avgöranden som rör sexualbrotten och ofredande har inkluderats.

Urvalet av avgöranden från Högsta domstolen har styrts av avhandlingens syfte, det vill säga att beskriva hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i fråga om sexualbrotten mot person.[295] Vad gäller andra sexualbrott än sexuellt ofredande har jag avgränsat urvalet till avgöranden i vilka Högsta domstolen explicit tagit ställning till sexualhandlingen. Vad gäller sexuellt ofredande och ofredande har jag inte inkluderat avgöranden där det som har överklagats till Högsta domstolen endast rör annan åtalspunkt eller en processrättslig fråga. Avgöranden där påföljdsfrågan eller skadeståndsfrågan är det enda som prövas av högre instans har huvudsakligen exkluderats.[296]

Urvalet av publicerade avgöranden från hovrätterna (RH-fall) har begränsats till avgöranden i vilka domskälen innehåller resonemang om huruvida den tilltalade ska dömas för sexuellt ofredande respektive ofredande.

Materialet i kapitel 7 utgörs av domar i mål rörande sexuellt ofredande och ofredande avgjorda under 2008 i samtliga hovrätter i Sverige.[297] Jag har valt hovrättsavgöranden, och inte tingsrättsavgöranden, eftersom hovrättsavgöranden ger en uppfattning om vad som är problematiskt i det straffrättsliga systemet. Detta framkommer genom avgöranden där hovrättens bedömning skiljer sig från tingsrättens.

En nackdel med att inte inkludera tingsrättsavgöranden är att en del av den dömande praktiken inte representeras, nämligen de fall som inte överklagas till hovrätt eller som överklagas och inte beviljas prövningstillstånd.[298] I analysen av de insamlade hovrättsdomarna har jag dock även inkluderat tingsrättens domskäl.

Urvalet har gjorts utifrån om sexuellt ofredande eller ofredande nämns i ärendemeningen i hovrätternas registrering. Avgöranden där skuldfrågan inte har

---

[295] För andra studier av Högsta domstolens avgöranden rörande sexualbrott, se ibid., s. 169 f. samt Sutorius & Diesen (2014), kapitel 4 och 7.3.

[296] Ett par sådana fall har dock, som framgår av kapitel 6, inkluderats som exempel.

[297] Hovrätten för Övre Norrland (HÖN), Hovrätten för Nedre Norrland (HNN), Hovrätten för Västra Sverige (HVS), Hovrätten över Skåne och Blekinge (HSB), Göta Hovrätt (HGO) samt Svea Hovrätt (HSV).

[298] Prövningstillstånd till hovrätt krävs endast om den tilltalade antingen som enda påföljd dömts till böter eller frikänts från ansvar för brott för vilket det inte är föreskrivet svårare straff än fängelse i sex månader, se rättegångsbalken (1942:740) 49 kap. 13 §. Enligt 14 § samma kapitel ska prövningstillstånd meddelas om (1) det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som tingsrätten har kommit till, (2) det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som tingsrätten har kommit till, (3) det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller (4) det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

överklagats till hovrätt (endast påföljden har överklagats, eller en annan åtalspunkt har överklagats) har sorterats bort. [299] Skälet till att jag valt ut avgöranden från år 2008 var att jag ville ha ett urval från den dömande i praktiken i nutiden, och jag samlade in materialet år 2009.

Totalt utgörs materialet av 47 domar rörande sexuellt ofredande och 22 domar rörande ofredande. I 8 av de 47 domarna rörande sexuellt ofredande förekommer separata åtalspunkter för ofredande, eller att ofredande övervägs som möjlig rubricering istället för sexuellt ofredande.

I tjugo av avgörandena som rör sexuellt ofredande förs det längre resonemang i domskälen om huruvida gärningen är att bedöma som sexuellt ofredande eller inte. Hälften av avgörandena som rör ofredande innehåller utförligare domskäl. Övriga fall kan bestå av längre resonemang om bevisningen, särskilt om huruvida målsägandens berättelse kan läggas till grund för domen, men i fråga om lagrummets tillämplighet består domskälen av en kort subsumtion. De mer substantiella fallen innehåller ofta bedömningar av var gränserna för lagrummen går. Ofta skiljer sig hovrättens avgörande från tingsrätten, eller så finns skiljaktiga meningar om lagrummens tillämplighet. Jag har inkluderat även de kortfattade avgörandena i min analys. Att avgörandet framstår som rättsligt oproblematiskt ger uttryck för hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras. Detta utvecklar jag i kapitel 7.

Genomgående har namn i domarna bytts ut mot *tilltalad*, *målsägande*, eller *vittne*, så även då jag citerar ur domskälen. Då det förekommer flera tilltalade eller målsägande i en dom har jag för tydlighetens skull använt bokstäver för att benämna parterna.

[299] Jag har även exkluderat fyra domar (ett rörande sexuellt ofredande, tre rörande ofredande) i vilka inte någon av instanserna finner det styrkt att den åtalade personen är den person som har begått den påstådda gärningen.

3 Sedlighetsbrotten – från 1864 års strafflag till 1965 års brottsbalk

Enligt lagens egen narrativa diskurs började sexualbrottens skyddsintresse ta form under 1800-talet men genomfördes mer konsekvent vid mitten av 1900-talet.[300] I denna diskurs görs ett avståndstagande gentemot det skyddsintresse som präglade lagstiftningen fram till brottsbalkens tillkomst. Sedlighetsbrott i 1964 års strafflag (SL) var brott mot den allmänna moralen och ordningen i samhället medan sexualbrott i nutiden är brott mot den personliga integriteten.

De första fyra avsnitten i detta kapitel ägnas åt 1864 års strafflag fram till och med 1940-talet. Jag använder rättsvetenskapliga texter, förarbeten, avgöranden från Högsta domstolen samt tidigare forskning om strafflagen. I avsnitten behandlas sedlighetsbrotten generellt, men också våldtäktsbrottet kommer att behandlas. Särskild vikt läggs vid brottet sårande av tukt och sedlighet som föregår brottet sexuellt ofredande.

I avsnitt 3.1 redogör jag för vad som stadgades i 1864 års strafflag i fråga om våldtäkt och sedlighetsbrotten samt ger en kort sammanfattning av för avhandlingsämnet centrala lagändringar. I avsnitt 3.2 redogör jag för hur sedlighetsbrottens skyddsintresse formuleras på ett komplext sätt. Jag visar hur skyddsvärda subjekt framkommer i formuleringar av vad våldtäktsbrottet och sedlighetsbrotten skadar. I avsnitt 3.3 beskriver jag hur sexualhandlingarna, främst rekvisitet otukt respektive rekvisitet sedlighetssårande handling, avgränsas och definieras. Avsnitt 3.4 innehåller en sammanfattande tolkning av perioden före brottsbalksreformen.

Därefter ägnas kapitlet åt brottsbalksreformen. Avsnitt 3.5 behandlar hur sedlighetsbrotten utformas i förarbetena till reformen, och vad det innebär att sedlighet avfärdas som skyddsintresse till förmån för sexuell integritet. I brottsbalken skapas brottet otuktigt beteende utifrån det brott som i strafflagen hade benämnts sårande av tukt och sedlighet. Avsnitt 3.6 ägnas åt detta brott samt nykriminaliseringen ofredande. Kapitel 3 avslutas med en sammanfattande tolkning av hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i förarbetena till brottsbalken.

---

[300] Se kapitel 2.6 angående lagens narrativa diskurs.

3.1 Våldtäkt och sedlighetsbrotten i 1864 års strafflag

Det som i vid mening idag kan kallas för sexualitetsrelaterade brott reglerades i olika kapitel i strafflagen: brott emot annans frihet (15 kap SL), äktenskapsbrott (17 kap SL) samt sedlighetsbrott (18 kap SL).[301] Min undersökning är avgränsad till att behandla våldtäktsbrottet i 15 kap strafflagen och sedlighetsbrotten. Våldtäktsbrottet har inkluderats av det skälet att det genom brottsbalksreformen 1965 kommer att föras över till sedlighetsbrotten och idag utgör det sexualbrottens huvudbrott. Utöver övergripande kriminalpolitiska motiveringar och uttalanden om sedlighetsbrottens skyddsintresse fokuserar jag dels på rekvisitet *otukt*, som förekommer i flertalet stadganden rörande sedlighetsbrotten och som vid brottsbalkens tillkomst ersätts med rekvisiten *samlag* respektive *könsligt umgänge*, dels på brottet *sårande av tukt och sedlighet*, 18 kap 13 § SL, som senare kom att bli sexuellt ofredande.

I det följande beskrivs kort de brott som reglerades i 15 kap. (våldtäkt) och 18 kap. (sedlighetsbrotten) strafflagen och därpå följer en översikt över reformer av sedlighetsbrotten under 1900-talet.

Våldtäkt och sedlighetsbrott

Våldtäktsbrottet var placerat bland brott mot annans frihet i 15 kap. strafflagen. I såväl lagkommitténs förslag till allmän criminallag 1832 som lagberedningens förslag till straffbalk 1844 har våldtäktsbrottet placerats i detta kapitel.[302]

15 kap. 12 § strafflagen stadgade: ”Tager man qvinna med våld och, emot hennes vilja, med henne öfvar otukt, eller tvingar man henne dertill genom hot, som innebär trängande fara varde dömd” för våldtäkt. I 13 § stadgades såsom våldtäkt också att försätta en kvinna i yrsel, sömn eller vanmakt, ”så att hon saknat bruket av

---

[301] Missgärningsbalken (av år 1734) stadgade om sexualitetsrelaterade brott i flertalet kapitel: tidelag (kap. 10), kvinnofrid (kap. 22), lönskaläge och lägersmål (kap. 53-54), enfalt hor (kap. 55), tvefalt hor (kap. 56), koppleri och skörlevnad (kap. 57), lägersmål med syskonbarn, samt blodskam och lägersmål i andra förbjudna led (kap. 58-59). Hassan Jansson (2002) gör en djupgående analys av våldtäktspraxis perioden 1600-1800. För historisk översikt av våldtäkt och relaterade brott se Sutorius & Diesen (2014), kapitel 2; Andersson (2004), s. 78-92 samt Wennberg (2004). För lagstiftningsprocessen kring 1864 års strafflag, se Häthén (2004), s. 206-208, Bergenheim (2005), s. 54-61, samt Rydström (2003), s. 30-41.

[302] I förslagen 17 kap. respektive 18 kap. Det kapitel som i missgärningsbalken hette ”Om qwinnofrid” flyttades (i princip i sin helhet) således in under rubriken brott emot annans frihet. Missgärningsbalkens våldtäktsstadgande (kap. 22 § 1) stadgade såsom våldtäkt ”tager man qwinno med wåld, och emot hennes wilja främjar sin onda lusta”. Med våldtäkt likställdes två andra fall:”Häfdar man afwita qwinno, eller then, som ej fyllt tolf åhr; ware lag samma”. Dessa placerades bland sedlighetsbrotten i 1864 års strafflag.

fri vilja eller varit ur stånd att sig värja" och då öva otukt med henne. Om någon utövat otukt med kvinna som befann sig i ett sådant tillstånd, utan att han orsakat detta tillstånd, dömdes för våldtäkt enligt 15 §.

Sedlighetsbrotten inleddes med stadganden om incest, eller blodskam. I 1 § kriminaliserades otukt mellan förälder och barn eller barns avkomling. 2 § reglerade dels otukt mellan förälder och barns eller barnbarns maka, dels otukt mellan styvförälder och styvbarn eller styvbarnbarn. Otukt mellan syskon stadgades det om i 3 §, liksom otukt med syskonbarn i 4 §. Slutligen reglerades i 5 § otukt mellan personer som är i svågerlag. Strafflagen föreskrev straff både för förälder och för avkomling.

6-8 §§ 18 kap SL kriminaliserade otukt som är förenad med missbruk av överordnad ställning och "af annans *oförmåga att värja sig för förförelsen*".[303] I 6 § stadgades om "religions- eller skollärare, uppfostrare eller läromästare" som övar otukt med ungdom som "de till undervisning eller uppfostran hafva". Likaså gäller detta fosterföräldrar i relation till fosterbarn samt förmyndare i relation till myndling. I andra stycket 6 § stadgades om "styresman, föreståndare eller annan tjensteman, läkare, uppsyningsman eller vaktbetjent" som över otukt med intagen "qvinsperson" på "straffinrättning, häkte, sjukhus, fattighus, barnhus eller annan sådan inrättning".

I 18 kap. 7–8 §§ reglerades otukt som är förenad med annans oförmåga att värja sig för förförelsen. 7 § kriminaliserade dels otukt med kvinna som ej fyllt tolv år, dels otukt med kvinna som fyllt tolv men ej femton år. Otukt med afvita kvinna stadgades om i 8 §. Lagkommittén motiverade inte varför otukt med underårig eller avvita kvinna placeras bland sedlighetsbrotten, och inte i 15 kap. tillsammans med våldtäktsbrotten.[304]

Så kallat lönskaläge, det vill säga otukt mellan ogift man och ogift kvinna, var kriminaliserat med vissa begränsningar i 9 § 18 kap. strafflagen.[305]

18 kap. 10 § kriminaliserade de sodomitiska synderna: "Öfvar någon med annan person otukt, som emot naturen är, eller öfvar otukt med djur; varde dömd till straffarbete i högst två år". I början av perioden kriminaliserades tidelag, samkönade sexuella handlingar samt onaturlig otukt mellan man och kvinna men kriminaliseringens omfattning kom att förändras genom Högsta domstolens praxis, framför allt under slutet av 1800-talet och de första årtiondena av 1900-talet.[306]

---

[303] Carlén (1866), s. 319, kursiv i original.

[304] Lagkommittén (1832), s. 69. Kommittén konstaterade att i missgärningsbalken betraktades dessa brott såsom lika straffbart som våldtäkt. Otukt med kvinna som är mellan tolv och femton år var i förhållande till missgärningsbalken en nykriminalisering.

[305] Straff skulle endast utdömas i det fall att kvinnan har fått barn och mannen, efter lagsökning av kvinnan, har ålagts att ge underhåll till barnet. Endast mannen straffas, "emedan han antages vara förförare", Carlén (1866), s. 321. Lönskaläge avkriminaliserades 1918.

[306] Se Rydström (2003), s. 37 f.

Den som främjar otuktig levnad genom koppleri eller håller sådant hus där otukt drivs, straffades enligt 18 kap. 11 § första stycket. Andra stycket i samma paragraf kriminaliserade ”qvinna, som i dylikt hus låter bruka sig till skörlefnad”. 12 § reglerade ett särfall av koppleri, nämligen då: ”Föräldrar, fosterföräldrar, förmyndare, lärare eller andre, som genom koppleri till otukt förleda barn eller dem, som står under deras lydnad eller uppsigt ställde äro”. Enligt Carlén är den ”till otukt förledda qvinnan” straffri, så länge inte otukten antar sådan kontinuitet som kvalificerar den till skörlevnad och därmed straffbar enligt 11 §.[307]

18 kap. strafflagen innehöll även brotten äventyrligt spel, fylleri och misshandel av kreatur.[308]

I 1864 års strafflag stadgades i 18 kap. 13 § om sårande av tukt och sedlighet:

> Sprider någon ut eller håller till salu eller utbjuder skrift, målning, teckning eller bild, som tukt och sedlighet sårar; straffas med böter eller fängelse. Lag samma vare, om man genom annan gärning sårar tukt och sedlighet, så att allmän förargelse eller fara för andras förförelse därav kommer.[309]

Paragrafen beskrev två typer av gärningar. Enligt första meningen skulle den som sprider ut eller håller till salu eller utbjuder skrift, målning, teckning eller bild, som tukt och sedlighet sårar straffas med böter eller fängelse. Andra meningen kriminaliserade den som ”genom annan gärning sårar tukt och sedlighet, så att allmän förargelse eller fara för andras förförelse därav kommer”.

Genom brottsbalksreformen kom den andra meningen att omformuleras och rubriceras som *otuktigt beteende*. 1984 års reform innebar att bestämmelsen om otuktigt beteende omrubricerades till sexuellt ofredande. Nutidens bestämmelse om sexuellt ofredande i 6 kap. 10 § BrB kan således spåras bakåt till sårande av tukt och sedlighet i strafflagen. Sexuellt ofredande i nu gällande lag är i vissa hänseenden en uppsamlingsparagraf för handlingar som inte omfattas av andra bestämmelser i 6 kap. BrB. Andra meningen i 18 kap. 13 § tycks ha haft en liknande funktion.[310]

---

[307] Carlén (1866), s. 321.

[308] Dessa tillkom sent i lagstiftningsprocessen.

[309] Stadgandet tillkom genom 1864 års lag, någon motsvarighet fanns inte i äldre rätt. Stjernberg (1922), s. 67.

[310] Se Lagutskottets betänkande 1863 no. 35, s. 30, samt Carlén (1866), s. 324. Se även Stjernberg (1922), s. 49: otukt med djur föreligger endast om det finns en beröring med djurets kropp som innebär en akt av direkt tillfredsställande av könsdriften hos den handlande själv, ”[i] annat fall kan på sin höjd 18:13 tillämpas”. Se även i Almquist (1938) angående en motion till 1933 års riksdag om upphävande av 10 § 18 kap SL, i remissvar yttrades att trots avkriminaliseringen skulle tidelag ändå kunna bestraffas enligt 18 kap 13 §. Liknande uttalande görs i SOU 1935:68, s. 84., vari avkriminalisering av otukt mot naturen föreslås. I betänket framhölls att ”utan hinder av den föreslagna principiella strafflösheten för homosexuella handlingar, [ska] sådana yttringar av

Den andra meningen innehåller ett huvudrekvisit: *annan gärning, som sårar tukt och sedlighet*; och två alternativa rekvisit: *allmän förargelse* eller *fara för andras förförelse*. *Allmän förargelse* innebar att gärningen skulle ha väckt förargelse samt ägt rum med en viss grad av offentlighet, det vill säga inför en krets av ett flertal personer. *Fara för förförelse* syftade främst på barn och ungdomar. Något krav på offentlighet ställdes inte upp i de fallen.

I flertalet av sedlighetsbrottens stadgande förekom rekvisitet otukt. Rekvisitet i 18 kap. 13 §, *sårande av tukt och sedlighet*, skiljde sig från *otukt* på ett liknande sätt som de handlingar som omfattas av sexuellt ofredande i nutida lagstiftning skiljs från rekvisitet sexuell handling.

Översikt av reformer

Jag redogör här kort för reformer av strafflagen efter dess ikraftträdande 1864.

1910 kriminaliserades olika typer av hantering av preventivmedel genom att ett andra stycke infördes i 18 kap. 13 §.[311] Kriminaliseringen upphävdes år 1937.

1918 genomfördes en reform av strafflagen som innebär att lönskaläge i 9 § 18 kap. strafflagen avkriminaliserades.[312] I 9 § placerades i stället brottet ”otukt med avvita kvinna”. Även skörflevnad i 11 § 18 kap. SL, det vill säga kvinnor som med viss kontinuitet sålde sexuella tjänster, avkriminaliserades. 11 § kommer således efter 1918 endast att reglera det som kan kallas för koppleri med en nutida term. Samtidigt med denna reform avskaffas reglementeringssystemet av prostituerade.[313]

Knappt tjugo år senare, 1937, genomfördes flera reformer av våldtäktsbestämmelserna och sedlighetsbrotten.[314] I 15 kap. strafflagen infördes 15a §, som stadgades om att förmå kvinna till otukt ”genom annat våld eller hot om brottslig gärning än i 12 § avses, eller medelst hot att åtala eller angiva någon för brott

---

homosexuella böjelser som såra den yttre anständigheten naturligtvis alltjämt kunna åtkommas jämlikt 18 kap. 13 § 1 mom.”

311 ”Där någon offentligen utställer eller förevisar föremål, som är avsett för otuktigt bruk eller till att förebygga följder av könsumgänge; eller i skrift, som han utsprider, eller eljest genom tillkännagivande för allmänheten till salu utbjuder eller själv eller genom annan till försäljning kringför dylika föremål; eller under sådana förhållanden, att allmän fara för andras förförelse därav kommer, vare sig muntligen eller genom utspridande av skrift söker förleda till användande av föremål, som nu sagts, eller meddelar anvisning om sättet för deras användande; varde, ändå att gärning ej är sådan som i 1 mom. Sägs, dömd efter ty där stadgas.” prop. 1910 nr 223. Se om stadgandet i Stjernberg (1922), s. 78.

312 Prop. 1918 nr 155.

313 Prop. 1918 nr 154. Lag (1918:460) angående åtgärder mot utbredning av könssjukdomar trädde istället i kraft.

314 SOU 1935:68; prop. 1937 nr 187; SFS 1937:242.

eller att om någon lämna menligt meddelande".[315] Detta innebar en utvidgad kriminalisering av våldtäkt avseende det våld eller hot som krävdes.

Horsbrotten i 17 kap. strafflagen avskaffades liksom incestbrotten i 18 kap. 4-5 §§ (otukt mellan syskon och den andres avkomling samt otukt mellan personer som är besvågrade).[316] Även incestbrotten i 1–3 §§ 18 kap. strafflagen reformerades. Vid incestbrott mellan föräldrar och barn eller barnbarn (1 §) eller mellan styvföräldrar och styvbarn (2 §) skulle inte längre avkomlingen straffas i samma omfattning som tidigare.[317] Den nytillkomna 2 a § stadgade att den som förmåtts till handlingen genom grovt missbruk av beroendeställning, eller den som var under 18 år, inte skulle bestraffas. Otukt mellan syskon förblev kriminaliserat i 3 §.

Reformen medförde också avseende otukt med minderårig att pojkar under 15 år omfattades på samma sätt som flickor. 8 § 18 kap. strafflagen stadgade om "någon övar otukt med barn som ej fyllt femton år". Såväl kvinnor som män kunde dömas enligt propositionen.[318] Ett nytt brott infördes i 8 a §. Härigenom bestraffades den som genom "grovt missbruk av överordnad ställning" förmår en kvinna som ej fyllt arton år till otukt. Otukt med avvita kvinna utvidgades till att omfatta otukt med kvinna som är sinnessjuk eller sinnesslö, vilket stadgades om i 9 § 18 kap. strafflagen.[319]

Avkriminalisering av otukt mot naturen i 10 § 18 kap. strafflagen föreslogs i den utredning som föregick 1937 års reformer (SOU 1935:68). I 1937 års proposition framlades dock inte ett sådant förslag, med hänvisning till att frågan inte var färdigberedd.[320] En ny utredning tillsattes som lämnade betänkandet SOU 1941:32. År 1944 avkriminaliserades otukt mot naturen men samkönade sexuella handlingar i vissa fall var även i fortsättningen kriminaliserade i 18 kap. 10 §.[321]

---

[315] Prop. 1937 nr 187, s. 65 f.
[316] Ibid., s. 69 f.
[317] Ibid., s.72 f.
[318] Ibid., s.79 f.
[319] Ibid., s. 84 f.
[320] Ibid., s. 93-94.
[321] Den som övar otukt med annan av samma kön som ej fyllt femton år, bestraffades enligt den nya lagstiftningen. Detsamma gällde otukt med person av samma kön som var mellan femton och arton år, under förutsättning att "han själv" var över arton år. Även den som övade otukt med någon mellan arton och tjugoett år bestraffades enligt denna paragraf, dock endast om den handlande fyllt arton år och utnyttjat den andres "oerfarenhet eller beroendeställning". SOU 1941:32; prop. 1944 nr 13; SFS 1944:167. År 1944 stiftades även lag (1944:133) om kastrering.

3.2 En komplex konstruktion – sedlighet och skyddsvärda subjekt i 1864 års strafflag

I det här avsnittet redogör jag för hur sedlighetsbrottens skyddsintresse beskrivs. Jag konstaterar att skyddsintresset formuleras som att samhällets ordning och moral ska skyddas från demoralisation. Demoralisationsprincipen ersätter hänvisningar till den kristna läran som skäl för kriminalisering. Skyddsintresset är den allmänna sedligheten, eller som Träskman uttrycker det, skyddet av folksjälen.[322] Jag visar dock att individen inte är obetydlig i beskrivningar av vad det är som skadas av sedlighetsbrott. Det skyddsvärda konstrueras inte bara genom hänvisning till upprätthållandet av samhällelig moral, utan också med hänvisning till individuell sedlighet och specifikt skyddsvärda subjekt.

Sedernas helgd och den individuella sedlighetskänslan

Lagkommittén 1832 anför att såsom brott mot sedlighet betraktas ”de arter av otuktiga gerningar (delicta carnis), hwilka ej, på den grund, att de tillika innefatta kränkning av särskilda privaträttigheter, blifwit under andra Kapitel hänförda, såsom wåldtägt, hor, twegifte, m.fl.”[323] Uttalandet kan tolkas som att sedlighetsbrotten inte kränker någon individ (vilket våldtäkt och hor gör).

Vad är det då som sedlighetsbrotten kränker? Till skillnad från tidigare lag, 1734 års missgärningsbalk, motiveras sedlighetsbrotten inte med explicit hänvisning till religion.[324] Den mosaiska lagen har spelat ut sin roll som skäl för kriminalisering och ersatts med hänvisningar till den borgerliga ordningen och goda seder.

Detta visar sig exempelvis i att straffen för blodskamsbrotten sätts ned. Tidigare hade dessa brott belagts med dödsstraff. I motiven till straffmildringen hänvisas till ”graden av osedlighet” och deras skadliga inflytande på ”samhällets wäl”.[325] Blodskam, eller som det formuleras, otukt mellan personer som är i släktskap eller svågerskap, är en kränkning av ”borgerlig ordning och goda seder”. Denna typ av kränkning är dock inte lika farlig som gärningar som är riktade mot statens existens eller medborgares liv och välfärd, enligt lagkommittén.[326]

Ett annat exempel är tidelag, som kriminaliserades såsom otukt mot naturen i 18 kap. 10 § strafflagen. Det religiösa motivet för kriminalisering var på 1800-talet ej

---

[322] Träskman (1998), s. 362-364.

[323] Lagkommittén (1832), s. 68. Se även Carlén (1866), s. 319, som menar att brotten mot sedlighet ”icke kränka några särskilda privaträttigheter”.

[324] Häthén (2004), s. 159-165, 201.

[325] Lagkommittén (1832), s. 68.

[326] Ibid., s. 68.

längre relevant; otukt med djur behövde inte straffas med döden för att avvärja Guds vrede.[327]

I brottet *otukt mot naturen* inkluderas förutom tidelag också samkönade sexuella handlingar. Lagkommittén konstaterade att i missgärningsbalken hade ”några besynnerliga mål, som sällan förefalla, blifwit, efter noga öfwerwägande, utelemnade”.[328] Tidelag hade varit kriminaliserat också i missgärningsbalken, men inte samkönade sexuella handlingar.[329] Med hänvisning till ”sedernas helgd” och ”följder för samhället” motiverades kriminalisering också av dessa:

> Men ehuru mycken afsky detta emot naturen stridande brott än må wäcka [tidelag], är det dock till sina följder för samhället mindre wådligt, än andra onaturliga sätt, hwaråt otuktsbrott utöfwas, då det sker emellan personer. Till bewarande af sedernas helgd, hafwa alla senare lagstiftningar funnit sig föranlåtne att belägga slika gerningar med straff, och de hafwa ej ansetts så främmande, att Commiteen trott sig kunna undgå, att i lagförslaget införa en allmän straffbestämmelse, som innefattar ej allenast tidelag, utan äfwen annan emot naturen stridande otukt.[330]

Av motiven för att bestraffa blodskam mellan vuxna individer och otukt mot naturen är frånvaron av skyddsvärda subjekt framträdande. Det som kränks är samhällets väl och sedligheten. Att dessa brott successivt avkriminaliseras (år 1937 respektive 1944) och inte är kriminaliserade idag visar på en skillnad mellan dåtidens och nutidens skyddsintresse.

I rättsvetenskapliga texter från första hälften av 1900-talet beskrivs skälen för kriminalisering av sedlighetsbrotten genom begreppet *demoralisationsprincipen*. Demoralisationsprincipen har till syfte att bevara sedernas helgd.[331] Nils Stjernberg beskriver sedlighetsbrotten som *delicta publica*: ”det är i första hand samhällets intresse att motverka ett undergrävande av den allmänna sedligheten inom folket, icke kränkandet av enskildes sedliga känsla, som utgör grunden för straffs inträde.”[332]

Nils Hellichius framhåller dock att det inte är helt lätt att konstruera ett enhetligt bestämt angreppsobjekt för sedlighetsbrotten.[333] Dels handlar sedlighet om ”statsmakternas sträfvan att, i det kulturella framåtskridandets namn, hålla sexualiteten inom de för en ordnad sammanlefnad mellan individerna nödiga och nyttiga skrankor”.[334] Sedlighet är då att iaktta samhällets regler för sexuella

---

[327] Liliequist (1991).
[328] Lagkommittén (1832), s. 69.
[329] Samkönade sexuella handlingar bestraffades dock även före kriminaliseringen 1864, se Liliequist (1998).
[330] Lagkommittén (1832), s. 69.
[331] Almquist (1938), s. 52.
[332] Stjernberg (1922), s. 22.
[333] Hellichius (1913), s. 5.
[334] Ibid., s. 1

förhållanden och könslivets etiska normer. Sedlighetsbrotten förstås således som brott mot samhälleliga normer och regler rörande sexualitet.

Dels innefattar en kränkning av dessa normer också en kränkning av den individuella sedlighetskänslan. Sedlighetskänslan är enligt Hellichius ”ett individuellt tillstånd av psykiskt-subjektiv reaktionsförmåga gent emot föreställningar af sexual-sedligt innehåll”.[335] Kriminalisering tar sikte på att skydda samhället mot en fara riktad mot den allmänna sedligheten (demoralisationsfaran), eller en fara riktad mot allmänhetens sedlighetskänsla. Gränsen mellan dessa två angreppsobjekt är flytande och enligt Hellichius kan de vanligen sammanföras under flertalet av stadgandena i 18 kap SL.[336]

Jag tolkar det som att en handling som skadar en individs sedlighetskänsla också skadar den allmänna sedligheten, men uppfattningen om att individens sedlighetskänsla skadas står i relation till att handlingen strider mot den allmänna sedligheten. Även om de goda sederna pekas ut som ett skyddsintresse finns här således också en tvetydighet.[337] Den allmänna sedligheten skyddas, men parallellt också andra intressen.

Individen var inte obetydlig i konstruktionen av skyddsvärdhet och straffvärdhet avseende vissa sedlighetsbrott, och det gäller just sådana brott som än idag, om än modifierade, är kriminaliserade. Utifrån det fokus avhandlingen har på brott som riktar sig mot person behandlas i det följande brott där skyddsvärda subjekt framträder. Jag avser då våldtäkt, vissa incestbrott, otukt med minderårig och missbruk av överordnad ställning samt tukt- och sedlighetssårande handling.

Våldtäkt – ett tvetydigt skyddsintresse

Placeringen av våldtäkt i 15 kap. strafflagen, och inte i 18 kap. som stadgade om sedlighetsbrott, motiverades enligt följande: ”Otukts föröfwande med qwinna emot hennes wilja innefattar wäl en kränkning af sedlighet, men är i synnerhet straffbart för det wåld, som begagnas såsom medel till brottets utförande”.[338]

Våldtäktens skyddsintresse är tvetydigt: det omfattar både kvinnans kroppsliga integritet (frihet från våld) och såväl allmän som individuell sedlighet. I Carléns lagkommentar från 1866 beskrivs att våldtäktsbrotten innefattar ”angrepp såväl på

---

[335] Ibid., s. 2.

[336] Ibid., s. 3-4.

[337] Jämför Lernestedt (2003), s. 49. Brottet riktar sig inte längre mot Gud eller konung, utan mot gemenskapen, det är samhället som kränks. Samhället består av befolkningen men är, enligt Lernestedt också något annat och mer än de enskilda individerna.

[338] Lagkommittén (1832), s. 63. Lagberedningen (1844) har ingen motivering kring detta, så inte heller Lagutskottets betänkande 1863 no. 35.

den personliga friheten, som på den qvinliga äran och blygsamheten".[339] Här anges att även "allmän sköka" är skyddad genom våldtäktsbestämmelserna. Dock har hon "visserligen förut sjelf gifvit den qvinliga värdigheten till spillo, men sådant berättigar ingen att tvinga henne att ånyo göra det". Däremot torde enligt Carlén brottet svårligen kunna förövas med "rent af afvita qvinna", då hon "må antagas sakna vilja att hålla på den qvinliga värdigheten".[340]

Lagutskottet anger, i anslutning till ett yrkande om omarbetning av åtalsregler vid våldtäkt, flera skäl till varför åtal ska vara beroende av målsägandens angivelse: [341]

> Ett annat [skäl] är den ytterligare skymf, qvinnan sjelf måhända stundom skulle anse sig lida, om handlingen emot hennes vilja gjordes till föremål för offentligheten, en åtgärd, hvarigenom, i sådant fall, emot hennes blygsamhets- och sedlighetskänsla skedde en moralisk förgripelse, jemförlig med den fysiska, man genom rättegången ville straffa.[342]

Citatet visar hur det skyddsvärda vid våldtäktsbrottet beskrivs som kvinnans individuella blygsamhet och sedlighet, vid sidan av den fridskränkning som uppstår till följd av våldet som används (och krävs) för att en gärning ska utgöra våldtäkt. Ära och blygsamhet är könsspecifika. Då det kränkande elementet i våldtäkten inte bara beskrivs som våldet, utan också såsom angrepp på den kvinnliga äran och blygsamheten framträder en individuell sedlighet som knyts till kön och karaktär.

Bergenheim tolkar strafflagens bestämmelser om våldtäkt som att äran nu knyts mer till individen än, som förut, till kollektivet.[343] I missgärningsbalken hade det funnits en särskild regel som stadgade att en våldtagen kvinna skulle anses oförkränkt och därmed utan skuld, men det stadgandet har uteslutits i 1864 års lag. En möjlig tolkning av uteslutningen är enligt Bergenheim att eftersom våldtäkt enligt det nya synsättet innebar en kränkning av kvinnans privata ära, var den kanske inte lika viktig att skydda som kollektivets. Därtill, resonerar Bergenheim, kanske den individuella äran ständigt måste erövras och erövras igen, ständigt gestaltas och iscensättas. Därmed skulle den individuella äran vara mer bräcklig än den kollektiva och

---

[339] Carlén (1866), s. 278.

[340] Ibid., s. 278. Brottet kan dock förövas mot den som lider av "intermittent galenskap eller endast av fjoskighet". Otukt med avvita kvinna är kriminaliserat i 18 kap. strafflagen.

[341] Lagutskottets betänkande 1863 no. 35, s. 27. Andra skäl som uppges är att brottets natur innebär att det är nära nog omöjligt för någon annan än kvinnan själv att veta huruvida brottet verkligen blivit begånget, samt att det vore nästan omöjligt att bevisa att så var fallet, om kvinnan förnekar. Därtill anförs att möjligheten till försoning och upprättelse genom äktenskap "gjordes genom rättegången snart sagdt omöjligt; och skulle men väl vilja beröfva den våldsförda qvinnan möjligheten af en sådan upprättelse, om hon dermed vore tillfreds?"

[342] Ibid., s. 27.

[343] Bergenheim (2005), s. 60. Jämför Edgren (2004), s. 83 f. samt Bergenlöv, Lindstedt Cronberg & Österberg (2002), s. 227-230.

beroende av individens karaktär, vandel och rykte. Den individuella äran skulle därmed vara möjlig att ifrågasätta på ett annat sätt.

Skyddsvärdhet i nutiden hänvisar inte till kvinnlig ära, utan till en könsneutral sexuell integritet. Jag ser dock en kontinuitet mellan det dåtida och det nutida skyddsintresset på så sätt att skyddsvärdhet konstrueras som något annat, eller något mer, än frids- och våldsbrottens skyddsintressen.

Drygt fyrtio år senare talas det i lagkommentarer mer om sexualitet, och mindre om blygsamhet eller ära. I Johan Hagströmers kommentar från 1909 är våldtäktsbrotten ”brott mot kvinnans frihet i sexuellt afseende, hennes rätt att i fråga om könsumgänge förfoga öfver sin person”.[344] Här finns likhet med det nutida skyddsintresset: sexuell självbestämmanderätt. Men det är inte bara den enskilda kvinnans sexuella frihet våldtäktsbrottet angriper.[345]

Enligt Hagströmer föreligger vid våldtäktsbrotten både ett sedlighetsbrott och ett frihetsbrott, och frågan är vilket moment som är det övervägande och som ger brottet dess huvudsakliga karaktär. Hagströmer finner att strafflagens placerande av våldtäkt bland fridsbrotten är riktig, eftersom:

> ”Otvifvelaktigt innebär ett brott af hithörande slag en grof osedlighet. Men betraktad såsom sedlighetsbrott är väl dock gärningen icke värre än mången annan osedlighet, som blott träffas af jämförelsevis ringa straff, t. ex. tidelag. Hvad som åter å brottet trycker dess särskildt svåra prägel är den oerhördt brutala ringaktningen för en kvinnas rätt att i här ifrågavarande afseende bestämma öfver sin person.”[346]

Jag tolkar ”grof osedlighet” i citatet som en hänvisning till sedlighetsbrottens skyddsintresse. Skillnad görs mellan osedlighet och kvinnans rätt att bestämma över sin person. Våldtäkt är något värre än annan osedlighet, eftersom det också kränker kvinnans självbestämmanderätt.

Sammanfattningsvis beskrivs skyddsintresset i fråga om våldtäktsbrottet i 1864 års strafflag som det allmännas intresse av sedlighet. Men det hänvisas också till det könade subjektets ära och blygsamhet, som senare under perioden kommer att beskrivas som hennes sexuella frihet, samt till subjektets fysiska integritet (skydd mot våldet som används för att utöva otukt).[347] Genom att våldtäktsbrottet placerats i kapitlet som rör brott emot annans frihet betonas det sistnämnda skyddsintresset. Därmed framkommer ett urskiljbart skyddsvärt subjekt tydligare än i fråga om sedlighetsbrotten. Att sedlighetsbrottens skyddsintresse beskrivs som den allmänna

---

[344] Hagströmer (1909), s. 363.

[345] ”Än upptagas de bland sedlighetsbrotten – närmare bestämt otuktsbrotten –, än åter bland brotten mot annans frihet.” Ibid., s. 363.

[346] Ibid., s. 363.

[347] Jämför Berglund (2007), s. 262.

sedligheten utesluter dock inte att skyddsvärda subjekt framträder. Det visar jag i det följande.

Skyddsvärda subjekt – om otukt med avkomling och andra i utsatta positioner

I 1 § 18 kap. strafflagen reglerades otukt mellan förälder och avkomling.[348] Straff föreskrevs även för avkomlingen. Det kan tolkas som att det skyddsvärda utgörs av den allmänna sedligheten och inte, som i nutid, det underåriga barnet.[349]. Det utesluter dock inte att skyddsvärda subjekt pekas ut. Lagkommittén anförde att föräldern har gjort sig skyldig till större brottslighet än barnet, eftersom:

> Det är åt föräldrar, som Naturen och Staten anförtrott wården och uppfostran av uppwexande generationer. De fela i hög grad, om de, med kränkning af de heligaste pligter, missbruka sin föräldramakt, att för tillfredsställandet af sina onda lustar, förstöra barnens physiska och moraliska integritet.[350]

Det talas om att barnens fysiska och moraliska integritet förstörs och att de heliga plikterna kränks. Skyddsintresset är den allmänna ordningen, men barnets *integritet* skadas. Således ska föräldern alltid anses såsom *förförare*, och därmed mer straffvärd än avkomlingen.[351]

Marie Lindstedt Cronberg tolkar lagkommitténs uttalande som att lagstiftaren nu kunde se och lyfta fram det ojämlika i relationen barn–förälder som det bärande perspektivet och att föräldern gjorde sig skyldig till maktmissbruk.[352] Jag menar att hänvisningar till att barnet skadas också kan ses i ljuset av den vuxna som förförare; barnet leds in på osedlighet och det är en osedlighet som skadar, demoraliserar, samhället.

Till skillnad från incestbrotten (18 kap. 1–5 §§) är det vid brotten i 6–8 §§ 18 kap SL (otukt som är förenad med missbruk av överordnad ställning eller med

---

[348] Även mor-/farföräldrar i förhållande till barnbarn.

[349] Notera att samlag med (vuxen) avkomling och (vuxna) helsyskon är kriminaliserat idag genom 6 kap. 7 § BrB.

[350] Lagkommittén (1832), s. 68. I ett yttrande över lagkommitténs förslag motiveras att avkomlingen straffas med att exempelvis en myndig son begår otukt med sin mor, se Boëthius, Grubbe, Rabenius, m.fl. (1833), s. 95.

[351] ”För olofligt könsumgänge straffas i allmänhet endast den, som är eller presumeras vara förförare. Men för de i dessa §§ upptagna brott (*blodskam* och annan otukt *inom förbudna led*) straffas äfven den förförda. Straffen för den, som är af högre ätt, är dock enligt regeln större, emedan i hans brott äfven ingår missbruk af öfverordnad ställning inom familjen.” Carlén (1866), s. 320, kursivering i original. Med annat ”olofligt könsumgänge” avses 7-9 §§ 18 kap SL.

[352] Lindstedt Cronberg (2002b), s. 67.

”annans *oförmåga att värja sig för förförelsen*”) endast personen i överordnad ställning som straffas, i varje fall vad gäller fosterföräldrar och förmyndare i första stycket.[353] Carlén tar upp som exempel att fosterbarnet eller myndlingen är ”förledaren”, men menar att det ovillkorligen endast är fosterföräldern eller förmyndaren som straffas. Detta eftersom de vid sidan av otuktssynden, har ”gjort sig skyldiga till den särskilda anstötligheten, att låta den faderliga eller moderliga omsorgen efterträdas av sinlig lusta, och förmyndaren, att hafva åsidosatt helgden af sitt kall.”[354]

Jag menar att i konstruktionen av det skyddsvärda ska individuell integritet inte förstås i motsats till sedlighet utan snarare som att dessa är sammankopplade. Denna koppling kommer till uttryck genom att straffvärda handlingar inte bara är straffvärda för att de strider mot sedligheten, utan för att det finns något specifikt skyddsvärt i dessa subjektsrelationer. Den faderliga eller moderliga omsorgen, eller ”helgden af sitt kall” har åsidosatts; de heligaste plikter som staten och naturen anförtrott dem har kränkts. Dock är det inte fråga om försummelse (att inte ge barnet mat till exempel), eller uppsåtligt våld, utan om att tillfredsställa sin onda eller sinnliga lusta.

Hellichius anför knappt femtio år senare att otukt med minderårig samt missbruk av viss auktoritet till otukt också inkluderar ”ett demoralisationsmoment afseende den enskilde”. Det råder inget tvivel om ”att den här kränktes sedliga medvetande utsatts för en synnerligen svårartad kränkning och att gärningen äfven för framtiden utöfvar ett förstörande inflytande på individens sedliga känslolif i äfven utanför sexualiteten starkt demoraliserande riktning”.[355] Men därtill är en sådan förbrytelse också ägnad att kränka allmänhetens sedlighetskänsla, anför Hellichius.

Kränkningen av allmänhetens sedlighetskänsla kommer till uttryck genom att angreppsobjektet, enligt Hellichius, är ”förnämligast renheten och den sedliga okränkbarheten i auktoritetsförhållandet emellan ’föräldrar, fosterföräldrar, förmyndare, lärare eller andra’ och barn samt äfven vissa af ’dem, som under deras lydnad eller uppsikt ställda äro’”.[356] Därtill behöver dessa individers sexuella okränkbarhet skyddas, eftersom det finns ett psykiskt avhängighetsförhållande som försvagar de underordnades motståndskraft vid förledande till otukt.

I Hellichius resonemang, vilket också framkommer i andra texter från perioden, är individ och stat intimt sammankopplande genom demoralisationstanken. Jag vill sammanfatta det som att samhället skadas av att driftstyrda människor begår osedliga handlingar såsom incest, men den minderåriga skadas också och den skadan kan leda till fara för samhället eftersom han eller hon blir en osedlig individ. Den allmänna sedligheten (demoralisationsfaran) och den enskildes sedlighetskänsla är sammanvävda.

---

[353] Carlén (1866), s. 319, kursiv i original.
[354] Ibid., s. 321.
[355] Hellichius (1913), s. 5-6
[356] Ibid., s. 6. Här hänvisas till 6 § och 12 § 18 kap SL.

Reformen 1937 innebar att den underåriga inte längre skulle bestraffas vid incestbrott. I förarbeten anfördes att det väsentliga vid incestbrotten var ”att det är ett missbruk av fadersmyndigheten och ett brott mot minderåriga eller eljest osjälvständiga och skyddslösa kvinnor.”[357] Som motiv till att även pojkar inkluderas i 7 och 8 §§ hänvisas till att det inte alltför sällan förekommer att pojkar lockas till otukt av äldre kvinnor.[358]

Skyddsvärda subjekt blir allt mer framträdande i de reformer som företas under 1900-talets första hälft. Lagändringarna betraktar Jens Rydström som uttryck för en ökad medvetenhet under 1920-talet om möjliga psykologiska skador på offer för sexuella övergrepp.[359]

Men även här finns en komplexitet i konstruktionen av det skyddsvärda, som tydligt tar sig uttryck i att det brott som kallades *otukt med avvita kvinna* utvidgades till att också omfatta *sinnessjuka eller sinnesslöa* kvinnor.

Utvidgningen motiverades med hänvisning till såväl skyddsvärda subjekt som till samhällsintresset, det vill säga eugeniska skäl.[360] Förutom att ”psykiskt defekta” kvinnor skulle beredas skydd mot ”sexuellt utnyttjande” hänvisas till att lagändringen skulle ”erbjuda beaktansvärda fördelar ur rasbiologiska och socialhygieniska synpunkter samt stå i god samklang med de moderna strävanden, som bl. a. kommit till uttryck i den nya steriliseringslagen.”[361] Att det hänvisas till ett skyddsvärt subjekt i konstruktionen av det skyddsvärda behöver inte utesluta hänvisningar till samhälleliga intressen, såsom här intresset av att ”psykiskt defekta kvinnor” inte föder barn. Det ansågs inte behövligt att utvidga stadgandet till att avse heterosexuell otukt med ”psykiskt abnorma män”.

Ett sista exempel ska nämnas. När otukt mot naturen avkriminaliseras 1944 förblir vissa samkönade sexuella handlingar kriminaliserade. Detta motiveras med hänvisning till att ungdomar ska skyddas mot förledande till homosexualitet. Således konstrueras ungdomar som skyddsvärda subjekt. Skyddsvärdheten konstrueras genom hänvisning till ungdomens integritet, till faran för att ungdomen kan förledas till homosexualitet samt till ett samhällsintresse: ”ur samhällets synpunkt måste anses angeläget att förhindra att tendensen till homosexuella handlingar utbredes”.[362]

Genom dessa exempel framkommer att ett skyddsintresse formulerat som den allmänna sedligheten inte utesluter att skyddsintresset också formuleras som individens intresse av att inte utsättas för osedlighet. De kompletterar varandra snarare än utgör varandras motsatser. Kriminalpolitiska formuleringar av vad som är

---

[357] SOU 1935:68, s. 50-59.
[358] Ibid., s. 66.
[359] Rydström (2003), s. 43.
[360] SOU 1935:68, s. 38; prop. 1937 nr 187, s. 84 f.
[361] SOU 1935:68, s. 72.
[362] Prop. 1944 nr 13, s. 49. Jämför Wendt Höjer (2002), s. 65-66.

farligt och skadligt för samhällsordningen skapar skyddsvärda subjekt. Samtidigt blir det skyddsvärda subjektet ett intresse i sig.

Dock kan det ena eller det andra intresset vara mer eller mindre framträdande än det andra, vilket särskilt visar sig i fråga om brottet sårande av tukt och sedlighet, som jag behandlar nedan.

Den skyddsvärda kvinnan och den straffvärda blottaren – om sårande av tukt och sedlighet

I 18 kap. 13 § stadgades om sårande av tukt och sedlighet. Brottet kunde antingen begås genom att sprida, hålla till salu eller utbjuda skrift, målning, teckning eller bild, som tukt och sedlighet sårar, eller genom annan gärning såra tukt och sedlighet, som antingen orsakar allmän förargelse eller fara för andras förförelse.

Den följande framställningen är avgränsad till andra meningen i stadgandet. För att en person ska kunna straffas för detta brott krävs att personen gjort sig skyldig till en handling som *sårar tukt och sedlighet*. Liksom ovan menar jag att sedlighetsbrottens olika skyddsintressen, allmän sedlighet och individuell sedlighet, kommer till uttryck i detta lagrum.

I Carléns kommentar beskrivs brottet som att det omfattar angrepp på den kvinnliga blygsamheten.[363] Den kvinnliga blygsamheten framkom också i beskrivningen av våldtäktsbrottet, som jag nämnt ovan. Stjernberg anför dock, nästan sextio år senare, att det genom stadgandets placering i 18 kap SL framgår att gärningarna ”ej äro kriminaliserade ur synpunkten att utgöra en kränkning av enskild persons känsloliv, utan att lagen tagit sikte på den fara för kringspridande av sedefördärv inom folket, som dylika gärningars tolererande skulle innebära.”[364]

Den individuella sedligheten är dock inte oväsentlig. Skyddsvärda subjekt framkommer även här, tydligast genom de två alternativa rekvisit som ställs upp i lagrummets andra mening, det vill säga *allmän förargelse* eller *fara för andras förförelse*.

Till skillnad från rekvisitet allmän förargelse innebär rekvisitet fara för andras förförelse inte något krav på offentlighet. Enligt Stjernberg krävs inte fara för förförelse till ”övande av otukt”, utan det är tillräckligt med ”en fara för förförelse till andra onaturliga former för den sexuella driftens tillfredsställande”.[365] Enligt Stjernberg krävs att gärningen riktats mot personer som har en relativt svag motståndskraft mot ”dylika frestelser”, som exempelvis ungdom. Vidare:

---

[363] Carlén (1866), s. 324. ”Angrepp på den qvinliga blygsamheten, ehuru jemväl innefattande missfirmelse […], kunna, då de ske mera offentligt, äfven hänföras under senare mom. af denna §, äfvensom oanständigt blottande af egen kropp.”

[364] Stjernberg (1922), s. 67.

[365] Ibid., s. 75-76.

> Eljest skulle ju nämligen i fråga om stora grupper av dylika gärningar sådan fara nästan alltid få antagas vara för handen, därest gärningen iakttagits av annan, och det första alternativet skulle då ifråga om dem sakna självständig betydelse. Undantagsvis kan dock det suggestiva momentet i gärningen tänkas nå en sådan styrka, att gärningen även utan denna förutsättning kan sägas innefatta fara för 'förförelse'. Så t. ex. torde en förevisning av obscena filmer, även om den äger rum inför en mindre sluten krets av vuxna, utan vidare kunna anses hemfalla under förevarande straffbud.[366]

Fara för förförelse hänvisar således till ungdom eller andra vars motståndskraft mot frestelser är svag. Skyddsvärda subjekt konstrueras härmed på ett liknande sätt som vid de brott jag behandlat i avsnittet ovan.

Vad gäller rekvisitet allmän förargelse framkommer ett krav på offentlighet. Kravet får enligt Stjernberg i regel anses uppfyllt i och med att gärningen kan anses såra tukt och sedlighet samt att den vid tillfället iakttagits av andra personer. Detta innebär att "antastande av en kvinna på gatan nattetid med aldrig så grova, den sexuella anständighetskänslan stötande ord, då ej någon annan än hon själv och möjligen något vittne är tillstädes" inte omfattas av lagrummet.[367]

Reformförslag och Högsta domstolens avgöranden under 1900-talets första hälft tolkar jag som en utveckling i linje med hur ett skyddsvärt subjekt framträder i fråga om de brott som jag beskrivit i avsnittet ovan.

Stridigheter om innebörden av allmän förargelse

Reglementeringskommittén föreslog år 1910 att det skulle vara tillräckligt att den tukt- och sedlighetssårande handlingen varit *ägnad* att väcka allmän förargelse.[368] Det skulle innebära att det för ansvar inte krävdes att någon allmänhet varit närvarande, utan tillräckligt att det med hänsyn till omständigheterna lätteligen skulle ha kunnat vara så. Förslaget togs ej upp i propositionen, med motiveringen att domstolarnas tillämpning i praktiken redan gav lagrummet denna räckvidd.[369]

Men Stjernberg anför att detta måste betvivlas, i vart fall vad gäller överrätternas praxis.[370] Fyra avgöranden från Högsta domstolen som kom efter Stjernbergs kommentar styrker uppfattningen om att lagrummets räckvidd inte var självklar.[371]

I NJA 1926 s. 203 hade den tilltalade blottat sin manslem för vuxna kvinnor vid minst tio olika tillfällen på Djurgården i Stockholm. Hovrätten friade då det inte var visat att den tilltalade åstadkommit allmän förargelse eller fara för andras förförelse. I

---

366 Ibid., s. 76.
367 Ibid., s. 74.
368 Regleringskommitténs betänkande (1910), s. 33.
369 Prop. 1918 nr 154, s. 32.
370 Enligt Stjernberg (1922), s. 74. strider tolkningen mot ordalydelsen samt den innebörd som rekvisitet har getts i 7 kap SL, och som anses korrespondera med rekvisitet i 18 kap. 13 §.
371 NJA 1926 s. 203; NJA 1937 s. 378; NJA 1931 s. 132; NJA 1948 s. 333.

Justitiekanslerns anförande till Högsta domstolen framhölls att blottning hade blivit ett kriminalpolitiskt problem i staden, att polisen ofta fick ta emot klagomål från allmänheten om att män blottade sin manslem för kvinnor samt att dessa män sökte upp undanskymda platser under tider då få människor vistades där. Det anfördes vidare att de kvinnor som utsatts kände sig sårade och fordrade ingripande från polisen, samt att om detta beteende inte ansågs brottsligt skulle den allmänna opinionen bli upprörd. Slutligen anfördes att 13 § torde kunna ges en sådan räckvidd, och om inte, yrkades ansvar för förargelseväckande beteende (11 kap. 15 § SL). Högsta domstolens majoritet fann att den tilltalade genom sina handlingar väckt allmän förargelse. Någon närmare motivering framkommer inte, inte heller att lagrummet skulle ha tolkats annorlunda än tidigare.[372]

I NJA 1937 s. 378 var också fråga om hur allmän förargelse skulle tolkas. Den tilltalade hade blottat och gnidit sin manslem stående framför ett fönster i en trappuppgång. En kvinna i ett fönster i huset på andra sidan gården och en kvinna som passerat över gården hade sett honom. Underrätterna ogillade åtalet då det inte visats att allmän förargelse hade åstadkommits. Stadsfiskalen anförde i överklagandet att det hade blivit allt vanligare att sedlighetssårande gärningar av det här slaget förövades i portar, trappuppgångar och på gårdar, samt att det var svårt för åklagarmyndigheten att visa att allmän förargelse uppkommit, trots att så faktiskt varit förhållandet. Enligt stadsfiskalen skulle lagstiftarens avsikt med stadgandet inte åsidosättas om åtalet vann bifall, eftersom kravet hade ställts upp med tanke på att en person inte skulle kunna straffas om gärningen skedde i hans hemvist eller annars under sådana förhållanden att det funnits skäl för honom att anta att den ej skulle kunna ses av utomstående.[373] Högsta domstolen återförvisade målet till rådhusrätten för att bedöma om gärningen hade åstadkommit allmän förargelse.[374]

Rekvisitet allmän förargelse gavs dock inte alltid den begränsande verkan som i fallen ovan. I NJA 1931 s. 132 stod två män åtalade för att ha gnidit varandras blottade manslemmar i en urinkur. Gärningen hade iakttagits av tre personer uppifrån Katarinahissens torn. Högsta domstolen dömde för sårande av tukt och sedlighet. Här anses således rekvisitet ”allmän förargelse” inte utgöra hinder för straffbarhet. I jämförelse med ovan nämnda avgöranden kan ifrågasättas om en urinkur är en sådan plats där gärningen ”lätteligen kunnat iakttas av andra”.[375]

---

[372] Ett skiljaktigt justitieråd fastställde hovrättens friande dom, det andra skiljaktiga justitierådet fann att den tilltalade varken åstadkommit allmän förargelse eller fara för andras förförelse, men att han gjort sig skyldig till förargelseväckande beteende enligt 11 kap 15 § strafflagen.

[373] Vidare hänvisades till prop. 1918 nr 154, enligt vilken rättstillämpningen redan tillämpar stadgandet på gärningar som varit *ägnade* att väcka allmän förargelse.

[374] Det krävdes enligt majoriteten utredning om huruvida gärningen lätteligen skulle kunnat iakttagas även av andra än vittnena och vad för hus trappuppgången vette mot. Tre skiljaktiga ledamöter förklarade sig beredda att pröva målet.

[375] Rydström (1997) sätter in avgörandet i en kontext av övervakning av homosexuella.

I NJA 1948 s. 333 prövade HD återigen frågan om hur allmän förargelse ska tolkas, och nu görs det i linje med uttalandena i prop. 1918 nr 154. Den tilltalade hade vid en husingång blottat sin manslem och gnidit denna, vilket hade iakttagits av en person. Högsta domstolen fann att den tilltalade begått en tukt- och sedlighetssårande gärning, och anförde att gärningen förövats under sådana omständigheter att den lätteligen hade kunnat iakttas även av andra än målsäganden.[376]

Skyddsvärda subjekt och sedligheten på gator och torg

I åklagarnas argumentation i avgörandena hänvisas både till ett specifikt skyddsvärt subjekt (den kvinna som blir utsatt) och till det allmänna intresset av att kvinnor ska kunna röra sig fritt utan att utsättas för osedliga handlingar. Detta kan ses som uttryck för en förskjutning av skyddsintresset från den allmänna sedligheten till den sexuella integriteten som sker fram till brottsbalkens tillkomst. Att enbart en kvinna hade blivit kränkt av gärningen var otillräckligt för straffansvar då skyddsintresset enbart var den allmänna sedligheten.

Det skyddsvärda subjektet framkommer genom rådande kriminalpolitiska problemformuleringar. Stadsfiskalens argumentation i NJA 1937 s. 378 hänvisar inte till kvinnors integritet i allmänhet. Kvinnan blir ett skyddsvärt subjekt i det offentliga rummet. Det straffvärda subjektet är den som uppträder sedlighetssårande i det offentliga rummet, framför allt blottaren. Det kriminalpolitiska problemet är i vidare mening sedligheten på gator och torg, och inte bara blottaren kränker denna sedlighet utan också homosexuella och prostituerade. Detta framkommer inte bara genom avgörandet NJA 1931 s. 132, utan även av reformförslagen som läggs fram 1910 och 1941.

I Regleringskommitténs betänkande år 1910, som jag nämnt ovan, föreslogs även en särskild straffbestämmelse för den som genom ord, tecken eller annan gärning, på sätt som vore ägnat att väcka allmän förargelse, uppfordrade eller inbjöd till otukt.[377] Problemet beskrevs som ”provokation till otukt”. Inte heller detta förslag togs upp i propositionen, eftersom 18 kap. 13 ansågs ha fått en tolkning som omfattade dessa beteenden i praxis.[378]

Ett par årtionden senare föreslog strafflagberedningen, i utlåtandet rörande åtgärder mot homosexualitetens samhällsfarliga yttringar, en särskild kriminalisering i 18 kap. 10 § 3 st. strafflagen.[379] Kriminaliseringen avsåg den som övar otukt med annan av samma kön eller med ord eller åtbörd inbjuder annan av samma kön till

[376] Ett skiljaktigt justitieråd ansåg dock att eftersom det rådde snöyra och var kallt samt att inga andra människor fanns i närheten hade gärningen inte åstadkommit allmän förargelse.

[377] Regleringskommitténs betänkande (1910), s. 34 och s. 240; prop. 1918 nr 154, s. 32. Se även SOU 1953:14, s. 297.

[378] Prop. 1918 nr 154, s. 32-33.

[379] SOU 1941:32, s. 5.

otukt med sig på allmän plats eller annars så att allmän förargelse kan komma därav. Syftet var att ”förhindra sådana yttringar av homosexualiteten som inbjudan på allmän plats i öppna eller förtäckta ordalag eller genom iögonenfallande uppträdande och dylikt”, samt att därigenom hålla tillbaka den manliga prostitutionen.[380]

I propositionen avfärdades förslaget på samma grunder som i 1918 års proposition: ”Med rådande tolkning av 18 kap. 13 § torde behövliga ingripanden mot handlingar av ifrågavarande natur kunna äga rum i alla praktiska fall.”[381] Legalitetsprincipen tycks inte ha utgjort en begränsning vid dessa tolkningar av 18 kap. 13 § strafflagen. Jag menar att sårande av tukt och sedlighet i 18 kap. 13 § strafflagen hade en liknande funktion som idag, det vill säga gav en möjlighet att bestraffa klandervärda handlingar, utan att dessa i förväg behövde preciseras.

Summering

Jag har ägnat det här avsnittet åt beskrivningar av sedlighetsbrottens skyddsintresse och formuleringar om vad det är som skadas gällande våldtäktsbrottet och de sedlighetsbrott som även i nutiden är kriminaliserade.

Jag menar att skyddsvärda subjekt – som exempelvis barnet, ungdomen, den sinnesslöa kvinnan – framkommer genom det allmänna intresset av sedlighet. Demoralisation av individer demoraliserar samhället, kan det förenklat uttryckas. I nutiden är skyddsintresset individcentrerat. Det är individens sexuella integritet, eller mer specificerat, barnets sexuella integritet som framhålls. Skyddsvärda subjekt i sig motiverar kriminalisering. Jag menar att det sätt varpå skyddsvärda intressen konstruerades under den period då strafflagen gällde väcker frågan om, och i så fall hur, samhällsintressen gör sig gällande även i nutiden. Jag återkommer till detta i avsnitt 3.7.

I kontrast till ämnet för det här avsnittet, skyddsintressen och skyddsvärda subjekt, ägnar jag nästa avsnitt åt hur de straffvärda handlingarna formuleras. Vad är det som skadar? Vilka handlingar orsakar fara för demoralisation eller förförelse?

---

[380] Ibid., s. 28-29. Tidigare hade lösdriverilagstiftningskommittén i betänkandet SOU 1939:25 föreslagit ett tillägg till 18 kap. 13 § innebärande kriminalisering av den som på allmän plats och på anstötligt sätt inbjöd till könsförbindelse.

[381] Prop. 1944 nr 13, s. 52-53.

3.3 Straffvärda handlingar – om otukt och sedlighetssårande handlingar i 1864 års strafflag

I det här avsnittet beskriver jag hur straffvärda handlingar konstrueras. Inledningsvis visar jag att rekvisit i strafflagen hänvisar till handlingar som är osedliga i sig. Därefter redogör jag för hur rekvisit i sedlighetsbrottskapitlet har beskrivits och definierats i framför allt rättsvetenskapliga texter, men även i avgöranden från Högsta domstolen. Jag konstaterar att rekvisitet otukt definieras med könsdriften, och dess eventuella tillfredsställelse, som referenspunkt. Jag lyfter fram ett spörsmål som upptar utrymme i den rättsvetenskapliga praktiken, nämligen frågan om otukt ska definieras utifrån kroppsliga handlingar och/eller en viss avsikt. Slutligen behandlar jag rekvisitet tukt- och sedlighetssårande handling, och hur detta avgränsas från rekvisitet otukt i avgöranden från Högsta domstolen.

Otukt som osedligt i sig

I nutida lagstiftning görs, som jag påpekat i kapitel 1.3, skillnad mellan å ena sidan sexualhandlingen, och å andra sidan gränsdragande rekvisit. I avhandlingens kommande kapitel visar jag att i nutiden konstrueras sexualhandlingen genom referens till erotisk sexualitet. Kort innebär det att sexualhandlingen motsvarar ömsesidigt, positivt värderad sexualitet. Sexualhandlingen är i sig inte negativt värderad eller klandervärd, utan blir det genom de gränsdragande rekvisiten.

En skillnad i förhållande till nutiden är att strafflagens rekvisit för det som idag kan benämnas sexualhandlingen i sig var klandervärda handlingar. I viss mån råder kontinuitet från strafflagen och genom 1900-talets reformer till idag i meningen att rekvisiten otukt, könsligt umgänge, sexuellt umgänge, och nutidens rekvisit sexuell handling, avgränsar den kroppsliga handlingen på likartat sätt. Men en skillnad är att rekvisiten i strafflagen i sig implicerar osedlighet.

Ett par exempel ska nämnas. I Hagströmers kommentar görs skillnad mellan å ena sidan ”hvad som faller under begreppet *normalt äktenskapligt könslif*” och å andra sidan ”*onaturlig* otukt mellan makar”.[382] Det förstnämnda omfattas inte av otukt – *är* inte otukt. Om en äkta man tilltvingar sig eller försöker tilltvinga sig samla med hustrun emot hennes vilja, kan det således inte bli fråga om att tillämpa våldtäktsstadgandet, anför Hagströmer.

[382] Hagströmer (1909), s. 364, min kursivering. Dock: ”Ett könsumgänge mellan personer, som befinna sig i ett ofullkomnadt äktenskap, betraktas af rätten såsom något otillåtet”, och omfattas således av otukt.

Ett annat exempel är att det används olika termer för att beskriva sexualhandlingarna beroende på relationen mellan parterna. I stadgandena om äktenskapsbrott används rekvisitet *hor* medan incestbrotten stadgar om *otukt*. Är personerna ogifta används termen *lönskaläge*.[383] Otukt specificeras som i *otukt mot naturen*. Skillnad görs mellan å ena sidan normalt eller naturligt och å andra sidan onaturligt, såsom skillnaden mellan *naturenligt otuktsbrott* och *otukt mot naturen*.[384] Stjernberg beskriver hor som ”ett rättsstridigt övande av *normalt könsumgänge* mellan personer av motsatt kön”.[385]

Otukt är inte nödvändigtvis straffbart i sig, även om det är osedligt i samhällelig mening.[386] Hellichius anför att i dagligt tal avser otukt i allmänhet alla handlingar som strida mot goda seder i sexuellt hänseende, men det straffrättsliga begreppet otukt är mer kringskuret.[387]

I kapitel 2 framhöll jag att det straffrättsliga systemet är i samhället, och att rekvisit eller andra begrepp i det straffrättsliga systemet görs både genom hänvisning till systemets minne och till systemets miljö. Rekvisiten i strafflagen skapas genom referens till en dåtida samhällelig diskurs om (o)sedlighet. Att rekvisiten hänvisar till ett moraliskt fördömande – osedlighet – är något som kommer att användas som skäl för att byta ut dem mot, som det uttrycks, mer neutrala rekvisit. Detta görs i såväl brottsbalksreformen 1965 som i reformer 1984 och 2005. Jag tolkar dessa förändringar som att straffvärdhet istället skapas genom referens till sexualitet som erotisk, lustfylld och positivt värderad.

Straffvärd otukt – könsdriftens tillfredsställande och betydelsen av sädesavgång

I lagkommentarer till 1864 års strafflag argumenterar rättsvetare kring hur begreppet otukt ska tolkas och specificeras. Paralleller kan dras till nutida anspråk på att nagla fast och definiera *det sexuella* i sexualbrottsregleringen.[388] Jag menar därtill att

---

[383] Ett exempel på att rekvisiten är beroende av personernas status (gift eller ogift) är Högsta domstolens yttrande angående lagkommitténs förslag rörande 17 kap. 15 § (enlevering): ”Enär det åsyftade brottet utgör hor, derest qwinnan wetterligen är gift, borde här i stället för ’lägersmål’ sägas otukt”. Se Högsta domstolens protocoll (1839), s. 30. I lagberedningens förslag av 1844 har denna ändring också genomförts.

[384] Carlén (1866), s. 323.

[385] Stjernberg (1922), s. 2, min kursivering. Att göra hor är således snävare än uttrycket *öva otukt*. Lägersmål (18 kap. 9 § strafflagen fram till år 1918), vilket hor är ett kvalificerat fall av, ”får anses innefatta krav på naturenligt samlag”. Ibid., s. 3.

[386] Se Carlén (1866), s. 320.

[387] Hellichius (1913), s. 27.

[388] Se särskilt kapitel 5.

referenser till gärningsmannens sexualdrift, som cirkulerar i det straffrättsliga systemet i nutiden, kan spåras hit.

Återkommande i rättsvetarnas kommentarer är frågan om ”könsdriftens tillfredsställande” är en förutsättning för att otukt ska föreligga. Ett sådant krav avfärdas tidigt, exempelvis Carlén uttalar angående otuktsbegreppet i våldtäktsstadgandet:

> Väl hafva kriminalister funnits, som ansett sädesutgjutning nödvändig för det fullbordade lägersmålet. Men enligt gamla lagen hafva domstolarne alltid ansett tillräckligt, att könsdelarne kommit i beröring med hvarandra; och det finnes dessmindre skäl att nu afvika från denna åsigt, som förevarande lag begagnar ett uttryckssätt, som än mera, än det gamla: ”lägra”, utmärker att könsdelarnes kontakt är nog, nämligen ”öfva otukt”. Man finner föröfrigt att bevisningen om sädesutgjutning är nästan omöjlig, utan mannens egen bekännelse.[389]

Trots detta explicita avfärdande av utlösning som avgörande, hänvisas det till sädesutgjutningen i lagkommentarer och i avgöranden. Hänvisningar till utlösning blir i sammanhanget begripligt på grund av könsdriftens betydelse för otuktsdefinitionen. Könsdrift och utlösning är sammanlänkade, vilket motiverar det explicita tydliggörandet att utlösning inte är en nödvändig förutsättning för rekvisitet otukt. Exempelvis Hagströmer uttalar att begreppet otuktig handling omfattar sådana ”utanför det normala äktenskapliga könslifvet fallande akter, som gå ut på könsdriftens eggande eller tillfredsställande.”[390] Men det är tillfyllest, tillägger Hagströmer, att könsdriften eggas. På liknande sätt beskriver Hagströmer otukt:

> Otukt är ett visst slag av otuktiga handlingar, nämligen sådana, som gå ut på könsdriftens (ens egen eller annans) tillfredsställande. Detta, att handlingen går ut på könsdriftens tillfredsställande, är så att förstå, att den afser att utan vidare – åtminstone i någon mån – tillfredsställa ifrågavarande drift.[391]

Hur kan hänvisningar till könsdriftens tillfredsställande förstås? I Hagströmers kommentar finns en koppling till det naturliga. Om ”könsdriften sökes tillfredsställd på ett naturligt sätt” ska fullbordad otukt anses föreligga ”i och med en intrusio membri”, eller ”i och med det att könsdelarne kommit i beröring med hvarandra.”[392]

---

[389] Carlén (1866), s. 279. I Carléns lagkommentar konstateras att naturenligt otuktsbrott personer emellan alltid har ansetts fullbordat så snart könsdelarna kommit i beröring med varandra. Således, menar Carlén, måste *otukt med djur* anses fullbordat då gärningen framskridit så långt som krävs för otukt med personer. Ibid., s. 323.

[390] Hagströmer (1909), s. 363.

[391] Ibid., s. 364.

[392] Ibid., s. 364. Men i äldre tider, anför Hagströmer, fordrades ofta ”res in re et emissio seminis”. s. 364 fn 3, vilket betyder ungefär ”saken i saken och sädesutgjutning”, se Rydström (2003), s. 33.

Referensen till ”det normala” framkommer explicit i Stjernbergs kommentar om att otukt inte enbart inbegriper ett ”rättsstridigt utövande av normalt könsumgänge”.[393]

I texterna utläser jag en konstruktion av den straffvärda handlingen som överensstämmer med den nutida, särskilt vad gäller hur sexualhandlingar graderas i svårighetsgrad. Straffvärda handlingar är sådana som går ut på att tillfredsställa sexualdriften. I denna konstruktion hänvisas till antagandet att just sådana handlingar ser ut på ett visst sätt, nämligen att en man för in sin penis i en kvinnas slida och sedan får utlösning. Då har sexualdriften tillfredsställts. Men eftersom det räcker att sexualdriften *sökes* tillfredsställd räcker det med kontakt mellan könsdelarna – för en sådan kontakt mellan könsdelarna hänvisar till det normala samlaget.[394]

Det framgår av rättsvetenskapliga texter att när den straffvärda gärningen inte följer mönstret för ”normalt könsumgänge” var definitionen av otukt mer problematisk. Hagströmer konstaterar att om könsdriften sökes tillfredsställas på ett onaturligt sätt kan det vara fråga om otukt. Men det förutsätts då att något ägt rum ”som afsett att utan vidare contra naturam tillfredsställa könsdriften” och det ankommer då på vad för slags tillfredsställelse av denna drift som personen har i sikte.[395] Öva otukt med djur innefattar enligt Stjernberg ett krav på ”en beröring med djurets kropp, som innebär en akt av direkt tillfredsställande av könsdriften hos den handlande själv”.[396]

I samband med otukt mellan samkönade personer uppkommer frågan om otukt också innefattar förfaranden ”som icke i någon mån äro ett utslag av sexuell drift hos den handlande själv, utan uteslutande innebära ett tillfredsställande av sexuell drift hos någon annan än denne”.[397] Om svaret är jakande skulle det innebära att även den som ”i denna mening rent passivt låter sig bruka sig som medel för annans otukt, kunna hemfalla under dessa straffbud”.[398] Stjernbergs tolkning är att så inte kan vara fallet vid blodskam, men däremot vid otukt mot naturen enligt 10 §, och hänvisar till NJA 1901 s. 440. Fallet belyser betydelsen av sexualdrift i konstruktionen av straffvärd otukt.

I NJA 1901 s. 440 stod två män, A och N, åtalade för otukt mot naturen. A har invänt att det är N som har sökt tränga in med manslemmen i A:s ändtarm, att A inte gjort något sådant på N, att N utövat psykiskt inflytande över A och att A varit ett ”verktyg i N:s hand”. Vidare har A invänt att han funnit samvaron med N

---

[393] Stjernberg (1922), s. 24.

[394] Ett exempel är NJA 1897 s. 447. Den tilltalade hade bland annat gnidit sin manslem mot dotterns blottade könsdelar, men invänt att han varken försökt eller haft för avsikt att införa manslemmen i flickans könsdelar. Detta bedömdes som otukt enligt 7 § 18 kap. strafflagen.

[395] Hagströmer (1909), s. 364.

[396] Stjernberg (1922), s. 49. Almquist (1938), s. 53, tolkar detta som att endast beröring mellan könsdelar inte är tillräckligt för att gärningen ska anses som fullbordad.

[397] Stjernberg (1922), s. 26. Jämför Bergenheim (2005), s. 189.

[398] Stjernberg (1922), 26. Det är blodskamsbrotten i 1-5 §§ 18 kap SL som åsyftas.

motbjudande, att han aldrig hyst några ömmare känslor för honom, samt att han inte fått utlösning. Därmed skulle han ej betraktas som delaktig i N:s otuktsbrott, eftersom från hans sida ”saknades det väsentliga vid ett dylikt brott, eller könsnjutningen”.[399] Högsta domstolen fastställde häradsrättens domslut, vilket friade A från ansvar. Häradsrätten motiverade domslutet med att A underkastat sig N:s otuktsgärning med ovilja och ”aldrig under gärningens föröfvande ens känt än mindre gifvit vika för någon begärelse till otukt”. Det prejudicerande fallet innebär att tilltalade som haft en passiv roll och inte känt någon sexuell njutning kunde undkomma ansvar för otukt mot naturen.[400]

NJA 1901 s. 440 åberopades av den tilltalade i ett avgörande knappt 40 år senare, NJA 1938 s. 332.[401] I fallet hade den tilltalade invänt att han haft sädesavgång endast vid ett av de åtalade tillfällena. Det anfördes till den tilltalades försvar att han hade känt motvilja inför den otuktiga samvaron och att sädesavgången endast berott på att den andra parten gnidit den tilltalades manslem för att skaffa sig själv könslig tillfredsställelse. Omständigheten att den tilltalade endast vid ett tillfälle haft sädesavgång visade, enligt försvarets invändning, att han varit oberörd av den andres förehavanden. Slutligen anfördes att den tilltalade inte gjort sig skyldig till något straffbart eftersom han aldrig haft till syfte att tillfredsställa sin könsdrift. Av referatet framgår att landsfogden ändrade stämningsyrkandet till att endast avse otuktsbrottet vid det tillfälle då den tilltalade haft sädesavgång. Han dömdes för otukt mot naturen för denna gärning.[402]

Jag menar att den straffvärda handlingen konstrueras genom hänvisning både till kroppsliga handlingar (erektion, sädesavgång) och till en viss avsikt. Avsikten att söka tillfredsställa sin könsdrift är sammanvävd med kroppsliga uttryck, den är förkroppsligad. På samma gång som de två sidorna urskiljs, refererar de alltid till varandra.

Det sätter jag i samband med hur skyddsvärdhet konstrueras både som en förkroppsligad sedlighet och en allmän eller individuell sedlighetskänsla. Detta framkommer tydligt i Folke P:son Wetters beskrivning av otukt: ”Det väsentliga för otuktsbrott skulle alltså vara utöver kroppslig beröring syfte att direkt tillfredsställa könsdrift och graden av gärningens sedlighetssårande beskaffenhet.”[403] Även i Hellichius beskrivning av otuktsbegreppet hänvisas till en förkroppsligad

---

[399] NJA 1901 s. 440, s. 441.

[400] Rydström (2003), s. 40, menar att fallet fick effekt på lokal nivå på så sätt att polisen alltid frågade i förhör om den tilltalade känt någon njutning.

[401] NJA 1938 s. 332.

[402] Rydströms tolkning av fallet betonar att fallet representerar ett skifte, från sodomiparadigmet till homosexualitetsparadigmet. Ömsesidighet fanns inte i det förra, men i det sistnämnda. Därmed kunde också ansvaret fördelas lika mellan parterna. Rydström (2003), s. 183.

[403] P:son Wetter (1925), s. 46.

sedlighetskänsla: ”den mänskliga handling som däri uppenbaras [det vill säga otukt] måste hafva en sexuell karaktär, vara riktad emot kyskheten.”[404]

I det följande behandlar jag just distinktionen mellan kroppsliga handlingar och avsikt som framkommer i rättsvetenskapliga texter.

Straffvärd otukt – kropp och avsikt

I de rättsvetenskapliga texterna framställs denna distinktion – å ena sidan kropp, å andra sidan avsikt eller känsla – som ett problem rörande dels hur sedlighetsbrotten bör graderas i svårhetsgrad (skillnaden mellan otukt och sedlighetssårande handling) och dels hur sedlighetsbrotten ska avgränsas från andra brott. Problemformuleringen har likheter med frågan om vad som är en sexuell handling och frågan om vad som är ett sexuellt ofredande som uppkommer under 2000-talet.

I ett resonemang om vad som karakteriserar sedlighetsbrotten anför Hellichius att handlingen ska ”strida mot tuktens regel på sexuallifvets område”.[405] Tuktens regel är dock ”efter tid, ort och sociala kretsar så utomordentligt olika och växlande, att otukt endast kan blifva ett rent formellt begrepp, hvars innanmäte realiteter blott kan fyllas i det konkreta fallet”.[406] Ett exempel på problematiken framförs, nämligen att en mansperson går in i en kvinnas omklädningshytt på en badort då hon klär om. Enligt Hagströmers definition skulle här föreligga en otuktig handling[407], men det är felaktigt menar Hellichius eftersom:

> Det kan nämligen här ingalunda sägas, att något af de i den otuktiga handlingen sig manifesterande olika sexuella syftemålen kommit till uttryck i själfva handlingen som sådan. Den sexuella relationen föreligger m.a.o. i detta fall icke till själfva handlingen, utan fastmera endast till den handlingen momentant beledsagade omständigheten, att en kvinna gör toalett i rummet.[408]

Slutsatsen dras att den otuktiga handlingen ska i sig själv, frigjord från temporära element, ”sublimera en relation till sexualdriften”. Detta innebär att den otuktiga handlingen ska ”såsom sådan förläna ett objektivt uttryck åt det sexuella ändamål den tjänar, antingen nu detta ändamål afser ett tillfredsställande eller ett eggande eller en endast visibel demonstration af sexuella lustar”.[409]

---

[404] Hellichius (1913), s. 27. Jämför Stjernberg (1922), s. 25.
[405] Hellichius (1913), s. 27-28.
[406] Ibid., s. 28.
[407] ”Otuktig handling” används av Hellichius som samlingsbegrepp för de olika typer av handlingar som är straffbelagda i 18 kap. strafflagen.
[408] Hellichius (1913), s. 29.
[409] Ibid., s. 30.

Hellichius åtskiljande mellan handlingen i sig och den miljö handlingen företas i är ett problem som återkommer i nutiden. Kort sagt, vad är det som gör en handling sexuell – offrets upplevelse, gärningspersonens syfte och drifter, platsen den företas på? Tydligt i Hellichius beskrivning, liksom i andra samtida formuleringar, är att den utsattas upplevelse av gärningen är frånvarande. Något skyddsvärt subjekt framkommer inte i konstruktionen av straffvärda handlingar. Här ser jag således en skillnad i förhållande till reformer efter brottsbalkens tillkomst. I nutiden framkommer det skyddsvärda subjektets upplevelse (kränkningen) som relevant för hur straffvärda handlingar ska definieras. Detta vill jag sammanfatta som ett skifte från att straffvärdhet görs utifrån vad gärningen är, till vad gärningen gör med den som utsätts.

En annan parallell mellan Hellichius kommentar och nutida gränsdragningsproblem är betydelsen av samhälleliga normer vid bestämmandet av om en gärning är sexuell eller ej. Hellichius ställer frågan: Är en kyss – ”låt vara in casu aldrig så okysk” – en otuktig handling? [410] Enligt Hagströmer är svaret nej, eftersom den inte innefattar ett sårande av tukt och sedlighet. Hellichius instämmer i den nekande slutsatsen och anför att kyssen är en icke-otuktig handling eftersom ”samhällsseden förtagit kyssen dess ursprungliga regelmässigt sexuella karaktär” eftersom en kyss numera är ”bruklig ej mindre som hälsningsform, än äfven som uttryck för en uteslutande platonisk vänskaps- eller frändskapssensation.”[411]

Stjernberg beskriver otukt som omfattande, förutom könsumgänge (samlag), också ”samlagsliknande åtgärder” samt ”varje annan otillåten beröring med annans kropp, som innebär en akt av direkt tillfredsställande av könsdriften hos en själv eller annan person, och som objektivt sett kan anses i motsvarande grad såra den sexuella anständighetskänslan.”[412] Stjernbergs kommentar är från 1922. Fyra år tidigare hade lönskaläge avkriminaliserats och 1937 avskaffades horsbrotten, som jag angav som exempel i föregående avsnitt, där jag visade jag att otukt hänvisade till något osedligt i sig.

Under första hälften av 1900-talet kommer rekvisitet otukt att beskrivas på ett sätt som liknar det sätt varpå rekvisiten könsligt umgänge, sexuellt umgänge och senare sexuell handling kommer att definieras. Det vill säga, med hänvisning till sexualitet. Stjernbergs hänvisning till *sårande av den sexuella anständighetskänslan* kommer senare att ersättas med en hänvisning till *sexuell integritet*. Enligt Stjernbergs definition ska bedömningen göras ”objektivt”. Samma formulering återkommer i nutida förarbeten och kommentarer. Det förutsätts en samhällelig standard för anständighet – idag sexuell integritet – som görs oberoende av den utsatta individens subjektiva upplevelse.

---

[410] Hagströmer (1909), s. 364.
[411] Hellichius (1913), s. 30.
[412] Stjernberg (1922), s. 25.

I en recension av Stjernbergs lagkommentar uppehåller sig Wetter vid betydelsen av individens motiv i bedömningen av den straffvärda handlingen. Gränsdragningen mellan otukt och annan sedlighetssårande handling skulle enligt Wetter göras genom att otukt förbehålls de handlingar ”vilka objektivt äro typiska medel att direkt tillfredsställa könsdrift (gärningsmannens eller annans, på naturligt sätt eller onaturligt)”.[413] Sådana handlingar som utåt sett framstår såsom könsakter ska enligt Wetter utgöra otukt och det är då irrelevant om det i det enskilda fallet ”förelegat sexuellt motiv”. Otukt kan således föreligga trots frånvaron av sexuell drift. Som exempel nämns motiven hat eller lust att skandalisera någon.[414] Men, anför Wetter, ett sexuellt motiv är i sig inte tillräckligt för att konstituera otukt, ”såsom vid sadistisk misshandel eller vid vissa former av fetischism”. Wetter argumenterar:

> En dylik objektiv bestämning av otuktshandlingen blir dessutom den mest rationella vare sig gärningens samhällsfarlighet bottnar i individuell eller i allmän fara för sexuell demoralisation. Ty faran i dessa avseenden gör sig företrädesvis gällande i fråga om handlingar, vilka utåt framstå såsom direkta könsakter.[415]

I citatet görs en distinktion mellan den kroppsliga handlingen och vad som motiverar handlingen. Det är den förstnämnda som orsakar den relevanta skadan, inte den andra. Det är dock tydligt, menar jag, att den kroppsliga handlingen hänvisar till sexualdrift och på så sätt är en specifik avsikt förkroppsligad.

I de texter jag har hänvisat till ovan görs anspråk på universalitet; det talas om sedlighet, sexuell demoralisation, den sexuella anständighetskänslan såsom abstrakta, universella värden. Men på samma gång är det straffvärda subjektet manligt könat genom att sexualdrift begripliggörs som penis och utlösning, och det skyddsvärda subjektet är kvinnligt könat. Hellichius exempel med badhytten blir begripligt endast då det könas – en *kvinna* gör toalett och en *man* går in.

Kön är på samma gång meningsbärande och oväsentligt. Med det menar jag det självklara antagandet om att sexualdriften är manlig, och hur straffvärda handlingar sedan beskrivs med sexualdriften som referenspunkt. Kön är dock oväsentligt på så sätt att det skyddsvärda, kvinnliga, subjektet inte ryms i graderingen eller definitionen av straffvärda handlingar.

Genom att studera hur rekvisitet otukt konstrueras i rättsvetenskapliga och rättsliga texter har jag visat att könsdrift, eller sexualdrift, är centralt i konstruktionen av det straffvärda. Jag har också visat hur konstruktionen av straffvärdhet är behäftad med spörsmål som återkommer i det straffrättsliga systemet idag. I följande avsnitt analyserar jag hur den straffvärda handlingen konstrueras vid brottet sårande av tukt och sedlighet, 13 § 18 kap. strafflagen.

---

[413] P:son Wetter (1925), s. 46.
[414] Ibid., s. 47.
[415] Ibid., s. 47.

Tukt- och sedlighetssårande handling

I likhet med nutida lagstiftning, där sexuellt ofredande avgränsas gentemot de sexualbrott som förutsätter sexuell handling, görs här skillnad mellan å ena sidan otukt och å andra sidan sårande av tukt och sedlighet (eller sedlighetssårande handling, som det ibland benämns).

I Hagströmers beskrivning av sedlighetssårande handlingar har könsdriften, som var central för avgränsningen av otukt, ingen betydelse.[416] Avgörande är istället att handlingen kränker anständigheten i sexuellt avseende, men det har, enligt Hagströmer, ingen betydelse i vilket ändamål gärningen äger rum: ”Den kan t.ex. ske endast och allenast af okynne eller för att visa förakt för en annan.”[417] Även Stjernberg anför att det inte krävs att ”gärningen är ett utslag av sexuell drift” samt att ”avsikten med åtgärdens företagande är i sig irrelevant”.[418]

Enligt Stjernberg ska det vara fråga om en gärning som verkligen kan sägas såra tukt och sedlighet, vilket avser gärningar ”som kunna sägas såra den sexuella anständighetskänslan”.[419] Inte bara ”otuktig beröring av annans kropp” omfattas, utan även ”åthävor och ord”.

Stjernberg redogör för fyra olika typer av gärningar som sårar tukt och sedlighet.[420] För det första omfattas gärningar som inte innefattar någon åtgärd med annans kropp. Som exempel nämns exhibitiva åtgärder och förevisande av otuktiga bilder. Därtill omfattas av stadgandet åtgärder med annans kropp, som inte innefattat en direkt beröring. Som exempel nämns avklädande av en kvinna, såsom utslag av en sexuell drift eller för att förföra en tredje person.

Den tredje typen av handlingar är åtgärder som innefattar en direkt beröring av annans kropp, men som inte, eller ännu inte (försök till övande av otukt), innebär akter av direkt tillfredsställelse av könsdriften. Slutligen omfattas åtgärder som innefattar en sådan direkt beröring och som skulle kunna anses innebära tillfredsställande av en (abnorm) könsdrift, men som inte i tillräcklig grad sårar den sexuella anständighetskänslan för att utgöra otukt. Stjernberg exemplifierar den sista kategorin med vissa fall av sadism och fetischism.

Liksom vid avgränsningen av otukt, är könsdrift och dess tillfredsställande centralt för beskrivningen av sedlighetssårande handlingar. Även om dessa inte beskrivs som förutsättningar för straffansvar, så framkommer könsdrift som en referenspunkt i Stjernbergs framställning.

På liknande sätt som sexuellt ofredande idag gränsar till förargelseväckande beteende i 16 § 16 kap BrB, gränsar tukt och sedlighetssårande handling till 11 kap.

---

[416] Hagströmer (1909), s. 363.
[417] Ibid., s. 363.
[418] Stjernberg (1922), s. 76-77.
[419] Ibid., s. 71-72.
[420] Ibid., s. 25.

15 § som bland annat kriminaliserar den som orsakar förargelse på allmänna platser.[421]

Stjernberg framhåller svårigheten i att avgöra var gränsen går mellan å ena sidan tukt- och sedlighetssårande gärningar och å andra sidan gärningar som inte sårar tukt och sedlighet:

> Det måste i sista hand komma an på ett domarens värdeomdöme, grundat på gärningens yttre objektiva beskaffenhet. Till denna yttre objektiva beskaffenhet hör emellertid även de yttre omständigheter, under vilka den företagits. En och samma handling kan t.ex. i detta hänseende anses sårande för den sexuella anständighetskänslan, därest den ägt rum inför minderåriga, utan att så behöver vara fallet, därest den äger rum inför vuxna personer.[422]

Vidare anför Stjernberg att det vore förfelat att söka finna ”några fasta objektiva kännetecken ens för speciella fall” eftersom ”lagstiftaren här tydligen räknar med en även i tiden förskjutbar gränsbestämning”.[423] Dessa resonemang återkommer i nutida definitioner och avgränsningar av brottet sexuellt ofredande. Svaret på frågan om vad som är tukt och sedlighetssårande överlämnas, liksom i nutiden, till den dömande praktiken.

Frågan om hur rekvisitet *sedlighetssårande handling* definieras i förhållande till icke-straffvärda handlingar har inte prövats av Högsta domstolen. Däremot har Högsta domstolen tagit ställning till rekvisitet *allmän förargelse* (som jag behandlat i kapitel 3.2) samt gränsdragningen mellan *otukt* och *sedlighetssårande handling*, vilket är ämnet i det följande.

Otukt eller sedlighetssårande handling? Högsta domstolens avgöranden

Högsta domstolens avgöranden rör främst sedlighetssårande handlingar mot barn.[424] Ett exempel på sedlighetssårande handling som inneburit fara för andras förförelse är en man som ”på ett sedligheten sårande och i övrigt oanständigt sätt umgåtts med

---

[421] 11 kap. 15 §: ”Gör man oljud eller oväsende, eller far öfverdådigt fram, så att annan deraf skadas kan, eller kommer eljest förargelse åstad, å allmän väg, gata eller torgplats, eller der allmän marknad eller auktion hålles; straffes med böter, högst etthundra Riksdaler. Våldför man annan å sådant ställe som nu sagdt är; då skall den omständighet, vid straffets bestämmande för våldet, såsom försvårande anses.” Se Carlén (1866), s. 188 samt Bull & Heiborn (1999).

[422] Stjernberg (1922), s. 72.

[423] Ibid., s. 72 not 1.

[424] I några fall framgår endast att en tukt- och sedlighetssårande gärning har begåtts, utan att lagrummets tillämplighet varit den huvudsakliga frågan för Högsta domstolen, se NJA 1931 s. 499. Av NJA 1946 s. 593 framgår att den tilltalade dömdes enligt 13 § för att ha fört in fingret i slidan på en fjortonårig flicka.

minderåriga av båda könen".[425] Den tilltalade hade "stuckit handen i byxorna eller under kjolarna på barnen samt trevat, känt, klämt och runkat å deras könsorgan". Av 1918 s. 410 framgår att 18 kap. 13 § tillämpades på mäns handlingar mot pojkar.[426] Gärningen bestod i avgörandet av att den tilltalade kramat några ynglingars manslemmar utanpå byxorna.

I ett antal avgöranden har Högsta domstolen tagit ställning till om en åtalad handling ska bedömas som otukt eller som sedlighetssårande handling enligt 18 kap 13 §. I avgörandena framgår av referaten att den tilltalade gjort invändningar om att han inte hade erektion, att han inte kände någon njutning, eller att han inte fick sädesavgång.[427] Detta pekar på, menar jag, att sådana omständigheter har betydelse för gränsdragningen mellan allvarligare otuktsbrott och det lindrigare brottet sårande av tukt och sedlighet i 18 kap. 13 §. Högsta domstolen uttalar dock inte explicit att så skulle vara fallet.

Under 1940- och 1950-talet prövar Högsta domstolen ett antal fall som rör gränsen mellan otukt och sedlighetssårande handling.[428] I dessa framkommer hur straffvärd otukt konstrueras genom referens till den tilltalades kropp (erektion, sädesavgång) och dennes könsdrift.

I NJA 1942 s. 420 bedömdes det som otukt att en man berört en trettonårig flickas kön utanpå byxorna och flickan hade gnidit hans manslem så att han fick sädesavgång. Åtalet omfattade också en handling bestående i att mannen tagit fram sin manslem utan att flickan berörde den och utan att han haft sädesavgång. Detta bedömdes som sedlighetssårande handling enligt 13 §.[429]

I NJA 1946 s. 187 hade den tilltalade dragit ner en 10-årig flickas benkläder samt, liggande över flickan, fört sin blottade manslem mellan hennes lår. Av gärningsbeskrivningen framgick att den tilltalade haft sädesutgjutning vid två av de totalt fyra tillfällena. Samtliga gärningar bedömdes av rådhusrätten som

---

[425] NJA 1921 s. 273

[426] Se även NJA 1931 s. 132 där två män gnidit varandras manslemmar, vilket straffades enligt 13 §. Se även NJA 1943 s. 541; NJA 1945 s. 698; NJA 1946 s. 456 och NJA 1948 s. 687.

[427] I vissa fall förekommer detta i återgivandet av den tilltalades berättelse, som en invändning mot åtalet. Exempelvis NJA 1926 s. 203, i vilket den tilltalades berättelse refereras: "Genom sitt förfarande hade han erfarit en känsla i det närmaste motsvarande naturlig könsnjutning, men någon säd hade icke avgått." I NJA 1943 s. 541 refereras att den tilltalade inte kände "den minsta njutning av sin handling". I NJA 1940 s. 593 hade den tilltalade förmått en elvaårig pojke att under några minuter gnida den tilltalades manslem, vilket av Högsta domstolen bedömdes som otukt mot naturen enligt 10 §, och inte som sedlighetssårande handling enligt 13 §. Se angående det sistnämnda fallet Rydström (2003), s.184. Fallet kan ses som ett exempel på att samkönade sexuella handlingar bestraffades hårdare än andra. Jämför NJA 1921 s. 273 och NJA 1931 s. 132.

[428] NJA 1942 s. 420; NJA 1946 s. 456; NJA 1949 s. 612; NJA 1950 s. 263; NJA 1952 s. 413.

[429] Men den tilltalade frias från otukt enligt 8 § då han inte visste om flickans ålder förrän vid det sista tillfället.

sedlighetssårande enligt 13 §, medan hovrätten och högsta domstolen bedömde gärningarna som otukt enligt 7 §.

NJA 1946 s. 456 rörde åtal mot en man att ha tagit med en tioåring pojke på sin segelbåt och då vid tre tillfällen tagit på pojkens penis och samtidigt tagit på sin egen penis.[430] Referatet av den tilltalades berättelse anger att den tilltalade inte hade ”erfarit några vällustkänslor av att treva på målsägandens manslem”. I domskälen hänvisades dock till polisförhör som talade för motsatsen. I rådhusrätten vidhöll den tilltalade sina uppgifter, dock med tillägg att han vid det senare tillfället avsåg att få sin egen manslem styv och bereda sig sädesutgjutning. Rådhusrätten dömde den tilltalade för tukt- och sedlighetssårande handling enligt 13 §. Även av hovrättens domskäl framgår att den tilltalade invänt att varken hans eller målsägandens manslem var styv samt att han inte hade några vällustkänslor. Hovrättens majoritet liksom Högsta domstolen dömde den tilltalade för otukt enligt 10 §.

I avsnittet ovan framhöll jag att straffvärd otukt konstrueras utifrån gärningspersonens handlande och kropp. Straffvärdhet görs utifrån vad gärningen är. I kapitel 4 och 5 visar jag att straffvärda handlingar i perioden efter brottsbalksreformen konstrueras med hänvisning till vad handlingen gör med den som utsatts för den. Avgörandet ovan, 1946 s. 456, exemplifierar detta. Det är den tilltalades känslor, motiv och eventuella sexualdrift, och inte målsägandens kropp och integritet som referatet återger. Det framstår som viktigt huruvida det förekommit en skadlig könsdrift.

Även NJA 1949 s. 612 påvisar detta. Åtalet rör en man som visat sin manslem för två flickor, förmått flickorna att ta på den och efter en kort stund fått sädesavgång. Frågan är om detta ska bedömas som otukt enligt 7 § 18 kap, eller som sedlighetssårande gärning enligt 13 § 18 kap. Av den tilltalades anförande framgick att han var ”känslig”, i meningen att han vid flera tidigare tillfällen hade fått sädesavgång bara genom att visa manslemman för flickor, det hade inte varit nödvändigt för honom att själv gnida den, eller att flickorna tog på den. I fallen där flickorna tagit på manslemmen hade ”akten inneburit en större njutning, men ofta hade han på grund av att han varit så ’känslig’ fått sädesavgång innan någon beröring skett”. Häradsrätten dömde för otukt med hänvisning till att den tilltalade, genom att han förmått målsägandena att vidröra hans manslem, direkt tillfredsställt sin könsdrift. Högsta domstolen dömde i likhet med häradsrätten.

Efter 1949 års avgörande följer ytterligare två som rör gränsen mellan otukt med minderårig enligt 7 § och sedlighetssårande handling enligt 13 § 18 kap. SL. I NJA 1950 s. 263 hade den tilltalade vid tre tillfällen legat ovanpå en sexårig flicka och gjort samlagsrörelser med blottad och styv manslem tryckt mot hennes könsorgan. Flickan hade byxor på sig. Häradsrätten dömde enligt 13 §, och betonade att målsäganden

[430] Åtal enligt 10 § i dess lydelse efter reformen 1944, det vill säga otukt med annan av samma kön som ej fyllt 15 år.

haft byxor på och att hans manslem inte vid något tillfälle varit i direkt beröring med målsägandens kropp. Hovrätten ändrade inte häradsrättens dom, men en skiljaktig lagman anförde att den tilltalades gärning var att hänföra till övande av otukt, oaktat att flickan haft byxor på sig. Det framgår inte vilka omständigheter Högsta domstolen hänvisar till då den fastställer hovrättens domslut. Men i domskälen refereras den tilltalades uppgifter om att han inte vid något tillfälle direkt berört flickans kropp med sin manslem, samt att han inte i något fall fått sädesuttömning.

Fallet kan relateras till den betydelse som kläder och samlagsrörelser kommer att få i gränsdragningen mellan å ena sidan sexuellt umgänge/sexuell handling, och å andra sidan otuktigt beteende/sexuellt ofredande. Jag menar att det här framträder en skillnad i hur straffvärdhet konstrueras, från fokus på gärningspersonens kropp (erektion, sädesavgång) och sexualdrift mot fokus på vad handlingen gör med målsägandens kropp (och integritet).[431]

Jag tolkar även NJA 1952 s. 413 som uttryck för denna förskjutning. I avgörandet hade en man fört in ett finger in i slidan på en sjuårig flicka, vilket orsakat bristningar i slidan och blödning.[432] Rådhusrätten fann att gärningen utgjorde otukt, medan hovrätten däremot anförde att även om gärningen inneburit ett synnerligen allvarligt sexuellt övergrepp kunde den inte bedömas som otukt. Istället skulle gärningen bedömas som ”en grovt sedlighetssårande handling” i förening med misshandel enligt 14 kap. 13 § SL. Att sexualdriftens tillfredsställande gav betydelse framgår av åklagarens anförande till Högsta domstolen. Åklagaren argumenterade att även om det inte var styrkt att gärningen ”medfört den fullständiga tillfredsställelse av sexualdriften som en sädesuttömning innebär”, är gärningen ”dock av den beskaffenheten att den måste antagas ha inneburit åtminstone någon grad av sexuell tillfredsställelse” för den tilltalade. Därför borde gärningen bedömas som otukt, vilket Högsta domstolen också gjorde.

Mot bakgrund av de reformer som äger rum under andra hälften av 1900-talet läser jag dessa avgöranden som möjliga uttryck för en förskjutning av hur straffvärdhet konstrueras. [433] Straffvärd otukt konstrueras utifrån det straffvärda

---

[431] Den skiljaktige hovrättsdomaren i NJA 1950 s. 263 beskriver gärningen på ett annorlunda sätt än häradsrätten: den tilltalade har erkänt att hans blottade och styva manslem tryckts mot hennes könsorgan samt att han vid ett av dessa tre tillfällen »juckat», d.v.s. gjort samlagsliknande rörelser, som han avbrutit först då han känt att han hållit på att få sädesuttömning. Den tilltalades förfarande innefattar därmed ”ett tillfredsställande av hans könsdrift genom utnyttjande av målsägandens kropp på ett samlagsliknande sätt samt utgör till sin art ett allvarligt sexuellt övergrepp”.

[432] Samt enligt åklagarens påstående gjort samlagsrörelser. Till skillnad från fall där den tilltalade har erkänt, finns här inga uppgifter om den tilltalades sexualdrift eller motiv i övrigt.

[433] Jämför Rydström (2003), s. 54, som menar att avgörandet NJA 1914 s. 18, som rör otukt mot naturen, utgjorde ett steg på vägen mot den moderna uppfattningen om sexualbrott som riktade mot person och inte mot moral. Fallet innebar att vid upprepade tillfällen av otukt mot naturen med olika personer, skulle antalet brott baseras på antalet personer som involverats i gärningen.

subjektets kroppsliga könsdrift men det skyddsvärda subjektets kropp och integritet framträder.

Summering

Jag har ägnat avsnittet åt att beskriva hur straffvärda handlingar konstrueras, och då fokuserat på rekvisiten *otukt* och *sedlighetssårande handling*. Jag vill särskilt framhålla att könsdriften, eller sexualdriften, och dess eventuella tillfredsställande utgör referenspunkt för hur straffvärda handlingar avgränsas och definieras. Könsdriften är förkroppsligad i penis och utlösning, men urskiljs samtidigt som något mer än kroppsliga handlingar och då som en viss avsikt hos det straffvärda subjektet. Jag vill också framhålla hur det skyddsvärda subjektet – vad gärningen gör med den som utsätts – är påfallande frånvarande i konstruktionen av det straffvärda i jämförelse med hur straffvärda handlingar skapas i nutiden.

3.4 Sammanfattande tolkning av 1864 års strafflag och vägen mot 1965 års brottsbalk

I avhandlingens andra kapitel placerade jag den dömande praktiken i det straffrättsliga systemets centrum. Som Hellichius konstaterar kan otukt i de rättsvetenskapliga praktikerna endast ”blifva ett rent formellt begrepp, hvars innanmäte realiteter blott kan fyllas i det konkreta fallet”.[434]

Skälet till att jag inkluderat 1864 års strafflag i avhandlingen är att det sätt varpå skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras ifråga om sexualbrotten idag i det straffrättsliga systemet hänvisar till kommunikationer i det straffrättsliga systemet under den period då sexualbrotten tar form. Detta sker med början på 1800-talet men framför allt under 1900-talets första hälft.

Jag vill framhålla två teman som sätter de nutida sexualbrotten och lagens egen narrativa diskurs i perspektiv. Det ena är skyddsintressets komplexitet, det andra är könsdriftens betydelse för sexualbrottens tillkomst.

Vad gäller det första temat kan konstateras att drygt 100 år passerar mellan 1864 års strafflag och 1965 års brottsbalk. Under perioden genomförs förändringar både i lagstiftningsreformer och i Högsta domstolens avgöranden. Förändringarna innebär generellt en förskjutning av skyddsintresset, från den allmänna sedligheten mot individens integritet. Jag har dock visat att även om den allmänna sedligheten

[434] Hellichius (1913), s. 28.

betonats som skäl för kriminalisering, har individens sedlighetskänsla inte varit obetydlig.

Skyddsvärda subjekt framträder allt mer under perioden. Detta konstaterar Maria Wendt, som menar att lagstiftningen kring våldtäkt under 1930- och 1940-talet präglades av omsorg om samhällsordning och samhällsmoral, men också av föreställningar om att lagstiftningen ska skydda enskilda individer och särskilt kvinnans könsliga integritet.[435]

Agge summerar skyddsintressets komplexitet år 1941:

> När det gäller sedlighetsbrott komma i huvudsak följande praktiskt sociala intressen ifråga såsom straffrättsliga skyddsintressen: allmän ordning och anständighet, ungdomens sunda utveckling på personlighetslivets och särskilt det sexuella livets område, individens könsfrihet, d.v.s. självbestämmanderätt i sexuellt hänseende samt familjebandens helgd.[436]

Jag har visat att det skyddsvärda subjektet framkommer allt mer i motiven till kriminaliseringar och avkriminaliseringar, samt i Högsta domstolens avgöranden. Men jag har också understrukit att skyddsvärda subjekt framkommer genom rådande kriminalpolitiska problemformuleringar, det vill säga politiska och moraliska överväganden om vad som är sedligt, gott och önskvärt i samhället. Genom att framhålla att skyddsvärda intressen i fråga om sedlighetsbrotten i strafflagen var komplexa menar jag att komplexiteten i nutiden möjligen blir synligare. Detta återkommer jag till i avsnitt 3.7.

Skyddsvärda intressen och subjekt, liksom straffvärda handlingar och subjekt, konstrueras genom rådande kriminalpolitiska problemformuleringar och rådande kunskapsmönster. Ett sådant kunskapsmönster är sexualdriften. Det andra temat som belyser den nutida sexualbrottslagstiftningen är att straffvärdhet konstrueras med hänvisning till sexualdriften, eller könsdriften. Sådana referenser blir allt vanligare under perioden, så även i förarbetena till brottsbalksreformen, som jag behandlar i avsnitt 3.5. Sexualdrift, eller vissa kroppsliga uttryck som erektion och sädesuttömning, framställs inte som ett krav för straffansvar för alla sedlighetsbrott. Men definitioner av straffvärda handlingar görs genom referens till sexualdrift, såsom att antingen krävs driftens tillfredsställande, eller så krävs den inte.

Jag vill framhålla två aspekter av könsdriftens betydelse. Den ena är att sedligheten skyddas genom könsdriftens frånvaro. Det vill säga, könsdriften är inte positivt värderad som något skyddsvärt i sig. Den andra aspekten är att könsdriften görs till sedlighetsbrottens orsaksförklaring. I det följande utvecklar jag dessa två aspekter.

---

[435] Wendt Höjer (2002), s. 63.

[436] SOU 1941:32, s. 48, bilagan *Homosexuell otukt såsom juridiskt begrepp*.

Sedligheten skyddas genom frånvaron av könsdrift

En aspekt av sexualdriftens centrala position i konstruktionen av sedlighetsbrotten är att sexualdriften i sig är negativ, den utgör ett hot. Detta förändras över perioden. Vid brottsbalksreformen tolkar jag det som att sexualitet börjar förstås som något skyddsvärt och positivt, även om det är först i SOU 1976:4 som sexuell frihet genomgående framhålls som ett viktigt intresse. I nutiden konstrueras skyddsvärdhet genom referens till att sexualitet är något viktigt och positivt för människor. Den sexuella integriteten ska skyddas från kränkningar med hänvisning till att utövande av sexualitet har ett värde, övergrepp ställs i motsats till sexuell frihet.

Det skyddsvärda konstrueras i 1864 års strafflag och genom periodens rättsliga praktiker med hänvisning till sedlighet, fara för demoralisering och goda borgerliga seder. Osedlighet ställs inte i motsats till sexuell frihet, utan till en sedlighet som i sig utesluter sexualitet som positivt värderat. Det straffvärda konstrueras genom hänvisning till *könsdriften*. Det som skadar sedligheten är olika uttryck för könsdrift eller sexualdrift, och denna drifts utlopp är inte i sig skyddsvärd.[437] Som exempel kan nämnas att avkriminaliseringen av samkönade sexuella handlingar inte motiverades med hänvisning till sexuell frihet, utan till orimligheten i att bestraffa ett ärftligt tillstånd.[438]

Detta kan sättas in i det sammanhang som Jonas Frykman beskriver: den disciplinerade borgerliga kulturen.[439] Den bestod i att dölja kroppen för sig själv och för andra, att dra upp gränser mellan ordning och oordning, smutsigt och rent. Den manliga sexualiteten betraktades som ett ständigt hot ”ända tills den hade styrts in i den trygga äktenskapliga hamnen”.[440] Skräcken för onani och beivrandet av barns onanerande är ett exempel på sexualdriften som hotfull.[441] Ett annat exempel är att sexuella erfarenheter – påtvingade eller inte – utgjorde ett brott mot dåtidens barndomsideal, vilket Maria Sundkvist visar i en studie om hur barn med sexuella

---

[437] Exempelvis: ”Sedda ur handlingsmotivets index gruppera sig ett väsentligt antal brottsarter kring en den mäktigaste af naturdrifter: könsdriften. För alla nyare tiders lagstiftare är fenomenkomplexet af denna drift en af de centrala punkterna i deras äflan att under straffhotet filtrera de kraftkällor, hvaraf samhällets existens är beroende. På grundval af könsdriftens företeelser har den gällande rättsordningen därför fixerat ett begrepp sedlighet samt riktat ett straffanspråk emot vissa merendels af sexualdriften influerade eller densamma inficierande handlingar, sedlighetsdelikten.” Hellichius (1913), s. 1.

[438] Prop. 1944 nr 13, s. 44. Departementschefen anförde, bland annat: ”Det är tydligt att straffhot icke kan ändra den biologiskt betingade anomali som den konstitutionellt homosexuelles böjelse för sexuella förbindelser med personer av samma kön utgör.”

[439] Frykman & Löfgren (1979), s. 185-220.

[440] Ibid., s. 201.

[441] Se Lennerhed (2002), s. 14-19 angående onani.

erfarenheter hanterades av barnavårdsnämnd 1903–1925.[442] Barn, särskilt flickor, skulle skyddas från sexualdriften.

Samtidigt visar prostitutionsreglementeringen, som mellan 1847 och 1918 föreskrev att kvinnor som sålde sexuella tjänster skulle genomgå besiktning, att den manliga sexualdriftens utlevnad också skyddades genom lagstiftning. Att som kvinna som låta sig brukas till skörlevnad (upprepad prostitution) bestraffades fram till 1918 enligt 11 § 18 kap. strafflagen, men inte den som nyttjade prostituerade.

Jag vill förtydliga att jag inte söker beskriva en enhetlig samhällssyn på sexualitet under denna period.[443] 1900-talets första årtionden är en period av såväl ett borgerligt ideal ifråga om sedlighet som motstånd mot detta, exempelvis genom kamp för avskaffandet av förbudet mot att upplysa om preventivmedel.[444] Att könsdriften utgjorde ett hot innebär inte heller att det inte talades om sexualitet, såsom Foucault påpekat i ifrågasättandet av talet om att sexualiteten varit förtryckt fram till dess frigörelse på 1960-talet.[445] Talet om onani som en fara för individ och samhälle stödjer detta. Detsamma gäller den uppmärksamhet som riktades mot den urbana, homosexuella människan under denna period, vilket Rydström visat.[446] Enkla tidsindelningar låter sig inte heller göras.

Vad jag konstaterar är att i det straffrättsliga systemet, såsom det kommer till uttryck i den lagstiftande och den rättsvetenskapliga praktiken, konstrueras den skyddsvärda sedligheten genom frånvaron av könsdrift, det vill säga, könsdrift har i sig inte ett positivt värde. Härigenom framstår en kontrast till nutiden. Sexualdriften konstrueras som straffvärd i sig i början av perioden, men då brottsbalken träder i kraft har detta förändrats.

Sexualdriften som orsak

En annan aspekt av könsdriftens betydelse är vad det innebär att straffvärdhet konstrueras just genom hänvisning till sexualdrift. Då strafflagen träder i kraft under 1800-talets mitt hänvisas det inte till ”sexualitet”. Det är först under 1900-talet som hänvisningar inte längre görs till blygsamhet och ära som skyddsintressen, utan till sexuallivet och sexualiteten.

---

[442] Sundkvist (1997).

[443] Frykman & Löfgren (1979), s. 185-220, visar särskilt på klasskillnader i fråga om detta. Ekström (2002), s. 34, pekar på hur första halvan av nittonhundratalet präglades av ett intresse för sexualitet, reproduktion och folkhälsa, det var ”en tid av omdaning och nytänkande kring statens ansvar för olika sexuella frågor”.

[444] Lennerhed (2002), s. 83-92.

[445] Foucault (2002).

[446] Rydström (2003).

Lena Lennerhed anför att ordet sexualitet började användas allmänt i vanligt språkbruk först på 1900-talet. På 1700-talet användes det främst inom botaniken. Det var i slutet av 1800-talet som sexualitet fick sin moderna betydelse som beteckning för det mänskliga könslivet genom den framväxande sexologin, vetenskapen om sexualiteten. Genom sexologin medikaliseras sexualiteten, som i detta kunskapsfält förstås som en biologisk och medfödd drift.[447] I brottsbalksreformen, som jag strax kommer till, hänvisas till vetenskapen om sexualiteten.

Under andra hälften av 1900-talet är det tydligt att den nya sexologins språk blir straffrättsliga kommunikationer. Sedlighetsbrotten konstrueras i relation till de framväxande medicinska, psykiatriska och sociologiska sexualitetsdiskurserna.[448] Begrepp som könsdrift, exhibitionism, heterosexualitet och homosexualitet i det straffrättsliga systemet betraktar jag som kopplade till den medicinska vetenskapens utforskande och klassificering av sexuella beteenden och sexualdrift.[449] Ett exempel på hur sexologidiskursen blir en del av det straffrättsliga systemets miljö är att ordet *onani* förekommer i rättsfall från 1940- och 1950-talen, medan i tidigare rättsfall användes uttrycket *gnida manslem*.[450] Genom benämnandet länkas handlingen till den då rådande sexualitetsdiskursen.

Att de moderna sedlighetsbrotten tar form genom hänvisning till sexualdriften betyder också att sexualdriften framställs som orsak till att sedlighetsbrott begås.

Utifrån en studie av rättsfall och rättsmedicinska journaler under 1950-talet konstaterar Bergenheim att den manliga könsdriften betraktas som en presumtiv källa till problem, som otillfredsställd kan driva mannen till brottsliga handlingar.[451] Det talas om ”driftstas”, vilket är driftens grad och nivå hos en individ vid ett visst tillfälle. Behovet av tillfredsställelse och känslan av abstinens är alltid relaterad till mannens upplevelse av sina behov. Den tilltalades sexuella otillfredsställelse betraktas som en giltig förklaring till övergrepp, även då läkare konstaterar en extrem könsdrift.[452]

Den otillfredsställda könsdriften utgör en orsaksförklaring till varför individer begår sedlighetsbrott. Som exempel kan nämnas hur otillfredsställd könsdrift anses bidra till en ökning av incestbrotten.[453] Som förklaring till det som anses vara en reell

---

[447] Lennerhed (2002), s. 13.

[448] Bergenheim (2005), s. 69-90.

[449] Jämför Foucault (2002) och Weeks (2000) s. 61.

[450] Se NJA 1945 s. 698 och NJA 1948 s. 333. I rättsvetarnas kommentarer förekommer hänvisningar till fetischism och sadism, se Stjernberg (1922), s. 25 och P:son Wetter (1925), s. 47.

[451] Bergenheim (2005), s. 299.

[452] Att könsdriften ses som orsakande sexualbrott är synligt också i lag (1944:133) om kastrering. Lagen stadgade att den som med skäl kan antagas komma att på grund av sin könsdrift begå brott som medför allvarlig fara eller skada för annan må kastreras. Bergenheim menar att myndigheterna satte stor förhoppning till kastrering som en brottspreventiv åtgärd: en kastrerad man antogs sakna sexuella begär och skulle därför inte begå sexualbrott. Ett problem var dock att även kastrerade män anklagades och dömdes för sexuella övergrepp. Ibid., 305-306.

[453] SOU 1935:68.

ökning av antalet incestuösa förbindelser anges bland annat arbetslöshet. Arbetslöshet gör att männen går hemma mycket ”samtidigt som de av bristen på arbetsinkomst hindrats från att uppsöka prostituerade eller knyta andra sexuella förbindelser”.[454] Att incestbrott är vanligare på landet än i städerna förklaras med att städerna erbjuder tillgång till ”prostituerade kvinnor, nöjen och uteliv, vilket gör, att de erotiska intressena, när de ej tillfredsställas inom äktenskapet, icke riktas mot den egna familjens medlemmar utan söka sig andra banor”.[455]

Förändringar i det straffrättsliga systemet är tudelade. Som jag strax kommer till i nästa avsnitt hänvisas till den otillfredsställda sexualdriften som orsak till sedlighetsbrott även i brottsbalksreformen. Men i reformer därefter tillkommer andra orsaksförklaringar. En kontinuitet råder dock i fråga om att straffvärda handlingar även i nutid avgränsas och definieras genom hänvisning till sexualdrift. Detta trots att de kriminalpolitiska problemen formuleras på nya sätt och trots att det formuleras andra orsaksförklaringar till sexualbrott än den otillfredsställda sexualdriften.

Jag menar att nutida hänvisningar till sexualdrift, eller sexuellt intresse, som det senare benämns, innebär referens till en specifik konstruktion av vad sexualitet är, nämligen sexualdrift förkroppsligad i penis och utlösning. Det är utifrån den som sedlighetsbrotten formas under 1900-talets första hälft.

I nästa avsnitt beskriver jag hur de förändringstendenser som uppstår under 1900-talets första hälft resulterar i SOU 1953:14 och senare den proposition som ersätter strafflagen med brottsbalken.

3.5 Brottsbalksreformen 1953–1965

1953 års betänkande från straffrättskommittén och propositionen år 1962 leder till att strafflagen ersätts med brottsbalken. Brottsbalkens sjätte kapitel stadgar *Om sedlighetsbrott*.[456]

Inledningsvis i det här avsnittet redogör jag för hur sedlighetsbrottens skyddsintresse formuleras för att därefter beskriva att rekvisitet otukt ersätts med

---

[454] Ibid., s. 47.

[455] Ibid., s. 48. Det hänvisas vidare till alkoholen då den ”dels stegra den sexuella driften, dels utplåna eller försvaga de moraliska hämningarna”, till ”avbrott i det sexuella umgänget med andra kvinnor” (änklingar, män med hustrur som är uttröttade), samt till trångboddheten och då särskilt ”oseden med den gemensamma sängen”, ibid., s. 51.

[456] Lagstiftningsprocessen består av straffrättskommitténs betänkande SOU 1953:14; den första lagrådsremissen den 2 maj 1958; lagrådets utlåtande den 20 december 1958 (del B i prop. 1962 nr 10); den andra lagrådsremissen den 26 augusti 1960; lagrådets utlåtande den 16 november 1961 (del C i ibid.); propositionen till riksdagen den 15 december 1961 (del A ibid.); utskottsbetänkandet 1LU 1962:42. SFS 1962:700.

samlag och könsligt umgänge. Sist i kapitlet diskuterar jag vad det innebär att sexuell integritet och sexualdrift ersätter sedlighet. Det därpå följande avsnittet, 3.6, ägnas åt två kriminaliseringar som införs genom brottsbalken: otuktigt beteende (som tidigare rubricerats sårande av tukt och sedlighet, och som senare kommer att rubriceras sexuellt ofredande) respektive ofredande.

Skyddsintresset som styrande princip

Framträdande i brottsbalksreformen är att brotten kategoriseras utifrån skyddsintresse. Sedlighetsbrott som riktade sig mot den allmänna sedligheten placeras bland brott mot allmän ordning. Sedlighetsbrott som riktas mot ett skyddsvärt subjekt placeras i det nya kapitlet om sedlighetsbrott, som också kommer att omfatta våldtäktsbrottet.[457]

Genom brottsbalksreformen får sedlighetsbrotten huvudsakligen den struktur som sexualbrotten har i nutid. Det stadgas om våldtäkt och det lindrigare brottet våldförande i 1 § och om frihetskränkande otukt i 2 §. I 3 § stadgas om otukt med barn (könsligt umgänge med någon under femton år) och 4 § stadgar om otukt med ungdom. Vid det sistnämnda brottet, som kriminaliserar könsligt umgänge med person som är under 18 år i vissa beroendeförhållanden, särregleras samkönade sexuella handlingar. I 5 § stadgas om samlag med avkomling eller syskon. 6 §, som jag särskilt studerar nedan, reglerar otuktigt beteende. I 7 och 8 §§ stadgas om koppleri respektive förförelse av ungdom, det vill säga att mot betalning skaffa sig tillfällig könsförbindelse med person under arton år eller, vid samkönad könsförbindelse, tjugoett år.

I SOU 1953:14 anförs att de nya sedlighetsbrotten har till syfte ”att bereda straffrättsligt skydd för barn och ungdom mot sexuella kränkningar samt i övrigt värna individens integritet i sexuellt hänseende”.[458] Sexuell integritet blir nu ett uttalat skyddsintresse. I propositionen avfärdas den allmänna sedligheten som skyddsintresse. Sedlighetsbrotten avser ”övergrepp av en person mot annan person”.[459] Brottskategorin skapas genom hänvisning till ett skyddsvärt subjekt. Det som tidigare hade benämnts den kvinnliga blygsamheten eller individens sedlighetskänsla benämns nu sexuell integritet.

Hur kan detta nya begrepp sexuell integritet förstås? I avsnitt 3.4 framhöll jag att sexualitet i straffrättsliga kommunikationer i tiden före brottsbalksreformen refererar

---

[457] SOU 1953:14, s. 228. Helt konsekvent är reformen inte i detta avseende, till exempel koppleribrottet och okvalificerade blodskamsbrott placeras bland sedlighetsbrotten. Okvalificerade blodskamsbrott placeras i SOU 1953:14 bland brott mot familj i kapitel 5. I propositionen flyttas de tillbaka till sedlighetsbrotten.

[458] Ibid., s. 228.

[459] Prop. 1962 nr 10, del A s. 4.

till den framväxande sexologidiskursen i samhället. Detta kommer till uttryck också i brottsbalksreformen.

Ut med moralen, in med vetenskapen

Demoralisationsprincipen och de borgerliga sederna ersätts med hänvisningar till vetenskapens sociologiska och medicinska studier av sexualiteten. Moralen ska bort, och vetenskapen komma in. Positivismen får genomslag i form av statistiska undersökningar av förekomsten av sedlighetsbrotten.[460] Två bilagor som bifogas SOU 1953:14 utgörs av psykiatriska synpunkter på sedlighetsbrott.[461] Överläkare Bo Gerles *Psykiatriska synpunkter på sedlighetsbrotten och deras förövare* visar på hur vetenskapen om sexualiteten tar plats i den lagstiftande praktiken. Gerle anför:

> Sexuallivet intar med sina olika yttringar en central plats i människans liv och blir därför föremål för vårt särskilda intresse, även om fördomar och tabuföreställningar ända in i nyaste tid hindrat all öppen diskussion om hithörande frågor. Det är därför ej så förvånande att det fortfarande råder osäkerhet om vad som är »normalt» eller »onormalt» i sexuellt avseende, vilka yttringar av sexualdriften som kunna betraktas som tillåtna varianter av ett mera allmänt handlingsmönster och vilka som äro skadliga för individen själv eller för den eller dem i hans omgivning som beröras av dessa driftsyttringar.[462]

Även om vi nu, fortsätter Gerle, är mer tveksamma än tidigare beträffande vad som är normalt ifråga om sexuallivet, och vi numera visar större vidsynthet gentemot avvikelser, kvarstår dock behovet av att ”genom lagbestämmelser skydda medborgarna mot sådana utslag av sexualdrift som kunna innebära skadeverkningar av fysisk eller psykisk art”.[463] Sedlighetsbrott behöver dock inte vara utslag av en stark sexualdrift, utan det kan röra sig om individer med svag drift men som har ett starkt sexuellt intresse med livlig fantasi och en lättväckt drift.

Olika typer av sedlighetsförbrytare identifieras i bilagan.[464] Här nämns ”exhibitionisten”, som det kommer talas om i motiven till kriminaliseringen av

---

[460] Se bilaga 3: *Barnpsykiatriska synpunkter på sedlighetsbrott mot minderåriga* av överläkaren Elsa-Brita Nordlund och bilaga 5: *Statistiska uppgifter* av byrådirektör Sverker Groth, SOU 1953:14. En parallell kan dras till det positivistiska objektivitetsideal som kommer att prägla bevisvärderingen i brottmål, se Bladini (2013), kapitel 6.

[461] Se bilaga 2: *Psykiatriska synpunkter på sedlighetsbrotten och deras förövare* av Bo Gerle och bilaga 3: *Barnpsykiatriska synpunkter på sedlighetsbrott mot minderåriga* av överläkaren Elsa-Brita Nordlund.

[462] SOU 1953:14, s. 547.

[463] Ibid., 548.

[464] Exempelvis de intellektuellt undermåliga våldtäktsmännen som har svårt att uppnå ett mera varaktigt och intimt förhållande till en kvinna och som lider av en sexualdrift som inte får sin utlösning, de

otuktigt beteende. Exhibitionistens mål är att väcka den andra individens uppmärksamhet och reaktion, men han eftersträvar inte något närmande eller samlag och den sexuella njutningen skulle upphöra om offret närmar sig. Olika typer av exhibitionister urskiljs. Senildemens och kronisk alkoholism kan orsaka allmän psykisk nivåsänkning, men den sannolikt största gruppen utgörs enligt Gerle av yngre män utan påfallande psykopatologiska drag, men med mer eller mindre uttalade psykiska särdrag.[465] Dessa har en relativt svag men lättväckt sexualdrift och är ej sällan intensiva masturbanter.

En skillnad i förhållande till strafflagen är att brottsbalksreformen ger uttryck för att sexualitet är något skyddsvärt för individen. Skyddsintresset sexuell integritet hänvisar till sexualitet som positivt värderat. Sexualiteten ska frigöras från tidigare repressiv strafflagstiftning, som Gerle ger uttryck för i citatet ovan.

Den sexualliberala problemformuleringen kommer dock tydligare till uttryck i reformförslagen på 1970-talet.[466] Som Wendt konstaterar så innebär brottsbalksreformen inte att sedlighet helt utesluts, utan föreställningar om kroppslig integritet samsas med föreställningar om att lagen också har till uppgift att upprätthålla en stabil moralisk ordning och en godtagbar sexualmoral.[467]

Att den allmänna sedligheten avfärdas till förmån för den sexuella integriteten innebär inte bara att en styrande princip för kriminalisering etableras, det vill säga att straffvärdhet förutsätter skyddsvärda subjekt. Det innebär också att en särskild typ av integritet urskiljs. Den individuella sedlighetskänslan som sårades genom vissa sedlighetsbrott (se kapitel 3.2) var förbunden med samhällets sedlighet. Den nya sexuella integriteten är mer förbunden med individens identitet. Det som skadar den sexuella integriteten är dock, som i årtiondena före brottsbalksreformen, sexualdriften. Skyddsvärd sexuell integritet konstrueras i förhållande till straffvärd (ibland abnorm eller sjuklig) sexualdrift.

I det följande utvecklar jag detta resonemang utifrån hur de nya rekvisiten samlag och könsligt umgänge motiveras och definieras i brottsbalksreformen.

---

schizofrena våldtäktsförbrytarna, de primärt pedofila, de sekundärt pedofila. Det konstateras att intellektuell undermålighet samt allmänt låg social och kulturell nivå präglar miljöer där incestbrott förekommer.

[465] SOU 1953:14, s. 552-553.

[466] Se kapitel 4.1.

[467] Wendt Höjer (2002), s. 66.

Otukt ersätts med samlag och könsligt umgänge

Som framgår av stadgandena består sedlighetsbrotten i brottsbalken (huvudsakligen) av brott som riktas mot ett skyddsvärt subjekt, i enlighet med att det är individens sexuella integritet som är sedlighetsbrottens skyddsintresse. Den sexuella integriteten villkoras genom de gränsdragande rekvisiten. I fråga om våldtäktstadgandet förekommer olika uppfattningar om vilken grad av våld eller hot som ska krävas och vilka omständigheter som ska leda till den lindrigare rubriceringen *våldförande*. Särskilt förändringen att även våldtäkt inom äktenskapet nu ska omfattas orsakar stridighet i såväl förarbeten som i riksdagsdebatten.[468]

Jag ska i det följande fokusera på de rekvisit som ersätter strafflagens rekvisit otukt. Avfärdandet av sedlighet tar sig inte bara uttryck i hur skyddsintresset formuleras, utan anges också som motiv för att ändra rekvisitens ordalydelse. Otukt har under decennierna före reformen getts en mer specificerad innebörd.[469] Där otukt tidigare hänvisat till en handling som var osedlig i sig började otukt beskrivas mer som en kroppslig handling fristående från parternas relation.

Genom brottsbalksreformen ersätts otukt med *samlag* i våldtäktsstadgandet och i andra stadganden med rekvisitet *könsligt umgänge*. Förändringen motiveras med att otukt i allmänt språkbruk inte har någon klar innebörd och att otukt i strafflagen endast ansågs omfatta sådant sexuellt umgänge som sker utom äktenskap. Därtill anförs att rekvisitet otukt ”innefattar en värdering som i och för sig bör undvikas i en objektiv brottsbeskrivning”.[470] Värderingen av den brottsliga gärningen bör komma till uttryck först i brottsbenämningen och i straffsatsen. Jag tolkar detta som ett anspråk på att rekvisiten ska vara neutrala i förhållande till sexualmoral.

Våldtäktsstadgandet förutsätter rekvisitet *samlag*. Samlag beskrivs som ”normalt könsumgänge mellan man och kvinna”.[471] Som skäl för att begränsa sexualhandlingen till samlag anför straffrättskommittén: ”Att en kvinna nödgas underkasta sig sexuella övergrepp av annat slag än samlag behöver visserligen ej alltid innebära ett mindre lidande för henne än då gärningsmannen tilltvingar sig samlag, men det kan i regel dock ej anses i samma grad kränkande för henne.”[472]

Det skyddsvärda subjektets – kvinnans – upplevelse av kränkning görs relevant för konstruktionen av den straffvärda handlingen. Men i samma mening avfärdas också subjektets upplevelse. Det är samhälleliga normer om vad som är kränkande som ska avgöra straffvärdhet; andra handlingar än samlag ”kan inte anses” vara lika kränkande som samlag.

---

[468] Se ibid., s. 69-76 för analys av denna debatt.
[469] I Thyréns lagförslag används rekvisiten *samlag* och *övat annan otukt*/*eljest otukt*, SOU 1937:37.
[470] SOU 1953:14, s. 229.
[471] Ibid., s. 237.
[472] Ibid., s. 231.

Även i propositionen framkommer det skyddsvärda subjektet. En remissinstans anför att framtvingande av andra sexualhandlingar kan ”kränka kvinnans sexuella anständighetskänsla” i lika hög grad som samlag”.[473] Men straffvärdhet konstrueras också utifrån sexualdrift. Lagrådet anför som skäl för att inte begränsa våldtäkt till samlag, att det kan förekomma fall ”då någon på så grovt sätt tillfredsställer sin sexualdrift att kränkningen bör jämställas med samlag”.[474] I förarbetena framkommer också motstridiga uppfattningar om det för rekvisitet samlag räcker att ”könsdelarna berört varandra”, vilket är straffrättskommitténs och departementschefens uppfattning.[475]

Det nya rekvisitet *könsligt umgänge* omfattar enligt straffrättskommittén i första hand samlag. Vidare hänförs hit ”andra sexualhandlingar av såväl heterosexuell som homosexuell natur, vilka typiskt sett avse att tillfredsställa eller uppväcka bådas eller enderas sexuella drift”.[476] Det anförs att utredning om huruvida gärningsmannen haft sädesavgång i regel borde kunna underlåtas, eftersom det inte ska vara avgörande huruvida handlingen medfört en direkt tillfredsställelse av könsdriften eller ej. Könsligt umgänge beskrivs vidare:

> Vad angår andra hithörande heterosexuella handlingar än samlag avses i första hand samlagsförsök och andra samlagsliknande åtgärder. För straffbarhet bör icke nödvändigtvis krävas att gärningsmannens och offrets könsdelar beröra varandra. I de fall där gärningen förövas av en man mot en kvinna är det t.ex. tillräckligt, att gärningsmannen med sitt könsorgan berör annan del av kvinnans kropp än hennes könsorgan. I regel måste fordras att direkt kroppslig beröring föreligger. Stundom bör emellertid könsligt umgänge anses äga rum även utan direkt kroppslig beröring mellan den enas könsorgan och den andras kropp. […] Såsom könsligt umgänge bör vidare anses att gärningsmannen med munnen eller tungan berör den andras könsorgan eller denna företager motsvarande åtgärd med gärningsmannens könsorgan. Utanför det område som avses med begreppet könsligt umgänge bör däremot i regel falla att gärningsmannen fingrar på eller eljest flyktigt berör den andras yttre könsorgan.[477]

En remissinstans invänder mot att det nya rekvisitet könsligt umgänge innebär att 2 § kommer att omfatta fall där gärningen förövas av kvinna mot man.[478] Även i lagrådets yttrande anförs åsikten att det synes tvivelaktigt om det finns något praktiskt behov av

---

[473] Prop. 1962 nr 10, del B s. 155.
[474] Ibid., del B s. 432.
[475] Lagrådet invänder att det är en avvikelse från språkbruket som bör undvikas, ibid., del B s. 432.
[476] SOU 1953:14, s. 237.
[477] Ibid., s. 237.
[478] Prop. 1962 nr 10, del B s. 163.

att denna typ av fall kriminaliseras.[479] Det skyddsvärda subjektet är främst kvinnligt könat, även om lagtexten kriminaliserar frihetskränkande otukt också mot män.

Sedlighet ersätts med sexualitet

Uttalandet i SOU 1953:14 om att otukt innefattar en värdering som bör undvikas är på samma gång ett uttalande om att rekvisitet samlag och rekvisitet könsligt umgänge inte innefattar en värdering. I lagens egen narrativa diskurs utgör denna utmönstring av förlegade, värderande begrepp del av framgångsberättelsen, så även i andras beskrivningar av sexualbrottens historia. Lindstedt Cronberg anför att utsorteringen av moraliserande formuleringar och värdeladdade ord innebär att ”vi [har] fått vår första språkligt värdeneutrala lagstiftning någonsin”.[480] Detta påstående kan nyanseras något, menar jag, om man beaktar att rekvisit i det straffrättsliga systemet görs i relation till systemets miljö.

Detta framkommer tydligare vid en jämförelse med reformerna av sedlighetsbrotten efter att brottsbalken trätt i kraft. Även i dessa reformer förändras rekvisiten med motiveringen att de speglar förlegade föreställningar. Rekvisitet *könsligt umgänge* kommer år 1984 att betraktas som förlegat och ersättas med *sexuellt umgänge*. Sexuellt umgänge anses vid reformen 2005 innefatta en positiv värdering och byts därför ut till *sexuell handling*.

Om rekvisit görs genom referenser till det straffrättsliga systemets miljö, vad är det då rekvisiten hänvisar till? Jag menar att det genom brottsbalkens tillkomst skapas en brottskategori genom referens till erotisk sexualitet. Det är något som framkommer tydligare i senare reformer, som jag återkommer till i kapitel 4, men också i förarbetena till brottsbalksreformen. Det ska relateras till att sexualdriften utgör en orsaksförklaring till sedlighetsbrott och att straffvärda handlingar konstrueras genom hänvisning till sexualdriften. De nya rekvisiten frigörs från sedlighet, istället kopplas de till sexualitet.

Straffvärda handlingar och skyddsvärd integritet konstrueras båda som förkroppsligade. Den kroppsliga integriteten centreras till könsorgan och straffvärda handlingar är sådana som utförs med könsorganen eller mot annans könsorgan. Men denna förkroppsligade integritet och straffvärdhet konstrueras med hänvisning till något annat. Vad gäller straffvärda handlingar ringas könsligt umgänge in genom att det ska vara fråga om handlingar som ”typiskt sett avse att tillfredsställa eller uppväcka bådas eller enderas sexuella drift”. Straffvärdhet är inte bara specificerade kroppsliga handlingar utan dessa handlingar måste också begripliggöras som uttryck för sexualdrift.

---

[479] Ibid., del B s. 434. I lagrådets yttrande anförs dock också motsatt ståndpunkt.
[480] Lindstedt Cronberg (2002a), s. 35.

På liknande sätt är det skyddsvärda inte bara en kroppslig integritet, centrerad till könsorgan, utan också vad som skulle kunna beskrivas som frihet från att utsättas för annans (felriktade) sexualdrift. Sexuell integritet är mer än en kropp. Den straffvärda sexualdriften skadar brottsoffrets *sexualitet*.[481] Gärningen orsakar därmed en skada på brottsoffrets identitet. Ekström menar att brottsbalksreformen innebär att ” föreställningen om människan som innehavare av en sexualitet här ges en ny och expansiv förståelsehorisont”.[482] Sedlighetsbrotten skapas som något annat än våldseller fridsbrott både genom att specifika kroppsdelar görs skyddsvärda och straffvärda, och genom utpekandet av sexualdriften som straffvärd och sexualiteten som skyddsvärd.

Nelson och Jareborg anför i en lagkommentar till den nya brottsbalken att de brottsliga gärningarna i 6 kap. BrB har det gemensamt att ”avsikten med gärningen skall vara att väcka eller tillfredsställa enderas eller bådas sexuella drift”, och att ”[d]en sexuella driften kan väckas eller tillfredsställas på många olika sätt, som särskiljes i stadgandena”.[483] Det är på detta sätt som sedlighetsbrotten skiljer sig från närliggande brottstyper, särskilt misshandels- och fridsbrotten, anförs det i kommentaren.

Flertalet av sedlighetsbrotten är inte längre explicit könsspecifika. Våldtäktsstadgandet är ett undantag som endast omfattar handlingar en man gör mot en kvinna. Den särskilda regleringen av samkönade sexuella handlingar med personer under arton år är ett annat undantag. Det anförs i SOU 1953:14 att det inte finns ”anledning att i fråga om den lagtekniska utformningen av de skilda brottstyperna göra någon väsentlig skillnad mellan sexualhandlingar av heterosexuell och av homosexuell natur”.[484] Ekström beskriver det som att samtidigt som kvinnors rättsliga skydd mot sexuella kränkningar expanderas blir lagstiftningen könsneutralt utformad och menar att i takt med att människan sexualiseras ges även mannen en sexualitet som kan kränkas och som behöver skydd.[485] Samtidigt framkommer i motiven att det skyddsvärda subjektet är kvinnligt könat och att det straffvärda subjektet är manligt könat. De kriminalpolitiska problemen formuleras kring kön, vilket tydligt framkommer i frågan om vad som bör omfattas av det nya brottet otuktigt beteende.

---

[481] Detta framkommer särskilt i frågan om våldtäkt inom äktenskapet ska kriminaliseras. Förespråkare för kriminalisering framhåller vikten av ”kvinnans könsfrihet” och ”kvinnans sexuella frihet”, prop. 1962 nr 10, del B s. 158, se även regeringsrådet Klackenbergs argumentation i lagrådets yttrande, ibid., del B s. 432.

[482] Ekström (2002), s. 33. I prejudikat från 1950-talet framkommer formuleringar såsom ”allvarligt *sexuellt* övergrepp”, se NJA 1952 s. 413; NJA 1950 s. 263. Jämför Rydström (2003), som beskriver övergången från sedlighet till sexualitet under första hälften av 1900-talet.

[483] Jareborg & Nelson (1975), s. 102.

[484] SOU 1953:14, s. 228.

[485] Ekström (2002), s. 34.

3.6 Otuktigt beteende och ofredande i brottsbalksreformen

I avhandlingen utgör *sexuellt ofredande* det specifika exempel varigenom jag studerar hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i fråga om sexualbrotten. Jag gör därtill en jämförelse med brottet *ofredande*. I det här avsnittet gör jag en fördjupad analys av hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i brottsbalkens förarbeten rörande de specifika brotten *otuktigt beteende* (senare sexuellt ofredande) och *ofredande*. Genom brottsbalksreformen formuleras dessa två brott på ett sätt som huvudsakligen kvarstår i nutid.

Otuktigt beteende

Genom brottsbalksreformen delas 18 kap. 13 § strafflagen upp. Den kriminaliserade gärning som är kvar i sedlighetsbrottskapitlet benämns *otuktigt beteende*. Den andra typen av gärningar, sedlighetssårande framställning i skrift eller bild, samt spridande av sedlighetssårande alster, placeras i kapitlet om brott mot allmän ordning.

Den utmönstring av förlegade begrepp som jag redogjort för ovan, det vill säga att rekvisitet *otukt* ersätts med *samlag* och *könsligt umgänge*, genomförs inte avseende otuktigt beteende. När brottsbalken träder i kraft har lagrummet 6 kap. 6 § BrB getts följande lydelse:

> Den som berör barn under femton år på sedlighetssårande sätt, dömes, om gärningen ej är belagd med straff enligt vad förut i detta kapitel är sagt, för *otuktigt beteende* till böter eller fängelse i högst ett år.
>
> Detsamma skall gälla, om någon blottar sig för annan på sätt som är ägnat att väcka anstöt eller eljest genom ord eller handling som uppenbart sårar tukt och sedlighet uppträder anstötligt mot annan. Lag (1962:700)

Enligt straffrättskommittén utgör det nya brottet ingen större ändring i förhållande till strafflagen, men ”den har mera konsekvent utformats till att avse angrepp mot person”. I linje med hur skyddsintresset för sedlighetsbrotten nu formulerats straffbelägger paragrafen ”vissa andra handlingar som innefatta angrepp i sexuellt hänseende mot en enskild person” och ”beröringar av annan i sexuellt syfte”.[486] Det hänvisas således till ett skyddsvärt subjekt. Men under lagstiftningsprocessen framkommer olika uppfattningar om vad som bör bestraffas som otuktigt beteende och vilka subjekt som är skyddsvärda.

[486] SOU 1953:14, s. 248.

I det följande redogör jag först för straffrättskommitténs förslag (det vill säga SOU 1953:14) och därefter för remissinstansernas invändningar och hur dessa hanteras i propositionen.

Straffrättskommitténs förslag avseende otuktigt beteende

I strafflagen förutsattes att gärningen var tukt- och sedlighetssårande. Därtill skulle två alternativa rekvisit föreligga: fara för förförelse alternativt allmän förargelse. Enligt straffrättskommitténs förslag ska handlingen vara sedlighetssårande (på sedlighetssårande sätt berör någon, eller blottar sig, eller annorledes i ord eller handling uppträder sedlighetssårande).[487] Därtill ska gärningen antingen vara riktad mot barn under femton år, eller vara ägnad att kränka annan.

Liksom en gränsdragning i strafflagen gjordes gentemot otukt, ska också otuktigt beteende avgränsas från könsligt umgänge, som det nu heter. Angående gränsdragningen anför straffrättskommittén att det inte är att betrakta som könsligt umgänge när gärningsmannen fingrar på eller flyktigt berör den andres yttre könsorgan. Könsligt umgänge, till skillnad från otuktigt beteende, är inriktat på viss varaktighet. För att avgöra gränsen mellan könsligt umgänge och otuktigt beteende ska betydelse tillmätas den föreliggande situationen i sin helhet.[488]

Vad som är att anse som *sedlighetssårande* ska enligt kommittén överlämnas till domstolarna att bedöma. Men viss vägledning ges: Det kan vara av betydelse mot vem den företas, samma handling kan anses sedlighetssårande om den ägt rum inför en minderårig, medan så inte behöver vara fallet om den ägt rum inför en vuxen. Därtill uttalas att uppfattningen om vad som är sedlighetssårande ”kan naturligen också växla med tids- och miljöförhållanden”.[489] Dessa uttryck återkommer i nutida förarbeten, lagkommentarer och rättsfall, även om det inte längre talas om sedlighetssårande, utan om kränkning av sexuell integritet.

I straffrättskommitténs förslag framhålls två typer av gärningar: ”De ur praktisk synpunkt mest betydelsefulla av de fall som avses med förevarande stadgande äro exhibitiva åtgärder samt sedlighetssårande beröring av minderårig.”[490] Det är också dessa typer av gärningar som kriminaliseringen huvudsakligen motiveras utifrån.

Det tidigare kravet på en viss grad av offentlighet (som kom att omtolkas genom Högsta domstolens avgöranden, se avsnitt 3.2) försvårade enligt straffrättskommittén ”möjligheten att inskrida mot personer med onormala böjelser och underkasta dem den kriminalpolitiska behandling vartill förhållandena kunna föranleda”. Nu ska det

---

[487] Straffrättskommitténs utformning av otuktigt beteende lyder: ”Den som i annat fall än förut i detta kapitel är sagt på sedlighetssårande sätt berör någon eller blottar sig själv eller annorledes i ord eller handling uppträder sedlighetssårande, dömes, där gärningen är riktad mot barn under femton år eller är ägnad att kränka annan, för otuktigt beteende till fängelse i högst två år eller böter.” Ibid., s. 23.

[488] Ibid., s. 237.

[489] Ibid., s. 249.

[490] Ibid., s. 248.

bli möjligt att inskrida mot en exhibitionist som betett sig sedlighetssårande inför en enda person, anför straffrättskommittén. Som ett ytterligare skäl för att ta bort kravet på offentlighet anges möjligheten att kunna ingripa mot personer som ”stundom visat sig kunna under andra situationer begå andra och svårare sexualbrott”.[491]

Ändringen kan förstås som ett uttryck för det förändrade skyddsintresset. Det är inte längre den allmänna ordningen som skyddas och därför blir ett krav på offentlighet irrelevant. Jag menar att ändringen också ger uttryck för hur kriminaliseringarna skapas i relation till den psykiatriska problemformulering som jag beskrev i avsnitt 3.5. Blottandet har blivit en identitet – exhibitionisten – vars sexualdrift är skadlig. Den avvikande individen ska kontrolleras. Fokus är riktat mot det straffvärda subjektet, det vill säga möjligheten att ingripa mot exhibitionisten. I straffrättskommitténs motivering är det skyddsvärda subjektet – den som utsätts för blottningen – påfallande frånvarande.

Vad gäller handlingar riktade mot barn anges som motivering till att ersätta rekvisitet *fara för förförelse* med åldersgränsen femton år att en mera bestämd avgränsning mellan det straffbara och det straffria området uppnås.[492] Förändringen utgör del av den riktning mot, som det uttrycks i nutida förarbeten, det absoluta skyddet för barn mot sexuella övergrepp. Här framträder, liksom tidigare, barnet som ett skyddsvärt subjekt.

Angående det nya rekvisitet *ägnad att kränka annan* uttalar straffrättskommittén att ordet *kränka* i och för sig innefattar en viss begränsning av det straffbara området. För att ett angrepp mot någons anständighetskänsla ska anses innefatta ett kränkande, fordras att handlingen är ”av viss svårare beskaffenhet”.[493] Enligt straffrättskommittén gäller detta särskilt yttranden.

Nu är det inte längre sedlighetskänslan som såras, utan något som är ägnat att kränka. Kränka kommer senare bli ett mycket centralt begrepp i det straffrättsliga systemet, vilket framkommer i kapitel 4 och 5. Även urskiljandet av yttranden från övriga handlingar återkommer i nutida förarbeten. Här kan tilläggas att det inte nämns något krav på att gärningen ska syfta till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift i straffrättskommitténs beskrivning av otuktigt beteende.[494]

Vad ska bestraffas som otuktigt beteende? 1958 års lagrådsremiss

Straffrättskommitténs lagförslag avseende otuktigt beteende accepteras inte i den första lagrådsremissen.[495] Här hänvisas till remissyttranden som ifrågasätter det kriminaliserade områdets räckvidd.

---

[491] Ibid., s. 249-250.
[492] Ibid., s. 250.
[493] Ibid., s. 493.
[494] Dock framkommer ett sådant krav i förhållande till rekvisitet ”könsligt umgänge”, se avsnitt 3.5.
[495] Prop. 1962 nr 10, del B, lagrådsremissen av den 2 maj 1958.

Mot bakgrund av kommitténs påstående om att handlingen, särskilt yttranden, måste vara av viss svårare beskaffenhet, anser Justitiekanslerämbetet att skyddet mot ”sedlighetssårande muntlig framställning och liknande handlingar blir mindre än nu”.[496] En annan remissinstans anför att de som drabbas av den här typen av brott, särskilt exhibitiva åtgärder riktade mot kvinnor, ”sällan torde känna sig kränkta” av gärningen.[497] Därför ifrågasätts lämpligheten i uttrycket ”kränka annan”, vilket borde bytas ut mot ”väcka anstöt hos annan”. En tredje remissinstans uttrycker oro över att förslaget inte skulle omfatta att homosexuella personer utövar könsumgänge på allmän plats, då stadgandet förutsätter att gärningen riktas mot viss enskild person.[498]

Kriminalpolisintendenten i Stockholm framhåller att det vore angeläget att domstolarna intar en strängare hållning än hittills när de bedömer denna typ av mål. Yrkeskvinnors samarbetsförbund understryker vikten av sträng samhällsreaktion då de skador som dessa brott åstadkommer hos barn och ungdom ofta är av allvarlig art. Även RFSU betonar att sedlighetssårande handlingar mot barn kan sätta djupa och varaktiga spår, men vill dock inte dra slutsatsen att man därför måste ”inskrida strängare mot exhibitionister och ’fula gubbar’”.[499] Psykiatrisk undersökning är viktigt, enligt RFSU, och tvångsneurotiska exhibitionister bör över huvud taget inte ställas inför domstol, med dessa olyckliga människor bör man kunna komma tillrätta med andra medel än straff.

Departementschefens kritik mot kommitténs förslag består i att gärningsbeskrivningen möjligen är alltför vidsträckt för att försvara en plats i kapitlet om sedlighetsbrott, och anför vidare: ”För att klart avgränsa stadgandets tillämpningsområde torde i detsamma böra upptagas endast de praktiskt mest betydelsefulla fallen av sådana otuktiga handlingar som riktas mot enskild person och som innebär typiska avarter av sexuellt beteende.”[500] Det mest sexuellt avvikande, vilket uppges vara exhibitiva åtgärder och sedlighetssårande beröring av minderårig, ska bestraffas och övriga fall av angrepp ”med sexuell inriktning mot enskild person”[501] bör istället omfattas av stadgandet om ofredande.

Argumentet som tar sikte på vad som platsar i sedlighetsbrottskapitlet återkommer i senare förarbeten och rättsfall. Sedlighetsbrotten, eller senare sexualbrotten, är av en viss karaktär. I detta kapitel kan inte vad som helst rymmas. Vad som urskiljer sedlighetsbrotten framkommer i argumentet att endast *typiska avarter av sexuellt beteende* ska omfattas av kriminaliseringen. Jag tolkar detta som att sedlighetsbrottens omfattning inte styrs av skyddsintresset sexuell integritet, utan

---

[496] Ibid., del B s. 184.
[497] Göteborgs rådhusrätt. Ibid., del B s. 184.
[498] Hovrätten över Skåne och Blekinge. Ibid., del B s. 184.
[499] Ibid., del B s. 185.
[500] Ibid., del B s. 185.
[501] Såsom sedlighetssårande beröring av vuxen person, oanständiga åtbörder och yttranden. Ibid., del B s. 185-186.

snarare av vad som är straffvärd sexualdrift. Som jag har framhållit i avsnitt 3.5, konstrueras sexualbrotten utifrån den straffvärda sexualdriften. Att just exhibitionism och handlingar mot barn framhålls ska ses i relation till den psykiatriska klassificeringen av avvikande sexualdrift som görs i SOU 1953:14. Straffvärda handlingar hänvisar till sexualdrift som är kopplad till exhibitionisten och pedofilen.

I utpekandet av sexuella avarter görs samtidigt en hänvisning till samhälleliga normer om normal sexualitet. Om straffvärdhet konstrueras genom hänvisning till det avvikande, kan det normala inte vara straffvärt. Möjligen kan det vara så att de handlingar som straffrättskommittén föreslog skulle omfattas var alltför nära förknippade med den normala sexualdriften för att kunna kriminaliseras som otuktigt beteende.[502]

I remissinstansernas yttranden framkommer barnet som skyddsvärt subjekt. I övrigt är det straffvärda subjektet i centrum. Härigenom framkommer samhället som det skyddsvärda. I förhållande till senare kriminalpolitiska problemformuleringar, särskilt kvinnofridsutredningen, blir frånvaron av skyddsvärda subjekt tydlig.[503] Det hänvisas exempelvis inte till kvinnors kroppsliga integritet eller sexuella frihet, vilket framkommer i argumenten för att kriminalisera våldtäkt inom äktenskapet.

Departementschefen anförde att sådana handlingar som inte skulle omfattas av otuktigt beteende istället skulle kunna utgöra ofredande. Även detta argument återkommer i senare förarbeten. En gräns dras också gentemot brott mot allmän ordning. Situationer då handlingen inte riktar sig mot en bestämd person, ”utan karakteriseras av att den väcker anstöt hos en större eller mindre krets av utomstående, exempelvis då två personer idkar könsumgänge på allmän plats, bör behandlas i kapitlet om brott mot allmän ordning”.[504] Angående åtgärder av exhibitiv natur anförs att kommitténs förslag *ägnad att kränka annan* är för restriktivt, och lagrådet förespråkar istället rekvisitet *ägnat väcka anstöt*.

Inte alla typer av blottning är straffvärda. Även om blottande inför en enda person i enrum numera omfattas av bestämmelsen otuktigt beteende, måste enligt lagrådsremissen hänsyn tas till situationen i dess helhet, ”bl. a. om den mot vilken åtgärden riktas frivilligt deltagit i sexuellt närmande mellan parterna”.[505] Även här hänvisas till den normala sexualiteten som icke straffvärd.

Förslaget som läggs fram i lagrådsremissen 1958 har följande lydelse:

---

[502] En jämförelse kan göras med argument mot att kriminalisera våldtäkt inom äktenskapet, som tog sikte på att det skulle bli svårt att skilja mellan normalt samlag (som utförs med visst mått av våld) och våldtäkt. Det blir då svårt att upprätta gränsen mellan brottslingen och den vanlige mannen. Se vidare Wendt Höjer (2002), s. 72-75.

[503] Se kapitel 4.2

[504] Prop. 1962 nr 10, del B s. 185-186.

[505] Ibid., del B s. 186.

> Om någon blottar sig för annan på sätt, som är ägnat att väcka anstöt, eller berör barn under femton år på sedlighetssårande sätt, dömes, om gärningen ej är belagd med ansvar enligt vad förut i detta kapitel är sagt, för otuktigt beteende till böter eller fängelse i högst sex månader.

Lagrådet har synpunkter på att förslaget inte omfattar obscena uttalanden eller gester.[506] Även om det enligt Lagrådet ofta är otjänligt att ingripa med straff när någon sårar annans känsla för tukt och sedlighet på detta sätt, torde det vara lämpligt att stadgandet ger utrymme för ingripande. Trots att stadgandena om ofredande i 4 kap. 7 § samt sårande av sedlighet i 15 kap. 12 § skulle kunna tillämpas, ligger det närmare till hands ”att låta typiska sedlighetssårande kränkningar falla under förevarande paragraf”. Men stadgandet bör göras något snävare än straffrättskommitténs förslag och lyda: ”den som, på annat sätt än genom att blotta sig, genom ord eller handling som uppenbart sårar tukt och sedlighet uppträder anstötligt mot annan”.[507]

Den slutliga lydelsen av otuktigt beteende

Synpunkterna från Lagrådet har beaktats i den andra lagrådsremissen av den 26 augusti 1960, på vilken inga ytterligare synpunkter från Lagrådet inkommer. I propositionen till riksdagen stadgas slutligen om *otuktigt beteende* i 6 kap. 6 § BrB:[508]

> Den som berör barn under femton år på sedlighetssårande sätt, dömes, om gärningen ej är belagd med straff enligt vad förut i detta kapitel är sagt, för otuktigt beteende till böter eller fängelse i högst ett år.
>
> Detsamma skall gälla, om någon blottar sig för annan på sätt som är ägnat att väcka anstöt eller eljest genom ord eller handling som uppenbart sårar tukt och sedlighet uppträder anstötligt mot annan.

I Nelson och Jareborgs lagkommentar till den nya brottsbalken beskrivs de ”exhibitiva åtgärderna” i 6 kap. 6 § BrB st. 2: ”i praktiken gäller det vanligen män, som i övrigt påklädda blottar könsorganet för att få sexuell stimulans genom reaktionen hos den, mot vilken gärningen riktar sig”. Vidare: ”En sådan gärning anses *vara ägnad att väcka anstöt* hos annan, även om denne i det särskilda fallet icke känt sig kränkt. Bedömningen ligger ytterst hos domstolen. Den som i annat än exhibitivt syfte (t.ex. för att låta sitt vatten) blottar sig gör sig icke skyldigt till otuktigt beteende.”[509]

Angående det andra fallet, där någon eljest genom ord eller handling, som uppenbart sårar tukt och sedlighet, uppträder anstötligt mot annan, uttalas att det här

---

[506] Ibid., del B s. 439.
[507] Ibid., del B s. 440.
[508] 1LU 1962:42, s. 119; SFS 1962:700.
[509] Jareborg & Nelson (1975), 107-108, kursiveringar i original.

kan vara fråga om ”*kroppslig beröring*, *sexuella åtbörder*, *osedliga yttranden* i tal eller skrift eller *förevisning av bilder* rörande sexuallivet”.[510] Vad gäller rekvisiten sårar tukt och sedlighet och anstötligt anför författarna att bedömningen ligger hos domstolen. Slutligen uppges att gränsdragningen mellan otuktigt beteende och brottstypen ofredande är besvärlig, vilket också framkommit i lagstiftningsprocessen, menar jag.

Summering

Den straffvärda gärningen beskrivs i lagrummet med sådana öppna termer som också präglar den nutida formuleringen av sexuellt ofredande. Lagrummet är universellt formulerat. Barn utgör det enda utpekade skyddsvärda subjektet i lagrummet. I förarbetsuttalandena hänvisas till det straffrättsliga systemets öppenhet och därmed ett erkännande av otillräckligheten i de universella anspråken. För att kunna bedöma om en gärning är just sedlighetssårande måste omständigheterna i det enskilda fallet beaktas. Vilka handlingar som är straffvärda kan förarbetena inte svara på, eftersom det är i det enskilda fallet som detta avgörs och då hänsyn ska tas till, såsom nämns i förarbetena, tid och miljöförhållanden.

Det betyder inte att förarbetena inte har någon betydelse. Jag menar att det sätt varpå det kriminalpolitiska problemet formuleras i förarbetena, de exempel som nämns, de hänvisningar som görs i fråga om skyddsintresse, är kommunikationer som strukturerar applicerandet av den binära koden i den dömande praktiken. Jag vill också framhålla att det är kommunikationer som också är relevanta i nutiden. Men som jag visar i kapitel 4 och 5, kommer även andra kriminalpolitiska problem att formuleras i relation till otuktigt beteende (eller, som det då kommer att heta, sexuellt ofredande).

Sårande av tukt och sedlighet och förslaget om inbjudan till otukt

Som jag nämnt ovan kommer sedlighetssårande framställning i skrift eller bild samt spridande av sedlighetssårande alster genom brottsbalksreformen att betraktas som brott mot allmän ordning. I straffrättskommittén flyttas stadgandet till förslagets 14 kap 13 §.[511] Straffrättskommittén föreslår en närliggande nykriminalisering i kap 14 § 12: ”Den som på allmän plats eller eljest offentligen inbjuder eller uppmanar till könsligt umgänge på sätt som är ägnat att väcka anstöt” ska dömas för inbjudan till otukt.

---

[510] Ibid., s. 108, kursiveringar i original.

[511] SOU 1953:14, s. 227. Jämför Lernestedt (2003), s. 52, som anför att rubriken till brottsbalkens 16 kap. (i straffrättskommitténs förslag 14 kap.), *brott mot allmän ordning*, kan beskrivas som en värdeneutral skrivning av det som tidigare hette sedlighetsbrott. Härtill kan konstateras att redan 1948 hade fylleri, djurplågeri och hållande av spelhus flyttats från sedlighetsbrotten till brotten mot allmän ordning.

Eftersom kriminaliseringen handlar om yttranden, eller verbala trakasserier, som längre fram kommer att formuleras som ett kriminalpolitiskt problem relaterat till sexuellt ofredande, är det motiverat att här kort nämna detta förslag.

Det kriminalpolitiska problemet som underbygger straffrättskommitténs förslag har att göra med homosexualitetens förargelseväckande yttringar, kringstrykande prostituerade på gatorna och ökningen av pojkprostitutionen.[512] Det handlar om störande av sedligheten genom sexuella närmanden på allmänna platser. Problemet har formulerats i tidigare sammanhang, vilket jag har behandlat i kapitel 3.2. Där visade jag att det under årtiondena före brottsbalksreformen formulerades provokation till otukt som ett kriminalpolitiskt problem.

Straffrättskommittén agerar på uppdrag av en riksdagsskrivelse som föreskriver en omarbetning av 18 kap. 13 § strafflagen för att öka möjligheterna att ingripa mot homosexualitetens förargelseväckande yttringar.[513] Kommitténs slutsats är att ”en bestämmelse om straff för vissa former av offentlig inbjudan till otukt är påkallad, särskilt med hänsyn till den ökning av pojkprostitutionen som under de senaste åren iakttagits i vissa större städer”.[514] Straffrättskommittén föreslår således en kriminalisering i den nya brottsbalkens 14 kap. 12 §. Men någon formell skillnad ska ej göras i lagrummet mellan heterosexuell och homosexuell otukt. Det förutsätts för straffbarhet att uppmaningen eller inbjudan sker på allmän plats eller annars offentligen, samt att beteendet är ägnat att väcka anstöt hos annan.[515]

De två paragraferna i straffrättskommitténs förslag, 14 kap 12–13 §§, *inbjudan till otukt* respektive *sårande av sedlighet*, förs samman till en paragraf i propositionens 16 kap 11 §:[516]

> Sårar någon tukt och sedlighet genom framställning i skrift eller bild eller genom att saluhålla, förevisa eller annorledes sprida skrift eller bild, dömes för sårande av tukt och sedlighet till böter eller fängelse i högst sex månader.
>
> Vad nu sagts skall jämväl gälla, om någon, på allmän plats eller eljest offentligen, i ord eller handling sårar tukt och sedlighet. Lag (1962:700)

Bestämmelsen ska enligt departementschefen vara tillämplig ”då någon inbjuder till könsumgänge på ett för omgivningen störande och anstötligt sätt; detta bör i fråga om gatuprostitution gälla såväl den prostituerade som den andra parten samt både

---

[512] SOU 1953:14, s. 294-297.
[513] Riksdagsskrivelse 1944 nr 102, se även 1LU 1944 nr 12 samt SOU 1949:4.
[514] SOU 1953:14, s. 297.
[515] Ibid., s. 297.
[516] Även i lagrådsremisserna har förslaget förts ihop till en paragraf, se prop. 1962 nr 10, del B s. 226, s. 367 och s. 458.

heterosexuell och homosexuell prostitution".[517] Bestämmelsen skulle också tillämpas om två personer i en park hade könsumgänge som kunde iakttas av förbipasserande.

Bestämmelsen upphävdes endast fem år efter att brottsbalken trädde i kraft. Vid avkriminaliseringen hänvisades till att sådana handlingar kan vara straffbara som otuktigt beteende.[518]

Kriminaliseringen av inbjudan till otukt kan relateras till den nya kriminaliseringen *ofredande*, som motiverades med hänvisning till kvinnofrid på gator och torg.

Ofredande

I SOU 1953:14 föreslås ett nytt lagrum: ofredande.[519] Härigenom kriminaliseras att handgripligen antasta annan eller ofreda någon genom skottlossning, stenkastning, oljud eller annat hänsynslöst beteende. I lagrummet stadgas om två typer av gärningar: handgripligen antasta och att genom hänsynslöst beteende ofreda (exempelvis genom skottlossning, stenkastning, oljud).

Straffrättskommittén anförde att brottsbeskrivningen omfattar handlingar av skilda slag. Som exempel på den första typen av gärningar nämns "att någon avsiktligt knuffar eller sätter krokben för annan eller rycker eller sliter i hans kläder".[520] Denna typ av ofredande konstrueras genom gränsdragningen till misshandel i 3 kap. BrB.

Också "otillbörliga närmanden till kvinnor i ord eller handling" kan straffas enligt detta stadgande enligt straffrättskommittén. Straffvärt ofredande avgränsas då i förhållande till de ovan nämnda brotten *otuktigt beteende* och *sårande av tukt och sedlighet,* om gärningen innebär "uppmaning eller inbjudan till könsligt umgänge".[521]

Ett exempel på handgripligt antastande är bettleri, om det sker i samband med handgripligt antastande eller "eljest under sådana former att gärningen blir straffbar som ofredande". Vidare nämns som exempel på ofredande vissa gärningar som var straffbara enligt strafflagen 15 kap. 28 §: att slå in fönster i annans hus, kastar in sten eller annat i annans gård, hus eller fartyg, kastar sten på annans hus, bultar eller gör annat våld på hus, eller för oljud eller oväsen i annans gård eller trädgård. Men hemfridsbrott ges företräde i de fall där det stadgandet kan tillämpas. Ofredande

---

[517] Ibid., del B s. 235.

[518] Se SOU 1969:38 och prop. 1970:125, s. 70. Det hänvisades också till förargelseväckande beteende i 16 kap. 16 § BrB. Sårande av tukt och sedlighet ersattes med brottet *otillåtet förfarande med pornografisk bild*.

[519] "Vissa fall, vilka tidigare bedömts som lindrig misshandel eller ärekränkning, synas naturligast bedömas som fridsbrott av detta slag." SOU 1953:14, s. 106.

[520] Ibid., s. 169.

[521] Ibid., s. 169.

gäller dock inte endast bostad utan även ”t.ex. på arbetsplatsen eller på en restaurang”.[522]

Som exempel på den andra typen av gärningar nämns ”att någon genom telefonpåringningar stör annans nattro eller eljest trakasserar honom”, ”att någon för att göra annan upprörd framför ett falskt meddelande om en närståendes död eller att någon allvarligt skrämmer annan, t.ex. genom att anordna nattliga spökerier”. Andra exempel som nämns är ”att knuffa någon i ett dike eller hälla en spann vatten över någon”, eller ”genom psykiska medel framkallad psykisk effekt, t.ex. vissa fall av skrämsel”.[523] Det är således en mängd olika typer av handlingar som räknas upp såsom exempel på ofredanden. En generell begränsning anges dock: ”för att en gärning skall anses innebära ett ofredande genom hänsynslöst beteende måste krävas att den enligt vanlig värdering kan sägas utgöra en *kännbar fridskränkning*”.[524]

I den första lagrådsremissen redogörs för remissinstansernas yttranden över straffrättskommitténs lagförslag rörande ofredande.[525] Här framkommer två teman. Det ena temat handlar om att formuleringen *ofredande genom annat hänsynslöst beteende* är för vag.[526] Enligt RFSU leder uttrycket inte i första hand till telefontrakasserier, oriktiga meddelanden i skrämselsyfte och andra åtgärder ägnade att medföra psykisk chock eller skada. Det uttrycks att ”de alltmera vanliga fallen av ofredande med psykiskt verkande medel” borde komma till uttryck i lagtexten.[527] Departementschefen anförde att kritiken i viss mån var befogad, men att ”uttrycket skall läsas i föreningen med det både i brottsbeskrivningen och såsom brottsnamn använda uttrycket ofredande, varigenom syftet med stadgandet tämligen klart framgår”.[528] Lagrådet påpekade att stadgandet fått en lydelse som inrymmer ganska olikartade handlingar, och ville därför understryka ”att under lagrummet ej bör hänföras annat än sådant som karakteriseras av att det innebär personligt ofredande, såsom telefonförföljelse o.d.”.[529]

Det andra temat i lagrådsremissen handlar om skyddet för kvinnofriden. Här anförs bland annat: ”Kriminalpolisintendenten i Stockholm har understrukit att det föreslagna stadgandet ger större möjligheter till skydd för kvinnofriden på våra gator samt uttalat förhoppningen att domstolarna skall tillvarataga denna möjlighet att stävja den allmänna ’nedbusning’ som på senare tid blivit alltmer framträdande.”[530] Vidare hänvisas till att polismästaren i Stockholm har föreslagit att ordet

---

[522] Ibid., s. 169.
[523] Ibid., s. 135 och s. 169.
[524] Ibid., s. 169.
[525] Prop. 1962 nr 10, del B, lagrådsremissen den 2 maj 1958.
[526] Riksåklagarämbetet, länsstyrelsen i Södermanlands län och RFSU anför detta, ibid., del B s. 116.
[527] Ibid., del B s. 116.
[528] Ibid., del B s. 117.
[529] Ibid., del B s. 422.
[530] Ibid., del B s. 117.

”hänsynslöst” antingen byts ut mot olämpligt eller att det görs ett tillägg som ”bestraffar alla obehöriga närmanden till kvinnor på allmän plats i ord eller handling”. Detta är motiverat för att ”möjliggöra ett kraftfullt ingripande mot busmentaliteten på gator och allmänna platser, särskilt då det gäller kvinnofriden”. Överståthållarämbetet har ”sagt sig förutsätta, att varje ofredande av kvinna genom att pocka på hennes sällskap i syfte att nå en sexuell förbindelse är ett hänsynslöst beteende och därför går in under stadgandet”.[531] Departementschefen sammanfattar att remissinstanserna särskilt understrukit bestämmelsens betydelse för kvinnofriden på gator och allmänna platser, och därför bör ofredande av kvinna i syfte att nå sexuell förbindelse omfattas av bestämmelsen.[532]

Frågan aktualiseras även i lagutskottet, där stadgandet om ofredandet har ifrågasatts genom en motion.[533] Det är enligt motionären oklart om lagrummets tillämplighet förutsätter ett handgripligt antastande, eller om redan ett antastande i form av tilltal, där mannen avlägsnar sig efter det att ett par repliker fällts, ska omfattas av bestämmelsen. Vidare anförde motionären att det vore ”ytterligt betänkligt” om lagrummet fick en för vid tolkningsram. Det skulle inte finnas någon möjlighet att ”beivra de otaliga händelser det skulle gälla, om varje pockande på sällskap göres straffbart”, och därtill skulle ett sådant lagrum öppna väg för missbruk.[534]

I utskottets bemötande av motionen hänvisas till departementschefens uttalande i 1958 års lagrådsremiss om att ofredande av kvinna i syfte att nå sexuell förbindelse bör anses falla under ofredande.[535]

Otuktigt beteende och ofredande är kriminaliseringar som uppstår ur skilda kriminalpolitiska problemformuleringar. Kriminaliseringen otuktigt beteende riktas mot skadliga yttringar av sexualdriften – exhibitionisten – framför allt. Ofredande däremot tar sikte på sedlighetssårande aktiviteter i det offentliga rummet, på liknande sätt som kriminaliseringen sårande av tukt och sedlighet i 16 kap. 11 § motiveras.

Lagrummet pekar inte ut kön. Men ett av de kriminalpolitiska problemen som motiverar kriminaliseringen är könat. Det är kvinnofriden som ska skyddas, och problemet är lokaliserat till offentligheten, inte till kvinnofriden på andra platser. Det skyddsvärda konstrueras således med hänvisning till en viss plats, där det skyddsvärda subjektet är kvinnan och hennes frihet från otillbörliga närmanden. Det straffvärda

---

[531] Ibid., del B s. 117.

[532] Ibid., del B s. 117.

[533] 1LU 1962:42, s. 31.

[534] Ibid., s. 31.

[535] Ibid., 31. Vidare anfördes: ”Någon tvekan om lagrummets innebörd i sistnämnda hänseende [”huruvida ett handgripligt antastande skall föreligga för att lagrummet skall bli tillämpligt”] synes icke ha förelegat under remissbehandlingen av straffrättskommitténs förslag, vilket kan förklaras av att kommittén i sina motiv anfört, att »otillbörliga närmanden till kvinnor i ord eller handling» kan straffas jämlikt förevarande paragraf.”

subjektet framkommer härigenom som främlingen på gatan. Stadgandet är universellt utformat, men straffvärdhet konstrueras genom referens till kön och plats.

3.7 Sammanfattande tolkning av brottsbalksreformen

Avhandlingens syfte är att beskriva hur sexualbrotten skapas som en specifik brottskategori. Kapitel 3 har jag ägnat åt den period då sedlighetsbrotten tar form som en särskild kategori brott, med ett specifikt skyddsintresse. I avsnitt 3.4 sammanfattade jag min analys av perioden fram till och med 1940-talet. Jag sammanfattar här min analys av brottsbalksreformen genom att framhålla sådant som är av betydelse för att förstå hur sexualbrotten skapas i nutiden. I lagens egen narrativa diskurs är brottsbalkens tillkomst en brytpunkt. Det har också framkommit i min beskrivning. Under 1900-talets första hälft avkriminaliseras flera brott som inte riktas mot ett skyddsvärt subjekt (exempelvis otukt mot naturen). De nya sedlighetsbrotten i brottsbalken utformas med det nya skyddsintresset sexuell integritet som styrande princip.

Jag vill framhålla att då sedligheten avfärdas till förmån för sexuell integritet skapas också en brottskategori som varken är våldsbrott eller fridsbrott, inte heller sedlighetsbrott i meningen att de riktas mot samhällsmoralen. Sexualitet urskiljs som något specifikt skyddsvärt som motiverar specifika kriminaliseringar. Skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras som kroppslig integritet och kroppsliga handlingar som involverar könsorgan. Men därtill är också sexuell frihet, en sexuell integritet som går utöver det kroppsliga, skyddsvärd. Det är inte bara vissa kroppsliga handlingar som gör handlingar straffvärda som sedlighetsbrott, utan också drivkraften, motivet eller avsikten med dessa, det vill säga sexualdriften. Jag summerar detta som att då sedligheten avfärdas skapas sedlighetsbrotten genom hänvisning till den erotiska sexualiteten. Brottskategorin skapas i det straffrättsliga systemet i relation till positiv, ömsesidig, njutningsfull sexualitet. Detta kommer dock tydligare till uttryck i senare reformer som jag behandlar i kapitel 4.

Jag vill också framhålla en annan aspekt av avståndstagandet i förhållande till sedlighet. I perioden före brottsbalkens ikraftträdande var kopplingen mellan allmän sedlighet (samhälleliga normer) och individuell sedlighet (en skyddsvärd individ) explicit. Den individuella sedlighetskänslan innehöll en koppling till samhälleliga normer om vad som är anständigt och normalt. Integritet däremot har en konnotation till individen, personens uppfattning om sig själv och vad individen finner värdefullt. Avståndstagandet i förhållande till sedlighet som påbörjas genom brottsbalksreformen, och som framhålls i lagens egen narrativa diskurs, innebär ett osynliggörande av skyddsintressets komplexitet både i dåtiden och i nutiden. I nutidens lagstiftande praktik betonas genomgående individens integritet, såväl vid brott mot barn som mot vuxna. Men också det nutida skyddsintresset sexuell

integritet rymmer ställningstaganden om skyddsvärda subjekt och om vad som är moraliskt förkastligt i vissa subjektsrelationer.

Min tolkning ska förstås i relation till Berglunds resonemang kring att sexualmoral inte kan väljas bort i den strafflagstiftning som behandlar sexualbrott.[536] Berglund vänder sig mot att sexualbrottens skyddsintresse kan beskrivas uteslutande genom hänvisning till individens sexuella självbestämmanderätt. Även andra värden spelar in. Berglund konstaterar att en sexualmoral som inte tar sikte på individuell skada inte utgör ett legitimt skyddsintresse i nutiden. Sexualmoral har då uppfattats i snäv mening som att kontrollera individens sexualitet utifrån värderingar som innefattar en kollektivistisk syn på sexualiteten. Men, anför Berglund, sexualmoral kan inte väljas bort eftersom ”varje straffrättslig åtgärd kring ett sexuellt övergrepp kräver att man i någon mening också tar ställning till en beskrivning av verkligheten, vilket här kommer att innefatta sexualiteten”.[537]

Resonemanget är relaterat till, som Berglund beskriver det, straffrättens etiska dimension, som följer av att den syftar till att förhindra gärningar som innebär skada på andra människor.[538] Burman uttrycker det som att det straffrättsliga systemet genomsyras av ett kollektivistiskt drag.[539] Även om skyddsintresset är individuellt, är det också samhälleligt i meningen att alla brott är riktade mot samhället och det finns ett samhälleligt intresse av att de inte företas.[540] Som Lernestedt konstaterar är polarisering i frågan om strafflagstiftning ska skydda individ eller samhälle ibland onödig – ”det ideala samhället strävar efter att skydda bägge”.[541] Den individuella sexuella integriteten är inte enbart individuell i det straffrättsliga systemet. Den bär på hänvisningar till universella anspråk på vad som skadar det skyddsvärda. I avsnitt 3.6 visade jag att otuktigt beteende och ofredande konstrueras genom rådande kriminalpolitiska problemformuleringar. Det hänvisas till den skadliga sexualdriften, den avvikande sexualiteten och sedligheten i det offentliga rummet. Kriminaliseringarna görs genom referenser till det straffrättsliga systemets miljö.

Trots talet om att det är den sexuella integriteten som ska skyddas är det skyddsvärda subjektet påfallande frånvarande, särskilt i jämförelse med förarbeten från 1990- och 2000-talet som jag behandlar i kapitel 4. Den abstrakta individen placeras i centrum för skyddsintresset samtidigt som straffvärdhet, såväl vad gäller otuktigt beteende som ofredande, görs beroende av sedlighetsnormer, det vill säga antaganden om vad som är acceptabelt, anständigt eller normalt beteende. Med det menar jag att

---

[536] Berglund (2007), s. 57-59.

[537] Ibid., s. 58.

[538] Ibid., s. 57.

[539] Burman (2011), s. 284.

[540] Se även Thyrén (1912), s. 27. Indelningen i olika skyddsintressen handlar om att brottet närmast riktar sig mot det ena eller andra av dessa objekt ”ty i sista hand rikta sig ju alla brott mot Staten, det organiserade samhället”.

[541] Lernestedt (2003), s. 77. Se även Lernestedt (2010), s. 120-126.

frågan om vad som ska bestraffas som otuktigt beteende eller ofredande överlämnas till domstolarna. Domstolen ska ta ställning till om en beröring har utförts på ett sedlighetssårande sätt, om en blottning är ägnad att väcka anstöt, om ett uppträdande är anstötligt och uppenbart sårar tukt och sedlighet, eller om en gärning utgör ett handgripligen antastande eller ett hänsynslöst beteende. Det innebär ställningstaganden som görs genom referens till normer i det straffrättsliga systemets miljö.

I nästa kapitel behandlar jag reformer av sexualbrotten efter brottsbalkens tillkomst. Jag visar särskilt att nya orsaksförklaringar tillkommer samt att otuktigt beteende – som blir sexuellt ofredande – sätts in i nya kriminalpolitiska problemformuleringar.

4 Sexualbrotten efter brottsbalken – om reformer 1976–2005

Efter att brottsbalken trädde i kraft år 1965 har sexualbrottskapitlet utretts och reformerats vid ett flertal tillfällen. I det här kapitlet visar jag hur sexualbrotten skapas i perioden 1976–2005 genom tre nyckelord: sexualitet, integritet och kränkning. Sedlighet försvinner till förmån för sexualitet. Den sexuella integriteten framhålls som skyddsintresse och straffvärda handlingar beskrivs som kränkningar av den sexuella integriteten.

Men sexualitet, integritet och kränkning ges skiftande innebörd i de olika reformförslagen och reformerna. Det vill säga, skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras på olika sätt. En övergripande skillnad är om det skyddsvärda och det straffvärda subjektet könas eller inte, en annan om sexualbrotten formuleras som ett jämställdhetsproblem eller ej. Det råder således inte konsensus kring vad som bör vara en straffvärd kränkning, inte heller hur skyddsvärd sexuell integritet avgränsas.

I avsnitt 4.1 behandlar jag reformförslagen i SOU 1976:9 och SOU 1982:61 samt reformen som genomförs år 1984 genom proposition 1983/84:105. I avsnitt 4.2 behandlar jag kvinnofridsreformen, det vill säga SOU 1995:60 och proposition 1997/98:55. Det tredje avsnittet ägnas åt reformen 2005, som föregicks av utredningen SOU 2001:14 och genomfördes genom proposition 2004/05:45. Avsnitt 4.4 utgör en sammanfattande tolkning.

I dessa texter inriktas analysen på hur det kriminalpolitiska problemet formuleras kring sexualbrotten. Här avses motiveringar till varför sexualbrotten bör reformeras och de generella utgångspunkter som anges för reformen. Därtill inriktas analysen på rekvisitet könsligt umgänge, sexualhandlingen vid våldtäkt samt brottet otuktigt beteende. Rekvisitet *könsligt umgänge* ersätts med *sexuellt umgänge* år 1984 och med *sexuell handling* år 2005. Sexualhandlingen vid våldtäkt kommer genom reformerna att utvidgas till att omfatta även andra handlingar än samlag. Störst utrymme ägnar jag åt brottet otuktigt beteende som efter 1984 års reform rubriceras sexuellt ofredande.

4.1 Sedlighetsbrott blir sexualbrott – 1984 års reform

I lagens egen narrativa diskurs utgör 1984 års reform en bekräftelse på den förändring som har pågått under 1900-talet. Det är inte längre den allmänna sedligheten som regleras, utan brott mot den sexuella integriteten. Kapitlets rubrik ändras från *Om sedlighetsbrott* till *Om sexualbrott*.

Reformen föregicks av två utredningar. Sexualbrottsutredningens betänkande SOU 1976:9 *Sexuella övergrepp* ledde till omfattande kritik och debatt men föranledde inte någon lagstiftning. Särskilt var det utredningens lagförslag och uttalanden kring våldtäkt som väckte kritik från kvinnorörelsen.[542] Istället tillsattes år 1977 en sexualbrottskommitté som lämnade betänkandet SOU 1982:61 *Våldtäkt och andra sexuella övergrepp*, vilken lades till grund för propositionen 1983/84:105.[543]

Nedan behandlas inledningsvis SOU 1976:9, därefter SOU 1982:61 och slutligen propositionen 1983/84:105.

Frigör sexualiteten – sexualbrottsutredningens betänkande SOU 1976:9

I kapitel 3.7 summerade jag brottsbalksreformen. Jag framhöll att när sedligheten avfärdas till förmån för sexuell integritet urskiljs sexualitet som specifikt skyddsvärt. En brottskategori skapas i det straffrättsliga systemet i relation till positiv, ömsesidig, njutningsfull sexualitet. Jag anförde att detta tydligare kommer till uttryck i senare reformer.

SOU 1976:4 läggs inte till grund för lagstiftning. Jag menar dock att utredningen har betydelse för att förstå hur sexualbrotten blir till. Sexualbrotten som kriminalpolitiskt problem i utredningen är en fråga om sexuell frihet. Sexualdrift är inte, som i den tidiga strafflagen, något osedligt i sig. När sedligheten avfärdas som skyddsintresse för att ersättas med sexuell integritet, innebär det att det skyddsvärda hänvisar till erotisk sexualitet. På så sätt skapas en brottskategori som urskiljs från andra fridskränkningar och våldsbrott.

I det följande ägnar jag därför utrymme åt att redogöra för sexualbrottsutredningens utgångspunkter och problemformuleringar.

---

[542] Se Gabriella Nilssons analys av debatten 1975-1977, del 1 i Nilsson (2009). Se även Widerberg (1980), 135 f.; Wendt Höjer (2002), s. 122-146; Bergenheim (2005), kapitel 8 och s. 340-350 samt Bergenlöv, Lindstedt Cronberg & Österberg (2002), s. 75-84 och s. 217 f.

[543] Se även Bet. 1983/84:JuU25.

Sexualbrottsutredningens utgångspunkter

I SOU 1976:9 beskrivs reformförslagen som en naturlig vidareutveckling av de uttalanden som låg bakom brottsbalksreformen. Det är sexuella övergrepp mot individer som ska kriminaliseras i sexualbrottskapitlet. Syftet med bestämmelserna är att ”värna om människors integritet genom bestraffning av sexuella övergrepp”.[544] Utredningen tar utgångspunkt i att målsättningen med brottsbalksreformen, ett sexualbrottskapitel som endast reglerar övergrepp, inte har genomförts till fullo. Den äldre tidens synsätt, det vill säga att styra människors frivilliga sexuella handlande, finns fortfarande kvar. Det är sexualbrottsutredningens uppgift att komma till rätta med dessa förlegade kvarlevor.

I utredningens problemformulering utgör inte övergrepp det huvudsakliga problemet, utan den förtryckta sexualiteten.[545] Andra maktdimensioner än den förtryckta sexualiteten förblir ouppmärksammade.[546] Utvecklingen som utredningen skisserar – frigörelsen av sexualiteten, den ökade öppenheten, kunskapen om sexualitet, jämlikhet mellan könen – har enligt utredningen varit övervägande positiv. En ny syn på sexualitet och sexualbrott har uppstått:

> För inte så länge sedan uppfattades sexualiteten som något ociviliserat och ovärdigt. Sexuallivet kom därmed att omgärdas med hemlighetsmakeri. Tabuföreställningar, ångest och skuldkänslor präglade många människors inställning. Vanföreställningar i sexuella frågor var utbredda. […] Den ökade öppenheten och kunskapen om sexualitet har lett till att människors inställning idag kännetecknas av större avspändhet och saklighet. Insikt har vunnits om att sexualdriften är av vital betydelse för både mannen och kvinnan under hela livet, låt vara att den tar sig olika uttryck i olika åldrar och präglar människor på olika sätt.[547]

Det finns samhällsproblem som hänger samman med sexualiteten och dess yttringar, enligt utredningen. Ett problem är åsikts- och attitydskillnader mellan generationer och olika grupper i samhället.[548] Ett annat problem är att många människor står främmande inför den nya öppenheten, som en del upplever som kravfylld, eller som har lett till en övertro på sexuell utlevelse som ett sätt att nå lycka. Utredningens

---

[544] SOU 1976:9, s. 54.

[545] Jämför Wendt Höjer (2002), s. 122.

[546] Exempelvis mäns sexuella våld mot kvinnor eller andra förtryck *genom* sexualitet formuleras inte som problem. Det är också innebörden i den kritik som riktas mot sexualbrottsutredningen, se Boëthius (1981).

[547] SOU 1976:9, s. 52.

[548] Ett särskilt problem har skapats av invandringen, anförs det: ”Människor med annan kulturell bakgrund utsätts ofta för en veritabel chock när de finner vilka värderingar, attityder, normer och beteenden som är förhärskande här.” Ibid., s. 53.

utgångspunkter kan sammanfattas som att den nya tidens sexualitet har medfört problem, men övergrepp är inte ett av dem.

Ojämlikhet mellan könen förpassas till den gamla ordningen. Förr var det, enligt utredningen, en utbredd uppfattning att kvinnan till skillnad från mannen saknade sexuell drift, men nu har Masters och Johnson klarlagt de fysiologiska mekanismerna bakom kvinnlig orgasm. Samlevnad mellan könen karakteriseras i nutiden av ”en gemenskap mellan likar”.[549]

Utredningens ansats är att ifrågasätta normer kring sexualitet som är förlegade men som fortfarande präglar lagstiftningen. Sexualbrotten ska begränsas till övergreppssituationer, oberoende av sexualetik.[550] Utredningen åtar sig att kritiskt granska de argument som underbygger straffbeläggande av andra handlingar än övergrepp, såsom särbestämmelserna för könade sexuella handlingar, incestbestämmelserna och koppleribrottet.

Det skyddsvärda är sexuell frihet; frihet från tabun och okunskap men också från statens ingripande i form av straff. Förslagen består huvudsakligen i avkriminalisering, att ansvarsfrihet införs i ringa fall, eller sänkning av straffskalan. I utredningen ifrågasätts förgivettagna uppfattningar om skada, vilket kommer till uttryck i resonemang om exhibitionistens farlighet, liksom frågan om vad barn tar skada av.

Det föreslås att åldersgränsen i stadgandet om sexuellt umgänge med barn ska sänkas från 15 år till 14 år, och i ringa fall ska ej dömas till ansvar eftersom det inte generellt kan påstås att barn under 15 år tar skada av sådana handlingar. De särskilda åldersgränser som gällt vid samkönade sexuella relationer ska avskaffas. Samlag med avkomling eller syskon ska enligt utredningens förslag avkriminaliseras, liksom stadgandet om förförelse av ungdom.

Det förslag som väckte mest kritik var förslaget att normalgraden av våldtäkt skulle benämnas *sexuellt tvång* och ges en lägre straffskala, att mindre grovt sexuellt tvång skulle ha böter i straffskala, samt att vid bedömningen om ett sexuellt tvång var mindre grovt skulle hänsyn tas till den tvingades handlande före övergreppet.

Utmärkande för utredningen i förhållande till senare reformer är att lagen framstår som problemet. Reformer och avkriminalisering ska anpassa den förlegade lagen till samhälleliga normer. Exempelvis hänvisas till Berl Kutchinskys undersökning av attityder till sexualbrott.[551] På frågan om en man som våldtagit en kvinna som först tillåtit närgången petting borde dömas för våldtäkt, ansåg 17 % av männen och 9 % av kvinnorna att våldtäkt i en sådan situation borde vara straffbar. Detta används av utredningen som argument för att sådana typer av våldtäkt bör

---

[549] Ibid., s. 51-52.

[550] Ibid., s. 54. Denna ansats blir synlig också genom referenserna till USSU, SOU 1974:59, enligt vilken skolan inte bör ”dekretera någon generell moralregel ifråga om åldern för ungdomars sexualdebut”, ej heller ska den ”moraliskt klandra människor, vilkas sexualdrift är fixerad i en annan riktning än den vanligaste.” SOU 1976:9, s. 53.

[551] Kutchinsky, Berl: *Pornografi och sexualförbrytelser*, refereras i SOU 1976:9, s. 60.

bedömas enligt en lindrigare straffskala. Lagen ska således utformas i överensstämmelse med det allmänna rättsmedvetandet, och inte i progressivt syfte att söka förändra detta. I senare förarbeten, särskilt tydligt i kvinnofridsutredningen, råder närmast motsatt utgångspunkt; syftet är snarare att förändra rådande normer genom kriminalisering.

Sedlighetsbrotten görs till en fråga om sexualitetens frihet

Genom problemformuleringen som jag beskrivit ovan görs sexualbrotten till en fråga om sexualitetens frihet. Detta framkommer också i den kunskap som utredningen stödjer sig på. I Knut Sveris kriminologiska synpunkter på sexualbrottsligheten, som utgör bilaga till utredningen, beskrivs en typ av anmälda våldtäkter på följande sätt:

> Många såväl män som kvinnor är beredda att inleda sexuellt umgänge efter kort bekantskap, ofta är detta säkerligen den enda avsikten med kontaktsökandet. I allmänhet avlöper det hela utan större komplikationer. I de fall som leder till övergrepp mot kvinnan har parterna på något sätt missuppfattat varandras intentioner. Det sexuella spelets regler har inte följts.[552]

Det kriminalpolitiska problemet görs i citatet till en fråga om sexuellt beteende. Även på andra sätt skapas sexualbrotten i relation till sexuallivet. Det konstateras i utredningen att begreppet sedlighetsbrott inte är entydigt, men att med ”sedlighetsbrott brukar man emellertid numera avse endast handlingar som typiskt sett har anknytning till sexuallivet”.[553] Det innebär, anförs det i betänkandet, att om misshandel eller mord begås som utslag av en sjukligt inriktad sexualdrift, spelar det sexuella momentet i dessa fall inte någon roll.

Det ifrågasätts dock parentetiskt huruvida det är nödvändigt med en särskild kategori brott som heter sexualbrott: ”Med den syn på sexualbrotten som utredningen företräder är det inte självklart att bestämmelserna därom bör behållas som en särskild kategori brott”, eftersom det ger ”intryck av att det finns en speciell sexuell integritet som är väsensskild från annan integritet”.[554] Detta ifrågasättande av sexualbrottens särskilda skyddsintresse ska sättas i relation till att de gärningar som utredningen finner straffvärda framför allt är sådana som begås genom våld och hot.[555] Det är våldet som är straffvärt, inte sexualhandlingarna.

---

[552] Ibid., s. 184. Följande bilagor ingår i SOU 1976:9: *Statistiska uppgifter om sedlighetsbrott*; *Kriminell belastning m.m. hos personer dömda för sedlighetsbrott*; *Några kriminologiska synpunkter på sexualbrottsligheten* av Knut Sveri; *Rättspsykiatriska synpunkter på sexualbrottslingarna* av Yngve Holmstedt; *Utlåtande angående homosexualitet*. av Bertil Hansson; *Yttrande angående incestparagrafen 6 kap 5 § BrB* av Carl-Henry Alström.

[553] Ibid., s. 27.

[554] Ibid., s. 55.

[555] Se även Wendt Höjer (2002), s. 130 f.

Ifrågasättandet sticker ut i jämförelse med senare förarbeten. I 2000-talets förarbeten är en specifik sexuell integritet en självklar utgångspunkt.

I kapitel 3 beskrev jag hur det i brottsbalksreformen påbörjas ett utmönstrande av sedlighet i de olika rekvisiten. Så görs även i detta betänkande: ”Lagen bör inte innehålla ord eller uttryck som är moraliserande eller som hänvisar till ett annat normsystem än lagens.”[556] Sedlighet ska tas bort eftersom det ”antyder att fråga är om handlingar som strider mot en viss moraluppfattning på sexuallivets område”.[557] Därtill anförs att termerna är främmande för nutida språkbruk.

Rekvisitet *könsligt umgänge* byts ut mot *sexuellt umgänge*. Det ska dock enligt utredningen inte innebära några förändringar i sak. Således ska sexuellt umgänge fortfarande avgränsas utifrån frågan om handlingen typiskt sett avsåg att tillfredsställa eller uppväcka bådas eller enderas sexuella drift. Rekvisitet *sedlighetssårande beröring* i stadgandet om otuktigt beteende byts ut mot *sexuell beröring* och stadgandet ska nu heta *sexuellt ofredande*. Inte heller detta innebär, enligt utredningen, några ändringar i materiellt hänseende. Det är, liksom tidigare, främst ”inte alltför långvariga beröringar av annans könsorgan” som ska bedömas som sexuellt ofredande.[558]

Jag menar att sedlighetens språk ersätts med den erotiska sexualitetens språk. Det ”normsystem” som ligger bortom lagen består nu av den frigjorda sexualiteten och hämningarnas bortvittrande. Sammanfattningsvis innebär det att när sedlighetsbrotten blir till sexualbrott skapas en brottskategori som inte längre refererar till sedlighet, utan till sexualitet. Även om utredningen inte leder till konkreta lagändringar menar jag att också fortsättningsvis kommer sexualbrotten att skapas på detta sätt.

Dock möter denna problemformulering motstånd, vilket framgår av det nästföljande betänkandet, SOU 1982:61. Innan jag behandlar det betänkandet redogör jag för de reformer som föreslås i SOU 1976:9 avseende otuktigt beteende, dåvarande 6 kap. 6 § BrB.

SOU 1976:9 – sexualbrottsutredningens förslag avseende otuktigt beteende

Sexualbrottsutredningen föreslår att lagrummet ska rubriceras *sexuellt ofredande*, att åldersgränsen i första stycket ska sänkas till 10 år, samt att dess andra stycke helt tas bort.

Nedan behandlar jag först motiven till att avkriminalisera blottning och andra sedlighetssårande gärningar mot vuxna (andra stycket). Därefter behandlas de reformer som föreslås kring första stycket, sedlighetssårande beröring av barn.

---

[556] SOU 1976:9, s. 55.
[557] Ibid., s. 55.
[558] Ibid., s. 140.

Är blottaren farlig?

I lagens egen narrativa diskurs betonas att det som nu regleras i sexualbrottskapitlet är kränkningar av den sexuella integriteten. Det handlar inte längre om att reglera människors frivilliga sexualliv. Utgångspunkten är individen och det finns ett universellt anspråk i beskrivningen av vad som skadar individen. I kapitel 3.7 tolkade jag brottsbalksreformens avståndstagande till sedlighet som att betydelsen av sedlighetsnormer för hur skyddsvärda intressen och straffvärda kränkningar konstrueras osynliggörs. Jag anförde att frågan om vad som skadar innebär en värdering, ett moraliskt ställningstagande utifrån rådande kunskapsmönster. Detta framkommer tydligt i sexualbrottsutredningens argumentation för att avkriminalisera blottning.

Det uttryckliga motivet för att särskilt kriminalisera blottning i brottsbalken var möjligheten att ingripa mot personer med onormala böjelser och ett särskilt skäl för att ingripa mot just exhibitionister var att de befarades begå allvarligare sexualbrott. Sexualbrottsutredningen tar utgångspunkt i frågan om exhibitionister är farliga. Liksom i brottsbalksreformen hänvisas till sexologins kategoriseringar. I sexualbrottsutredningen konstateras att blottande tar sikte på ett yttre handlande, medan en exhibitionist är tvångsmässigt fixerad vid blottande som ett slags sexuell rit. Av de personer som döms för blottande tillhör inte nödvändigtvis alla den typen av exhibitionister.

Inledningsvis konstateras att det ”är oomstritt att exhibitionisterna är helt ofarliga i flertalet fall”, samt att det ”typiska är att blottandet sker på distans och att tillfredsställelse uppnås genom skrämseleffekten som uppkommer hos en främmande person”.[559] I linje med utredningens utgångspunkter att kritiskt granska underlaget för rådande kriminaliseringar, fokuseras på frågan huruvida exhibitionisten är farlig. Enligt utredningen finns exempel på att exhibitionister ibland kan utvecklas till farliga våldsmän men att det är sällsynt.[560] Det vore således orimligt att med stöd av dessa få fall kriminalisera blottning i allmänhet. Därtill bör man i princip inte kriminalisera på den grunden att gärningsmännen kan komma att begå brott av allvarligare slag.

Sexualbrottsutredningen drar därmed slutsatsen att det inte finns anledning att behålla blottande som en särskild brottstyp: handlingen är oskadlig och den ”numera tämligen avspända inställningen till nakenhet och den ökade kunskapen om exhibitionisternas ofarlighet har säkerligen också medverkat till att många människor idag uppfattar blottande som en tämligen harmlös företeelse”.[561]

I utredningen hänvisas till att andra lagrum, som förargelseväckande beteende i 16 kap. BrB eller ofredande i 4 kap. 7 §, kan tillämpas för att bestraffa blottande

---

[559] Ibid., s. 71.

[560] Med hänvisning till bilaga två, vari den kriminella belastningen hos personer dömda för sexualbrott år 1971 har undersökts, ibid., s. 72.

[561] Ibid., s. 72.

ändå. Om blottandet är hänsynslöst mot den det riktas mot, exempelvis att blottaren närmar sig, förföljer, eller spärrar vägen för offret, eller på annat sätt sker under sådana omständigheter att det är ägnat att skrämma offret, kan ofredande tillämpas. Utredningen argumenterar för att då just farliga exhibitionister kan tänkas handla på detta sätt kommer dessa ändå, trots avkriminaliseringen i sjätte kapitlet BrB, att upptäckas och bestraffas. Sexualbrottsutredningens förslag innebär, genom hänvisningen till förargelseväckande beteende, något av en tillbakagång till ordningen före brottsbalkens tillkomst, då det för straffansvar krävdes att handlingen hade väckt allmän förargelse.

Utredningen föreslår att hela andra stycket ska tas bort, alltså ska även annat sedlighetssårande handlande avkriminaliseras. Detta motiveras inte utförligare än genom en hänvisning till att det endast var straffrättssystematiska synpunkter från lagrådet som föranledde kriminaliseringen.[562] Därför finns, enligt utredningen, ingen anledning att behålla dessa fall som en brottstyp bland sexualbrotten. Det hänvisas inte till något skyddsvärt subjekt. Den så kallade skrämseleffekten vid blottning kan inte i sig vara skäl nog att kriminalisera, det är inte en *skada* på något skyddsvärt intresse.

Skadas barnet?

Sedlighetssårande beröring av barn under femton år ska enligt utredningen kvarstå men åldersgränsen ska sänkas från femton år till tio år. Som nämndes i inledningen präglas sexualbrottsutredningen av ett kritiskt förhållningssätt till hur den dåvarande lagstiftningen motiverades. Detta gäller även de olika stadganden som straffbelägger övergrepp mot barn, och utredningen ifrågasätter i vilken utsträckning barn skadas av den här typen av handlingar.[563] Här hänvisas bland annat till undersökningar av pubertetens inträde, undersökningar om tidpunkten för den sexuella debuten, statistik över abort och gonorré, psykiska skadeverkningar enligt barnpsykiatrisk expertis samt undersökningar av svenska folkets attityder till tidiga sexualförbindelser.[564]

I linje med de allmänna utgångspunkterna är det frigörandet av sexualiteten som står i fokus; normerna kring sexualitet och ungdomar har förändrats till det bättre. Det är tydligt att den kunskap som inhämtas och hur den tolkas görs i samspel med hur det kriminalpolitiska problemet formuleras. I senare förarbeten är det en självklar utgångspunkt att barn skadas av att utsättas för sexuella handlingar. I SOU 1976:9 å andra sidan anförs:

> Omständigheterna vid barns sexuella upplevelser varierar starkt. Barnet kan vara endast ett fåtal år. Det kan också befinna sig i puberteten. Den sexuella handlingen kan vara

[562] Ibid., s. 72.
[563] Otukt med barn 3 §, otukt med ungdom 4 §, otuktigt beteende 6 § 1 st., förförelse av ungdom 8 §.
[564] SOU 1976:9, kapitel 7.2 – 7.4.

> samlag eller inskränka sig till smekningar. Partnern kan vara jämnårig eller vuxen. Det kan röra sig om en tillfällig kontakt med någon okänd eller en långvarig incestförbindelse. Barnet kan ha deltagit frivilligt, kanske tagit initiativet. Det sexuella umgänget kan vara genomfört med tvång.[565]

I citatet talas det om barns *sexuella upplevelser*, om *smekningar*, *frivillighet*, *partnern*, att barnet kan ha tagit *initiativet*. Språket implicerar njutning och erotik. Det är möjligt att tala om barn, vuxna och sexualitet i termer som inte relaterar till övergrepp. Skillnad görs mellan tillfälliga sexuella kontakter mellan barn och vuxna och långvariga incestuösa förbindelser. De tillfälliga kontakterna passerar ofta barnet förbi ”utan några synbara negativa konsekvenser i psykiskt hänseende” men allvarliga skador kan uppstå om saken vållar uppståndelse vid upptäckt. Vad gäller långvariga incestuösa förbindelser däremot, kan de känslomässiga bindningarna och sammanblandningen av familjerollerna ”medverka till allvarliga psykiska återverkningar för barnet”.[566] Barnet är inte ett självklart skyddsvärt subjekt.

Utredningen anför att den *förförelsepresumtion* som ligger till grund för femtonårsgränsen är ”uppenbart oriktig” utifrån den kunskap som finns om ungdomens sexualliv.[567] Det hänvisas till att puberteten inträffar tidigare än förr, att sexuella debuter sker tidigare samt att tidig sexuell debut inte behöver vara utslag av en asocial läggning. Tidig sexuell debut förekommer också bland ungdom med goda relationer till hem, skola och kamrater. Komplikationer i form av könssjukdomar och graviditet drabbar mycket få av de tidigt debuterande. Därtill anförs att de tidiga sexuella debuterna inte har avsatt några större spår i kriminalstatistiken. Sexualbrottsutredningens slutsats är att femtonårsgränsen ska sänkas till fjorton år.

Det är mot bakgrund av detta som förslaget om att åldersgränsen vid otuktigt beteende ska sänkas till tio år. Barn kan ta initiativ till sexuella relationer, samhällets och rättsväsendets tabuiserande reaktion kan orsaka skada, eller i vissa fall förvärra situationen för barnet.[568] Att kriminaliseringen ska kvarstå i fråga om barn under tio år motiveras med att det inte så sällan händer att vuxna män tar kontakt med unga flickor, ofta 5–7 år gamla, och berör deras könsorgan på ett sätt som inte omfattas av rekvisitet sexuellt umgänge.[569] På samma sätt som det argumenterades kring blottning betonas även här ofarligheten, men i sällsynta fall kan det dock röra sig om personer som kan begå allvarligare övergrepp.

Förslaget innebär att den som sexuellt berör barn under tio år bestraffas under rubriken sexuellt ofredande. Någon utförligare motivering kring just 10-årsgränsen

---

[565] Ibid., s. 80.
[566] Ibid., s. 80.
[567] Ibid., s. 86.
[568] ”Enligt samstämmig uppfattning kan uppståndelse i samband med upptäckten av en sexuell förbindelse mellan en vuxen och ett barn vålla barnet psykiska skador.” Ibid., s. 93.
[569] Ibid., s. 94.

ges inte, men det anförs att äldre barn erhåller ett tillräckligt straffrättsligt skydd genom bestämmelserna om sexuellt umgänge med barn, försök till detta brott, samt ofredande enligt 4 kap 7 § BrB.

Övergrepp i fokus – sexualbrottskommitténs betänkande SOU 1982:61

Efter omfattande kritik mot SOU 1976:9, och ett regeringsskifte, tillsattes en ny sexualbrottskommitté vars arbete resulterade i betänkandet SOU 1982:61. Till skillnad från det tidigare betänkandet formuleras sexualbrotten i SOU 1982:61 som ett jämställdhetsproblem i samtiden. Kvinnor framkommer som skyddsvärda subjekt i betänkandets utgångspunkter. Kränkning och integritet är ord som används för att motivera att sexualhandlingen i våldtäktsstadganden ska utvidgas, detsamma gäller nykriminaliseringar inom ramen för sexuellt ofredande mot barn.

I det följande redogör jag inledningsvis för sexualbrottskommitténs generella utgångspunkter för att sedan behandla reformförslaget avseende sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet. Därefter redogör jag för reformförslaget avseende otuktigt beteende.

Sexualbrottskommitténs utgångspunkter

Syftet med kommitténs lagförslag formuleras som att skärpa samhällets reaktion mot ”det allvarliga övergrepp som våldtäkt innebär”; att skydda barn och ungdomar mot sexuella övergrepp i och utom familjen; att minska prostitutionens skadeverkningar samt att undvika ingripanden i det frivilliga sexuallivet mellan vuxna människor även om parterna är släkt med varandra.[570]

I motsats till den tidigare utredningen är nu övergrepp den centrala frågan. I kommittédirektivet uttalas att rättspraxis rörande våldtäkt har betonat kvinnans ansvar för händelseutvecklingen ”på ett sätt som med rätta uppfattas som stötande från kvinnosynpunkt”.[571] Detta ska sexualbrottskommittén åtgärda. Brottsoffrets behov av stöd är en annan fråga som ska behandlas enligt direktivet, liksom kravet på målsägandeangivelse vid vissa av sexualbrotten.

Sexualbrottskommitténs utgångspunkter formuleras delvis i motsättning till SOU 1976:4. Den anförs att debatten som förts de senaste årtiondena har präglats av uppfattningen att ”det viktiga är att skapa förutsättningar för individens frigörelse och göra rent hus med gamla tabuföreställningar som har sina rötter i en gången tids värderingar” samt att det då skulle skapas förutsättningar för ”ett mer äkta och naturligt sexualliv”. En sådan uppfattning är, enligt sexualbrottskommittén, i stora delar både riktig och tilltalande, men man måste ”hålla i minnet att det strängt taget

[570] SOU 1982:61, s. 17.
[571] Ibid., s. 29.

inte finns något som kan kallas 'naturligt' sexualliv eller en 'naturlig' form för samlevnad".[572] Det anförs att varje kultur har sina sätt att kontrollera familjebildning, sina egna mönster för sexuella handlingar och förutsättningar på det sexuella området.

SOU 1982:61 innehåller ett avsnitt rubricerat *Sociologiska aspekter* i vilket redogörs för exempelvis föränderliga könsroller över tiden och orsaker till ojämlikhet mellan könen. [573] Det anförs här att arbetsdelningen mellan könen är grunden för "sexualorganisationen". Sexualbrotten placeras i en berättelse om sexuallivet, som relateras till könsroller. Det anförs att asymmetri i fråga om vem som vårdar barn och sörjer för privata respektive ekonomiska/samhälleliga behov sätter spår i kvinnors och mäns sexualitet.

Betänkandet uppvisar likhet med kvinnofridsutredningen, SOU 1995:60, på så sätt att i båda utredningarna formuleras det kriminalpolitiska problemet som en fråga om kvinnors utsatthet för sexualbrott och könsojämlikhet.[574] Till skillnad från SOU 1976:9, som huvudsakligen förlade ojämställdhet till det förgångna, lyfter sexualbrottskommittén fram ojämlikhet mellan könen som ett samtida problem:

> Det gäller att inpränta att varje människa har rätt till sexuell integritet och att man måste respektera när en annan människa avböjer sexuella inviter. Därmed understöds också det pågående arbetet att skapa ökad jämställdhet mellan könen. Det gäller att göra rent hus med gamla ännu kvardröjande uppfattningar om att kvinnan tillhör mannen och är skyldig att ställa sig till hans förfogande.[575]

Det talas nu om rätten till sexuell integritet, som kopplas till självbestämmande. Rätten till sexuell integritet är rätten att avböja sexuella inviter. I citatet framkommer en ambivalens. Å ena sidan har varje människa rätt till sexuell integritet. Det skyddsvärda subjektet är inte könat. Å andra sidan har sexuell integritet med jämställdhet mellan könen att göra. Kvinnan framkommer som det könade skyddsvärda subjektet och mannen som det könade straffvärda subjektet. Jag menar att citatet beskriver en ambivalens som präglar lagstiftande praktiker fram till nutiden.

Att det skyddsvärda subjektet könas som kvinna framkommer också i beskrivningen av våldtäkt som en "särskild form av kvinnomisshandel". Detta har att göra med att våldtäktsbrotten "i stor utsträckning har inslag av misshandel". Våldet separeras från det sexualhandlingen. Samtidigt formuleras problemet också som att just det sexuella innebär en annan/mera skada, våldtäkt "är särskilt kränkande för den personliga integriteten" och kan ofta "vara förenad med en stark skräckupplevelse hos kvinnan".[576] En av bilagorna till SOU 1982:61 behandlar våldtagna kvinnors

[572] Ibid., s. 57.
[573] Ibid., s. 59-61.
[574] Se avsnitt 4.2.
[575] SOU 1982:61, s. 62.
[576] Ibid., s. 62.

erfarenheter, en kunskap som det tidigare inte har hänvisats till.[577] Ett skyddsvärt subjekt framträder, vars erfarenheter av utsatthet blir del av det kriminalpolitiska problemet.

Dock menar jag att skapandet av sexualbrotten i relation till den erotiska sexualiteten, som särskilt tydliggjordes i SOU 1976:9, kvarstår. I betänkandet anförs att med sedlighetsbrott avses ”handlingar som har anknytning till sexuallivet”.[578] Detta framkommer också i hur straffvärda handlingar konstrueras avseende sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet och avseende sexuellt ofredande mot barn, som jag behandlar i det följande.

I betänkandet föreslås, sammanfattningsvis, att våldtäktsstadgandet ska omfatta inte bara samlag, utan även ”därmed jämförligt sexuellt umgänge”. Kravet på våld och hot i våldtäktsstadgandet ska sänkas enligt förslaget. Till skillnad från den tidigare utredningen ska det enligt SOU 1982:61 sakna betydelse vid den straffrättsliga bedömningen hur offret betett sig före övergreppet.[579] Det ska inte heller ges någon betydelse för bedömningen huruvida parterna kände varandra sedan tidigare, om de varit samboende eller om de varit okända för varandra. Det som tidigare har stadgats om *våldförande* i våldtäktsstadgandet ska således avskaffas. I 2 § ska *frihetskränkande otukt* ersättas med ett stadgande om *sexuellt tvång* och i 3 § ska det som kommer att heta *sexuellt utnyttjande* regleras. Brotten mot barn (*otukt med barn* och *otukt med ungdom*) ska ersättas med *sexuellt utnyttjande av underårig* i 4 § respektive *sexuellt umgänge med barn* i 5 §. Liksom i SOU 1976:4 föreslås att samlag med avkomling eller syskon avkriminaliseras, samt att blottning och sexuellt ofredande mot vuxna ska avkriminaliseras.

Våldtäkt ska inte bara gälla samlag

I SOU 1976:9 föreslogs att rekvisitet i våldtäktsstadgandet inte skulle vara samlag, utan sexuellt umgänge (tidigare könsligt umgänge). Sexualhandlingen vid våldtäkt skulle således inte urskiljas från sexualhandlingen i andra sexualbrott. I SOU 1982:61 föreslås att samlag ska kvarstå som rekvisit, men att våldtäktsstadgandet också ska omfatta sexuellt umgänge som är jämförligt med samlag. Detta motiveras med att våldtäktsbrottet innefattar en allvarlig kränkning av offrets personliga och sexuella integritet. Det anförs att kränkningen och övergreppet principiellt sett är av samma slag ”vare sig en man tvingar kvinnan till samlag, till att ta hans manslem i sin mun eller med tvång för manslemmen in i hennes analöppning”.[580] Som exempel på

---

[577] Bilagorna till SOU 1982:61 har rubrikerna *Våldtäktsbrottet i senare praxis* samt *Erfarenheter att möta våldtagna kvinnor* (om RFSU:s Stockholmsklinik med mottagning för kvinnor som utsatts för sexuellt våld).

[578] SOU 1982:61 s. 31.

[579] Ibid. s. 63

[580] Ibid., s. 71.

jämförliga handlingar anges också att gärningsmannen med våld för in sina fingrar i en kvinnas slida eller analöppning, eller för in främmande föremål i kvinnans slida.

I konstruktionen av den straffvärda handlingen ställs sexuellt syfte i relation till sexuell kränkning:

> I de flesta fall då denna handling [föra in främmande föremål i slidan] förekommer torde såväl gärningsmannens sexuella syfte som offrets känsla av sexuell kränkning vara något som är ställt utom allt tvivel. Det ter sig då naturligt att betrakta handlingen som ett sexuellt övergrepp, likställt med ett påtvingat samlag. Saken ställer sig dock annorlunda om handlingen utförts utan något som helst sexuellt syfte; den ingick t.ex. som ett inslag i en långvarig och svår misshandel som hade karaktär av tortyr.[581]

I kapitel 3 visade jag att vid brottsbalksreformen omnämndes sexuell integritet i formuleringen av sedlighetsbrottens skyddsintresse. Till skillnad från då är nu integritet framträdande i själva definitionen av straffvärda handlingar. Den utsattas känsla av sexuell kränkning görs relevant. Det implicerar, menar jag, att straffvärdhet inte konstrueras utifrån vad gärningen är, utan också vad gärningen gör med den som utsätts. Till syvende och sist är det dock det handlande subjektets syfte som avgör. Utan ett sexuellt syfte kan det inte vara fråga om en sexualhandling som är jämförlig med samlag. På så sätt särskiljs den sexuella kränkningen från våld.

Vad vidare gäller avgränsningen av den sexuella handlingen vid våldtäkt resonerar kommittén kring övergrepp som består i att mannen tvingar kvinnan att onanera åt honom, och sådana handlingar i samband med homosexuella övergrepp. Det anförs att å ena sidan är det så att gärningsmannen inte utnyttjar kvinnans kropp på ett lika omfattande sätt som vid andra former av påtvingat sexuellt umgänge. Å andra sidan tvingas hon att delta i ”en starkt sexuellt präglad handling”.[582] Kommitténs slutsats är att sådana handlingar bör bestraffas som sexuellt tvång, och inte våldtäkt. Däremot ska fall där gärningsmannen utfört samlagsrörelser mot kvinnans könsorgan även om kvinnan vid tillfället bar trosor omfattas. Det ska således, till skillnad från tidigare, sakna betydelse om könsdelarna var blottade då de kom i beröring med varandra. Detta för att undvika att det ställs alltför detaljerade frågor till brottsoffret.[583]

I brottsbalksreformen konstaterades att samlag var det mest kränkande för kvinnan och därför skulle våldtäktsstadgandet endast omfatta samlag.[584] I SOU 1982:61 förs ett mer nyanserat resonemang om vad som är kränkande. Även om det

---

[581] Ibid., s. 71.

[582] Ibid., s. 71.

[583] ”Att detta detaljsökeri i det särskilda fallet inte bara kan framstå som groteskt utan dessutom som kränkande och närgånget är ganska klart.” Ibid., s. 72.

[584] Se kapitel 3.5.

nya rekvisitet sexuellt umgänge är könsneutralt, är det skyddsvärda subjektet genomgående könat som kvinna i resonemanget.

SOU 1982:61 – sexualbrottskommitténs förslag avseende otuktigt beteende

Sexualbrottskommittén föreslår, liksom SOU 1976:9, att blottning och annan sedlighetssårande handling mot vuxna avkriminaliseras. Det andra stycket i 6 kap. 6 § BrB ska således tas bort. Det följer av själva utgångspunkten, det vill säga att endast kriminalisera övergrepp, anför kommittén: vad som är kriminaliserat som otuktigt beteende är ”tukt- och sedlighetssårande handlingar som inte innefattar något övergrepp”.[585]

Argumenten för att avkriminalisera blottning är desamma som nämns i SOU 1976:9. Blottning i allmänhet är oskadligt för vuxna personer, det kan ”knappast upplevas som något annat än ett visst irritationsmoment och i sexuellt avseende som harmlöst”.[586] Därutöver anförs att avkriminaliseringen tillstyrktes av nästan alla remissinstanser som uttalade sig i frågan.

Liksom sexualbrottsutredningen anför kommittén att blottande trots avkriminalisering i sexualbrottskapitlet ändå kan bestraffas som förargelseväckande beteende eller ofredande. Vad gäller andra tukt- och sedlighetssårande handlingar mot vuxna uttalas att det saknas skäl att behandla dem som en särskild brottstyp. Förslaget om avkriminalisering hänvisar till ofredande i 4 kap. 7 § BrB som ett stadgande som ändå kan tillämpas på straffvärda handlingar. Även i senare förarbeten ställs ofredande i relation till sexuellt ofredande som en möjlighet att bestraffa det som är straffvärt, men inte sexuellt.

Det första stycket i stadgandet om otuktigt beteende som reglerar beröring av barn ska kvarstå, men då rubricerat som sexuellt ofredande mot barn.

Sexuellt ofredande mot barn

Det är inte en självklarhet i straffrättskommitténs betänkande att kriminaliseringen av otuktigt beteende mot barn ska kvarstå. Det konstateras att sådan beröring av barn kan bedömas som ofredande, 4 kap. 7 § BrB. Att straffskalan är lägre för ofredande än för otuktigt beteende behöver inte vara ett problem, enligt kommittén, men då det är ”just det sexuella momentet som medför att brottet ter sig allvarligare än andra former av ofredande” bör detta påverka straffsatsen.[587]

Dock anförs att vuxna män som flyktigt berör unga flickors könsorgan utgör handlingar som i vissa fall bör bedömas som allvarligare än ofredande. Det gäller

[585] SOU 1982:61, s. 106.
[586] Ibid., s. 108.
[587] Ibid., s. 105.

särskilt då det ”sexuella momentet varit så omfattande” att gränsdragningen mellan sexuell beröring och sexuellt umgänge inte är given.[588] Om gärningen inte bedöms som sexuellt umgänge, utan som ofredande, skulle det sannolikt kunna uppfattas som en stötande bagatellisering av vad som förekommit, anför kommittén. Således ska sexuell beröring av barn även i fortsättningen vara kriminaliserat. Straffstadgandet ges följande lydelse:

> Den som sexuellt berör barn under femton år eller som förmår barnet att företa eller medverka i handling med sexuell innebörd eller som i sexuellt syfte blottar sig inför barnet, dömes för sexuellt ofredande av barn till böter eller fängelse i högst ett år.[589]

Stadgandet utvidgas till att omfatta *att förmå ett barn att företa eller medverka i handling med sexuell innebörd*. Med det rekvisitet ”avses handlingar som inte innefattar vare sig beröring av barnet eller blottande inför barnet men som ändå har en klar sexuell innebörd”.[590] I kommitténs motiv resoneras kring hur det sexuella momentet ska förstås. Kommittén anför att straffansvar endast kan förekomma ”när den vuxnes handling har sexuell inriktning i den meningen att det är fråga antingen om att reta eller tillfredsställa den vuxnes sexualdrift eller om att förmå barnet till handlingar med klar och otvetydig sexuell innebörd”.[591]

Vidare anförs att det inte kan vara fråga om sexuellt ofredande om en vuxen kommer att beröra barnets könsorgan under lek, eller tar en bild på ett naket barn utan att fotot har en sexuell innebörd. Exemplen visar, enligt kommittén, att sexuellt ofredande av barn förutsätter även i de fall där någon berör eller blottar sig inför barnet, ”att gärningsmannens (eller en medverkandes) sexualdrift stimuleras genom den handling barnet utsätts för”.[592] Dessa uttalanden återkommer i propositionen.

Genomgående talas det inte längre om sedlighet, utan om det sexuella. Det är således synligt att 1984 års reform utgör en brytpunkt där sedlighet utmönstras till förmån för sexualitet. Men som jag har anfört i kapitel 3 råder kontinuitet i betydelsen att det sexuella konstrueras som straffvärt genom referens till sexualdriften och kroppsliga uttryck för den. Den straffvärda handlingen formuleras och avgränsas på liknande sätt som tidigare. Dock sker en förändring under den här perioden på så sätt att straffvärdhet också konstrueras genom hänvisning till den utsattas integritet.

Detta kommer särskilt till uttryck i argumentationen för att kriminalisera andra handlingar mot barn än sexuell beröring. Den nya kriminaliseringen relateras till

---

[588] Ibid., s. 105.
[589] Ibid., s. 10.
[590] Ibid., s. 158.
[591] Ibid., s. 159.
[592] Ibid., s. 159.

kriminaliseringen av barnpornografi i 16 kap. 10 a § som genomfördes 1980.[593] Barnpornografibrottet motiverades med att barn ska skyddas mot integritetsskada. Liknande formuleringar av skyddsintresset görs i kommitténs betänkande, SOU 1982:61, i vilket det anges att sexuellt ofredande av barn ”syftar till att skydda barnens sexuella integritet” och det anges att avgörande för vilka handlingar som ska omfattas av kriminaliseringen är ”om barnet utnyttjas på ett sådant sätt att det innebär en sexuell kränkning”.[594] Som jag påpekat i kapitel 3.5 förekom sexuell integritet också i brottsbalksreformen. Men nu intar integritet och kränkning en central position i hur de straffvärda handlingarna definieras. Straffvärdhet konstrueras genom hänvisning till kränkningen av ett skyddsvärt subjekt.

Jag tolkar detta som att skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras på ett sätt som inte endast hänvisar till kroppslig integritet eller handlingar som riktar sig mot den andres kropp. Genom kriminaliseringen av barnpornografi, och hänvisningen till detta som motiv till att fler handlingar mot barn ska vara straffvärda, ges det skyddsvärda subjektet en sexuell integritet som går utöver kroppslig integritet.

Andra handlingar än fysisk beröring anses straffvärda, särskilt talas det om filmning och fotografering. Sådana handlingar innebär en kroppslig distans mellan det skyddsvärda subjektet och den straffvärda handlingen. Det hänvisas således till andra dimensioner av integritet, såsom påförande av skam eller att använda annans kropp som objekt.[595] Då straffvärda handlingar konstrueras som den vuxnes sexualdrift menar jag att skyddsvärdhet skapas som en frihet från att utsättas för denna sexualdrift.

I senare reformer, liksom i den dömande praktiken som jag behandlar i kapitel 6–7, framkommer än tydligare att skyddsvärdhet konstrueras både såsom kroppslig integritet *och* integritet i en betydelse som går utöver subjektets kropp.

Proposition 1983/84:105 – sedlighetsbrott blir sexualbrott

När proposition 1983/84:105 lämnas har det gått drygt tio år sedan reformprocessen inleddes genom tillsättandet av sexualbrottsutredningen. Propositionens utgångspunkter är hämtade från båda föregående betänkanden. Dels motiveras reformen med att kapitlet om sedlighetsbrott präglas ”av en äldre tids

---

[593] SFS 1979:375. Se prop. 1978/79:179 och Ds Ju 1978:8. 16 kap 10 a § i 1980 års lydelse: ”Den som skildrar barn i pornografisk bild med uppsåt att bilden sprides eller som sprider sådan bild av barn dömes, om inte gärningen med hänsyn till omständigheterna är försvarlig, för barnpornografibrott till böter eller fängelse i högst sex månader.” Genom SFS 1998:1444 utvidgades kriminaliseringen till att även avse innehav av barnpornografi.

[594] SOU 1982:61, s. 106-107.

[595] Här finns likheter med perioden då 1864 års strafflag gällde och hur skyddsvärdhet då konstruerades som den individuella sedlighetskänslan. Se kapitel 3.2.

moralföreställningar i sexuella frågor, föreställningar som numera ter sig främmande för stora delar av befolkningen".[596] Dels uppges att reform är nödvändig då de rådande bestämmelserna grundas "på en diskriminerande kvinnosyn som står i direkt strid med strävandena efter jämställdhet mellan kvinnor och män".[597]

I propositionen avfärdas sexualbrottsutredningens påstående om att många kriminaliserade gärningar egentligen inte innebär skada för den som drabbas. Detta framstår som en ytterlighet som kan uteslutas, anförs det i propositionen. Nu ska man ta tillvara på den moderna sociologiska och kriminologiska forskningen som har belyst omfattningen och skadeverkningarna av vissa sexualbrott.[598]

Det råder ingen tvekan om att femtonårsgränsen ska behållas. I propositionen uttalas att barn och ungdomar behöver ett väsentligen utökat skydd mot att utsättas för sexualhandlingar som de inte är mogna för. Det slås fast att sexuella övergrepp medför skada för barnet, och därtill anförs att sexuella utnyttjanden av barn är vanligare i praktiken än vad man tidigare har antagit.[599]

De flesta av sexualbrottskommitténs förslag antas i propositionen. Brotten blir könsneutralt utformade i lagtexten och våldförande tas bort. Liksom sexualbrottskommittén föreslog ska offrets handlande före gärningen inte tillmätas betydelse för rubriceringsfrågan vid våldtäkt. Dock kommer incest mellan vuxna personer inte att avkriminaliseras och otuktigt beteende mot vuxna personer fortsätter vara kriminaliserat under den nya rubriceringen sexuellt ofredande.

Den nya sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet

Vad gäller det nya rekvisitet sexuellt umgänge hänvisas till förarbetena till brottsbalksreformen. Liksom tidigare är det sålunda fråga om "handlingar vilka typiskt sett avser att tillfredsställa eller uppväcka bådas eller enderas sexuella drift".[600]

Genom reformen utvidgas våldtäktsstadgandet till att omfatta sexualhandlingar som är jämförliga med samlag. Därmed är våldtäkt inte begränsat till män som våldtar kvinnor. I propositionen anförs som motiv att det finns andra sexualhandlingar än samlag som med hänsyn till kränkningen som offret utsätts för är lika straffvärda som samlag.[601] Jämförelsenormen är samlag; handlingen ska ha varit av "klart samlagsliknande karaktär" för att utgöra våldtäkt.[602] Sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet utformas som "samlag eller därmed jämförligt sexuellt umgänge".

Lagrådet har dock synpunkter på denna utformning. Lagrådet anger, bland annat, att fokus hamnar på vilken del av kroppen som berörts eller berörts av den enas

---

[596] Prop. 1983/84:105, s. 15.
[597] Ibid., s. 15.
[598] Ibid., s. 15.
[599] Ibid., s. 27-28.
[600] Ibid., s. 50.
[601] Ibid., s. 17.
[602] Ibid., s. 51.

eller den andras könsorgan, samt att jämförelsen tar sikte på sexualhandlingen, och inte på att sexualhandlingen är påtvingad: ”Det ligger nämligen något främmande i att jämföra här ifrågavarande sexuella handlingar, som kan vara av vitt skilda slag, med samlag, som är uttryck för könsakten mellan man och kvinna i samförstånd.”[603] Därtill, anför Lagrådet, implicerar formuleringen att sexuella övergrepp bestående i ”att något främmande föremål förs in i kvinnan”, eller sexuella övergrepp som har ett ”sadistiskt inslag och som kan vara väl så kränkande som ett påtvingat samlag”, skulle uteslutas från våldtäktsstadgandet. Istället borde bedömningen av övergreppet ta sikte på den sexuella kränkningens natur istället för sexualhandlingen som sådan. Rekvisitet borde då utformas ”annat sexuellt övergrepp, vilket med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförligt med påtvingat samlag”.[604]

Departementschefen försvarade dock den ursprungliga formuleringen med hänvisning till vikten av att ”övergrepp som till sin natur är likartade blir föremål för samma rättsliga bedömning”.[605] Vidare anfördes att våldtäktsparagrafen inte kan omfatta alla övergrepp som har sexuell anknytning så fort det är fråga om en allvarlig kränkning, eftersom det skulle leda till subjektiva bedömningar och ett osäkert rättsläge.

Liknande motstridigheter återkommer i senare förarbeten. Jag menar att de ger uttryck för en ambivalens i hur straffvärda handlingar ska definieras när det skyddsvärda konstrueras som sexuell integritet. Jag utvecklar detta i avsnitt 4.4.

Sexuellt ofredande

Liksom de två utredningarna har föreslagit ersätts lagrummet otuktigt beteende med rubriceringen sexuellt ofredande. Stadgandet placeras i 6 kap. 7 § BrB:

> Den som, i annat fall än som avses förut i detta kapitel, sexuellt berör barn under femton år eller förmår barnet att företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd, döms för sexuellt ofredande till böter eller fängelse i högst ett år.
>
> Detsamma skall gälla, om någon blottar sig för annan på sätt som är ägnat att väcka anstöt eller eljest genom ord eller handling på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträder anstötligt mot annan. Lag (1984:399)

Det första styckets handling består, liksom tidigare, i att sexuellt beröra ett barn under 15 år. Nu har dock *sedlighetssårande sätt* bytts ut mot *sexuellt*. Dessutom omfattar kriminaliseringen också den som förmår ett barn att företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd, som det föreslogs i SOU 1982:61. Vad gäller sexuell beröring av barn uttalas att förslaget i sak överensstämmer med gällande rätts bestämmelse om otuktigt beteende. Exempel på en handling som är sexuellt

[603] Ibid., s. 68.
[604] Ibid., s. 68.
[605] Ibid., s. 76.

ofredande men inte sexuellt umgänge är ”fallet att en vuxen person av sexuellt intresse mer flyktigt berör ett barns könsorgan”.[606] Angående första stycket anförs:

> Det är viktigt att understryka att straff för sexuellt ofredande enligt förevarande stycke kan förekomma endast när den vuxnes handling har sexuell inriktning i den meningen att det är fråga om att söka reta eller tillfredsställa den vuxnes sexualdrift eller om att förmå barnet till handlingar med klar och otvetydig sexuell innebörd. Om sålunda, för att ta ett exempel, vuxna under lek med barn kommer att beröra barnets blottade könsorgan blir det inte fråga om straffansvar. Detsamma gäller självfallet om en vuxen person fotograferar ett naket barn utan att fotografiarrangemanget har sexuell innebörd.[607]

Den första brottsliga handlingen i det andra stycket har kvar samma lydelse. Dock görs en, enligt propositionen endast språklig, ändring av den andra brottsliga handlingen: *uppenbart sårar tukt och sedlighet* byts ut mot *uppenbart sedlighetssårande sätt*. Någon avkriminalisering av gärningarna i andra stycket genomförs således inte.

Sexualbrottskommittén anförde i SOU 1982:61 att de flesta remissinstanser ställde sig positiva till förslaget om avkriminalisering som förespråkades i SOU 1976:9. Remissvaren till SOU 1982:61 ger uttryck för motsatt ståndpunkt. I propositionen anförs: ”Många remissinstanser, främst kvinnoorganisationerna, har emellertid framhållit att blottande ofta upplevs som synnerligen obehagligt och är ägnat att skrämma inte bara barn utan också kvinnor som blir utsatta för det.”[608] Till skillnad från i utredningarna framkommer således här ett skyddsvärt subjekt – kvinnor som blir rädda.

Ett annat skäl för att blottning ska vara kriminaliserat är att om blottande registreras som sexualbrott skulle detta kunna utgöra spaningsmaterial vid grövre sexuella övergrepp. Ett tredje skäl är att om blottning skulle falla under bestämmelsen om förargelseväckande beteende, skulle det innebära en återgång till den ordning som gällde före ikraftträdandet av brottsbalken. Även frågan om blottaren är farlig återkommer i propositionens resonemang. Det anförs att de synpunkter som framfördes vid brottsbalksreformen, det vill säga intresset av att kunna underkasta gärningsmannen behandling och risken för att gärningsmannen skulle kunna begå allvarligare sexualbrott, inte helt har förlorat sin giltighet.[609]

Propositionens skäl hänför sig till uteslutande blottande. Ändå ska även andra sedlighetssårande gärningar mot vuxna även i fortsättningen vara kriminaliserade. Men något motiv till varför kriminaliseringen bör kvarstå, trots de båda utredningarnas förslag om avkriminalisering, ges inte. I specialmotiveringen anges

---

[606] Ibid., s. 54.
[607] Ibid., s. 54-55.
[608] Ibid., s. 35.
[609] Ibid., s. 35-36.

kort att stycket motsvarar vad som tidigare gällde i 6 kap. 6 § andra stycket BrB, ”med endast språkliga ändringar”.[610]

Summering

I 1984 års reform skapas sexualbrotten utifrån olika problemformuleringar. Jag har i avsnittet 4.1 anfört att frigörelsen från förtrycket av sexualiteten som förespråkas i SOU 1976:9 innebär att den moderna sexualbrottslagstiftningen skapas såsom en kategori brott i relation till erotisk sexualitet. Där brottsbalksreformen vacklade mellan sedlighet och sexualitet, formuleras genom 1984 års reform det kriminalpolitiska problemet som att sexualbrott handlar om sexualitet.

En annan problemformulering framkommer dock också i reformen. I SOU 1982:61, liksom i den efterföljande propositionen, skapas sexualbrotten också som ett jämställdhetsproblem. Även om sedlighetsbrotten under tidigare perioder varit ett könat problem, är det nu ett problem som har med könsojämlikhet att göra. Men en ambivalens framkommer. Samtidigt som sexualbrotten formuleras som ett jämställdhetsproblem görs de straffvärda handlingarna könsneutrala. De skyddsvärda subjekten är både icke-könade och könade som kvinnor på samma gång.

1984 års reform kan förstås som en fortsättning på hur straffvärda handlingar konstruerades i brottsbalksreformen med hänvisning till sexualdrift, på så sätt att rekvisit som rör sexualhandlingen ringas in och definieras genom samma uttryck som tidigare. Men jag har också visat att en ny dimension tillkommer, nämligen att straffvärdhet konstrueras utifrån vad gärningen gör med den som utsätts. Kränkning och integritet används för att motivera varför sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet inte längre ska begränsas till samlag.

Denna förändring tolkar jag som ett uttryck för att sexualbrotten gjorts till ett könsojämlikhetsproblem. Hänvisningar till integritet och kränkning ska sättas i relation till kritiken mot SOU 1976:9. Boëthius anförde att det var dags att avskaffa ”myten om våldtäkten som ett utslag av obändig, manlig lust”, samt att våldtäkt inte handlar om att ”genom våld skaffa sig sexuell tillfredsställelse” utan om att ”använda sexualitet som vapen och med det vapnet försöka krossa kvinnan och hennes krav på integritet och självbestämmande”.[611]

Ett skyddsvärt subjekt synliggörs, med anspråk på att avgöra vad som är straffvärda handlingar. Men här framkommer det problem som återkommer i senare förarbeten, och som är särskilt tydligt i Lagrådets synpunkter på hur sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet ska formuleras: Utifrån vilken måttstock ska den sexuella

[610] Ibid., s. 56.
[611] Boëthius (1981), s. 179.

kränkningen graderas? Framför allt blir, menar jag, den erotiska sexualiteten måttstock.

De nya begreppen *integritet* och *kränkning* pekar på att det skyddsvärda nu hänvisar till sexualitet som en viktig del av personens identitet och något som går utöver den kroppsliga integriteten. Jag drar paralleller till ära, skam, blygsamhet och sedlighetskänsla som det hänvisats till i perioden före brottsbalksreformen. Härigenom konstruerades det skyddsvärda på ett sätt som gick utöver den kroppsliga kränkningen. Det tycktes främst handla om en anständighet i förhållande till det omgivande samhället. Begreppen sexualitet, integritet och kränkning antyder snarare, menar jag, att det är något som hör till personens identitet, det ”innersta”, som kränks och som konstruerar straffvärdhet.

Men kroppen är ändå central i konstruktionen av skyddsvärdhet och straffvärdhet. Det framkommer exempelvis i Jareborgs lagkommentar från 1984. Jareborg anför angående sexualbrottskapitlet att det av brottsbeskrivningarna framgår att handlingar ”som saknar sexuell innebörd (t ex en gynekologs åtgöranden)” inte är formellt kriminaliserade. Avsikten med gärningen måste vara att väcka eller tillfredsställa gärningsmannens eller annans sexuella drift.[612] Men härtill anför Jareborg att den specifika avsikt som krävs för att ett sexualbrott ska föreligga är av särskild betydelse gällande brottet sexuellt ofredande, då den brottsliga gärningen inte avser sexuellt umgänge.[613]

Genom hänvisningen till sexuellt umgänge, som förutsätter att könsorgan är inblandade i gärningen, framkommer hur skyddsvärdhet och straffvärdhet förankras i kroppen. Avsikten, gärningspersonens syfte, blir dock viktig när denna kroppsliga förankring inte föreligger.

Vid brottsbalksreformen på 1950- och 1960-talet var kvinnofriden på gator och torg den kriminalpolitiska problemformulering som motiverade kriminalisering av ofredande, inbjudan till otukt, och den fortsatta kriminaliseringen av otuktigt beteende. Det är tydligt att detta inte längre var kriminalpolitiska problem i 1984 års reform. Både i SOU 1976:9 och i SOU 1982:61 föreslogs att blottning och sedlighetssårande handlingar mot vuxna skulle avkriminaliseras. I prop. 1983/84:105 motiveras varför blottning bör vara kriminaliserat, men här framkommer inte något motiv till varför även andra sedlighetssårande handlingar mot vuxna ska vara fortsatt kriminaliserade. Drygt tio år senare sätts sexuellt ofredande och ofredande in i nya kriminalpolitiska formuleringar.

---

[612] Jareborg (1984), s. 310.
[613] Ibid., s. 310.

4.2 Det sexualiserade våldet – 1998 års reform

Sexualbrotten, och då särskilt våldtäkt, är under 1990- och 2000-talet ett angeläget kriminalpolitiskt och jämställdhetspolitiskt problem i samhällsdebatten. Det jämställdhetspolitiska fältet förskjuts mot sexualiserat våld och straffrätten.[614] Feministiska problemformuleringar av sexualbrotten tar plats i förarbetena. 2000-talet präglas av *samtyckesdebatten*, det vill säga frågan om frånvaro av samtycke ska utgöra gränsdragande rekvisit i våldtäktsstadgandet. År 2002 publiceras Katarina Wennstams *Flickan och skulden*, i vilken domstolarnas behandling av våldtäkt kritiseras.[615] Medialt uppmärksammade våldtäktsdomar väcker kritik mot såväl våldtäktslagstiftningen som rättsväsendets hantering av den.

I den kontexten kan de reformförslag och genomförda reformer av sexualbrottskapitlet som företas under perioden 1995–2013 placeras. Utnyttjande av barn för sexuell posering kriminaliseras 1995.[616] Kvinnovåldskommissionen lämnar betänkandet SOU 1995:60 med titeln *Kvinnofrid*. En mindre reform av våldtäktsstadgandet genomförs 1998 då även kriminalisering av köp av sexuell tjänst införs.[617] En omfattande översyn av sexualbrotten görs i SOU 2001:14, som leder till att stora delar av sexualbrottskapitlet reformeras år 2005.[618] Denna reform kommer att utvärderas i SOU 2010:71 och vissa ändringar av sexualbrottslagstiftningen genomförs år 2013. De sistnämnda behandlar jag i kapitel 5.

En skillnad i förhållande till föregående reformperioder är att avkriminalisering inte är aktuellt. Vad som eftersträvas är ett ”heltäckande skydd för sexuell integritet”, vilket rymmer kriminalisering, men inte avkriminalisering. Kränkning och integritet blir allt mer framträdande och olika ståndpunkter framförs avseende hur sexualhandlingarna och sexuellt ofredande bör avgränsas.

Nedan i detta avsnitt behandlar jag betänkandet SOU 1995:60 och proposition 1997/98:55. Inledningsvis redogör jag för de kriminalpolitiska problemformuleringarna och därefter reformförslag rörande våldtäktsstadgandet. Sist i avsnittet behandlas ofredande och sexuellt ofredande. Flera av kvinnovåldskommissionens förslag rörande sexualbrotten mot person avfärdas. Istället hänvisas till att en ny sexualbrottsutredning kommer att tillsättas, vars slutbetänkande

---

[614] Tollin (2011), s. 133-135.

[615] Wennstam (2002).

[616] Kriminaliseringen lades till som ett nytt stycke i paragrafen om sexuellt ofredande: ”För sexuellt ofredande döms även den som genom tvång, förledande eller annan otillbörlig påverkan förmår någon som har fyllt femton men inte arton år att företa eller medverka i en handling med sexuell innebörd, om handlingen är ett led i framställning av pornografisk bild eller utgör en posering i annat fall än när det är fråga om framställning av en bild.” Se prop. 1994/95:2 s. 8. Genom 2005 års reform flyttades denna kriminalisering till en separat paragraf.

[617] Prop. 1997/98:55; Bet. 1997/98:JuU13.

[618] Prop. 2004/05:45; Bet. 2004/05:JuU16.

blir SOU 2001:14 och som resulterar i prop. 2004/05:45. Dem behandlar jag i avsnitt 4.3.

Kvinnovåldskommissionens utgångspunkter

Kvinnovåldskommissionens utgångspunkter skiljer sig från tidigare utredningar. Det slås fast att det på många områden råder obalans i maktförhållandet mellan könen och att det mest extrema exemplet på en sådan obalans är det våld som män riktar mot kvinnor som de har eller har haft en nära relation till. Våldet är inte enbart något som hindrar den enskilda kvinnans rättstrygghet, utan är också ”ett hinder för den fortsatta utvecklingen mot jämställdhet mellan kvinnor och män, i samhället i stort liksom mellan enskilda kvinnor och män”.[619]

Utgångspunkten är att det finns en samhällelig struktur grundad på mäns överordning och kvinnors underordning, och denna struktur är en grundförutsättning för uppkomsten av mäns våld mot kvinnor. Våld mot kvinnor är ett uttryck för historiskt ojämlika maktrelationer mellan kvinnor och män. Våldtäkt ”är ett extremt exempel på den obalans som råder i maktförhållandet mellan könen”.[620] Sexuella övergrepp formuleras således kriminalpolitiskt som en del av en strukturell problematik som benämns mäns våld mot kvinnor.

I utredningen hänvisas till begreppet ”sexualiserat våld”. Begreppet omfattar fysiskt, sexuellt och psykiskt våld som förekommer i familjen, i samhället, samt det våld som utövas eller tolereras av staten. Det handlar ”om ett flertal handlingar och företeelser som har det gemensamt att de är könsrelaterade eller könsspecifika”.[621] I förhållande till brottsbalksreformen, där det kriminalpolitiska problemet formulerades som avvikande sexualdrift, är skillnaden tydlig. I kvinnofridsutredningen utgör det könsspecifika våldet den samlande problemformuleringen.

I kvinnofridsutredningen anförs att kommissionen arbetat utifrån kvinnoperspektivet.[622] Det är ett perspektiv som sätter sociala och samhälleliga effekter för kollektivet kvinnor i fokus och innebär att utgå från kvinnors verklighet och kvinnors erfarenheter, som allmänt sett skiljer sig från mäns. Kvinnovåldskommissionens utgångspunkter rörande sexualbrotten formuleras som följer:

> Våldtäkt och andra sexuella övergrepp mot kvinnor uppfattas numera allt oftare som allvarliga uttryck för bristande jämställdhet mellan enskilda kvinnor och män, men även i samhället i stort. Det könsrelaterade våldet överhuvudtaget utgörs av övergrepp

[619] SOU 1995:60, s. 21.
[620] Ibid., s. 51.
[621] Ibid., s. 21.
[622] Ibid., s. 52. Jämför Wendt Höjer (2002), s. 160.

> och kränkningar mot kvinnor, som knyter an till gångna tiders föreställningar om kvinnor som underordnade män. Det är också sådana föreställningar som präglat och legat till grund för den nuvarande utformningen av bestämmelserna i sjätte kapitlet brottsbalken. Inte minst gäller detta beträffande våldtäktsbrottet.[623]

Till skillnad från tidigare och senare förarbeten formuleras utgångspunkterna inte utifrån begreppet sexuell integritet som något specifikt skyddsvärt. Som Wendt påpekar görs det ingen principiell åtskillnad mellan våld med och våld utan sexuella inslag.[624] Sexualbrotten skapas inte så mycket i relation till sexualiteten, utan som våld mot en samhällsgrupp – kvinnor – som utövas av en annan samhällsgrupp – män. Utifrån detta perspektiv föreslås reformer av sexualbrottslagstiftningen.

Reformförslag avseende sexuellt umgänge och sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet

Reformen 1984 tog sikte på att mönstra ut sådana termer som ansågs vara förlegade. Sedlighet blev sexualitet och rekvisitet könsligt umgänge kom att heta sexuellt umgänge. Nu anför kvinnovåldskommissionen att det genom reformen 1984 införda rekvisitet sexuellt umgänge ”härrör från äldre tider då man ännu inte var medveten om vidden av de fysiska och psykiska skadeverkningar som ett sexuellt övergrepp ofta leder till”.[625]

Sexuellt umgänge anses föra ”tanken till en frivillig och ömsesidig sexualakt mellan två personer”, därtill är det ett positivt laddat ord som indikerar frivillig medverkan.[626] I kvinnofridsutredningen anförs att då varje inslag av ömsesidighet är utesluten vid de handlingar som utgör våldtäkt, är begreppet missvisande. Det beskriver inte vad det faktiskt är fråga om: sexuell kränkning. Sexuellt umgänge bör därför ersättas med rekvisitet *sexuellt utnyttjar*.

Kvinnovåldskommissionen anför att vid bedömningen av vilka handlingar som ska omfattas av våldtäktstadgandet ska det tas sikte ”på den sexuella kränkningens natur i stället för själva sexualhandlingen som sådan”. Avgränsningen av den sexuella handlingen vid våldtäkt bör göras ur ”kvinnan/offrets perspektiv”. Eftersom alla brott som innehåller rekvisitet sexuellt umgänge innebär en svår kränkning av integriteten hos den som utsätts saknas det enligt kommissionen skäl för att skilja mellan olika sätt att fysiskt utnyttja en kvinna i sexuella syften. Ett flertal andra övergrepp än samlag,

---

[623] SOU 1995:60, s. 272. Härtill anförs: ”Vid översynen av sjätte kapitlet brottsbalken har vi i enlighet med våra direktiv haft kvinnoperspektivet i fokus. Hitintills har detta perspektiv – som onekligen är helt grundläggande eftersom det är ett offerperspektiv – varit eftersatt i lagstiftningen.”

[624] Wendt Höjer (2002), s. 172.

[625] SOU 1995:60, s. 273.

[626] Ibid., s. 277.

”som består i att en man fysiskt utnyttjar en kvinnas kropp i sexuella syften”, kan vara i lika hög grad kränkande för kvinnan som vaginalt eller annat samlag.[627]

Utredningens förslag består i att våldtäktshandlingen beskrivs: ”tilltvingar sig samlag eller på annat sätt sexuellt utnyttjar”, där sexuellt utnyttjar ska avse sådana handlingar som omfattats av rekvisitet sexuellt umgänge. Det uttalas att även om rekvisitet samlag indikerar frivilligt sexuellt samspel bör begreppet stå kvar i lagtexten, eftersom det är väl inarbetat i det allmänna medvetet och därtill har en rent teknisk innebörd.

I utredningen argumenteras att våldtäktsparagrafens könsneutrala utformning ”döljer det faktum att våldtäkt så gott som uteslutande begås av en man mot en kvinna”. Då lagtexten inte speglar den verkligheten, bör paragrafen omformuleras så att den i det första stycket beskriver det ”helt dominerande fallet”, det vill säga att en man våldtar en kvinna, medan det andra stycket räknar upp andra könskonstellationer.[628]

Våldtäkt mot barn ska särregleras enligt kvinnofridsutredningen. Att barn som utsätts för vuxnas sexuella handlingar skadas utgör en utgångspunkt. Formuleringar kring barns frivilliga medverkan, som i SOU 1976:9, förekommer inte: ”Övergrepp mot barn är regelmässigt förenade med psykiskt våld och innebär en allvarlig kränkning av barnets integritet.”[629] Det föreslås att sexuellt tvång, sexuellt utnyttjande och sexuellt utnyttjande av underårig (2–4 §§ 6 kap BrB) förs samman till en ny paragraf, i den mån bestämmelserna avser brott mot personer som fyllt femton år. Brottet skulle benämnas *sexuellt utnyttjande*, och den sexuella handlingen beskrivs med uttrycket sexuellt utnyttjar, inte såsom tidigare sexuellt umgänge.

Utredningens förslag kommer endast delvis leda till lagstiftning. I proposition 1997/98:55 anförs att om våldtäktsstadgandet skulle omfatta alla de handlingar som omfattas av begreppet sexuellt umgänge, skulle det innebära ”en fara för att allvaret i våldtäktsbrottet tonas ner”. Det finns en risk för att våldtäktsbegreppet blir uttunnat och att de verkligt allvarliga övergreppen då i praktiken kommer att ges ett lägre straffvärde. Men den sexuella handlingen vid våldtäkt utvidgas på så sätt att ”även sådana handlingar som innebär en kränkning jämförlig med den som uppkommer vid ett påtvingat samlag” i fortsättningen ska omfattas av våldtäktsstadgandet.[630]

Lagändringen innebar att sexualhandlingen vid våldtäkt beskrivs: samlag eller annat sexuellt umgänge, om gärningen med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med påtvingat samlag.

Rekvisitet sexuellt umgänge kommer inte att ersättas med det föreslagna rekvisitet sexuellt utnyttjar. I propositionen anförs att sexuellt umgänge har en väl

---

[627] Ibid., s. 275-277.

[628] Ibid., s. 279. Därtill anförs att en sådan utformning skulle förenkla framtagandet av statistiska uppgifter.

[629] Ibid., s. 281.

[630] Prop. 1997/98:55, s. 91.

förankrad innebörd, som också förekommer i andra bestämmelser i 6 kap. brottsbalken, samt att uttrycket rent semantiskt har en vidare innebörd än sexuellt umgänge.[631] Våldtäktsbrottet ska heller inte göras könsspecifikt, eftersom det är ”angeläget att principen om könsneutral lagtext så långt det är möjligt upprätthålls konsekvent”.[632]

Frågan om hur våldtäktshandlingen ska definieras återkommer i 2005 års reform och även i reformen 2013. Gränsdragningsproblemet innebär en rörelse från det som kallas för tekniska definitioner av handlingen, till definitioner som ska beskriva den kränkning som handlingen orsakat. Således är det fråga om ett skifte från fokus på den skadliga gärningen, som i första hälften av 1900-talet definierades med utgångspunkt i det handlande subjektets kroppsliga uttryck för sexualdrift, till fokus på vad gärningen gör med den som utsätts, det vill säga integritetskränkningen.

Jag menar att reformförslagen och de genomförda reformerna avseende våldtäktshandlingen innebär att frågan om vad som skadar, vad som är skyddsvärt, och betydelsen av det straffvärda subjektets avsikt ställs på sin spets. Förskjutningen från kroppsliga definitioner (det ”tekniska”) mot kränkning och integritet kan också förstås som att det innebär att gärningspersonens avsikt hamnar i förgrunden.[633] Dock, som jag framhöll i kapitel 3.3, har denna avsikt också tidigare varit viktig för hur straffvärdhet konstrueras.

I kvinnofridsutredningen beskrivs sexuella övergrepp utifrån ett annat perspektiv: det är kvinnors erfarenhet och det sexualiserade våldet som samlande problemformulering. Det är en brytpunkt i förhållande till tidigare reformperioder. Men här ser jag också kontinuitet. Ett uttryck som återkommer är sexuellt syfte som en gränsdragningsmarkör. Vad som är ett sexuellt syfte problematiseras inte vidare i utredningen, utan tycks hänvisa till uttryck för den manliga sexualdriften på det sätt som straffvärda handlingar tidigare har konstruerats.

Ofredande och sexuellt ofredande i nya kriminalpolitiska problem

Under första hälften av 1900-talet var störande av kvinnofriden och inbjudan till otukt kriminalpolitiska problemformuleringar. Brottsbalken innehöll den nya kriminaliseringen ofredande, liksom sårande av tukt och sedlighet. Busmentaliteten skulle straffbeläggas, respektabiliteten i det offentliga rummet upprätthållas. Som nämnts fanns förslag om avkriminalisering i samband med 1984 års reform. På 1990-talet görs den här typen av handlingar (återigen) till kriminalpolitiska problem, men utifrån andra problemformuleringar.

---

631 Ibid., s. 92.
632 Ibid., s. 88.
633 Jämför Lernestedt (2004).

Straffskärpningen år 1993 av ofredande och sexuellt ofredande

Straffet för sexuellt ofredande och ofredande skärps år 1993.[634] Genom förarbetena till denna reform sätts ofredande in i ett nytt kriminalpolitiskt sammanhang. I propositionen behandlas *psykiskt våld* under egen rubrik, där såväl ofredande som sexuellt ofredande nämns.[635] Som motiv till straffskärpningen uttalas att omfattande och systematiska trakasserier, exempelvis mobbning eller annat psykiskt våld, kan bedömas som ofredande. Det anförs även att vissa fall av långvariga hänsynslösa beteenden har ett högre straffvärde.[636]

I propositionen nämns såsom exempel mycket omfattande och utdragen telefonterror mot en tidigare partner, brott med politisk bakgrund samt långvarigt trakasserande med rasistiskt motiv. Det anförs att de allt synligare rasistiska tendenserna hos vissa grupper måste uppmärksammas, att staten med kraft måste visa att brott med rasistiska motiv inte kan tillåtas samt att ett långvarigt trakasserande med rasistiskt motiv kan ha ett högt straffvärde även om gärningarna i sig inte kan hänföras under annat straffbud än ofredande.[637]

Kvinnofridsutredningen om ofredande och sexuellt ofredande

Ett par år senare placerar kvinnofridsutredningen sexuellt ofredande och ofredande i problemet sexualiserat våld. Språkliga ändringar föreslås av sexuellt ofredande utifrån motiveringen att rekvisiten blivit föråldrade. Rekvisiten *väcka anstöt* och *uppenbart sedlighetssårande* saknar förankring i ett modernt språkbruk och tar enligt utredningen ”mer sikte på en samhällelig reaktion och mindre på angreppet mot den enskilda personen”.[638] Därtill beskriver de heller inte på ett adekvat sätt de handlingar som innefattas i straffstadgandet.

Vad gäller blottning föreslår kvinnovåldskommissionen att rekvisitet *ägnat att väcka anstöt* ersätts med uttrycket *ägnat att kränka hennes eller hans integritet*. Därigenom ges en bättre beskrivning av den integritetskränkning som gärningen utgör, enligt kommissionen.

Rekvisiten i det andra ledet, *att någon genom ord eller handling på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträder anstötligt*, kan utifrån ett kvinnoperspektiv bättre beskrivas som att *någon genom ord eller handling med sexuell innebörd ofredar eller*

---

[634] SFS 1993:207. Se SOU 1988:7; prop. 1992/93:141. Straffmaximum för ofredande höjdes från sex månaders fängelse till ett års fängelse medan straffmaximum för sexuellt ofredande höjdes från ett års fängelse till två års fängelse.

[635] Prop. 1992/93:141, s. 24 och s. 57.

[636] Ibid., s. 32.

[637] Ibid., 32. I propositionen framhölls därtill, se s. 52, att utvecklingen internationellt med politiska grupperingar med allt öppnare främlingsfientlighet och rasism på sina program inger farhågor.

[638] SOU 1995:60, s. 286-287.

trakasserar annan. Kommissionen anför att härigenom tydliggörs en koppling till sexuella trakasserier på arbetsplatsen, vilka kan innefattas i sexuellt ofredande.[639]

Uttryckligen anges att någon ändring av kriminaliseringens räckvidd inte är avsedd. Förändringar i hur skyddsintresset formuleras, vilka problemformuleringar som görs och motiven för kriminalisering behöver således inte innebära radikala förändringar av hur straffvärda handlingar konstrueras. Kvinnofridsutredningens förslag ger uttryck för detta; språkliga förändringar föreslås, men någon förändring av det kriminaliserade området avses inte. Att förslaget avfärdas i propositionen kan dock betraktas som att förslaget skulle innebära faktiska förändringar i den dömande praktiken.

I kvinnofridsutredningen föreslås också förändringar av lagrummet ofredande. Syftet är att anpassa terminologin till de vanligaste formerna av ofredande. Beskrivningen av brottet ”stämmer illa med vad som i vart fall utifrån ett kvinnoperspektiv i dag torde vara de vanligaste beteendena vid ofredande”.[640] Uppräkningen av olika beteenden – skottlossning, stenkastning, oljud – bör tas bort från texten och ordet *trakasserar* bör nämnas uttryckligen för att beskriva de upprepade och långvariga beteendena som utgör särskilt hänsynslösa typer av ofredande. Upprepning ska dock inte utgöra en brottsförutsättning.

Kvinnofridsutredningen föreslår därtill att åtalsreglerna för förolämpning, 5 kap. 3 § BrB, ska förändras.[641] Som motiv för reformen uppges att det i sådana fall finns ett behov av att åklagaren åtar sig den förolämpades sak. Vidare anförs att det inte är ovanligt att kvinnor får ta emot förolämpningar som – ”på ett synnerligen kränkande sätt” – anspelar på att de är kvinnor.[642] Också ändring av själva stadgandet om förolämpning föreslås: rekvisitet *kränkande* ska ersättas med *nedsättande*, och rekvisitet *skymfligt* ska ersättas med *kränkande*.

Kvinnofridsutredningens förslag genomförs dock inte. Förslaget om att uttrycket ”ofredar eller annars trakasserar annan” ska ingå i ofredande och sexuellt ofredande avfärdas i propositionen då det ”leder tanken till att det inte skall räcka med en enskild händelse för ansvar enligt bestämmelsen”.[643] Då en sådan tillämpning inte kan ha varit avsedd ifrågasätts om kommissionens förslag leder till ökad klarhet. Övriga ändringar av sexuellt ofredande godtas inte heller, då förändringarna ”torde vara mer långtgående än den nu gällande bestämmelsen, trots att det inte varit kommissionens avsikt”.[644]

---

[639] Ibid., s. 287.

[640] Ibid., s. 293.

[641] Ibid., s. 293. Förslaget innebär att om målsäganden anger brottet till åtal och åtal av särskilda skäl kan anses påkallat ur allmän synpunkt, får åklagaren åtala för förolämpning mot någon med anspelning på den personens kön.

[642] Ibid., s. 294.

[643] Prop. 1997/98:55, s. 85.

[644] Ibid., s. 85. Inte heller de föreslagna reformerna av ärekränkningsbrotten genomförs.

Summering

Sexuellt ofredande och ofredande konstrueras som straffvärda utifrån sambandet med våld och sexuella övergrepp riktade mot kvinnor: sexualiserat våld. För kvinnofridsutredningen är det en fråga om makt, där verbala kränkningar utgör en mekanism i det strukturella kvinnoförtrycket.[645] Det hänvisas till sexuella trakasserier i jämställdhetslagstiftningen, som motiverats utifrån liknande argument. Jag tolkar detta som att skyddsvärdhet konstrueras som frihet från att sexualiseras och att objektifieras som kvinna.

I ett avseende menar jag att kvinnofridsutredningens kriminalpolitiska problemformulering innebär ett radikalt brott i förhållande till tidigare. Den rådande könsomjämlikheten reproduceras genom beteenden som i någon mån uppfattas som accepterade. Detta ska förändras genom lagstiftning. Straffvärdhet konstrueras därmed genom hänvisningar till en problematisk normalitet, och inte såsom tidigare till avvikande sexualitet.

Därtill görs explicit att det är kategorin kvinnor som utsätts och kategorin män som förövar dessa brott. Detta är i sig inte något nytt. Såväl i brottsbalksreformen som i 1984 års proposition framkom kvinnor som skyddsvärda subjekt och män som straffvärda subjekt i motiven. Men tidigare har straffvärda subjekt konstruerats genom hänvisning till avvikande sexualitet. Sådana hänvisningar görs inte längre. Det straffvärda subjektet är den normala mannen, en överordnad samhällskategori som i kraft av maktposition görs straffvärd.

Liksom i brottsbalksreformen och i 1984 års reform görs i kvinnofridsutredningen ett avståndstagande till sedlighet. Formuleringar som mer tar sikte på ”en samhällelig reaktion och mindre på angreppet mot den enskilda personen” ska bytas ut.[646] Den personliga integritetskränkningen framhålls istället.

Genom 2000- och 2010-talets reformer kommer just *integritetskränkning* att stå i fokus. Som jag tidigare har framhållit (kapitel 3.7) menar jag att detta avfärdande av sedlighet döljer en inneboende aspekt av hur straffvärdhet konstrueras, nämligen genom referens till sedlighetsnormer. Samtidigt som kvinnofridsutredningen betonar strukturell ojämlikhet som orsaksförklaring sätts individens integritet i centrum.

Den kriminalpolitiska formuleringen av våld som ett könat jämställdhetsproblem får större genomslag i lagstiftningen vad gäller våldsbrotten än sexualbrotten. Ett nytt fridsbrott skapas, *grov kvinnofridskränkning* och *grov fridskränkning* i 4 kap. 4a § BrB. Dock var kommissionens utformning av brottet

[645] Jämför våldets kontinuum som jag beskriver i kapitel 1.2.
[646] SOU 1995:60, s. 286-287.

kontroversiellt och omformulerades i propositionen.[647] Köp av sexuella tjänster kriminaliseras genom kvinnofridspropositionen, dock i en separat lag.[648]

Kvinnofridsutredningens problemformulering rörande sexualbrotten, förolämpning och ofredande, kommer inte i någon större utsträckning att påverka den straffrättsliga utformningen av sexualbrotten mot person. Dock menar jag att utredningens problemformulering – det sexualiserade våldet – kommer till uttryck i det straffrättsliga systemet avseende hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras. Det gäller både den lagstiftande praktiken i nutiden och den dömande praktiken. Det kommer också till uttryck, om än mer uttunnat, i den utredning som ska göra en total översyn av 6 kap. BrB, och som resulterar i betänkandet SOU 2001:14.

4.3 Kränkning eller sexualdrift? 2005 års reform

Genom 2005 års reform genomförs omfattande förändringar av sexualbrottskapitlet. Våldtäktsbrottet utvidgas och det nya brottet våldtäkt mot barn införs. Rekvisitet sexuell handling ersätter rekvisitet sexuellt umgänge.

Liksom tidigare fokuserar jag i det följande dels på hur utgångspunkterna för reformen formuleras, dels på sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet, rekvisitet sexuell handling, samt brottet sexuellt ofredande.

Jag konstaterar att i betänkandet konstrueras straffvärda handlingar genom hänvisning till kränkningen av det skyddsvärda subjektet. Straffvärda handlingar ska frikopplas från på förhand definierade kroppsliga handlingar och istället ska graden av kränkning utgöra måttstock. I propositionen hänvisas visserligen också till kränkning, men den straffvärda handlingen konstrueras, liksom tidigare, med hänvisning till på förhand definierade kroppsliga handlingar och det straffvärda subjektets syfte.

I det följande behandlar jag inledningsvis sexualbrottskommitténs betänkande SOU 2001:14 och därefter proposition 2004/05:45.

Straffvärda kränkningar – sexualbrottskommitténs betänkande SOU 2001:14

SOU 2001:14 har till uppgift att göra en översyn av bestämmelserna om sexualbrott, både vad gäller det materiella innehållet och systematik, lagteknik och språk.[649] Behovet av översyn kommer bland annat, anförs det i direktivet, från att synen på

[647] För fördjupad analys, se Burman (2007), kapitel 6. Se även Andersson (2011).

[648] Se lagen (1998:408) om köp av sexuella tjänster. Genom prop. 2004/05:45 flyttas kriminaliseringen till 6 kap. 11 § BrB.

[649] SOU 2001:14, se kommittédirektiv 1998:48 i bilaga 1.

sexualbrotten ständigt förändras mot en allt strängare syn på dessa brott. Det är ”angeläget att skyddet för den sexuella integriteten, såsom den kommer till uttryck i straffbestämmelserna om sexualbrott, är så heltäckande som möjligt”.[650] Avkriminalisering är inte aktuellt. Liksom vid tidigare reformer behöver språket moderniseras, i lagtexten ska det användas ord ”som på ett riktigt sätt beskriver vad som skett”.[651]

Sexualbrottskommitténs utgångspunkter

Till skillnad från kvinnofridsutredningens problemformulering är könsojämlikhet mindre framträdande i sexualbrottskommitténs utgångspunkter. Lagstiftningen ska ”stärka den allmänna uppfattningen att sexuella övergrepp är skadliga handlingar och att den som avböjer en sexuell invit skall respekteras”.[652] Den sexuella självbestämmanderätten och den sexuella integriteten nämns som skyddsintressen.

Jag har ovan påpekat att *kränkning* successivt betonats allt mer sedan brottsbalksreformen. Nu är det en utgångspunkt att kränkningen ska lyftas fram. Alla sexuella övergrepp medför en kränkning för offret, anförs det, och det som kränks är den sexuella och den personliga integriteten. Därför bör regleringen av sexualbrott ”fästa mindre avseende vid vilken sexualhandling det är frågan om och mer ta fasta på den sexuella kränkningen och dess art”.[653]

I likhet med 1984 års reform formuleras sexualbrotten som ett problem som har med sexuallivet att göra. Det är den sexuella självbestämmanderätten som kränks, och den medför inte bara en rätt att välja att avstå utan innebär också en rätt att få välja att ge utlopp för sin sexualitet. Respekten för den sexuella integriteten har två sidor, enligt kommittén: den ”kan både åberopas som ett stöd mot sexuella övergrepp och som ett stöd för att få utöva sin sexualitet, t.ex. att välja att leva som homosexuell”.[654]

Liksom i tidigare utredningar finns här ett kapitel som beskriver orsaker till sexualbrott.[655] Könsmaktsperspektivet som präglade kvinnofridsutredningen har inte helt uteslutits i problemformuleringen. Det konstateras att det finns olika förklaringar till varför ”framför allt män använder våld mot kvinnor” och att dessa förklaringsmodeller också äger viss giltighet på sexuella övergrepp och sexualiserat våld.[656] Tre förklaringsperspektiv nämns i utredningen: det individualpsykologiska (faktorer hos den enskilda förövaren är betydelsefulla, här nämns det sociala arvet och osäkerhet i mansrollen); det socialpsykologiska perspektivet (samspelet mellan

---

[650] Ibid., s. 603.
[651] Ibid., s. 604.
[652] Ibid., s. 108.
[653] Ibid., s. 110-111.
[654] Ibid., s. 109.
[655] Ibid., s. 101 f.
[656] ”I det enskilda fallet är det dock mer ointressant varför någon har gjort sig skyldig till ett sexuellt övergrepp.” Ibid., s. 101.

mannen och kvinnan i deras relation, relationens sammanbrott, rotlöshet och arbetslöshet, sexualiserat våld i massmedia och ”det pornografiska regnet”); och det strukturella perspektivet (könsmaktsperspektiv, mannens överordning och kvinnans underordning, förtryck). Kommittén avstår uttryckligen från att slå fast en giltig förklaringsmodell. Det anförs att det ligger utanför kommitténs uppdrag att pröva i vad mån det strukturella perspektivet har fog för sig. Men det strukturella perspektivet avfärdas också som den enda förklaringen till våld, utifrån motiveringen att misshandel och sexuella övergrepp också förekommer inom homosexuella relationer.

De två utredningar som låg till grund för 1984 års reform av sexualbrotten präglades av en tvekan kring i vilken utsträckning sexuella handlingar mot barn skulle kriminaliseras. I SOU 1976:9 hänvisades till barns *frivilliga* sexuella handlingar med vuxna, samt att avslöjandet kunde orsaka mer skada än själva övergreppet. Sådana resonemang förekommer inte nu. I SOU 2001:14 anförs att barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar samt att det är främmande att laborera med begrepp som frivillighet och samtycke när det gäller barn.[657]

Sexualbrottskommittén gör en konsekvent åtskillnad mellan brott mot barn och brott mot vuxna, så även vid sexuellt ofredande. Sexuellt ofredande ges en ny rubrik – *sexuell kränkning* – och delas upp på § 4 respektive § 8. Det föreslås fler paragrafer som särreglerar sexualbrott mot barn, exempelvis det nya stadgandet våldtäkt mot barn.

Nedan behandlar jag inledningsvis motiven till att byta ut rekvisitet sexuellt umgänge mot sexuell handling, samt förslaget om hur sexualhandlingen vid våldtäkt bör utformas. Därefter behandlar jag sexuellt ofredande.

Sexuell handling ersätter sexuellt umgänge och våldtäktshandlingen omdefinieras

I likhet med kvinnofridsutredningen anser sexualbrottskommittén att rekvisitet *sexuellt umgänge* bör bytas ut. Från pedagogisk synpunkt bör användas ett uttryck som ”beskriver att det är frågan om en gärning som är ett ensidigt handlande och som utgör en sexuell kränkning”.[658] Istället ska rekvisitet benämnas *sexuell handling*.

Det nya begreppet ska i allt väsentligt motsvara sexuellt umgänge, dock med en viss utvidgning. Då det nya rekvisitet är något mer omfattande ska det enligt sexualbrottskommittén krävas att handlingen har haft en påtaglig sexuell prägel, för båda eller för antingen gärningsmannen och offret, och att handlingen varit ägnad att kränka offrets sexuella integritet.[659] Enligt kommittén bör det dock räcka att en handling typiskt sett syftar till att väcka eller tillfredsställa sexualdriften. Vidare anförs:

---

[657] Ibid., s. 111 och s. 113. Det hänvisas till forskning, se s. 94-101. Avsnittet har underrubrikerna ”Övergreppet är fasansfullt, kränkande och obegripligt”, samt ”Reaktionerna och skadorna efter sexuella övergrepp är många men alltid allvarliga”, s. 95 resp. s. 99.

[658] Ibid., s. 119.

[659] Ibid., s. 144, 150-153.

> Trots att en handling inte typiskt sett syftar till att väcka bådas eller en av de inblandades sexualdrift bör den i det enskilda fallet ändå kunna anses ha haft en påtaglig sexuell prägel. Detta gäller om handlingen faktiskt har skett för att väcka eller tillfredsställa sexualdriften hos gärningsmannen eller offret. Ett exempel på det sistnämnda är att gärningsmannen för att bli sexuellt upphetsad urinerar på eller förmår offret att urinera på honom.[660]

Vad gäller gränsdragningen mellan sexuellt umgänge och sexuellt ofredande uttalas att alltför stor tonvikt har lagts vid om en handling haft tillräcklig varaktighet. Detta har enligt kommittén lett till att många fall hamnar utanför tillämpningsområdet för sexuellt umgänge och istället rubriceras som sexuellt ofredande. Den nya lagstiftningen ska ta sikte på offrets kränkning och inte knytas till vilken kroppskontakt parterna haft.[661]

Jag tolkar motiven till att ersätta rekvisitet sexuellt umgänge med sexuell handling som ett anspråk på att straffvärdhet inte ska relateras till frivillig – erotisk – sexualitet. Påtvingade sexuella handlingar är något annat än att ha sex. Samtidigt hänvisas det, i slutändan, till sexualdrift som avgörande. Jag tolkar det som att skyddsvärdhet konstrueras både som subjektets kroppsliga integritet och som frihet från att utsättas för annans sexuella begär.

Sexualbrottskommittén anför att kritiken mot rekvisitet sexuellt umgänge också gäller rekvisitet *samlag* i våldtäktsstadgandet. Därtill, anför kommittén, är *samlag* otydligt. Detta eftersom det i straffrättslig mening endast omfattar vaginalt samlag mellan man och kvinna, men i andra sammanhang uppfattas uttrycket samlag ofta som att det även omfattar anala och orala samlag. Ett ytterligare argument för att ta bort rekvisitet *samlag* är att lagtexten så långt som möjligt ska vara neutral, i meningen att bestämmelserna ska vara tillämpliga på både hetero- och homosexuella handlingar.[662]

Enligt lagförslaget i SOU 2001:14 ska den som med våld eller hot tvingar en annan person till *en sexuell handling som är allvarligt kränkande med hänsyn till tvångets art eller omständigheterna i övrigt* dömas för våldtäkt. Även i fortsättningen ska våldtäkt reserveras för de mest allvarliga sexuella kränkningarna. Allvaret i våldtäktsbrottet får inte tonas ned, anför sexualbrottskommittén. Men genom förslaget ska vikten nu läggas vid arten och graden av den sexuella kränkning som har åstadkommits genom det påtvingade sexuella övergreppet. Det ska inte ha någon avgörande betydelse vilken sexuell handling det har varit frågan om, men det ”bör normalt vara frågan om en sexuell handling som innefattat en kroppslig beröring, även om detta inte är en nödvändig förutsättning”.[663]

---

[660] Ibid., s. 151.
[661] Ibid., s. 148-152.
[662] Ibid., s. 120.
[663] Ibid., s. 157.

Förslaget om att våldtäkt inte längre ska avgränsas utifrån samlag måste förstås mot bakgrund av syftet att öka fokus på kränkningen, som nämndes ovan. Utredningen frånsäger sig en moralisk värdering av sexuella handlingar och hänvisar till ”kränkningen”. Men även kränkning måste nödvändigtvis fyllas med ett innehåll, en norm, eller en måttstock, i det straffrättsliga systemet. Graderingen görs, menar jag, genom referens till den erotiska sexualiteten.

SOU 2001:14 – sexualbrottskommitténs förslag avseende sexuellt ofredande

I SOU 2001:14 föreslås att sexuellt ofredande delas upp på två paragrafer, där den ena reglerar *sexuell kränkning av barn* och den andra reglerar *sexuell kränkning* i andra fall. Paragraferna ges följande lydelser:

> För sexuell kränkning av barn döms den som främjar att ett barn under femton år utför en sexuell posering. Detsamma gäller den som annars utsätter barnet för ett beteende som kan kränka barnets sexuella integritet. Straffet är böter eller fängelse i högst två år.
>
> För sexuell kränkning döms den som i annat fall än som sägs förut i detta kapitel utsätter en person för ett beteende som kan kränka personens sexuella integritet. Straffet är böter eller fängelse i högst två år.[664]

Enligt kommittén motsvarar sexuell kränkning av barn det som tidigare omfattats av sexuellt ofredande, men att en utvidgning ska göras i enlighet med hur sexuell kränkning mot vuxna ska utvidgas. I det följande behandlar jag detta.

I brottsbalksreformen och i 1984 års reform var blottning den handling som uppmärksammades mest, och särskilt frågan om exhibitionisten är farlig eller ej. Genom kvinnofridsutredningen framhölls trakasserier och verbala yttranden som kriminalpolitiska och jämställdhetspolitiska problem. Så gäller även sexualbrottskommitténs betänkande. Enligt direktivet ska sexualbrottskommittén utreda om bestämmelserna om kränkande uttalanden med sexuell anspelning är tillfredsställande utformade, vilket det resoneras utförligt kring i betänkandet.[665]

Problemet beskrivs som att ”språkbruket, särskilt bland unga människor, på senare tid har blivit råare och att det numera är mycket vanligt att könsord och andra förnedrande uttryck används”.[666] Det anförs att språkbruket har blivit mer sexualiserat, vilket innebär en ökad användning av sexuella uttryck i vardagsspråket.

Sexualbrottskommittén hänvisar till ”debatten”, i vilken uppmärksamhet riktats mot förekomsten av sexuella trakasserier och sexistiskt nedsättande språkbruk i

---

[664] Ibid., s. 33 respektive 31.
[665] Kommittédirektiv 1998:48; SOU 2001:14, s. 204-232
[666] SOU 2001:14, s. 205.

skolmiljön, och oro har framförts ”för att särskilt unga flickor ofta utsätts för nedvärderande tillmälen med sexuell anspelning”.[667] I betänkandet redogörs för olika undersökningar av förekomsten av sexuella trakasserier i skolmiljö. Det redogörs också för annan lagstiftning som reglerar trakasserier, som dåvarande jämställdhetslagen och skollagen.

Problemet utgörs också av rättsfallet NJA 1997 s. 359. Frågan var om en manlig officer gjort sig skyldig till sexuellt ofredande genom att till en kvinnlig värnpliktig yttra ”Har du varit inne på toaletten och knullat?” samt kallat målsäganden för hora. Högsta domstolens majoritet ogillade åtalet för sexuellt ofredande, medan minoriteten bestående av två justitieråd ansåg att den tilltalade skulle dömas för sexuellt ofredande. Majoriteten yttrade:

> I 6 kap. i BrB upptas brott som på skilda sätt har anknytning till sexuallivet [...] De yttranden som den tilltalade åtalats för innehåller visserligen ord med en tydlig sexuell innebörd. De kan också i en mer allmän mening framstå som anstötliga. Bedömningen av vad som skall anses ligga i de i BrB-bestämmelsen använda uttrycken uppenbart sedlighetssårande och anstötligt måste emellertid rimligen färgas av det ovan redovisade sammanhang i vilket brottsbeskrivningen förekommer i BrB. [...] Vad som framkommit kan inte anses visa att förhållandena, i belysning av det nyss anförda, varit sådana att den sexuella karaktären hos yttrandena skall föranleda bedömningen att den tilltalade med dessa har uppträtt på ett uppenbart sedlighetssårande sätt i den mening som avses i BrB-bestämmelsen.[668]

Sexualbrottskommittén tolkar avgörandet som att det inte räcker att yttranden innehåller ord med sexuell innebörd för att kunna bestraffas som sexuellt ofredande. Därutöver krävs att själva handlingen har en reell sådan innebörd, ”möjligen skall yttrandet, med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, ha en sexuell inriktning i den betydelsen att den huvudsakligen är ägnad att söka reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift”.[669] Kommittén konstaterar att därmed är uttalanden som endast är ägnade att av den utsatte uppfattas som kränkande och förnedrande på grund av hans eller hennes kön, ”t.ex. könsbaserade förolämpningar”, uteslutna från tillämpningsområdet.[670]

Denna slutsats motiverar kommitténs förslag om att vidga tillämpningsområdet för sexuellt ofredande. Huruvida gärningsmannen handlat i syfte att söka reta eller tillfredsställa sin sexualdrift bör inte längre vara styrande. Det bör istället vara avgörande om gärningsmannens beteende typiskt sett utgör en kränkning av offrets

---

[667] Ibid., s. 205.
[668] NJA 1997 s. 359, s. 362-363. Se vidare om avgörandet i kapitel 6.
[669] SOU 2001:14, s. 229-230.
[670] Ibid., s. 229.

sexuella integritet.[671] Lagtexten uttrycker liksom tidigare en objektiv norm, det vill säga det är inte den som utsätts för handlingen som avgör om den är kränkande. Här upprepas tidigare förarbetsuttalanden om att bedömningen ska ta hänsyn till sammanhanget, mot vem beteendet riktas samt tids- och miljöförhållanden.

I betänkandet anförs att lagförslaget kan innebära en viss utvidgning i förhållande till gällande rätt, ”eftersom det inte längre krävs att beteendet har en påtaglig sexuell prägel, dvs. att angreppet har en sexuell inriktning i den betydelsen att den huvudsakligen är ägnad att söka reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift”.[672] Angående denna utvidgning anförs vidare:

> Bestämmelsen blir allmänt tillämplig på olika former av ovälkomna uppträdanden av sexuell natur som exempelvis ett handgripligt antastande som består i att en man klappar en kvinna i ryggslutet. Ett annat exempel kan vara en man som närmar sig en kvinna i syfte att nå en sexuell förbindelse med henne och som därvid uppträder på ett sätt som kränker hennes sexuella integritet. Tillämpningen av den nya bestämmelsen kan alltså innebära att gärningar som nu straffrättsligt bedöms som ofredande enligt 4 kap. 7 § i fortsättningen bedöms som sexuell kränkning.[673]

Den nya bestämmelsen om sexuell kränkning kommer, enligt kommittén, att utgöra ett viktigt skydd för kvinnofriden på gator och allmänna platser samt innebära ett utökat skydd mot kränkningar av personer med homosexuell läggning.[674]

I SOU 2001:14 tolkas gällande rätt som att sexuellt ofredande genom att med ord eller handling på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträda anstötligt endast rör handlingar med sexuell inriktning, i betydelsen att handlingen har företagits för att söka reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift.[675] Denna tolkning ifrågasätts senare.[676] Genom SOU 2001:14 skrivs dock kravet in i beskrivningen av gällande rätt och det är mot bakgrund av den tolkningen som sexualbrottskommittén föreslår en utvidgning. Utvidgningen kommer dock inte att godtas av regeringen. En följd blir dock att den tolkning som görs i SOU 2001:14 slås fast i prop. 2004/05:45. I den dömande praktiken hänvisas också till detta krav.[677]

I såväl SOU 1995:60 som i SOU 2001:14 konstrueras straffvärt sexuellt ofredande huvudsakligen genom hänvisning till kränkning av det skyddsvärda subjektet, och inte som i brottsbalksreformen genom hänvisning till gärningspersonens (avvikande) sexualdrift. Skadan förstås i dessa två utredningar som

---

[671] Ibid., s. 230.
[672] Ibid., s. 230-231.
[673] Ibid., s. 548.
[674] Ibid., s. 232.
[675] Ibid., s. 208.
[676] Se kapitel 5.2.
[677] Se kapitel 6 och 7.

relaterat till maktutövning, (hetero)sexism, mobbning och trakasserier. Dock menar jag att paralleller kan dras till hur inbjudan till otukt formulerades som ett kriminalpolitiskt problem under första hälften av 1900-talet. Parallellen består i att yttranden i vissa miljöer görs till straffvärda problem.

Genom kommitténs motivering och förslag på förändring av sexuellt ofredande ges *sexuell* en annan innebörd än tidigare. Som jag påpekat ovan i samband med kvinnofridsutredningen har det skyddsvärda subjektet genom samtliga reformer könats som kvinnor (eller barn). Begreppen sedlighet och senare sexualitet har hänvisat till ett manligt subjekts sexuella begär mot det skyddsvärda subjektet, kvinnan. Genom kvinnofridsutredningen och sexualbrottskommitténs betänkande förändras denna hänvisning. Det sexuella i stadgandet om sexuellt ofredande hänvisar inte (enbart) till ett könat sexuellt begär, utan till (hetero)sexism. Sexuell hänvisar således till könsojämlikhet på ett annat sätt än tidigare.

Någon utförligare analys av varför den här typen av yttranden är kränkande mot kvinnor, eller, som det också anförs, personer med homosexuell läggning, framkommer dock inte. Samtidigt är det genomgående i utredningen så att skyddsintresset formuleras könsneutralt såsom individens sexuella integritet. Kön ges heller ingen betydelse i själva lagtexten.

Proposition 2004/05:45 – universell, individuell och sexuell integritet.

Genom proposition 2004/05:45 får sexualbrottskapitlet det innehåll som i princip gäller idag, bortsett från de mindre reformer som genomförs 2013. I det följande beskriver jag propositionens utgångspunkter. Därefter behandlas rekvisitet sexuell handling, sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet och sist motiven till att inte reformera stadgandet om sexuellt ofredande på det sätt som kommittén föreslog.

Propositionens utgångspunkter

I likhet med SOU 2001:14 är begreppen sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt centrala i proposition 2004/05:45. Det uttalas att ett sexuellt övergrepp ”är ett extremt uttryck för bristande respekt för en annan människas självklara rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande” och att syftet med reformen är förstärka och tydliggöra denna rätt.[678]

I propositionens utgångspunkter framhålls kränkning. Det anförs att kränkningen är den gemensamma nämnaren för alla sexualbrott. ”Genom att inte beakta den personliga och sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten har förövaren av ett sexualbrott kränkt offret.”[679] Det skyddsvärda är frihet från

[678] Prop. 2004/05:45, s. 19-21.
[679] Ibid., s. 21-22.

kränkningar, och det straffvärda är kränkningar av den sexuella integriteten. Enligt propositionen kommer betoningen av kränkningen till uttryck bland annat genom utvidgningen av våldtäktsbrottet och ändringarna i bestämmelsen om sexuellt ofredande.

Som utgångspunkt anförs att sexualiteten är ”en naturlig del av människans liv” och ”ett uttryck för grundläggande behov som ger både liv och lust”.[680] Därtill anförs att lagstiftningen är till skydd mot sexuella kränkningar, och ska inte bygga på förlegade föreställningar om vuxna människors sexualliv.

En tydlig skillnad i förhållande till kvinnofridsutredningen, och även till SOU 2001:14, är att den kriminalpolitiska problemformuleringen inte över huvud taget rymmer könsojämlikhet. Varken det straffvärda eller det skyddsvärda subjektet könas i propositionens utgångspunkter. När det gäller definitioner av vad som ska bestraffas enligt de nya rekvisiten är dock exemplen på handlingar ofta könade. Kön görs således relevant i beskrivningen av straffvärda handlingar, men inte i beskrivningen av skyddsintresset. Som jag har framhållit i kapitel 2.6, då jag beskrev lagens egen narrativa diskurs, placeras könsojämlikhet i det förgångna, inte som ett problem i nutiden.

Jag tolkar det som att i 2005 års reform konstrueras skyddsvärdhet och straffvärdhet i den lagstiftande praktiken på ett sätt som också framkommer i 2010 års utvärdering av sexualbrottsregleringen och i 2013 års reform. Det skyddsvärda är den universella, individuella och sexuella integriteten. Det kriminalpolitiska problemet är universellt utformat. Det är inte kvinnors frihet från sexualiserat våld som görs skyddsvärt, utan det icke-könade subjektets integritet. Sexualbrotten framställs som ett individuellt, snarare än ett strukturellt problem som har med ojämlikhet att göra. Framträdande är den erotiska sexualiteten både som skyddsintresse och som avgränsande princip för straffvärda handlingar.

Sexuell handling

2005 års reform innebär att rekvisitet sexuellt umgänge ersätts med sexuell handling, såsom straffrättskommittén föreslog. Det nya begreppet ska enligt regeringen i allt väsentligt motsvara sexuellt umgänge. Utgångspunkten för att bedöma en handling som en sexuell handling bör även i fortsättningen vara ”att det har förekommit en någorlunda varaktig fysisk beröring av antingen den andres könsorgan eller den andres kropp med det egna könsorganet”.[681]

Även andra handlingar, som inte innefattar en sådan varaktig fysisk beröring, ska dock kunna omfattas av uttrycket. Två krav ställs: handlingen ska ha haft ”en påtaglig

[680] Ibid., s. 22.
[681] Ibid., s. 33.

sexuell prägel" och varit "ägnad att tydligt kränka offrets sexuella integritet".[682] Angående det första kravet uttalas:

> För att en handling skall anses ha haft en påtaglig sexuell prägel bör det räcka att handlingen varit av sådan karaktär att den typiskt sett syftar till att väcka eller tillfredsställa bådas eller enderas sexuella drift. Frågan om den sexuella handlingen medfört en direkt tillfredsställelse av könsdriften eller inte bör dock lika lite som i dag vara av betydelse vid den rättsliga bedömningen.[683]

Vad gäller det andra kravet, att handlingen ska ha varit ägnad att tydligt kränka den andra personens sexuella integritet, uttalas att en "objektiv bedömning av de faktiska omständigheterna" ska ge vid handen att "handlingen typiskt sett innebär en sådan kränkning".[684] Som exempel på handlingar som bör omfattas av begreppet sexuell handling nämns inledningsvis sådana handlingar som tidigare omfattats av begreppet sexuellt umgänge: vaginala, orala och anala samlag, handlingar som att föra in fingrar, föremål eller en knytnäve i en kvinnas underliv eller att onanera åt en annan person, samlagsliknande handlingar där direkt beröring hindras av t.ex. ett klädesplagg, samt att föra in fingrar eller föremål i en persons anus.

Sexuell handling bör enligt propositionen också kunna omfatta "situationer som inte innefattar någon sådan varaktig kroppslig beröring" samt fall då "gärningsmannen själv vidtar eller förmår offret att vidta flera olika handlingar som sedda var för sig inte kvalificerar för bedömningen 'sexuell handling' men som sedda tillsammans i dess helhet gör det".[685] Som exempel nämns att gärningsmannen samtidigt som han onanerar berör en annan person sexuellt, eller att gärningsmannen förmår offret att själv onanera. Ett annat exempel är att gärningsmannen förmår någon att posera under det att gärningsmannen berör personens bröst eller lår samtidigt som han eller hon blottar sig själv och onanerar inför personen.

Det anförs att karakteriserande för sådana handlingar "är att gärningsmannen på ett eller annat sätt använder eller utnyttjar offrets kropp som ett hjälpmedel för att bereda sig själv sexuell tillfredsställelse".[686]

Som nämnts ovan föreslog sexualbrottskommittén att handlingar som innebär att gärningsmannen släpper sin utlösning, urinerar eller tömmer tarmen på offret ska

---

[682] Det framkommer inte helt klart om dessa två förutsättningar också syftar på en sådan varaktig fysisk beröring som först nämns.

[683] Prop. 2004/05:45, s. 33.

[684] Ibid., s. 33.

[685] Ibid., s. 34.

[686] Ibid., s. 34. Här hänvisas också till NJA 1996 s. 418 som jag behandlar i kapitel 6: "Som ytterligare exempel på det senare [sexuell handling] kan nämnas de förfaranden som var aktuella i rättsfallet NJA 1996 s. 418. Gärningsmannen hade där, när offret sov, tagit av henne hennes trosor, särat på hennes ben så att hennes könsorgan blottades, smekt henne på kroppen, berört hennes könsorgan och särat på hennes blygdläppar. Mannen hade därefter onanerat stående framför den sovande kvinnan."

kunna omfattas av begreppet sexuell handling. I propositionen anförs att sådana handlingar ”självfallet [är] ytterst kränkande för den som drabbas”.[687] Dock anför regeringen att de inte sig, och oavsett sammanhang, ska bedömas som sexuell handling, även om det kan förekomma situationer där handlingar av sådant slag vid en helhetsbedömning bör kunna omfattas. I propositionen överlämnas åt den dömande praktiken att avgöra den närmare avgränsningen med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

Sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet

Förslaget i SOU 2001:14 om att samlag inte längre ska utgöra jämförelsenorm i våldtäktsstadgandet genomförs inte. I propositionen anförs att en sådan formulering skulle medföra svårigheter att avgränsa det brottsliga området.[688] Vidare uttalas att de ändringar av våldtäktsbrottet som genomfördes år 1998 innebar att fokus i större utsträckning riktades på kränkningen än på den sexuella handlingen som sådan, samt att även om samlag kvarstår som jämförelsenorm innebär propositionens formulering av rekvisitet ytterligare fokusering på kränkningen som sådan.

Sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet kommer genom 2005 års reform att formuleras som att tvinga en person till samlag eller till att företa eller tåla en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag.

Proposition 2004/05:45 – sexuellt ofredande

Kommitténs förslag att byta ut rubriceringen *sexuellt ofredande* mot *sexuell kränkning* godtas inte av regeringen, inte heller delas lagrummet upp i två lagrum.[689] Istället ges sexuellt ofredande följande lydelse i 6 kap. 10 §:

> Den som, i annat fall än som avses förut i detta kapitel, sexuellt berör ett barn under femton år eller förmår barnet att företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd, döms för sexuellt ofredande till böter eller fängelse i högst två år.
>
> Detsamma gäller den som blottar sig för någon annan på ett sätt som är ägnat att väcka obehag eller annars genom ord eller handlande ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet. Lag (2005:90)

Propositionens lagförslag innebär att det första stycket, sexuell beröring av barn och handling med sexuell innebörd, förblir oförändrat.[690] I propositionen hänvisas till

[687] Ibid., s. 34.
[688] Ibid., s. 45-47.
[689] Ibid., s. 85-90.

1984 års förarbeten, vari det anfördes att för straffansvar krävs att handlingen har en klar och för en vuxen person otvetydig sexuell prägel. Det andra stycket (blottning och andra sedlighetssårande handlingar mot vuxna) omformuleras dock.

Vad gäller blottningsfallen anförs att den språkliga ändringen, som består i att ordet *anstöt* byts ut mot *obehag*, inte ska innebära någon ändring i sak. I propositionen uttalas vidare:

> Det är tillräckligt för straffansvar att handlingen typiskt sett är sådan att den väcker anstöt hos annan. Det är alltså inte den som utsätts för handlingen som avgör om den är att anse som anstötlig. Ansvar kan komma i fråga även om denne inte känner sig kränkt och det förhållandet att denne känner sig kränkt innebär inte nödvändigtvis att rekvisitet är uppfyllt.[691]

Liknande uttalanden görs också avseende andra styckets andra led.[692] Det innebär att det inte måste bevisas i det enskilda fallet i att personens sexuella integritet verkligen har kränkts eller att personen känt obehag.

Den skyddsvärda integriteten och straffvärda handlingar villkoras genom hänvisning till subjektsrelation och situation. Det anförs att i bedömningen ska hänsyn tas ”till situationen i dess helhet, bl.a. om den mot vilken åtgärden riktas frivilligt deltagit i sexuellt närmande mellan parterna”.[693]

Under rubriken *Avgränsningen av straffansvaret för sexuellt ofredande i övrigt* beskrivs i propositionen vad som omfattas av sexuellt ofredande i form av andra sedlighetssårande handlingar.[694] Som exempel på sedlighetssårande handlingar ges beröring av en annan person, andra sexuella åtbörder eller anstötliga yttranden. Det uttalas att rekvisitet *uppenbart sedlighetssårande* ska förstås så att det för straffansvar krävs att handlingen har en utpräglad grad av sedlighetssårande karaktär. Vidare anförs att det har överlämnats till domstolarna att bedöma vilka handlingar som är sådana, samt att det vid bedömningen kan vara av betydelse mot vem handlingen företas och att uppfattningen av vad som är sedlighetssårande kan växla med tids- och miljöförhållanden.

Kravet på att handlingens sedlighetssårande karaktär ska vara av relativt utpräglad art innebär, enligt propositionen, att vissa handlingar inte kan utgöra sexuellt ofredande men istället bedömas som ofredande enligt 4 kap 7 § BrB. Som

---

690 Ibid., s. 148-149. Dock kommer sexuellt ofredande inte längre omfatta sexuell posering, detta stycke flyttas till 8 § 6 kap. BrB.

691 Ibid., s. 86.

692 Det är ”för straffansvar tillräckligt att det sätt på vilket handlingen utförs typiskt sett leder till att personens sexuella integritet kränks”. Ibid., s. 90.

693 Ibid., s. 86, liknande formulering på s. 90.

694 Ibid., s. 86-87.

exempel nämns ”ovälkomna närmanden mot vuxna personer t.ex. att en man på gatan klappar en passerande kvinna i ryggslutet eller smeker henne på kinden”. Vidare anförs:

> Den omständigheten att en man eller kvinna fäller yttranden, som innehåller ord med tydlig sexuell innebörd, riktade till en annan person innebär inte nödvändigtvis att ansvar för sexuellt ofredande kan komma i fråga. Det krävs att förhållandena är sådana att den sexuella karaktären hos yttrandena skall föranleda bedömningen att gärningsmannen med dessa har uppträtt på ett uppenbart sedlighetssårande sätt.[695]

Sexualbrottskommitténs förslag på utvidgning genomförs inte

Regeringen går emot kommitténs förslag om att utvidga tillämpningsområdet för sexuellt ofredande. I propositionen konstateras att användande av yttranden med sexuell anspelning eller könsord ofta framstår som både anstötligt och olämpligt. Dock går det ”inte att komma i från att användandet av könsord eller andra yttranden med sexuella påståenden i dag inte sällan sker i helt andra syften än rent sexuella, t.ex. som svordomar eller för att kränka personer i största allmänhet”.[696] I propositionen ifrågasätts om en kriminalisering i sexualbrottskapitlet är rätt sätt att angripa problemet med att ”språkbruket i samhället allmänt sett blivit råare”.

Kommitténs framhållande av könsrelaterade kränkningar tas ej upp i propositionen. Det kriminalpolitiska problemet formuleras inte som relaterat till diskriminering eller könsojämlikhet, utan som ett aktörslöst könsneutralt problem: *språkbruket*. Jag tolkar det som att straffvärdhet hänvisar till uttryck för sexualdrift. Det framkommer särskilt i resonemangen om att bestämmelsen om sexuellt ofredande bör ses mot bakgrund av det sammanhang där den förekommer i brottsbalken, det vill säga ”som ett straffrättsligt skydd för enskilda personer mot övergrepp av sexuellt slag”.[697] *Sexuellt* i propositionen hänvisar till sexualdrift, inte till könsojämlikhet. I propositionen anförs:

> Det innebär att bestämmelsen bör avgränsas till att träffa handlingar som har en sexuell inriktning på så sätt att de syftar till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Att låta bestämmelsen om sexuellt ofredande träffa även handlingar eller uttalanden som inte har något sådant syfte skulle leda till en alltför omfattande kriminalisering enligt bestämmelsen och medföra oklarheter i fråga om gränsdragningen mellan 6 kap. brottsbalken och andra straffbestämmelser.[698]

---

[695] Ibid., s. 87.
[696] Ibid., s. 88.
[697] Ibid., s. 88.
[698] Ibid., s. 88.

Av samma skäl anser regeringen inte heller det motiverat att genomföra kommitténs förslag om utvidgning av tillämpningsområdet till att omfatta vissa förfaranden av sexuell natur som i dag omfattas av ofredande; det vore alltför långtgående att döma för sexuellt ofredande i sådana situationer som då en man klappar en kvinna i ryggslutet. Regeringen går även emot kommittén i fråga om lagrummets benämning, rubriken ska vara sexuellt ofredande även i fortsättningen.

Dock instämmer regeringen med kommittén att språket i paragrafen är föråldrat och i behov av modernisering. Rekvisiten *väcka anstöt* och *på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträder* anstötligt tar mer sikte på ”en samhällelig reaktion på brister i sedligheten och mindre på angreppet i sig mot den enskilda personen”. Sammanfattningsvis anförs i propositionen att genom utformningen betonas att straffansvaret riktas ”mot kränkningen av den enskildes sexuella integritet”.[699]

I propositionen ges exempel på sådana handlingar som kan falla inom tillämpningsområdet för sexuellt ofredande: ”en handling som består av endast en flyktig beröring av den andres könsdelar då personen är påklädd och klädesplaggen hindrar direkt beröring”, ”sådant handlande som prövades i rättsfallet RH 1997:91 – där en man vid sex tillfällen ringt till för honom okända kvinnor och under falska förespeglingar ställt frågor om deras sexualliv”, samt om ”en person i sexuellt syfte kortvarigt berör en annan persons bröst eller könsorgan” och vid ”tydliga sexuella kontakter per telefon eller e-post”.[700]

Summering

Min tolkning av hur straffvärdhet och skyddsvärdhet konstrueras avseende sexuellt ofredande är att detta görs på liknande sätt som i brottsbalksreformen. Visserligen kan skillnader pekas ut: det hänvisas inte explicit till nödvändigheten av att ingripa mot blottare för att denna kan tänkas begå allvarligare sexualbrott. Vidare hänvisas explicit till individens integritet och kränkning av individen framhålls på ett sätt som inte förekom vid brottsbalksreformen. En annan skillnad är att formuleringarna huvudsakligen är könsneutrala – det hänvisas till personer. Det skyddsvärda subjektet är fristående från kön eller sexuell läggning.

Likheten består i att den straffvärda handlingen konstrueras genom hänvisning till sexualdrift. I propositionen förekommer uttryck som *sexuellt syfte* och *sexuell karaktär* för att ringa in det kriminaliserade området för sexuellt ofredande. Jag tolkar det som att straffvärdhet härigenom konstrueras genom referens till den erotiska sexualiteten, och det handlande subjektets sexuella syfte.

---

[699] Ibid., s. 88-89.
[700] Ibid., s. 90 och s. 149.

4.4 Sammanfattande tolkning av lagstiftande praktiker i perioden 1976–2005

Den utmönstring av begreppet sedlighet som påbörjas på sjuttiotalet blir i och med 2005 års reform fullbordad. I de lagstiftande praktikerna är det sexualitet, integritet och kränkning som beskriver sexualbrotten. Men, som jag påpekade i inledningen till kapitel 4, även om dessa tre begrepp används i de olika reformförslagen och reformerna så ges de skiftande innebörd. Skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras på olika sätt. I det här avsnittet sammanfattar jag min analys av den lagstiftande praktiken 1976–2005.

Motstridigheter

I reformerna som genomförs i perioden efter att brottsbalken trätt i kraft får det skyddsvärda subjektets kropp och integritet betydelse för hur straffvärda handlingar avgränsas. Det hänvisas till kränkningen av den utsatta i såväl formuleringar av sexualbrottens skyddsintresse som i konstruktionen av straffvärda handlingar. De ”tekniska definitionerna” av straffvärda handlingar är förlegade, nu framhålls ”kränkningens art”.[701]Att kränkningen är det väsentliga för sexualbrotten framställs som självklart och okontroversiellt i 2005 års reform, likaså att den sexuella integriteten är skyddsvärd.

Men hur straffvärda kränkningar ska definieras råder det olika uppfattningar om över perioden, som i frågan om hur sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet ska utformas och om samlag ska utgöra jämförelsenorm. Vad gäller sexuellt ofredande framkommer motstridigheter avseende hur en straffvärd sexuell kränkning ska avgränsas, och betydelsen av uttrycket ”syfta till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift” för att avgränsa det kriminaliserade området.

Motstridigheterna kan tolkas som att kränkning av sexuell integritet är alltför abstrakt formulerat för att kunna användas för att gradera och avgränsa straffvärda handlingar. Lernestedt beskriver det som att skyddsintresset sexuell integritet, ”är på väg att röra sig bort från det fysiska och mot det mentala, bort från det konkreta och mot det abstrakta”.[702] Vidare anför Lernestedt att angreppet mot kroppen ges mindre betydelse både som skyddsintresse och som angreppsobjekt, för att ersättas med en abstrakt formulering av sexuell integritet som skyddsintresse och kränkning som angreppsobjekt.

---

[701] Prop. 1997/98:55, s. 135 och SOU 2001:14, s. 156.
[702] Lernestedt (2004), s. 402.

I kapitel 3.5–3.7 anförde jag att straffvärdhet i perioden kring brottsbalksreformen konstrueras som den avvikande sexualdriften. Straffvärda handlingar konstruerades med hänvisning till framför allt det straffvärda subjektets kropp (erektion, sädesuttömning) och motiv eller syfte (att tillfredsställa sin sexualdrift). Skyddsvärda subjekt framkom i brottsbalksreformen, och även dessförinnan. Skillnaden är att i perioden därefter ges det skyddsvärda subjektets kropp och integritet betydelse för själva de straffvärda handlingarna.

Straffvärdhet konstrueras fortfarande på detta sätt, men nu också genom hänvisning till den utsattas upplevelse av gärningen. Jag menar att rörelsen bort från kroppen, mot det abstrakta som Lernestedt uttrycker det, ska förstås utifrån att det skyddsvärda subjektet ges utrymme i konstruktionen av det straffvärda på ett sätt som inte förekom tidigare. Straffvärda handlingar konstrueras nu med hänvisning till vad gärningen gör med den som gärningen riktas mot, inte enbart utifrån vad gärningen är.[703] Jag vill således inte beskriva det som en rörelse bort från kroppen mot det abstrakta, utan som att dessa dimensioner existerar samtidigt.

Därtill är det skillnad mellan å ena sidan hur det kriminalpolitiska problemet formuleras, såsom uttalanden om utifrån vilka ideal sexualbrottsregleringen bör utformas, och å andra sidan hur straffvärda gärningar sedan kommer att beskrivas och avgränsas. Det talas alltmer om kränkning och integritet i förarbetena under denna period, och visserligen genomförs reformer av de enskilda rekvisiten. Men gärningar görs straffvärda med utgångspunkt i kroppsliga handlingar. Jag menar också att skyddsintresset *sedlighet*, både som den allmänna sedligheten och individens sedlighetskänsla, inte framstår som mer konkret än skyddsintresset *sexuell integritet*. Således ser jag motstridigheter, snarare än en rörelse mot det ena eller det andra.

Motstridigheterna kan betraktas som uttryck för hur olika perspektiv strider om tolkningsföreträde. Å ena sidan ett brottsofferperspektiv som lyfter fram erfarenheter hos dem som utsatts för sexualbrott som viktigt för hur lagstiftningen utformas.[704] Det skyddsvärda subjektet ges en mer framträdande position. Å andra sidan ett perspektiv som fokuserar gärningspersonens handlande och placerar det straffvärda subjektet främst.

---

[703] En parallell kan dras till kriminaliseringarna grov fridskränkning och grov kvinnofridskränkning, som formulerades utifrån effekterna av upprepat våld och det psykiska, integritetskränkande inslaget i våld i nära relation. De nya brottsrubriceringarna motiverades och definierades utifrån vad gärningen gör med den som utsätts.

[704] Detta kan ses i relation till brottsofferrörelsen som växer fram på 1970-talet, se Lindstedt Cronberg (2002a), s. 40-42, samt bidrag i Lernestedt & Tham (2011) s. 23-77.

Olika kriminalpolitiska problemformuleringar

I kapitel 3.7 anförde jag att då sedligheten avfärdas till förmån för sexuell integritet skapas en brottskategori som urskiljer sexualitet som något specifikt skyddsvärt som motiverar särskilda kriminaliseringar. Jag anförde att brottskategorin skapas i det straffrättsliga systemet genom referens till positiv, ömsesidig, njutningsfull – erotisk – sexualitet, men att detta tydligare kommer till uttryck i reformerna efter brottsbalkens tillkomst.

1984 års reform summerade jag som att frigörandet av sexualiteten som förespråkas i SOU 1976:9 innebär att den moderna sexualbrottslagstiftningen skapas såsom en kategori brott i relation till erotisk sexualitet. Sexualitet formuleras i utredningen som något positivt och i sig skyddsvärt, och något som hör till individens personlighet. En annan problemformulering framkommer dock också i 1984 års reform. Sexualbrotten skapas i SOU 1982:61, liksom i den efterföljande propositionen, som ett jämställdhetsproblem. Även om sedlighetsbrotten under tidigare perioder varit könade, relateras det nu till ojämlikhet mellan män och kvinnor.

Tio år senare, i SOU 1995:60 formulerar kvinnovåldskommissionen problemet sexualiserat våld. Sexualbrotten skapas inte främst som en fråga om sexualitet, utan som en fråga om våld mot en samhällsgrupp – kvinnor – som utövas av en annan samhällsgrupp – män. Denna problemformulering nämns i SOU 2001:14, men utgör inte utgångspunkt för reformförslagen. I propositionen försvinner det könade våldet som problemformulering. Sexualbrotten utgör istället ett könsneutralt, individuellt problem.

Jag menar, något tillyxat, att sexualbrotten skapas genom två olika problemformuleringar. Å ena sidan skapas sexualbrotten som en fråga om könat våld, vari sexualbrotten är ett jämställdhetsproblem som beskrivs som mäns våld mot kvinnor. Å andra sidan skapas sexualbrotten som en fråga om sexualitet, vari sexualbrotten är ett universellt och individuellt problem. Det är den sistnämnda formuleringen som får genomslag i reformen 2005, så även i reformen 2013, som jag behandlar i kapitel 5.[705]

Skyddsvärda intressen och straffvärda handlingar

Skillnader mellan hur det kriminalpolitiska problemet formuleras innebär dock inte några avsevärda skillnader i hur straffvärda handlingar beskrivs och avgränsas under perioden. Vad gäller sexualhandlingarna i de allvarligare sexualbrotten, det vill säga

[705] Wendt beskriver att våldtäkt som en fråga om maktrelationer mellan könen har formulerats i jämställdhetspolitiken. Jag menar att den problemformuleringen inte får genomslag i det straffrättsliga systemet. Se Wendt (2010), särskilt s. 137.

rekvisitet sexuell handling och sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet, är det tydligt att straffvärda handlingar förankras i kroppen och särskilt könsorganen. Det skyddsvärda är en kroppslig integritet centrerad till könsorgan.

Perioden präglas av konsensus om att straffvärda handlingar inte bara ska avgränsas utifrån strikt kroppsliga definitioner. Även kränkningen av det skyddsvärda subjektets integritet ska beaktas. Dock råder motstridiga uppfattningar om i vilken grad det behövs en specifik kroppslig handling – samlag – som jämförelsenorm i våldtäktsstadgande. Motstridiga uppfattningar råder också i viss mån kring gränserna för rekvisitet sexuell handling.

Parallellt med att integritet och kränkning blir centrala blir också sexualitet centralt. Detta beskriver jag som att skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras med referens till den erotiska sexualiteten. En aspekt av detta är att den kroppsliga handlingen utgår från och graderas som mer eller mindre straffvärd utifrån erotisk sexualitet.

Trots förslag på att avskaffa samlag som jämförelsenorm innebär 2005 års reform att samlag kvarstår i våldtäktsstadgandet. Samlaget framkommer som det paradigmatiska exemplet på sexualitet. Exemplifieringen av handlingar som är jämförliga med samlag i den mening som avses i våldtäktsstagandet utgår från penetration.[706] Som Andersson påpekar så bedöms kränkning efter vad som utgör en typisk ömsesidig heterosexuell sexualakt mellan två människor.[707] Det sätt varpå sexualhandlingen graderas ifråga om straffvärdhet ger uttryck för en heteronormativ och fallocentrisk norm.[708]

Det första, och korta, svaret på frågan vad det är som urskiljer sexualbrotten från andra brott är således: könsorgan. Könsorgan konstrueras som sexuella i sig. Rekvisitet sexuell handling beskrivs som att utgångspunkten är ”att det har förekommit en någorlunda varaktig fysisk beröring av antingen den andras könsorgan eller den andras kropp med det egna könsorganet”.[709]

---

[706] Såsom ”orala och anala samlag”, ”handlingar som att föra in fingrar, föremål eller en knytnäve i en kvinnas underliv”, ”att föra in t.ex. fingrar eller föremål i anus på en person”. Prop. 2004/05:45, s. 34.

[707] Andersson (2004), s. 126-128.

[708] Smart menar att en maskulin erfarenhet och maskulin betydelse av sexualitet är förhärskande i rätten, och beskriver detta som fallocentrism, se Smart (1989) s. 28. Iris Marion Young beskriver fallocentrisk sexualitet: ”Aktiv sexualitet är den erigerade penisen som penetrerar den passiva kvinnliga mottagaren, samlag är den sanna sexakten och icke-falliska njutningar är antingen avvikande eller enbart förberedande förspel varpå följer ’the real Thing.’” Young (2005) s. 82. En jämförelse kan göras med Anja Hirdmans analys av pornografi. Hirdman menar att i hårdpornografi visualiseras en heterosexuell ideologi som talar om att den sexuella akten startar med manlig erektion och avslutas med manlig ejakulation. Hirdman (2008) s. 68-74. Jag utvecklar dessa resonemang något i Wegerstad (2011).

[709] Prop. 2004/05:45, s. 33.

Lernestedts summering av gällande rätt som en schabloniserad skala, från det mest till det minst sexuella, har fog för sig: ”kön mot kön, kön mot nästan lika laddad kroppsdel (mun, anus, kanske kvinnobröst), kön mot mindre laddad kroppsdel, nästan lika laddad kroppsdel mot mindre laddad kroppsdel, samt mindre laddad kroppsdel mot en annan mindre laddad kroppsdel.”[710]

Petter Asps beskrivning av vad som utmärker den sexuella integriteten och den sexuella kränkningen tar sikte på det kroppsliga.[711] Enligt Asp kan sexualbrotten förstås ur ett intimitetsperspektiv, som konstruerar den sexuella kroppen i en kärna och en periferi, eller som Asp uttrycker det, man ”kan börja utifrån och gå inåt”.[712] Asps anför att rätten reflekterar en samhällelig uppfattning om kroppslig integritet som innefattar normer för nakenhet, närhet och beröring. Det som gör vissa kroppsdelar till integritetsnära är att de är ”sexuellt ’laddade’”.[713] Asp menar att de mest integritetsnära beröringarna är sådana som utförs i kroppens håligheter.

Både Lernestedt och Asp använder ordet ”laddad” för att beskriva kroppsdelarna. Sexualbrotten urskiljs genom könsorgan, eller andra laddade kroppsdelar. Det skyddsvärda och det straffvärda ifråga om sexualbrotten är dock mer än kroppslig integritet och kroppsliga handlingar. Könsorgan begripliggörs som sexuella inte bara för att det är fråga om könsorgan – utan för att vissa kroppsdelar konstrueras som sexuella i vissa subjektsrelationer och situationer. Skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras genom en interaktion mellan kropp och avsikt. Det framkommer av min beskrivning av hur sexualbrotten blir till som en specifik brottskategori.

Under första hälften av 1900-talet framkom retandet eller tillfredsställandet av sexualdriften som en avgränsande princip för straffvärda sedlighetsbrott. Det framkom även i brottsbalksreformen. Denna sexualdrift förkroppsligas i könsorgan, särskilt i erektion och utlösning. Även i perioden efter brottsbalken förekommer hänvisningar till det handlande subjektets sexualdrift.

Men handlingar som involverar könsorgan behöver inte vara straffvärda som sexualbrott. I SOU 1982:61, exempelvis, anförs angående sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet att handlingar som utförts utan något sexuellt syfte – ”t.ex. som ett inslag i en långvarig och svår misshandel som hade karaktär av tortyr” – inte ska omfattas av våldtäktsstadgandet.[714] Ett specifikt syfte, som att reta sexualdriften, eller som det senare uttrycks, ett sexuellt syfte, är således också åtskilt från givna kroppsliga handlingar.

Men att könsorgan konstrueras som sexuella i sig avser jag att detta sexuella syfte framstår som underförstått vid vissa kroppsliga handlingar som involverar könsorgan,

---

[710] Lernestedt (2004), s. 410.
[711] Asp & Ulväng (2007); Asp (2008-09).
[712] Asp (2008-09), s. 82.
[713] Ibid., s. 82.
[714] SOU 1982:61, s. 71.

såsom samlag. Det är främst rörande andra handlingar som straffvärdhet som sexualbrott måste motiveras. Ett tydligt exempel är det som framförs i SOU 2001:14, att en person urinerar på någon. Möjligheten att en handling inte är straffvärd som sexualbrott aktualiseras då det inte är fråga om könsorgan eller samlagsliknande handlingar.

Detta framkommer av uppräkningen i propositionen 2004/05:45 av sådana handlingar som inte självklart utgör – men kan utgöra – sexuell handling.[715] Gränsfallen beskrivs ha det gemensamt att de innebär att en person använder någon annans kropp som ett hjälpmedel för att bereda sig själv *sexuell tillfredsställelse*. Det straffvärda subjektets sexuella begär blir avgörande. Det framkommer också i att brottet sexuellt ofredande, som inte förutsätter kroppskontakt, framför allt avgränsas genom det straffvärda subjektets avsikt.

Det är främst avseende detta andra, det icke-kroppsliga, som en skillnad framkommer. Det beskriver jag som att skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras på olika sätt under perioden.

Dominerande och alternativa konstruktioner

Under perioden konstrueras skyddsvärdhet och straffvärdhet som kroppslig integritet och kroppsliga handlingar som involverar könsorgan. Men därtill är också en sexuell integritet, som går utöver det kroppsliga, skyddsvärd. Och det är inte bara vissa kroppsliga handlingar som gör handlingar straffvärda som sexualbrott. Det är också något annat. Men vad är detta andra och hur ska det formuleras? Här framkommer en skillnad som jag menar kan kopplas till de två olika kriminalpolitiska problemformuleringarna. Är det skyddsvärda en könad integritet, frihet från att sexualiseras (som kvinna)? Eller är det skyddsvärda en frihet från att utsättas för annans sexualdrift, annans sexuella begär?

Skillnaden i hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras tar sig tydligast uttryck i brottet sexuellt ofredande. I kvinnofridsutredningen relateras sexuellt ofredande till sexuella trakasserier och därmed görs en koppling mellan könsdiskriminering och sexualbrott. Kön, makt, våld och sexualitet kopplas samman i beskrivningen av det sexualiserade våldet. Det skyddsvärda konstrueras som jämlikhet, frihet från att objektifieras som kvinna. Det straffvärda subjektet könas som manligt.

I sexualbrottskommitténs betänkande, SOU 2001:14, kommer inte detta till uttryck i lika hög grad, men straffvärt sexuellt ofredande konstrueras på liknande sätt som i kvinnofridsutredningen. Förslaget i SOU 2001:14 innebär att huruvida gärningsmannen handlat i syfte att söka reta eller tillfredsställa sin sexualdrift inte längre bör vara styrande. Avgörande ska istället vara om gärningsmannens beteende

[715] Prop. 2004/05:45, s. 34.

typiskt sett utgör en kränkning av offrets sexuella integritet. Det skyddsvärda subjektet ställs framför det straffvärda subjektet i konstruktionen av straffvärdhet. Skyddsvärdhet konstrueras inte som frihet från att utsättas för annans felriktade sexuella begär, utan som något annat. Dock är det inte helt tydligt vad detta andra är.

Jag tolkar det som att i 2005 års reform konstrueras skyddsvärdhet och straffvärdhet i den lagstiftande praktiken på ett sätt som också framkommer i 2013 års reform. Det skyddsvärda är den universella, individuella och sexuella integriteten. Det kriminalpolitiska problemet är universellt utformat. Det är inte kvinnors frihet från sexualiserat våld som görs skyddsvärt, utan det icke-könade subjektets integritet. Sexualbrotten framställs som ett individuellt, snarare än ett strukturellt problem. Framträdande är den erotiska sexualiteten som skyddsintresse och som avgränsande princip för straffvärdhet. I propositionen formuleras sexuellt ofredande inte som ett problem som har med sexism att göra. Exempelvis, i propositionen görs skillnad mellan å ena sidan att ”kränka personer i största allmänhet” och å andra sidan det ”rent sexuella” syftet.[716] Det ”rent sexuella” menar jag hänvisar till det straffvärda subjekts sexualdrift, ungefär på samma sätt som i brottsbalksreformen.

Jag menar att detta är det dominerande sättet varpå skyddsvärdhet och straffvärdet konstrueras. *Sexuellt* hänvisar till sexualdrift (upphetsning, sexuell avvikelse). Straffvärdhet konstrueras som subjektets felriktade sexualdrift, eller sexuella begär, riktat mot den andre. Det skyddsvärda skapas då som frihet från annans sexuella begär. Det är dominerande eftersom det är denna problemformulering som kommer till uttryck över hela 1900-talet, och som också formuleras i propositionen 2004/05:45 samt i 2013 års reform.

Det alternativa sätt varpå skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras är det könade våldet som kriminalpolitisk problemformulering. *Sexuellt* hänvisar till kön, till kvinnor som skyddsvärda subjekt och till sexism. Jag benämner det som alternativt eftersom denna problemformulering framför allt kommer till uttryck i reformförslag som avfärdas. Den tar spjärn mot den dominerande konstruktionen, men får inte genomslag.

Dock menar jag att båda dessa konstruktioner kommer till uttryck i den dömande praktiken, vilket jag återkommer till i kapitel 6–7. Motstridigheter i perioden 1976–2005 kommer också till uttryck i de gränsdragningsproblem som formuleras i 2013 års reform, ämnet för nästa kapitel.

[716] Ibid. s. 88.

5 Lagstiftande praktiker i samtiden – 2013 års reform

I de föregående kapitlen har jag beskrivit hur sexualbrotten blir till som brottskategori, med syftet att begripliggöra nutiden. Jag har visat att det förekommer motstridigheter ifråga om hur det specifikt skyddsvärda och straffvärda konstrueras.

Det här kapitlet ägnas åt lagstiftande praktiker som ägt rum de senaste åren. 2005 års reform utvärderas av 2008 års sexualbrottsutredning, som lämnar betänkandet SOU 2010:71. Några av sexualbrottsutredningens förslag leder till lagstiftning.[717] I avsnitt 5.1 redogör jag för reformens utgångspunkter mot bakgrund av hur sexualbrotten har formulerats som kriminalpolitiskt problem i föregående reformer.

I 2013 års reform görs skillnaden mellan sexualbrott och andra brott mot person till ett explicit gränsdragningsproblem. Problemet rör rekvisitet sexuell handling och brottet sexuellt ofredande. Avsnitt 5.2 ägnas åt detta. I avsnittet tar jag även upp hur gränsdragningsproblemet formulerats i rättsvetenskapliga praktiker. I avsnitt 5.3 sammanfattar jag min analys av detta gränsdragningsproblem. Jag menar att det innebär att sexualbrottens identitet ifrågasätts, vilket kan relateras till de motstridigheter som präglar den lagstiftande praktiken i perioden 1976–2005.

5.1 2013 års reform – utvärdering av sexualbrotten

I kapitel 4.4 anförde jag att i perioden 1976–2005 skapas sexualbrotten genom två olika problemformuleringar. Å ena sidan skapas sexualbrotten som en fråga om könat våld, mäns våld mot kvinnor, vari sexualbrotten är ett jämställdhetsproblem. Å andra sidan skapas sexualbrotten som en fråga om sexualitet, vari sexualbrotten är ett universellt och individuellt problem. Den sistnämnda formuleringen får genomslag i reformen 2005, så även i reformen 2013.

[717] Prop. 2012/13:111; Bet. 2012/13:JuU20.

År 2008 tillsätts en sexualbrottsutredning som har till uppgift att utvärdera tillämpningen av 2005 års sexualbrottsreform.[718] Den ska följa upp hur bestämmelserna har fungerat i praktiken och om syftet med reformen har uppnåtts. Detta gäller särskilt våldtäktsbrottet och sexualbrott mot barn. Vad gäller våldtäktsbrottet har utredningen särskilt till uppgift att se över begreppet hjälplöst tillstånd samt om kravet på tvång bör ersättas med ett krav på bristande samtycke.

I sexualbrottsutredningens betänkande redogörs för statistik över sexualbrotten och i en bilaga behandlas hur barn som utsätts för sexuella övergrepp påverkas.[719] I övrigt är betänkandet koncentrerat till lagtekniska problem. I jämförelse med tidigare utredningar är betänkandet knapphändigt ifråga om utgångspunkter. Sexualbrotten sätts inte i ett samhällsperspektiv och formuleras inte som ett jämställdhetsproblem. Sexualbrotten framstår som ett individuellt problem, vari den könsneutrala individen sätts i centrum. Sexualbrotten skapas således också som ett universellt problem – alla kan drabbas oavsett kön.

Dock menar jag att utredningen genomsyras av ett implicit antagande om att kön har betydelse.[720] Allra sist i betänkandet, under rubriken *Förslagets konsekvenser*, anförs att det har varit en utgångspunkt för utredningen att ha ett jämställdhetsperspektiv. Det formuleras på följande sätt:

> Kriminalstatistiken visar bl.a. dels att bland de anmälda våldtäkterna mot person över 15 år är offret i de allra flesta fall kvinnor, dels att nästan samtliga lagförda förövare är män. De förslag som vi har lagt fram syftar till att förstärka och tydliggöra varje människas absoluta rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande. I den mån de av oss föreslagna åtgärderna kan ha en allmänpreventiv effekt eller förbättra möjligheterna till lagföring av begångna sexualbrott är det är vår bedömning att detta även bidrar till att förbättra jämställdheten mellan kvinnor och män.[721]

I citatet framkommer spänningen mellan det universella (varje människa) och det specifika (jämställdheten kommer att förbättras eftersom offret i de flesta fall är kvinna och förövaren nästan alltid är man).

I likhet med reformen 2005 skapas sexualbrotten som en fråga om sexualitet. Detta är särskilt framträdande i det avsnitt som behandlar frågan om bristande samtycke bör utgöra gränsdragande rekvisit vid våldtäkt. Exempelvis:

---

[718] Kommittédirektiv 2008:94, bilaga 1 i SOU 2010:71.

[719] SOU 2010:71, kapitel 3 respektive bilaga 4: *Sexuella övergrepp mot barn: Faktorer som påverkar traumat hos barnet*, av Steven Lucas.

[720] I betänkandet görs sexualbrotten till ett könat problem i sammanhang som inte rör straffrättsliga åtgärder. Se exempelvis s. 208-209, ibid.

[721] Ibid., s. 481.

> Frågan om ett giltigt samtycke till en sexuell handling finns blir då avgörande för om ett *ömsesidigt sexuellt umgänge* föreligger eller om gärningen är ett sexualbrott.
>
> Det är ett viktigt budskap från samhället att det inte är tillåtet att *ha sex* med en person som inte samtyckt till det.
>
> Enligt vår mening vore det mycket att vinna på om lagstiftningen skulle kunna bidra till en debatt i samhället kring vad som är tillåtet respektive inte tillåtet i fråga om *sex*.[722]

Ett centralt kriminalpolitiskt problem under 2000-talet är huruvida bristande samtycke bör utgöra gränsdragande rekvisit vid våldtäkt. Jag menar att debatten i mångt och mycket kretsar kring vad sex är och hur människor gör när de har sex.[723] Sexuella övergrepp begripliggörs som den erotiska sexualitetens motsats. Våldtäkt skapas som ett sexproblem mer än ett våldsproblem. Denna konstruktion utesluter att själva den sexuella handlingen begripliggörs som våld. Det görs ingen skillnad mellan den brottsliga sexualhandlingen och den legala sexualhandlingen.

Även i propositionen formuleras det skyddsvärda som den individuella och universella sexuella integriteten:

> Att skapa ett starkt och väl fungerande skydd för barn och vuxna mot sexuella kränkningar och övergrepp av olika slag är en grundläggande uppgift för samhället. Ett sexuellt övergrepp är ett extremt uttryck för bristande respekt för en annan människas självklara rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande. Det är därför viktigt att ha en ändamålsenlig och effektiv sexualbrottslagstiftning.[724]

Kriminalisering handlar om att skapa skydd och en ändamålsenlig och effektiv sexualbrottslagstiftning. Avkriminaliseringar är inte aktuellt. Problemet är kränkningar av den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten.[725]

Sexualbrottsutredningen föreslår att ett särskilt stadgande ska införas vari den som genomför en sexuell handling med en person utan den personens tillåtelse kriminaliseras. Förslaget tas inte upp i propositionen. 2013 års reform resulterar dock i att våldtäktsstadgandets rekvisit hjälplöst tillstånd ersätts med rekvisitet *särskilt utsatt situation*. Frågan om hur våldtäktsstadgandet ska utformas – med tvång eller bristande

---

[722] Ibid., s. 205, 208 respektive 208, mina kursiveringar.
[723] Se riksdagsdebatten då prop. 2012/13:11 debatteras: Riksdagens protokoll 2012/13:109 §12.
[724] Prop. 2012/13:111, s. 9.
[725] ”Utgångspunkten för den nu gällande sexualbrottslagstiftningen är varje individs rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande.” Ibid., s. 19, 26 och 28.

samtycke som gränsdragande rekvisit – är dock inte utagerad. I skrivande stund har en ny sexualbrottsutredning tillsatts med uppgift att återigen ta ställning till frågan.[726]

5.2 Gränsdragningsproblem i 2013 års reform

”Det som skiljer sexualbrotten från andra brott mot person är att det finns ett sexuellt moment i övergreppet”, konstaterar sexualbrottsutredningen.[727] I betänkandet lyfts frågan om gränsdragningen mellan sexualbrotten och andra brott mot person. Frågan uppkommer rörande hur rekvisitet sexuell handling ska tolkas samt vad som bör omfattas av brottet sexuellt ofredande. Vissa reformer föreslås av sexuellt ofredande, med dessa godtas inte i propositionen.

I det följande behandlas först rekvisitet sexuell handling, därefter sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet följt av brottet sexuellt ofredande. Sist i avsnittet behandlas hur gränsdragningsproblemet har formulerats i den rättsvetenskapliga praktiken.

Sexuell handling och betydelsen av gärningspersonens avsikt

Utredningen tar utgångspunkt i gränsfallen och konstaterar att gränsdragningsproblem mellan sexualbrott och andra brott knappast uppkommer ”när gärningsmannen har utfört en ’typisk’ sexualhandling av kvalificerat slag och gärningsmannen också har haft ett sexuellt motiv”.[728] Gränsdragningsproblem kan enligt betänkandet uppstå i främst tre situationer, som beskrivs som typfall:

> Det ena typfallet (I) är när gärningsmannen i och för sig utfört en ”*typisk sexualhandling*” men primärt, eller enbart, har haft ett annat motiv än ett sexuellt sådant. Exempelvis kan gärningsmannen ha skadat eller annars vållat offret smärta i underlivet eller andra ’sexuella zoner’ på kroppen och syftet med gärningen varit just att misshandla men kanske även att kränka offret sexuellt.
>
> Det andra typfallet (II) är när gärningsmannen utfört en, mer eller mindre, ”*atypisk sexualhandling*” men haft en sexuell avsikt med sin handling. Exempel på detta kan vara att gärningsmannen urinerar eller tömmer tarmen på offret.
>
> Ett tredje typfall (III) av gärningar där det kanske i något enstaka fall sker någon form av överväganden kring om ett sexualbrott föreligger är när gärningsmannen utför

[726] Kommittédirektiv 2014:123. Utredningen ombildades till en parlamentarisk kommitté genom Kommittédirektiv 2014:144.
[727] SOU 2010:71, s. 185.
[728] Ibid., s. 185.

> en i och för sig ”*atypisk sexualhandling*” och inte haft ett sexuellt motiv men där gärningsmannen ändå skadat eller vållat offret smärta eller obehag i underlivet eller andra ”sexuella zoner” på kroppen. Man kan här som mer extrema fall tänka sig olika situationer med tortyr, utan inslag av penetration. Gärningar av detta slag utgör enligt gällande rätt dock knappast en sexuell handling.[729]

I betänkandet hänvisas till två hovrättsavgöranden vari gränsdragningsproblemet har kommit till uttryck. I det ena har gärningspersonens syfte avgörande betydelse för utgången i målet.[730] Den tilltalade hade vid ett tillfälle fört in sitt finger i sin nioåriga dotters slida. Han invände att avsikten var att kontrollera flickans oskuld. Såväl tingsrätten som hovrätten ogillade åtalet för våldtäkt. Hovätten, som dömde den tilltalade för misshandel istället, konstaterade att det inte var visat att den tilltalade haft något sexuellt syfte med sitt agerande.

I det andra avgörandet hade den tilltalade åtalats för våldtäkt bestående i att den tilltalade fört in ett moppskaft i målsägandens slida, samt då uttalat kränkande uttalanden av sexuell innebörd.[731] I domskälen anfördes ”att händelsen med moppskaftet inte synes ha haft som mål att tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift utan att den huvudsakliga avsikten varit att allvarligt kränka målsägandens sexuella integritet”.[732] Den tilltalade dömdes för våldtäkt.

Betänkandets slutsats utifrån uttalandena i proposition 2004/05:45 är att rekvisitet sexuell handling ska tolkas så att gärningsmannens avsikt i det enskilda fallet inte ska vara avgörande för om en sexuell handling föreligger. Avgörande bör istället vara om ”det objektivt sett är fråga om en handling med påtaglig sexuell prägel som är ägnad att kränka offrets sexuella integritet”.[733]

Utifrån den ovan nämnda typologin finner utredningen att gärningar som kan betecknas som typfall I är att bedöma som sexuell handling. Gärningar som hänförs till typfall II – atypiska sexualhandlingar – är som utgångspunkt inte att bedöma som en sexuell handling. Dock hänvisas till prop. 2004/05:45, varigenom ”lagstiftaren öppnat för möjligheten för domstolarna att i det enskilda fallet göra en annan bedömning efter en helhetsbedömning av situationen”.[734] I betänkandet konstateras att det är fråga om svåra avvägningar i domstolen och att omständigheterna i varje fall måste avgöra, men att utredningens utgångspunkter bör kunna tjäna som vägledning.

I betänkandet ställs frågan om var den bortre gränsen för sexualbrotten bör gå. Det anförs att konkurrensproblem uppstår om sexualbrottskapitlet också skulle omfatta ”gärningar som de facto kränker offrets sexuella integritet men där den

---

[729] Ibid., s. 185, kursiv i original.
[730] RH 2010:9.
[731] Svea Hovrätt dom 2008-05-21, mål nr B 2540-08.
[732] SOU 2010:71, s. 187.
[733] Ibid., s. 188.
[734] Ibid., s. 188.

sexuella prägeln av gärningen kanske inte är påtaglig, eller där den kanske inte typiskt sett innebär en kränkning av offrets sexuella integritet". Det kan inte anses rimligt att "slag riktade mot könsdelar bedöms som sexualbrott medan slag mot andra delar av kroppen bedöms som misshandel".[735]

Sexualbrottsutredningen för utförliga resonemang om hur sexuell handling bör tolkas. Slående är att de närmast är cirkulära. Straffvärd sexuell handling förankras i kroppen, men är också mer än det kroppsliga; handlingen ska ha en påtaglig sexuell prägel och vara ägnad att kränka den sexuella integriteten. Det *sexuella* upprepas som avgränsande princip, men det hänvisas inte vidare. Utgångspunkten är ett underförstått antagande om vad ett sexuellt övergrepp är, det vill säga vad som är en "typisk sexualhandling" och "sexuellt motiv". Det är något särskilt med sexuella övergrepp vilket föranleder att just sexuella kränkningar ska särbehandlas. Men vad detta särskilda är artikuleras inte mer än genom hänvisning till det underförstått sexuella.

Problemet formuleras som individuellt, det är det handlande subjektets sexuella avsikt (i objektiv mening) som skapar det skyddsvärda subjektets sexuella integritet. Subjekten är inte könade och det hänvisas inte till könsojämlikhet. Snarast menar jag att sexualbrotten skapas genom underförstådd referens till den erotiska sexualiteten. Typiska sexualhandlingar är typiska sexualhandlingar genom referens till normalt sex. En parallell kan dras till hur rekvisitet könsligt umgänge formulerades med hänvisning till *normalt könsumgänge* i SOU 1953:4.[736]

Propositionen tar inte ställning till utredningens uttalande i denna del. I propositionen behandlas dock förslag om att sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet bör ändras.

Sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet

Liksom i tidigare reformer föreslås även i SOU 2010:71 att sexualhandlingen i våldtäktsbestämmelsen bör ändras. Istället för den befintliga formuleringen, tvinga till samlag eller till att företa eller tåla en annan sexuell handling som med hänsyn till *kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag*, föreslås följande lydelse: med hänsyn till *den sexuella kränkningens allvar är jämförlig med påtvingat samlag*.[737] Därmed ska det framhållas att det är kränkningen som ska bedömas.

Lagändringen motiveras med att intentionen med 2005 års reform, "att avgränsningen i första hand inte ska göras utifrån en jämförelse mellan sexualhandlingar, utan mellan kränkningarna", inte har fått genomslag fullt ut.[738]

---

[735] Ibid., s. 189.
[736] Se kapitel 3.5.
[737] SOU 2010:71, s. 34.
[738] Ibid., s. 266.

I betänkandet hänvisas till Högsta domstolens avgörande NJA 2008 s. 482 I och II. Avgörandet, som jag behandlar i kapitel 6, innebär i korthet att en man som fört in sitt finger i en sovande kvinnas slida dömdes för våldtäkt medan en man som ”onanerade på” en sjuttonårig pojke när han sov dömdes för sexuellt tvång. Den sistnämnda handlingen ansågs sålunda inte vara jämförlig med samlag. Detta avgörande har enligt utredningen väckt frågor hos åklagare: ”Uppfattningen har förts fram att avgörandet kan tolkas på det sätt att det för våldtäkt av en man krävs penetration och att det inte är rimligt att göra de skillnaderna mellan övergrepp på män och kvinnor.”[739]

Som skäl till reformen av sexualhandlingen hänvisas också till en hearing med frivilligorganisationer. I hearingen framhölls svårigheter att bedöma gärningar mellan homo-, bi- och transsexuella personer, och gärningar mot barn, samt att samlag inte längre borde utgöra jämförelsenorm.[740]

I utredningen behandlas frågan om samlag ska överges som jämförelsenorm. Det anförs att dagens regleringssätt ”kan sägas utgå från en heterosexuell norm” och att detta kan uppfattas som problematiskt: ”Särskilt för personer för vilka samlaget inte utgör normen för ett sexuellt umgänge kan det vara svårt att motivera att kränkningen ska bedömas utifrån den normen.”[741] Utredningen landar i en tvekande slutsats, möjligen ställs det upp ett indirekt krav på penetration i nuvarande reglering. Men samlag ska inte tas bort som jämförelsenorm, främst eftersom det riskerar att leda till svårigheter att avgränsa det kriminaliserade området.

Propositionens förslag överensstämmer i princip med utredningens. Förutom samlag ska våldtäktshandlingen omfatta varje annan sexuell handling som ”med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag”.[742] Härmed ska markeras att det är kränkningen genom den sexuella handlingen som är det centrala i avgränsningen av våldtäktsbestämmelsen, inte sexualhandlingens tekniska karaktär. Det framhålls särskilt att ”ett oralt övergrepp innebärande att en gärningsman med sin tunga berör en kvinnas underliv ur kränkningshänseende kan vara att anse som lika allvarligt som ett påtvingat samlag oavsett om gärningsmannens handlande innefattar penetration eller inte”.[743]

---

[739] Ibid., s. 264.
[740] Ibid., s. 265. Det hänvisas särskilt till yttranden av SKR, RFSL och RFSU.
[741] Ibid., s. 267.
[742] Prop. 2012/13:111, s. 36.
[743] Ibid., s. 37. Samma ändring genomförs i stadgandet om våldtäkt mot barn, 6 kap. 4 § BrB.

Sexuellt ofredande och betydelsen av gärningspersonens avsikt

Sexualbrottsutredningen konstaterar att tillämpningsområdet för bestämmelsen om sexuellt ofredande har snävats in.[744] Det gäller särskilt andra styckets andra led, det vill säga att genom ord eller handlande ofreda en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet. Enligt utredningen kan detta förklaras med att ”domstolarna kräver en särskild sexuell avsikt hos gärningsmannen, nämligen att det funnits ett syfte att reta eller tillfredsställa dennes sexualdrift”.[745]

I betänkandet konstateras att propositionen 2004/05:45 uppställde ett krav på att gärningen, för att bestraffas som sexuellt ofredande, ska syfta till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift, samt att detta inte ansågs vara någon förändring i förhållande till då gällande rätt. Sexualbrottsutredningen finner dock, i sin analys av förarbeten, att ett sådant krav har uttalats i förhållande till första stycket avseende sexuell beröring av barn, men inte vad gäller andra stycket. Det anförs att kravet således infördes genom 2005 års reform och kom att innebära, utan att så var avsikten, att tillämpningsområdet för brottet sexuellt ofredande har inskränkts i förhållande till vad som gällde före reformen.[746]

Utredningen hänvisar till resonemangen som förts kring sexuell handling (se ovan), och konklusionen att gärningsmannens avsikt i det enskilda fallet inte ska vara avgörande för bedömningen om en sexuell handling föreligger. Ett sådant krav bör heller inte gälla vid sexuellt ofredande då det handlar om huruvida gärningen objektivt ska kunna bedömas som sexuellt ofredande: ”Huruvida gärningsmannen har haft avsikten att reta eller tillfredsställa sin sexualdrift bör därför inte vara avgörande för avgränsningen av brottet.”[747] Dock anförs att gärningspersonens avsikt och motiv kan ha betydelse för uppsåtsprövningen och straffvärdebedömningen. Som argument för denna slutsats anförs därtill att straffbestämmelsen omfattar gärningar av vitt skilda slag, och att sedan 1990-talet utgör gärningstypen den största gruppen sett till antalet anmälda sexualbrott. Utredningen anför att ”det bör lämnas öppet för en friare bedömning än i dag av om gärningen, bestående i ord eller handlande, ur ett objektivt hänseende typiskt sett varit ägnad att kränka en persons sexuella integritet”. Straffansvaret bör således ”åter omfatta gärningar som före 2005 års reform bedömdes som uppenbart sedlighetssårande”.[748]

Utredningen finner att lagrummets ordalydelse bör ändras för att uppnå detta. Formuleringen ”på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet” ska

---

[744] SOU 2010:71, s. 371-373. Slutsatsen dras utifrån samråd med åklagare och utredningens praxisgenomgång. Praxisgenomgången omfattar, förutom refererad praxis, ”i princip samtliga hovrättsdomar som meddelats under perioden 1 januari – 30 juni 2008”, se ibid., s. 46.

[745] Ibid., s. 371.

[746] Ibid., s. 376-377.

[747] Ibid., s. 378.

[748] Ibid., 378.

ersättas med ”på ett sexuellt kränkande sätt”. Som skäl för att ta bort ”integritet” anförs att ordet är nära förknippat med kroppslig integritet och beröring, och att straffbestämmelsen även omfattar verbala kränkningar. Utredningen finner ej skäl att använda förstärkningsord, som exempelvis ”uppenbart kränkande”. Här anförs att det ligger i sakens natur att inte varje handling med sexuell inriktning som kan vara sexuellt kränkande ska omfattas av bestämmelsen. Kränkningen måste, objektivt sett, ha varit tydlig. Vidare påpekas att särskild försiktighet bör iakttas i fråga om att bedöma verbala kränkningar som sexuellt ofredande och det hänvisas till NJA 1997 s. 359, som även i fortsättningen ska tjäna som vägledning. Här påpekas också att den objektiva ansvarsfrihetsgrunden samtycke, 24 kap. 7 § BrB, har ett praktiskt tillämpningsområde.[749]

Sexualbrottsutredningen ger två exempel på handlingar som bör utgöra sexuellt ofredande. Det ena exemplet är ett hovrättsavgörande i vilket några pojkar under lektionstid överlämnade en trädildo till sin lärare.[750] Det andra exemplet är att en person, i syfte att se hur andra människor reagerar, går fram till en annan person och lägger handen på dennes könsorgan samtidigt som den utsattes reaktion dokumenteras i bild av gärningsmannen eller dennes medhjälpare.

Vad gäller sexuellt ofredande mot barn enligt första stycket finner utredningen att ett krav på att gärningen ska syfta till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift enbart gäller i förhållande till beröring av barn.[751] Det lämnas öppet huruvida detta krav även gäller i förhållande till att förmå ett barn att medverka i en handling med sexuell innebörd. Mot bakgrund av de argument som framförts rörande sexuellt ofredande enligt andra stycket finner utredningen att det är olämpligt att behålla ett krav på särskild avsikt rörande första stycket. Det finns enligt utredningen ingen risk att det kriminaliserade området blir för vidsträckt, eftersom det ändå krävs för straffansvar att beröringen är ”sexuell”. Därtill anförs att handlingar som objektivt sett utgör skötsel av ett barns hygien eller kirurgiska undersökningar och ingrepp, som omskärelse, faller utanför det straffbara området. Slutligen anförs att en sexuell beröring ska ha begåtts uppsåtligen för att vara straffbar, det vill säga, oavsiktliga beröringar omfattas inte av straffansvar.[752]

[749] Ibid., s. 379-380.
[750] Ibid., s. 378.
[751] Ibid., s. 384.
[752] Ibid., s. 385.

Sexuellt ofredande mot sovande och medvetslösa personer samt smygfilmning

I sexualbrottsutredningens betänkande uppmärksammas också frågan om 6 kap. 10 § andra stycket andra ledet brottsbalken kan vara tillämpligt när den utsatte sover eller är medvetslös, samt om bestämmelsen kan tillämpas vid smygfilmning. Utredningen konstaterar att frågan inte berörs i förarbeten och att det heller inte finns något vägledande avgörande från Högsta domstolen.[753] I utredningens praxisgenomgång har något sådant fall inte funnits, men utredningen har ”muntligen fått uppgiften att när situationen har varit aktuell har domstolarna dömt på olika sätt; en del har ansett att bestämmelsen är tillämplig medan andra att den inte är det”.[754]

För att svara på frågan tar utredningen utgångspunkt i vilken brottskategori sexuellt ofredande kan placeras i och anför att det inte tydligt har tagits ställning till om sexuellt ofredande enligt andra stycket är ett fridsbrott eller ett sexualbrott. Den konstaterar vidare att ofredande, som är ett fridsbrott, inte kan begås mot någon som är medvetslös eller sovande, men att det motsatta gäller för sexualbrotten.[755] Då sexuellt ofredande har placerats i 6 kapitlet brottsbalken talar det för att brottet är ett sexualbrott och inte ett fridsbrott, konstaterar utredningen, och menar att det därmed står klart att sexuellt ofredande enligt andra stycket bör omfatta handlingar som riktar sig mot medvetslösa eller sovande personer.

Därtill anförs att formuleringen ”ägnat att kränka personens sexuella integritet” implicerar en objektiv bedömning. Det behöver inte i det enskilda fallet bevisas att en integritetskränkning har skett, utan det är tillräckligt att handlingen typiskt sett är sådan att offrets sexuella integritet kränkts. Det skulle därför strida mot lagstiftarens syfte med bestämmelsen att ställa upp ett krav på att målsäganden måste vara vaken för att gärningen ska vara ägnad att kränka personens sexuella integritet.[756] Utredningen finner att samma slutsats bör dras i fråga om fall där en person på ett sexuellt kränkande sätt har filmat eller fotograferat en annan person i smyg.

Krav på sexuellt intresse

I propositionen 2012/13:111 anförs, liksom i utredningen, att det som skiljer sexualbrotten från övriga brott mot person är att det finns ett sexuellt moment i övergreppet, samt att detta sexuella moment har betydelse både för den inbördes

---

[753] Ett refererat hovrättsfall nämns, RH 1999:119, som jag behandlar i kapitel 6.

[754] SOU 2010:71, s. 381.

[755] Ibid. s. 381-382. Medvetslöshet och sömn konstituerar ett hjälplöst tillstånd i våldtäktsstadgandet. Vid sexualbrott mot barn enligt 4-6 §§ utgör medvetslöshet eller sömn inte något hinder mot straffbarhet, detsamma gäller sexuellt ofredande av barn enligt 10 § 1 st.

[756] Ibid., s. 382.

gränsdragningen mellan sexualbrotten och för gränsdragningen mot andra brott mot person.[757]

Vad gäller utredningens förslag avseende sexuellt ofredande konstateras i propositionen att merparten av de remissinstanser som yttrat sig tillstyrker utredningens förslag. Dock har Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet ifrågasatt om det är helt betydelselöst vilken avsikt gärningsmannen har haft. Denna invändning ges betydelse i propositionen.[758]

Regeringens argument mot förslaget påminner om argumenten i proposition 2004/05:45. Det anförs att handlingar som idag bedöms enligt andra lagrum, såsom ofredande, misshandel och förolämpning, skulle komma att omfattas av sexuellt ofredande. Det kan enligt propositionen ifrågasättas om kriminalisering inom ramen för sexualbrotten är rätt sätt att hantera dessa handlingar. Detta eftersom bestämmelsen sexuellt ofredande ska ses mot bakgrund av systematiken och syftet med sexualbrottslagstiftningen, att ”skydda enskilda personer mot just övergrepp av sexuellt slag”.[759]

Jag menar att detta argument egentligen inte motsäger utredningens förslag. Det som skiljer de olika meningarna åt är ju vad ”sexuellt slag” innebär.

Därtill anförs i propositionen att utredningens förslag inte bör genomföras eftersom konsekvenserna för brottsbalkens systematik inte har analyserats. Slutligen anförs:

> Bestämmelsen kommer således även i fortsättningen att träffa endast sådant handlande som haft en tydlig sexuell inriktning. Det ska alltså hos gärningsmannen ha funnits ett sexuellt intresse med handlandet. Därmed kommer sådana fall av ofredande genom ord eller handlande som gärningsmannen begår av helt andra skäl, t.ex. för att se hur ett offer reagerar i en viss situation eller för att rent allmänt kränka eller skada ett offer, att falla utanför bestämmelsen. Sådana fall kommer i stället att – i likhet med vad som gäller i dag – hanteras enligt andra straffbestämmelser som t.ex. ofredande eller misshandel.[760]

Den straffvärda handlingen kommer således att konstrueras utifrån det straffvärda subjektets avsikt. En tydlig sexuell inriktning förutsätter att gärningsmannen har ett sexuellt intresse, enligt propositionen. En handling som begås med ett sådant intresse ställs i motsats till att rent allmänt kränka eller skada ett offer. Det sexuella intresset särskiljs från andra möjliga intressen och tillskrivs samtidigt en särställning i förhållande till andra intressen. Det skyddsvärda subjektet är frånvarande i propositionens formulering av den straffvärda handlingen.

---

[757] Prop. 2012/13:111, s. 53.
[758] Ibid., s. 55.
[759] Ibid., s. 55.
[760] Ibid., s. 55.

Förmå barn att bevittna en sexuell handling

Utredningen har också att ta ställning till om det behöver vidtas lagändringar med hänsyn till att Sverige har tillträtt Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp.[761] Artikel 22 i konventionen ålägger staterna att vidta åtgärder ”för att straffbelägga uppsåtligt förorsakande, i sexuellt syfte, att ett barn som inte har uppnått åldern för sexuell självbestämmanderätt bevittnar sexuella övergrepp eller sexuella handlingar, även då barnet inte deltar själv”.[762] Utredningens uppfattning är att det inte är uteslutet att tillämpa stadgandet om sexuellt ofredande på situationer av detta slag, men att det är osäkert om bestämmelsen ger ett fullgott skydd för de typer av situationer som täcks av artikel 22.[763] Ur legalitetssynpunkt vore det därför lämpligare, enligt utredningen, att i lagen uttryckligen ange dessa situationer. Därför föreslås att första stycket i stadgandet om sexuellt ofredande ska kompletteras med ”i ett sexuellt syfte förmår barnet att bevittna en sexuell handling”.[764]

Regeringens bedömning är att sexuellt ofredande i sin nuvarande lydelse omfattar att i sexuellt syfte förmå ett barn att bevittna sexuella handlingar eller sexuella övergrepp, utan att själv behöva delta.[765] Någon lagändring föreslås därför inte.

Gränsdragningsproblemet i rättsvetenskapliga praktiker

Gränsdragningsproblemet rörande sexuellt ofredande formuleras också i rättsvetenskapliga praktiker under 2000-talet.

Lernestedt har i en artikel diskuterat vad det sexuella momentet i sexualbrott innebär och hur det bedöms.[766] Räcker det om den sexuella komponenten finns i förövarens eller offrets huvud, eller måste den kunna konstateras objektivt, i det yttre? Lernestedt benar ut alternativ, såsom att den tilltalade blivit sexuellt upphetsad, att offret upplevde sig sexuellt kränkt, eller att gärningen typiskt sett är sexuell. I artikeln behandlas ett tingsrättsavgörande från år 2003. [767] Avgörandet rörde åtal mot pojklagsspelare i en fotbollsklubb för att ha ”galgat” yngre spelare, det vill säga att föra

---

[761] Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, CETS nr. 201.

[762] SOU 2010:71, s. 441.

[763] I praxisgenomgången har två hovrättsavgöranden identifierats där gärningspersonerna har dömts för sexuellt ofredande för att ha visat porrfilm för barn. Ibid., s. 442.

[764] Ibid., s. 442.

[765] Prop. 2012/13:111, s. 85.

[766] Lernestedt (2004).

[767] Solna Tingsrätt dom 2003-01-24, mål nr B 2217-02.

en galge mot eller in i den andres anus. Åklagaren rubricerade gärningarna våldtäkt och försök till våldtäkt, men de tilltalade fälldes för ofredande enligt 4 kap. 7 §. Bland annat anförde tingsrätten som skäl för rubriceringen att handlingen inte var av den art som förutsätts i våldtäktsstadgandet samt att utredningen inte gav stöd för att någon av de tilltalade handlat i avsikt att väcka eller tillfredsställa vare sig sin egen eller den utsattes sexuella drift. Lernestedt konstaterar att det hänvisas både till det *typiska* – att handlingen typiskt sett är avsedd att tillfredsställa eller reta den enes eller bådas sexualdrift – och till det *individuella* – den faktiska gärningspersonens avsikt.[768]

Även Träskman har ställt frågan vad som skiljer en sexuell gärning från en gärning som inte är sexuell, och konstaterar att det inte tycks finnas några klara kriterier för att avgöra denna fråga.[769] Enligt Träskman är det inte bara avgörande huruvida gärningsmannens handlande är sexuellt eller ej, utan också ”hur det uppfattas ur ett ’sedlighetsperspektiv’ och (av) hur offret uppfattar/kan uppfatta kränkningen”.[770] Publicerade hovrättsfall som Träskman redogör för visar att bedömningarna rörande det sexuella momentet i brottet sexuellt ofredande skiljer sig åt. I ett fall finner hovrätten att den tilltalade hade ett sexuellt syfte med sitt handlande, men att offrets sexuella integritet inte kränktes i den mening som lagrummet avser, eftersom hon sov och därmed inte kunde ta anstöt (RH 1999:119). I ett annat fall betonas offrets uppfattning, att offret uppfattat gärningen som en kränkning av hennes sexuella integritet (RH 2004:40). I ett tredje fall är gärningsmannens avsikt avgörande för att fallet bedöms såsom ofredande, och inte sexuellt ofredande (RH 2006:57).

Träskman presenterar två alternativ för hur det sexuella momentet kan bedömas. Ett alternativ är en subjektiv bedömning, antingen grundad på gärningsmannens intentioner eller grundad på offrets uppfattning. Ett annat alternativ är en mer objektiv måttstock, där ”[e]n sexuell handling är en handling som i allmänhet uppfattas som sexuell och som därför ska uppfattas som sexuell”.[771] Träskman landar dock i konklusionen att det antagligen är omöjligt att nagla fast en precis definition av sexualitet, även om straffrätten med hänsyn till legalitetsprincipen borde kunna göra det.

Även i lagkommentarer behandlas gränsdragningsproblematiken rörande sexuellt ofredande och ofredande.

Jareborg och Friberg konstaterar att vad gäller sexuell beröring av barn har det i förarbeten uttalats att beröringen måste ha en sexuell inriktning, i meningen att det är fråga om att söka reta eller tillfredsställa den vuxnes sexualdrift.[772] Men författarna anför att detta uttalande leder till orimligheter eftersom ansvar då skulle vara uteslutet

---

[768] Lernestedt (2004), s. 405.
[769] Träskman (2009).
[770] Ibid., s. 394.
[771] Ibid., s. 396.
[772] Jareborg & Friberg (2010), s. 105.

”om gärningsmannen söker reta eller tillfredsställa barnets eller en tredje persons sexualdrift, men inte sin egen”. Istället bör det vara avgörande om beröringen ”typiskt sett utgör en sexuellt inriktad beröring på det sätt som gäller i övrigt vid brott enligt BrB kap. 6”, vilket skulle innebära att beröringen har, för en vuxen person, en ”otvetydig sexuell karaktär”.[773]

Vad gäller sexuellt ofredande enligt andra ledet i andra stycket (genom ord eller handlande ofreda en annan person på ett sätt som kränker den andres sexuella integritet) anförs i brottsbalkskommentaren att gränsdragningen mellan ofredande och sexuellt ofredande är något flytande, men att om ”ofredandet har en sexuell innebörd ska den anklagade dömas för sexuellt ofredande”. [774] Det konstateras vidare att det i praxis har varit förenat med svårigheter att dra gränsen mellan sexuellt ofredande och ofredande. [775] I brottsbalkskommentaren förespråkas dock inte någon lösning på detta gränsdragningsproblem.

Det gör däremot Jareborg och Friberg.[776] De anför att även om ordet *ofredande* förekommer i båda kriminaliseringarna betyder inte det att sexuellt ofredande är en kvalificerad form av ofredande. Det ena brottet är ett fridsbrott och det andra ett sexualbrott, således har lagrummen olika systematisk kontext. Författarna vänder sig mot regeringens påstående i proposition 2004/05:45 att ansvar för sexuellt ofredande förutsätter att gärningen måste syfta till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Enligt författarna har ett sådant krav varken stöd i lagtexten eller i förarbetena, inte heller är det förenligt med vad som gäller för övriga sexualbrott.

Jareborg och Friberg spekulerar i vad regeringens missuppfattning kan bero på. Kanske handlar det om att andra stycket ska överensstämma med vad som har antagits gälla enligt första stycket. Dock finner författarna att det inte finns någon anledning att avvika ”från ståndpunkten att bedömningen av om en gärning är ägnad att kränka en persons sexuella integritet skall ske på objektiva grunder, och inte utifrån gärningsmannens privata syften”.[777]

I Jareborg och Fribergs lagkommentar behandlas, liksom i SOU 2010:71, frågan om sexuellt ofredande kan begås mot en person som sover eller av annan anledning inte lägger märke till händelsen. Jareborg och Friberg anför att sexuellt ofredande omfattar detta, i vart fall vad gäller kroppslig beröring. Detta eftersom den utsattes sexuella integritet har kränkts även om beröringen inte uppfattas. Även ”smygfilmning under en kvinnas kjol – oavsett om hon lägger märke till gärningen eller inte” bör enligt författarna omfattas.[778]

---

[773] Ibid., s. 105.
[774] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 4 kap. 7 §.
[775] Det hänvisas till avgöranden som jag behandlar i kapitel 6.
[776] Jareborg & Friberg (2010), s. 106.
[777] Ibid., s. 107.
[778] Ibid. s. 107.

5.3 Sammanfattande tolkning av lagstiftande praktiker i samtiden

Jag menar att gränsdragningsproblemet kan begripliggöras utifrån motstridiga kriminalpolitiska problemformuleringar i tidigare lagstiftande praktiker, men också utifrån att integritetskränkningar har formulerats som ett kriminalpolitiskt problem i andra sammanhang. Därtill har också den dömande praktiken betydelse. I det följande diskuterar jag dessa tre aspekter.

Motstridigheter i fråga om skyddsvärda intressen och straffvärda handlingar

I kapitel 4.4 summerade jag frågan om hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras avseende sexualbrotten. Jag beskrev det som att straffvärdhet förankras i kroppsliga handlingar, men att det också är något mer som är straffvärt och som gör vissa kroppsliga handlingar straffvärda. Motsvarande konstrueras den kroppsliga integriteten som skyddsvärd, men det skyddsvärda är också något mer än kroppslig integritet. Jag anförde att det ur lagstiftande praktiker under perioden 1976–2005 kan urskiljas motstridiga konstruktioner av vad detta andra är. Den dominerande konstruktionen innebär att det handlande subjektets sexuella begär blir avgörande. Skyddsvärdhet skapas således som frihet från annans sexuella begär.

Jag menar att denna konstruktion blir tydlig genom det sätt varpå gränsdragningsproblemet formuleras i SOU 2010:71. I sexualbrottsutredningens resonemang om rekvisitet sexuell handling görs skillnad mellan å ena sidan den kroppsliga handlingen, å andra sidan gärningspersonens motiv. Utgångspunkten för resonemangen är den kroppsliga handlingen och i vilken utsträckning den är typisk eller atypisk. Till denna utgångspunkt läggs ett eventuellt sexuellt motiv hos gärningspersonen.

Oavsett sexualbrottsutredningens slutsats – att ett sexuellt motiv hos gärningspersonen i det enskilda fallet i princip inte ska ha betydelse – är själva problemformuleringen centrerad kring den straffvärda handlingens likhet eller icke-likhet med typisk sexualitet – erotisk sexualitet i min tolkning – och det handlande subjektets motiv och avsikt.

Vad gäller sexuellt ofredande formuleras problemet i SOU 2010:71 också här på ett sätt som placerar gärningspersonens motiv i centrum. Dock landar utredningen i slutsatsen att gärningspersonens motiv inte ska vara avgörande för bedömningen om det objektivt sett föreligger ett sexuellt ofredande. I likhet med SOU 2001:14, som jag tagit upp i kapitel 4.3, innebär förslagen i SOU 2010:71 att straffvärda handlingar görs oberoende av om det handlande subjektet drivs av ett sexuellt begär. I proposition 2012/13:111 görs det straffvärda subjektets sexuella begär till en förutsättning för straffansvar. Detta formuleras dock inte, som tidigare, som att gärningen ska ha syftat till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift.

Istället uttrycks ett krav på att det hos gärningsmannen ska ha funnits ett sexuellt intresse.

Att gränsdragningsproblemet över huvud taget formuleras, och att det formuleras som en fråga om gärningspersonens motiv, betraktar jag som uttryck för motstridigheter i nutiden.

Å ena sidan har det skyddsvärda subjektet framkommit allt mer i konstruktionen av straffvärda handlingar i perioden efter brottsbalksreformen. Reformer under 2000-talet motiveras med att den sexuella kränkningen måste ges tydligare genomslag i lagstiftningen. Även i 2013 års reform står det skyddsvärda subjektet i fokus i beskrivningen av skyddsintresset. Det är individens sexuella integritet som ska skyddas. Men å andra sidan framkommer ett anspråk på att bevara sexualbrottens identitet, det vill säga att det handlande subjektets sexuella begär skapar straffvärda sexualbrott.

Å ena sidan görs kön oväsentligt i hur sexualbrotten formuleras som ett kriminalpolitiskt problem. Sexuell integritet hör till individen och den är universell i meningen att alla skyddas lika. Straffvärda handlingar avgränsas och definieras bortom den partikulära situationen. Å andra sidan könas subjekten i exemplen på straffvärda handlingar.

Därtill menar jag att de orsaksförklaringar till sexualbrott som har tillkommit efter brottsbalksreformen på 1960-talet, såsom att sexualbrott formuleras som en fråga om könat våld, innebär att sexualbrott inte längre kan förklaras som uttryck för en avvikande sexualdrift. Det blir orimligt att hänvisa till gärningsmannens sexualdrift som en avgränsande princip för straffansvar. Istället hänvisas till *sexuellt intresse*. Innebörden framstår dock som ungefär densamma.

Gränsdragningsproblemet kommer ur en konflikt mellan motstridiga kriminalpolitiska problemformuleringar. Att överge det straffvärda subjektets sexuella begär som avgränsande princip skulle kräva ett ställningstagande till den fråga som Foucaults uttalande väcker: Om våldtäkt är något annat än våld, vad är då detta andra?[779] Som Bell påpekar beror svaret på vad detta ”andra” är på vilka betydelser som tillmäts sex, kön, våld och makt.[780]

Distinktionen mellan å ena sidan sexualhandlingen, å andra sidan gränsdragande rekvisit, gör att sexualbrott skapas genom den erotiska sexualiteten. När sexualbrotten skapas på detta sätt görs samtidigt en strikt åtskillnad mellan våld (misshandel, fridskränkningar) och sexuella övergrepp.

Lagens egen narrativa diskurs utlovar att vi, genom reformer under 1900-talet, nu har ett heltäckande skydd för den sexuella integriteten. Vad jag har visat är att det inte är givet vad denna sexuella integritet är. Det har formulerats på motstridiga sätt

[779] Kritzman (1988), s. 200. Se kapitel 1.2 där jag diskuterar detta.
[780] Bell (1991), s. 85.

under perioden, men i den dominerande konstruktionen utgörs sexuell integritet av en frihet från annans sexuella begär.

I samband med flera av reformförslagen kring sexuellt ofredande har hänvisats till ofredande. Stadgandet om ofredande framstår som en ”reservparagraf”, enligt vilken det mesta som inte är straffvärt enligt andra lagrum potentiellt sett kan bestraffas som ofredande. Ofredande har inte genomgått de många reformförslag och stridigheter kring lagrummets gränsdragningar som sexuellt ofredande. I förhållande till sexuellt ofredande framstår ofredande som ett oproblematiskt lagrum. Detta understryker att just sexualbrotten präglas av motstridigheter.

Integritetskränkningar som kriminalpolitiskt problem

Vad gäller sexuellt ofredande menar jag att gränsdragningsproblemet också ska förstås i relation till att icke-kroppsliga integritetskränkningar kommer att formuleras som kriminalpolitiska problem i olika sammanhang under 2000-talet.

I kapitel 4 beskrev jag hur sexuellt ofredande mot vuxna, från att ha varit ett icke-problem i utredningarna som föregick 1984 års reform, formulerades i nya kriminalpolitiska kontexter i kvinnovåldskommissionens betänkande SOU 1995:60 och sexualbrottskommitténs betänkande SOU 2001:14. Problemet handlade om verbala (hetero)sexistiska trakasserier. Även ofredande kom att uppmärksammas som ett problem med trakasserier.

År 1998 kriminaliserades grov fridskränkning och grov kvinnofridskränkning. Dessa brott kan bestå av sexuellt ofredande och ofredande. Problemformuleringen tog sikte på upprepat våld och kränkningar i nära relationer. Senare formuleras upprepade trakasserier som ett kriminalpolitiskt problem under beteckningen ”stalkning”.[781] Ett nytt brott, olaga förföljelse, infördes år 2011 i 4 kap. 4 b § BrB. Härigenom kriminaliseras upprepade kränkningar av en persons integritet på ett liknande sätt som fridskränkningsbrotten är utformade.

I ett annat sammanhang har integritet och fotografering behandlats.[782] År 2013 kriminaliserades kränkande fotografering i 4 kap. 6 a §.[783] I propositionen angavs att även om det inte finns något generellt förbud mot kränkande fotografering av en

---

[781] SOU 2008:81; prop. 2010/2011:45.

[782] Integritetsskyddskommittén tillsattes år 2004 och lämnade två betänkanden: SOU 2007:22; SOU 2008:3. Kommittén föreslog att olaga fotografering skulle kriminaliseras.

[783] SFS (2013:366). Se Ds 2011:1; prop. 2012/13:69. Se även avgörandet Europadomstolens dom 2013-11-12 Söderman mot Sverige. Lagrummet stadgar om straff för den som olovligen med tekniskt hjälpmedel i hemlighet tar upp bild av någon som befinner sig inomhus i en bostad eller på en toalett, i ett omklädningsrum eller ett annat liknande utrymme. I andra stycket stadgas om ansvarsfrihet om gärningen med hänsyn till syftet och övriga omständigheter är försvarlig. I tredje stycket undantas ”den som med tekniskt hjälpmedel tar upp bild av någon som ett led i en myndighets verksamhet”.

enskild person, ges ett visst skydd mot kränkande fotografering genom bestämmelserna ofredande och sexuellt ofredande.[784] Angående ofredande anfördes att det för straffansvar krävs att den som utsatts för fotografering ”dels har varit medveten om fotograferingen, dels verkligen har blivit störd av förfarandet”.[785] Angående sexuellt ofredande hänvisades till 2008 års sexualbrottsutredning, vari slutsatsen drogs att handlingar bestående i att ”en person på ett sexuellt kränkande sätt har filmat eller fotograferat en annan person i smyg” kan utgöra sexuellt ofredande.[786] Men det finns olika uppfattningar avseende detta i rättspraxis, anförs det i propositionen.

Som motiv till kriminaliseringen anfördes att fotografering eller filmning av personer, utan samtycke och i smyg, när personen befinner sig i ett privat sammanhang ”kan orsaka allvarliga kränkningar av den enskildes personliga integritet”.[787] Det hänvisades också till den tekniska utvecklingen, som har inneburit möjligheter att fotografera på nästan vilken plats som helst, när som helst och under vilka förhållanden som helst.

Kriminaliseringen av kontakt med barn i sexuellt syfte, 6 kap. 10 a § BrB, motiverades också utifrån den tekniska utvecklingen.[788] Problemet formuleras som att det handlar om vuxna som tar kontakt med barn på internet för att sedan kunna begå sexuella övergrepp mot barnet. I propositionen formuleras också problemet med *onlineövergrepp*, vari sexuellt ofredande och ofredande aktualiseras.[789] Det anförs i propositionen att, beroende på syftet med handlingen och dess karaktär, kan en man som blottar sig inför ett barn i en webbkamera, eller skickar sexuella bilder på sig själv eller på andra till barnet, dömas för sexuellt ofredande. Detsamma uppges gälla ”om en vuxen använder ett språk med tydlig sexuell innebörd, framför sexuella förslag eller ställer frågor med sexuellt innehåll t.ex. via chatt- eller sms-meddelanden”.[790] Därtill anges att ansvar för ofredande eller förolämpning kan aktualiseras om sexuellt ofredande inte är tillämpligt.

Under 2000-talet formuleras kriminalpolitiska problem utifrån kränkning, integritet och sexualitet, och de har det gemensamt att det skyddsvärda inte i första hand är kroppslig integritet, det är inte kroppsliga kränkningar som är straffvärda. Andra *typer* av integritetskränkningar konstrueras. Detta vill jag relatera till gränsdragningsproblemet rörande sexuellt ofredande. Är alla integritetskränkningar som har med sexualitet att göra sexuellt ofredande?

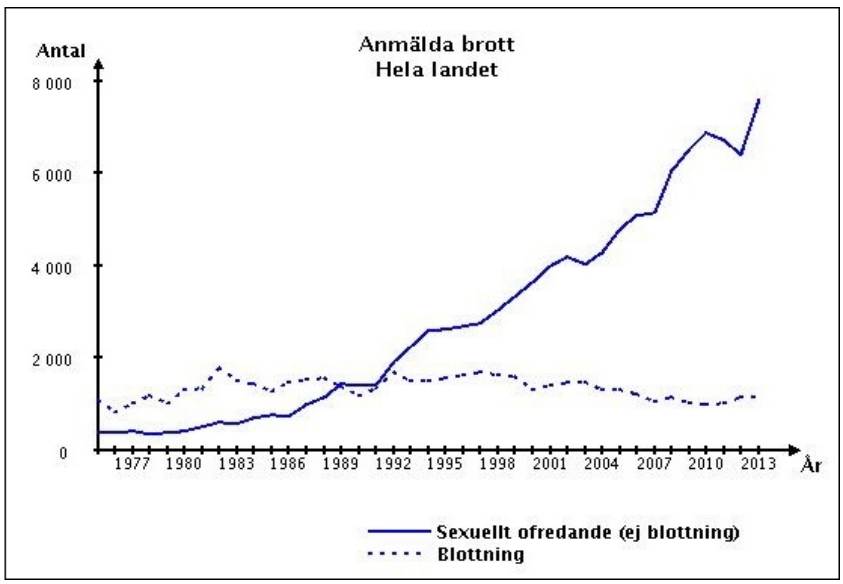
---

[784] Prop. 2012/13:69, s. 10.
[785] Ibid., s. 10.
[786] Ibid., s. 10, SOU 2010:71, s. 382.
[787] Prop. 2012/13:69, s. 7-9.
[788] Prop. 2008/09:149; Ds 2007:13.
[789] Prop. 2008/09:149, s. 16-17.
[790] Ibid., s. 17.

Betydelsen av den dömande praktiken

I SOU 2010:71 och i de rättsvetenskapliga praktikerna formuleras gränsdragningsproblemet med hänsyn till domstolsavgöranden. Jag menar att problemet kan sättas i relation till vilka handlingar som anmäls, vilka fall som leder till åtal, och hur dessa fall begripliggörs i den dömande praktiken.

Det är belysande att sedan brottsbalken trädde i kraft 1965 har antalet anmälda fall av sexuellt ofredande ökat.



Anmälda fall av sexuellt ofredande år 1975 till år 2013.[791]

Enligt Brottsförebyggande rådet kan vad gäller blottning ingen ökningstrend iakttas i ett längre perspektiv. Antalet anmälda fall av blottning har varierat mellan 850 och drygt 1800 brott om året sedan 1975.[792] Antalet anmälda fall av annat sexuellt ofredande har ökat, från 384 anmälningar år 1975 till 7614 anmälningar år 2013. Idag utgör andelen sexuellt ofredande, exklusive blottning, 40 procent av det totala antalet anmälda sexualbrott.[793]

---

[791] Uppgifterna är hämtade från Brottsförebyggande rådet. Diagrammet är skapat i Brottsförebyggande rådets webbtjänst, se http://statistik.bra.se/solwebb/action/index .

[792] Brå (2012), s. 114-116.

[793] Ibid., s. 116.

Ökningen av antalet anmälda fall av sexuellt ofredande vill jag relatera till det jag har beskrivit i kapitel 4, att sexuellt ofredande formuleras som ett problem i fler kriminalpolitiska sammanhang. Antalet anmälda fall är mycket lågt under den period då avkriminalisering föreslogs, men ökar under 1990-talet och fortsätter därefter att öka. Jag menar att det ökade antalet anmälningar talar för att det anmäls integritetskränkningar som tidigare inte har anmälts som brott.

Det övergripande syftet med kapitel 3–5 har varit att synliggöra hur sexualbrotten skapas som en specifik brottskategori. För att göra det har jag använt begreppsparet skyddsvärdhet och straffvärdhet, som jag menar strukturerar den binära koden rätt/icke-rätt. Skyddsvärdhet och straffvärdhet är således en struktur utifrån vilken sexualbrotten skapas. I kapitel 2.3 beskrev jag det som att varje kommunikation i det straffrättsliga systemet hänvisar rekursivt till vad som har gjorts tidigare. På samma sätt som det i den lagstiftande praktiken hänvisas till domstolsavgöranden, görs det i den dömande praktiken hänvisningar till vad som har gjorts i den lagstiftande praktiken. Det som har behandlats i kapitel 3–5 är således kommunikationer som kan utgöra skäl för hur den binära koden appliceras i den dömande praktiken.

I avhandlingens följande kapitel behandlas den dömande praktiken. Här framkommer att domstolarna ställs inför handlingar som tidigare inte har åtalats som sexuellt ofredande. De motstridigheter som framkommer i den lagstiftande praktiken sätter jag i relation till vad som hanteras i den dömande praktiken.

I förarbetena resoneras kring det kriminaliserade området, huruvida det bör utvidgas, inskränkas, i vilken riktning och utifrån vilka motiv. Gällande rätt beskrivs, det ges exempel på handlingar och situationer som bör, eller inte bör, omfattas av stadgandet. Men frågan om vilka handlingar som är straffvärda överlämnas till syvende och sist till domstolarna att avgöra. I förarbetena anförs att vid bedömningen av om en handling utgör sexuellt ofredande eller ofredande ska hänsyn tas till tid och miljöförhållanden och omständigheterna i det enskilda fallet, såsom parternas relation och ålder. I sådana uttalanden ligger ett antagande om att domstolarna kommer att känna igen en straffvärd sexuell beröring, ett straffvärt blottande, eller en straffvärd kränkning av en persons sexuella integritet. Vad som är straffvärt sexualbrott, sexuellt ofredande eller ofredande kan endast domstolen svara på. Den dömande praktiken utgör på så sätt det straffrättsliga systemets centrum.[794]

[794] Se kapitel 2.4.

6 Skyddsvärda intressen och straffvärda kränkningar i vägledande avgöranden

Det här kapitlet ägnas åt vägledande avgöranden som har avgjorts efter brottsbalkens ikraftträdande. Med vägledande avgöranden avses dels avgöranden från Högsta domstolen, dels publicerade avgöranden från hovrätterna.

I avsnitt 6.1 beskriver jag vilka spörsmål som har aktualiserats i Högsta domstolens avgöranden rörande sexualbrotten, sexuellt ofredande och ofredande. Det därpå följande avsnittet, 6.2, ägnas åt avgöranden i vilka Högsta domstolen tar ställning till sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet, rekvisitet sexuell handling, samt brottet sexuellt ofredande. Utifrån dessa diskuterar jag hur skyddsvärd integritet och straffvärda handlingar konstrueras i fråga om sexualbrotten.

Kapitlets två sista avsnitt behandlar särskilt avgöranden rörande sexuellt ofredande och ofredande. I avsnitt 6.3 redogör jag för vilka spörsmål som har aktualiserats rörande dessa två brott i publicerade avgöranden från hovrätterna. Avsnitt 6.4 ägnar jag åt frågan hur straffvärda handlingar skapas i vägledande avgöranden rörande sexuellt ofredande och ofredande.

6.1 Spörsmål i Högsta domstolens avgöranden

Vad gäller sexualbrotten är det framför allt andra spörsmål än brottets sexuella karaktär som har aktualiserats i Högsta domstolen. Högsta domstolens prövning av våldtäktsbrottet har rört bevisfrågor och de gränsdragande rekvisiten i våldtäktsstadgandet.[795] Frågan om rubricering och eventuell ansvarsfrihet vid sexualbrott mot barn har också prövats i Högsta domstolen.[796]

---

[795] För sammanställning och analyser av Högsta domstolens avgöranden rörande våldtäkt, se Andersson (2004) s. 169-206 och Sutorius & Diesen (2014), kapitel 4 och 7.3. Angående bevisfrågor i Högsta domstolens avgöranden, se Kaldal & Lainpelto (2009).

[796] Se NJA 2006 s. 79; NJA 2007 s. 201; NJA 2012 s. 564. Se även Leijonhufvud (2006).

I två avgöranden formuleras frågan om gärningens sexuella karaktär. Det ena avgörandet rör åtal för sexuellt ofredande, NJA 1997 s. 359, och det andra rör åtal för våldtäkt, NJA 2013 s. 548. Sammantaget ger Högsta domstolens avgöranden rörande sexualbrotten intryck av att sexualhandlingarna är oproblematiska rekvisit. Frågan om vad som karakteriserar en sexualhandling, särskilt i förhållande till andra brott mot person, är inte ett framträdande spörsmål i Högsta domstolens sexualbrottspraxis. Detta kan sättas i relation till att det är först i SOU 2010:71 som frågan om hur sexualbrotten ska avgränsas i förhållande till andra brott mot person görs till ett uttalat gränsdragningsproblem.

Dock har gränsdragningen mellan olika sexualbrott prövats av Högsta domstolen. Dels vad gäller gränsen mellan sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet och rekvisitet sexuell handling (eller sexuellt umgänge, som det hette före 2005 års reform), dels gränsdragningen mellan sexuell handling (eller sexuellt umgänge) och sexuellt ofredande.

I det följande redogör jag inledningsvis för det avgörande vari HD tagit ställning till om gärningen utgör en sexualhandling och sedan för avgöranden i vilka Högsta domstolen behandlat frågan om hur sexualhandlingen ska graderas. Därefter redogör jag för vilka spörsmål som Högsta domstolen tagit ställning till vad avser sexuellt ofredande och ofredande.[797]

Olaga tvång eller våldtäkt

I NJA 2013 s. 548 har den tilltalade fört upp sina fingrar i målsägandens slida och i samband därmed uttalat hot. Hovrätten, som rubricerade gärningen som olaga tvång, anförde att då syftet med den tilltalades agerande var att kontrollera om målsäganden varit otrogen med en annan man var det utrett att den tilltalade inte haft något sexuellt syfte med sitt agerande. Högsta domstolen gjorde motsatt bedömning och anförde att vissa handlingar alltid ska anses ha en påtaglig sexuell prägel och att avsikten med handlingen då saknar betydelse: ”En handling av det aktuella slaget är alltid ägnad att kränka den sexuella integriteten, om den utförs utan ett giltigt samtycke.”[798] Slutligen uttalade HD att gärningen, att den tilltalade mot målsägandens vilja fört upp sina fingrar i hennes underliv, är en sexuell handling samt att det saknar betydelse för bedömningen att den tilltalade inte haft något sexuellt syfte. Den tilltalade dömdes för våldtäkt.

---

[797] Följande avgöranden behandlas i avsnittet: NJA 1988 s. 40; NJA 1990 s. 361; NJA 1991 s. 228; NJA 1992 s. 585; NJA 1992 s. 594; NJA 1993 s. 616; NJA 1996 s. 418; NJA 1996 s. 461; NJA 1997 s. 359; NJA 2000 s. 661; NJA 2003 s. 144; NJA 2005 s. 712; NJA 2005 s. 732; NJA 2006 s. 221; NJA 2008 s. 482 I och II; NJA 2008 s. 946; NJA 2008 s. 1096 I och II; NJA 2009 s. 636; NJA 2013 s. 397; NJA 2013 s. 548. Se kapitel 2.6 angående urvalet.

[798] NJA 2013 s. 548, s. 559.

Sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet eller sexuell handling

I fem avgöranden är frågan om en viss gärning utgör den kvalificerade formen av sexuell handling som förutsätts för våldtäkt/våldtäkt mot barn,[799] eller om den är att bedöma som sexuell handling enligt stadgandet om sexuellt tvång respektive sexuellt övergrepp mot barn.[800]

I NJA 2006 s. 221 åtalades en praktikant på en förskola för att ha fört in handen mellan skinkorna på en fyraårig pojke och vidrört dennes könsorgan och analöppning, vilket orsakat smärta. Enligt HD utgjorde detta en sexuell handling, men inte en sådan handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag. Den tilltalade dömdes därmed för sexuellt övergrepp mot barn och inte våldtäkt mot barn.

I NJA 2008 s. 482 I har den tilltalade, som var bekant med målsäganden, stuckit in sina fingrar i en kvinnas slida medan hon sov. Fråga var om handlingen var jämförlig med samlag. HD konstaterade att målsäganden utsatts för en inte obetydlig penetrering av underlivet, vilket lett till viss smärta, och anförde att kränkningen av att utsättas för detta måste anses snarlik kränkningen av att utsättas för ett påtvingat samlag. Den tilltalade dömdes för våldtäkt.

Motsatt bedömning gjordes i NJA 2008 s. 482 II. Den tilltalade har ”med sin hand onanerat åt målsäganden när denne sovit”. Målsäganden är en sjuttonårig pojke som var provanställd i den tilltalades företag. Gärningen begicks på ett hotellrum i samband med en resa som företaget arrangerat. HD anförde: ”Att en gärningsman onanerar åt en annan person torde i de flesta fall inte utgöra ett sådant övergrepp som innefattar en kränkning jämförlig med den som uppstår vid ett påtvingat samlag.”[801] Den tilltalade dömdes för sexuellt tvång.

I NJA 2008 s. 1096 I har den tilltalade, sedan tidigare okänd för målsäganden, tagit med en åttaårig flicka till en innergård och där hållit fast henne och dragit ner hennes byxor och trosor. Han har där en kort stund tryckt sin penis mellan hennes skinkor, utan att beröra hennes könsorgan eller analöppning, och därmed orsakat målsäganden viss smärta. HD anförde att den sexuella handlingen inte är jämförlig med samlag, främst med hänsyn till att händelseförloppet var kortvarigt och att någon

---

[799] Sedan 1 juli 2013 är rekvisitet i 1 § (våldtäkt): ”tvingar en person till samlag eller till att företa eller tåla en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag”. Före 2013 års reform löd rekvisitet: ”tvingar en person till samlag eller till att företa eller tåla en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag”. 4 § (våldtäkt mot barn) stadgar ”samlag med ett barn under femton år eller som med ett sådant barn genomför en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag”. 5 § stadgade före reformen 2013: samlag eller ”sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag”.

[800] NJA 2006 s. 221; NJA 2008 s. 482 I och II; NJA 2008 s. 1096 I och II.

[801] NJA 2008 s. 482 II, s. 503.

beröring inte skett med målsägandens könsorgan eller analöppning. Den tilltalade dömdes för sexuellt övergrepp mot barn.

I NJA 2008 s. 1096 II hade den tilltalade utfört en sexuell handling mot en femårig flicka, dotter till hans dåvarande sambo. Gärningen bestod i att han fört sitt finger mellan målsägandens ben på hennes könsorgan och att han slickat henne på könsorganet. HD anförde: ”Den sexuella handling som den tilltalade utfört har bestått i att han kortvarigt berört målsägandens könsorgan och har inte till någon del inneburit penetration. Han har således inte gjort sig skyldig till vad som brukar förstås med ett oralt samlag.”[802]

Därtill fanns i övrigt inte någon anledning att bedöma handlandet som jämförligt med samlag, anförde HD och fann att gärningen utgjorde sexuellt övergrepp mot barn.

Sexuellt umgänge eller sexuellt ofredande

Fyra avgöranden rör gränsen mellan sexuellt ofredande och andra, allvarligare, sexualbrott mot barn.[803] HD:s avgörande innebar i samtliga fall att gärningen bedömdes som sexuellt umgänge, det vill säga det rekvisit som nu benämns sexuell handling.

I NJA 1991 s. 228 fann HD att den tilltalade hade fingrat på en åttaårig pojkes könsorgan, att beröringarna hade varat högst 20 sekunder och att målsäganden hade fått erektion. HD anförde att även om den tilltalades fingrande på målsägandens könsorgan inte pågått under en längre tid så hade det inte varit fråga om en flyktig beröring, och åtgärderna ”får närmast anses ha haft masturbatorisk karaktär”.[804] Vidare anfördes att den tilltalade var målsägandens brottningstränare och därmed hade en speciell auktoritet, samt att beteendet hade upprepats vid flera tillfällen. Gärningarna bedömdes som sexuellt umgänge med barn.

I NJA 1992 s. 585 består åtalet i att den tilltalade, som var morfar till målsäganden, vid ett tillfälle haft sexuellt umgänge med en ettårig flicka genom att flera gånger föra sitt finger fram och tillbaka på hennes könsorgan. Den tilltalade yrkade i överklagan till HD att gärningen skulle bedömas som sexuellt ofredande. HD uttalade att gärningen ”till sin art haft en tydlig sexuell innebörd” samt att det var ”klarlagt att handlingen har haft en sådan varaktighet, att det inte kan sägas ha varit fråga om en mera flyktig beröring”.[805] Den tilltalade dömdes för sexuellt utnyttjande av underårig.

---

[802] NJA 2008 s. 1096, s. 1112.
[803] NJA 1991 s. 228; NJA 1992 s. 585; NJA 1993 s. 616; NJA 1996 s. 461.
[804] NJA 1991 s. 228, s. 232.
[805] NJA 1992 s. 585, s. 590.

I NJA 1993 s. 616 dömdes den tilltalade för grov våldtäkt och sexuellt umgänge med barn, men utöver dessa gärningar förelåg två åtalspunkter, där frågan var huruvida gärningarna skulle bedömas som sexuellt umgänge eller sexuellt ofredande. Målsägandena var en åttaårig flicka och en tioårig flicka. Den tilltalade var vän till den ena flickans familj. Gärningarna bestod i att den tilltalade hade smekt målsägandenas nakna bröst. Därutöver hade den tilltalade smekt den ena flickan över magen och könsorganen utanpå hennes trosor, samt fattat hennes hand i sin och med denna smekt hennes bröst och hennes mage och könsorgan innanför trosorna. Då det gäller den andra flickan hade han fört in sin ena hand under hennes stjärt och klämt hennes könsorgan med handen utanpå hennes byxor.

HD anförde att beröringarna har ingått som ett led i ett mer omfattande övergrepp mot flickorna, att beröringarna inte varit flyktiga ”utan av sådan varaktighet att flickorna, medan de pågått, hunnit känna obehag och vilset undra hur de skulle förhålla sig”.[806] Därtill anfördes att gärningarna uppenbarligen syftat till att tillfredsställa den tilltalades sexuella drift. Den tilltalade dömdes för sexuellt umgänge med barn.

I NJA 1996 s. 461 har den tilltalade vid upprepade tillfällen under flera års tid gungat målsäganden i sitt knä och då gnidit sitt könsorgan mot hennes bakdel och lår, samt lagt sig bakom målsäganden och gnidit sitt könsorgan mot hennes bakdel och lår. Den tilltalade har vid flera av dessa tillfällen fått utlösning. HD anförde att det var fråga om övergrepp som den tilltalade begått systematiskt under lång tid ”och som måste ha haft till syfte att med målsägandens kropp som hjälpmedel bereda den tilltalade sexuell tillfredsställelse”. Vidare anfördes: ”Fastän såväl den tilltalade som målsäganden vid gärningstillfällena varit iförda underkläder och byxor har handlingarna haft en så påtaglig sexuell prägel och innefattat en så allvarlig kränkning av målsägandens sexuella integritet att de är att anse som sexuellt umgänge i brottsbalkens mening.”[807]

Sexuellt ofredande?

Förutom att sexuellt ofredande aktualiseras som möjlig rubricering i de avgöranden jag nämnt ovan, har HD tagit ställning till huruvida den tilltalade gjort sig skyldig till sexuellt ofredande i tre avgöranden. HD ogillar åtalet helt i samtliga fall.

NJA 1988 s. 40 rör åtal för sexuellt ofredande mot två kvinnor.[808] Åtalet bestod i att den tilltalade, i egenskap av massör på ett träningsinstitut, berört kvinnorna i närheten av deras könsorgan i samband med massage. HD, som ogillade åtalet, angav att den tilltalade ”har demonstrerat att det sätt att massera som han använt i de

[806] NJA 1993 s. 616, s. 637.
[807] NJA 1996 s. 461, s. 472.
[808] Prejudikatfrågan rör en annan åtalspunkt (våldtäkt).

åtalade fallen varit betingat av musklernas uppbyggnad och ändamålsenligt för de besvär som förelåg".[809] HD anförde att det inte var styrkt att behandlingen haft någon sexuell innebörd eller inriktning från den tilltalades sida.

I NJA 1996 s. 418 har den tilltalade, som vid tillfället var sambo med målsäganden, klätt av målsäganden på underkroppen medan hon sov, särat på hennes ben och därefter, medan han videofilmat skeendet, smekt henne på benen och flyktigt berört hennes könsorgan samt onanerat stående intill henne. Vid två andra tillfällen när målsäganden sov har den tilltalade "smekt och flyktigt berört hennes könsorgan och onanerat tills han fått utlösning, varvid han låtit uttömningen hamna på hennes kropp och könsorgan".[810] Vid dessa tillfällen hade han även fotograferat målsäganden.

HD bortsåg från videoinspelningen och fotograferingen av målsäganden i den straffrättsliga bedömningen, då det i svensk rätt inte finns något generellt förbud att utan samtycke fotografera en person.[811] HD anförde angående den tilltalades övriga handlande att detta inte utgjorde sexuellt umgänge. HD anförde att handlandet inte utgjorde sexuellt ofredande, eftersom den tilltalades handlande överensstämde med sexuella handlingar som han och målsäganden brukade företa. Ett justitieråd var skiljaktig och anförde att handlandet skulle bedömas som sexuellt umgänge.

NJA 1997 s. 359 rör huruvida en manlig officer gjort sig skyldig till sexuellt ofredande genom att till en kvinnlig värnpliktig yttra "Har du varit inne på toaletten och knullat?" samt kalla målsäganden för hora.[812] Majoriteten i Högsta domstolen ogillade åtalet. Då den tilltalade riktade yttrandena till en vuxen person, som ett led i en tillrättavisning av en underställd värnpliktig, kunde det enligt HD inte anses visat att förhållandena "varit sådana att den sexuella karaktären hos yttrandena skall föranleda bedömningen att den tilltalade med dessa har uppträtt på ett uppenbart sedlighetssårande sätt".[813] Två justitieråd var skiljaktiga och ansåg båda att den tilltalade skulle dömas för sexuellt ofredande.

---

[809] NJA 1988 s. 40, s. 50.

[810] NJA 1996 s. 418, s. 425.

[811] Sedan den 1 juli 2013 är kränkande fotografering kriminaliserat, se kapitel 1.3.

[812] Fallet tas upp i SOU 2001:14, se kapitel 4.3.

[813] NJA 1997 s. 359, s. 363. Bestämmelsen om sexuellt ofredande före 2005 års reform stadgade i andra stycket "någon genom ord eller handling på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträder anstötligt mot annan".

Ofredande?

I fyra avgöranden från Högsta domstolen formuleras frågan om den åtalade gärningen utgör ofredande.[814]

Ofredande förekommer också i andra avgöranden som prövats av Högsta domstolen. NJA 1990 s. 361 rör åtal för misshandel enligt påstående om att den tilltalade knuffat målsäganden mot en kanotställning. Den fråga som HD tar ställning till är huruvida gärningsbeskrivningen kan anses innefatta påståendet om att den tilltalade gjort sig skyldig till ofredande och vållande till kroppsskada. HD fann att den tilltalade gjort sig skyldig till ofredande. I NJA 2005 s. 732 var utrett att den tilltalade knuffat en annan person, varpå personen ramlat och brutit armen. HD fann den tilltalade skyldig till ofredande och vållande till kroppsskada. Avgörandena utgör exempel på fall som aktualiserar gränsdragningen mellan ofredande och misshandel.

Ofredande förekommer i avgöranden där det, liksom i de två nämnda fallen, inte förs några utförligare resonemang om ofredande.[815] Två avgöranden rör ofredande genom att spotta en annan person i ansiktet, men den fråga som HD behandlar är huruvida den tilltalade ska betala skadestånd till målsäganden.[816]

Avgörandet NJA 2013 s. 397 rör åtal för misshandel mot fem gymnasieelever för att ha tejpat en annan elev med silvertejp och eltejp. De tilltalade har därefter knuffat in målsäganden i en dusch, fått honom att hoppa runt, och även burit och släpat honom vid fötterna, utomhus och inne i skolan. Han har även fällts omkull och då varit oförmögen att ta emot sig. De tilltalade har filmat händelseförloppet. De tilltalade invände att målsäganden lämnat samtycke till gärningen men HD fann att något giltigt samtycke inte förelåg. HD anförde att tejpningen inte utgjorde misshandel utan ofredande, eftersom gärningen riktades mot målsägandens frihet. Även de skador som gärningen resulterat i omfattades av ofredande.

Jag nämner dessa avgöranden då de antyder att kroppsliga fridskränkningar, att handgripligen antasta, framställs och framstår som självklara fall av ofredande, särskilt i jämförelse med de fyra avgöranden som rör icke-kroppsliga gärningar. Dessa redogör jag för nedan.

Ofredande genom yttranden

I två av dessa fyra avgöranden tar Högsta domstolen ställning till frågan om yttranden kan utgöra ofredande: NJA 1997 s. 359 och NJA 2000 s. 661. I NJA 1997 s. 359 (som jag nämnt i avsnittet ovan under rubriken *Sexuellt ofredande?*) prövade HD också om gärningen kunde utgöra ofredande. HD anförde kort att den tilltalade inte

---

[814] NJA 1997 s. 359; NJA 2000 s. 661; NJA 2005 s. 712; NJA 2008 s. 946.

[815] I NJA 2003 s. 144 är frågan om den tilltalade ska dömas för grov kvinnofridskränkning, och en av gärningarna rör ofredande. I NJA 2009 s. 636 var frågan om ofredande konsumeras av grovt olaga intrång.

[816] NJA 1999 s. 725 och NJA 2005 s. 738.

kunde anses ha gett uttryck för en sådan hänsynslöshet som fordras för att gärningen ska kunna rubriceras som ofredande. Möjligen skulle gärningen kunna rubriceras som förolämpning, anförde HD, men åtalsbegränsningarna i 5 kap 5 § BrB gjorde att HD inte kunde pröva frågan om förolämpning.

I NJA 2000 s. 661 stod den tilltalade åtalad för att i trappuppgången utanför målsägandens lägenhetsdörr skrika att han skulle göra brasved av hennes möbler, att hennes barn var horungar, att hon var den största fittan som gått i ett par skor samt att hon var en djävla hora. HD fann styrkt att den tilltalade ”riktat förebråelser mot målsäganden på grund av hennes bristande hyresbetalningar” och yttrat ”nedsättande uttalanden” mot henne, men ogillade åtalet då handlandet inte utgjorde en kännbar fridskränkning.[817]

Avgörandena kan förstås som att verbala yttranden riktade till en person faller inom ramen för förolämpning i 5 kap. som reglerar ärekränkningsbrott, snarare än ofredande och sexuellt ofredande.[818] Yttranden utesluts inte i sig, men det hänvisas på olika sätt till att det krävs ”något mer” för att ofredande eller sexuellt ofredande ska tillämpas.

Ofredande genom att utsätta annan för att bevittna våld

I NJA 2005 s. 712 stod den tilltalade åtalad för grov kvinnofridskränkning och våldtäkt mot sin hustru samt grov fridskränkning mot parets tre gemensamma barn. En av gärningarna som inkluderats i åtalet för grov fridskränkning avser att den tilltalade, under en femårsperiod, ofredat sina tre barn genom att vid ett stort antal tillfällen ha låtit barnen bevittna det upprepade våld och hot den tilltalade utsatt barnens mor för.

Högsta domstolen anförde att det skulle innebära en pressad tolkning av straffbestämmelsen att tillämpa ofredande, och att det inte finns något stöd för en sådan tolkning i lagmotiven eller i praxis. HD anförde vidare att om ofredande tilläts tillämpas i denna typ av fall skulle detta kunna innebära dubbelbestraffning med hänsyn till den nyligen införda straffskärpningsgrunden i 29 kap. 2 § 8 BrB. Därtill skulle besvärliga gränsdragningsproblem kunna uppstå i andra fall då någon haft

---

[817] NJA 2000 s. 661, s. 666.

[818] Tre avgöranden från Högsta domstolen rör om yttranden ska bestraffas som förolämpning. I NJA 1989 s. 374 hade den tilltalade yttrat bland annat ”jävla svartskalle” i samband med att han slagit målsäganden. Hovrätten dömde för ofredande, men skadeståndsyrkandet, som HD tog ställning till, grundades på förolämpning. I NJA 1994 s. 557 hade den tilltalade yttrat till två poliser: ”Era jävla as, jag hatar er, era jävla fascistjävlar”. HD uttalade att det hos poliser i tjänsteutövning bör finnas en viss tolerans mot att personer som blir föremål för ingripande ger uttryck för sina känslor i mindre väl valda ordalag, men att den tilltalade med sina yttranden hade överskridit vad som kan godtas, och dömde för förolämpning. Motsatt bedömning gjordes i NJA 2004 s. 331, där den tilltalade vid ingripande kallade två poliser för svin och grisar. HD anförde att orden kan föranleda ansvar för förolämpning, men i detta fall har den tilltalade ”uttalat orden mera för att ge uttryck för egen ilska och fysisk smärta än i syfte att skymfa”. Åtalet ogillades.

obehag av att ha bevittnat ett våldsbrott eller annat övergrepp. HD anförde även att det saknas tillräckliga skäl för att utvidga utrymmet för ofredande på sådant sätt i rättstillämpningen.

Ofredande genom filmning

Ett annat spörsmål som Högsta domstolen tagit ställning till är huruvida den som filmar eller fotograferar annan kan göra sig skyldig till ofredande. Som framgått av avsnittet ovan (Sexuellt ofredande) har HD i NJA 1996 s. 418 uttalat att det i svensk rätt inte finns något generellt förbud att utan samtycke fotografera en enskild person. I det fallet gjordes uttalandet i samband med åtal för sexuellt ofredande. I NJA 2008 s. 946 rör åtalet ofredande istället.

I NJA 2008 s. 946 har den tilltalade installerat en dold filmkamera och mikrofoner i sin före detta sambos lägenhet. Med hjälp av dessa har han bland annat spelat in då den före detta sambon och hennes nya partner har intimt umgänge. Därtill har han mejlat delar av det inspelade materialet till målsägandens familj, vänner och kollegor. Förutom filmklipp har e-posten innehållit ett brev med bland annat ingående beskrivningar av innehållet i de bifogade filmklippen. Den tilltalade döms i tingsrätten och hovrätten för olovlig avlyssning och förtal avseende vissa delar av den tilltalades handlande.[819]

Åklagaren påstod i överklagan till HD att den tilltalade har ofredat målsägandena sammantaget genom installationen av kamera och mikrofoner, genom inspelningen samt genom de åtgärder som har medfört att detta blivit känt för målsägandena. Det spörsmål som HD tar ställning till är således om den tilltalades samlade åtgärder, som den dolda filmningen är en del av, utgör ett ofredande som fullbordats i och med att målsägandena fick kännedom om inspelningarna.

HD konstaterade att det i svensk rätt inte finns något generellt förbud mot att fotografera eller filma en person utan dennes samtycke, samt att vad gäller ofredande genom hänsynslöst beteende, har det ansetts att det är en förutsättning för ansvar att gärningen inneburit en kännbar fridskränkning, vilket förutsätter att den angripne uppfattat angreppet när detta företogs. Men åklagaren har alltså påstått att ofredandet skulle ha fullbordats i och med att målsägandena fick kännedom om inspelningarna, och hänvisat till olaga hot, som kan förmedlas till den hotade av tredje man. HD fann dock att situationen är en annan vid ofredande, och ogillade åtalet.

HD anförde därtill att det kan diskuteras om bestämmelsen om ofredande fyller rimliga anspråk på klar och tydlig strafflag, samt: ”Även om bestämmelsen är vag och lämnar formellt utrymme för högst skiftande tolkningar finns det emellertid, inte

[819] Åtalet för förtal bifölls endast delvis av tingsrätten, nämligen avseende innehållet i det bifogade brevet. Däremot var det inte utrett att mottagarna av e-posten tagit del av bild- och ljudfilmerna, det var alltså inte styrkt att mottagarna tagit del av de uppgifter som filmerna förmedlar. Vad gäller e-posten till kollegor var det inte styrkt att de innehållit en samlagsscen. Hovrätten dömde dock för ofredande avseende filminspelningen.

minst av legalitetshänsyn, skäl att undvika tolkningar som framstår som pressade”.[820] HD hänvisade också till att ansvar för olovlig bildupptagning har varit föremål för lagstiftarens överväganden under lång tid, utan att det i något sammanhang har anförts att lagrummet ofredande skulle kunna tillämpas på det av åklagaren påstådda sättet.

Sammantaget bekräftar NJA 2008 s. 946 att olovlig filmning i sig inte är ett brott. Detta har dock, som nämnts, ändrats sedan kränkande fotografering kriminaliserades den 1 juli 2013. Den nya kriminaliseringen avser endast filmning och fotografering, inte spridande av foton eller filmer. NJA 2008 s. 946 kan tolkas som att ofredande utesluts som tillämpligt lagrum för sådana handlingar.

Just spörsmålet kring fotografering och filmning och spridande av foton och filmer har också prövats som en fråga om förtal i NJA 1992 s. 594.[821] Den tilltalade har i smyg videofilmat när han och målsäganden hade samlag. Han har därefter visat filmen flera gånger för olika personer, lånat ut filmen samt hotat med att visa filmen för förmannen på målsägandens arbetsplats.

HD anförde, liksom i avgörandet NJA 2008 s. 946, att det i svensk rätt inte finns något generellt förbud mot att utan samtycke filma en person eller för andra visa en film där en person förekommer, trots att förfarandet kan vara djupt integritetskränkande. Det är endast ärekränkningsbrotten som kan komma ifråga. HD konstaterade att den som visar en enskild person på film därigenom lämnar de uppgifter om denne som filmen förmedlar. På frågan om de uppgifter som lämnats genom filmen var ägnade att utsätta målsäganden för andras missaktning anförde HD att videofilmen lämnade uppgifter om att målsäganden haft samlag med den tilltalade och om hur samlaget genomfördes. De uppgifterna kunde inte i och för sig anses nedsättande för henne. Men:

---

[820] NJA 2008 s. 946, s. 963.

[821] NJA 1992 s. 594. Se även NJA 2004 s. 757, där frågan i HD är huruvida hovrätten ägt pröva om den tilltalade gjort sig skyldig till förtal, då åtal väckts för sexuellt ofredande. HD fann att så var fallet, och meddelade inte prövningstillstånd i övrigt. I målet har den tilltalade satt upp lappar med pornografiska bilder av målsäganden i hennes trappuppgång samt på hennes skola. Bilderna har tagits när den tilltalade och målsäganden levde tillsammans. Enligt hovrätten krävs det för ansvar enligt bestämmelsen om sexuellt ofredande att anslåendet av lapparna ska vara ägnat att väcka anstöt hos målsäganden. Då målsäganden inte hade sett lapparna i skolan, förelåg inte fullbordat sexuellt ofredande. Framför allt, anförde hovrätten, framstod handlandet som ägnat att väcka anstöt hos de personer som kom att se lapparna, men inte hos målsäganden som hade sett bilderna förut. Hovrätten dömde för förtal. Jämför NJA 1994 s. 637, i vilket ansvarig utgivare av tidning dömdes för förtalsbrott (tryckfrihetsbrott) för ett reportage som innehöll fotomontage där kända personer förekom i sexuella situationer genom att deras ansikten fogats samman med andra personers kroppar.

> Den som ser filmen får emellertid lätt det felaktiga intrycket att målsäganden kände till att samlaget filmades. Slutsatsen ligger då också nära till hands att hon inte hade något emot att filmen visades för andra. Den bild av målsäganden som filmen sålunda förmedlar måste anses nedsättande för henne, vilket bekräftas av de reaktioner och attityder som hon mött i sin omgivning sedan filmen vid olika tillfällen visats för andra.[822]

De uppgifter som lämnats om målsäganden har alltså varit ägnade att utsätta henne för andras missaktning. Den tilltalade dömdes för grovt förtal. Avgörandet, tillsammans med NJA 1996 s. 418 och NJA 2008 s. 946, pekar på hur en typ av integritetskränkningar framstår som problematiska i det straffrättsliga systemet. Integritetskränkningar som ett kriminalpolitiskt problem diskuterade jag i kapitel 5.3. Det är en typ av handlingar som är relaterade till sexualitet, men som inte utgör kroppsliga angrepp.

Summering

I avsnittet har jag redogjort för vilka typer av spörsmål som Högsta domstolen har behandlat inom ramen för sexualbrotten, särskilt sexuellt ofredande, samt ofredande.

Vad gäller sexualbrott mot person som förutsätter rekvisitet sexuell handling har spörsmålen främst rört annat än huruvida den åtalade handlingen är sexuell. Först år 2013 formuleras den frågan i Högsta domstolen. Vad gäller sexuellt ofredande har Högsta domstolen behandlat spörsmålet om gärningens sexuella karaktär en gång, då i ett avgörande som rör yttranden.

I kapitel 4.4 anförde jag att vad gäller sexualhandlingarna i de allvarligare sexualbrotten, det vill säga rekvisitet sexuell handling och sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet, konstrueras straffvärda handlingar utifrån kroppen och särskilt könsorganen. Jag anförde också att könsorgan konstrueras som sexuella i sig, vilket följer av att möjligheten att en handling inte är straffvärd som sexualbrott oftare aktualiseras då det inte är fråga om att könsorgan kommer i kontakt, eller samlagsliknande handlingar.

Jag menar att denna analys i viss mån bekräftas av att frågan om en gärnings sexuella karaktär utgör undantagsfall i Högsta domstolens avgöranden rörande sexualbrotten. Ett liknande mönster framkommer gällande ofredande. Kroppsliga integritetskränkningar konstrueras som straffvärda på ett underförstått sätt som inte gäller andra typer av integritetskränkningar. I vart fall är det andra integritetskränkningar än kroppsliga som har aktualiserats som problem vad gäller ofredande. Dock ska påpekas att det är ett fåtal avgöranden det är fråga om.

---

[822] NJA 1992 s. 594, s. 598-599.

Detta kan tolkas som att kroppslig integritet privilegieras som skyddsvärd framför andra typer av integritet. Det kan dock sättas i relation till att sexuellt ofredande och ofredande framkommer i nya kriminalpolitiska problemformuleringar, och i en kontext av icke-kroppsliga integritetskränkningar som ett kriminalpolitiskt problem från 1990-talet och framåt.[823]

Spörsmålen i Högsta domstolens avgöranden indikerar också att det i det straffrättsliga systemet görs anspråk på att vissa handlingar relaterade till sexualitet förvisso är straffvärda, men att det skyddsvärda inte motsvarar givna brottskategorier (sexualbrott, fridsbrott, ärekränkningsbrott). Jag återkommer till detta i avsnitt 6.4. Dessförinnan lägger jag avgöranden som rör ofredande åt sidan för att diskutera avgöranden som rör sexualbrotten.

6.2 Skyddsvärd integritet och straffvärda handlingar i Högsta domstolens avgöranden

Som jag nämnt i summeringen ovan är det mest framträdande i Högsta domstolens avgöranden att sexualbrotten utgör en självklar brottskategori. Det är inte sexualhandlingarna i sig som är problematiska. Flera av Högsta domstolens avgöranden rör dock frågan om hur sexualhandlingen ska graderas.

Nedan diskuterar jag hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i dessa avgöranden, samt i de avgöranden där frågan om en handlings sexuella karaktär faktiskt aktualiseras i Högsta domstolens prövning.

Skyddsvärd kroppslig integritet

I kapitel 4.4 summerade jag min analys av den lagstiftande praktiken som att det skyddsvärda med sexualbrotten är förankrat i kroppslig integritet, särskilt kopplad till könsorgan, och att det straffvärda är kroppsliga handlingar, som involverar könsorgan. Samtidigt är det skyddsvärda och det straffvärda mer än kroppslig integritet och kroppsliga gärningar. Dels så konstrueras könsorgan, eller andra kroppsdelar, som sexuella i vissa specifika subjektsrelationer och situationer. Dels är det specifikt skyddsvärda och straffvärda med sexualbrotten inte nödvändigtvis kroppsligt. Skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras som en interaktion mellan kropp och avsikt. De hänger samman, men särskiljs också.

Detta framkommer också ur de avgöranden i vilka Högsta domstolen tar ställning till hur sexualhandlingen ska graderas. Att det är könsorgan som utgör

[823] Se kapitel 4.2-3 och 5.3.

utgångspunkten är något av en självklarhet. Samlaget och samlagsliknande handlingar utgör det paradigmatiska exemplet på sexuell handling. Det framkommer i Högsta domstolens avgöranden genom att det inte i någon större utsträckning varit ett problem i det straffrättsliga systemet vilka kroppsliga intrång som är sexuella i sexualbrottens mening; det är först 2013 som Högsta domstolen prövar detta explicit.[824]

Det skyddsvärda konstrueras som förkroppsligad integritet centrerad till könsorgan. Detta bekräftas av exempelvis NJA 2008 s. 482 I och II, i vilka det inte är någon tvekan om att handlandet utgör sexuell handling, även om det inte är givet att handlingarna är jämförliga med samlag på det sätt som förutsätts i våldtäktsstadgandet. I NJA 2008 s. 482 I, där den tilltalade hade stuckit in sina fingrar i målsägandens underliv medan hon sov, anförde HD att det var ”uppenbart” att gärningen utgör en sexuell handling.

I NJA 2006 s. 221, vari handlingen bestått i att den tilltalade fört in sin hand under en fyraårig pojkes kalsonger, tagit på hans könsorgan samt vidrört pojkens analöppning, anförs i HDs domskäl att den tilltalades handlingar haft en sexuell inriktning.[825] Ett liknande konstaterande gör tingsrätten i NJA 2008 s. 1096 II: ”Det är uppenbart att de handlingar den tilltalade begått haft en sexuell inriktning.”[826] Gärningen i det fallet bestod i att den tilltalade fört sitt finger mellan målsägandens ben på hennes könsorgan och att han slickat henne på könsorganet.

Att själva kroppskontakten är av betydelse framkommer av NJA 1996 s. 418. Gärningen bestod i att den tilltalade klätt av målsäganden, särat på hennes ben, filmat och fotograferat då han tagit på hennes könsorgan, onanerat och låtit utlösningen hamna på hennes kropp och könsorgan. Enligt HD var beröringen av målsägandens könsorgan inte ”av sådant slag att han därigenom kan anses ha haft sexuellt umgänge med henne”.[827] Avgörandet utpekas i senare förarbeten som inte längre vägledande, och gärningen anges som exempel på vad som kan omfattas av rekvisitet sexuell handling, som infördes år 2005.[828] Att avgörandet har ansetts innebära en olämplig gränsdragning i efterhand visar på förändringen i den lagstiftande praktiken över tiden, nämligen att den straffvärda handlingen konstrueras med hänvisning till kränkningen av det skyddsvärda subjektets integritet, och inte till tekniska, kroppsliga, definitioner.

---

[824] Andersson (2013). I SOU 2010:71 hänvisas dock till hovrättsavgöranden där spörsmålet uppkommit, se avhandlingens kapitel 5.2.

[825] NJA 2006 s. 221, s. 226.

[826] NJA 2008 s. 1096 II, s. 1109.

[827] NJA 1996 s. 418, s. 427.

[828] Se kapitel 4.3.

Även andra avgöranden som rör hur sexualhandlingen ska graderas visar på denna förändring. Flera av dessa avgöranden rör sexualbrott mot barn.

I avgörandet NJA 1996 s. 461 formuleras frågan om det har betydelse att målsäganden varit iförd underkläder. Själva frågeställningen visar på, menar jag, att utgångspunkten för straffvärda sexualbrott är det nakna könsorganet. Det avgjorda fallet framstår som ett gränsfall: här går gränsen för (dåvarande) rekvisitet sexuellt umgänge (numera sexuell handling). HD anförde: ”Fastän såväl den tilltalade som målsäganden vid gärningstillfällena varit iförda underkläder och byxor har handlingarna haft en så påtaglig sexuell prägel och innefattat en så allvarlig kränkning av målsägandens sexuella integritet att de är att anse som sexuellt umgänge i brottsbalkens mening.”[829]

I NJA 1996 s. 461 hänvisas dock även till andra omständigheter som talar för att gärningen är ett allvarligare brott än sexuellt ofredande. Här nämns att övergreppen har begåtts ”systematiskt under lång tid” samt att de ”måste ha haft till syfte att med målsägandens kropp som hjälpmedel bereda den tilltalade sexuell tillfredsställelse”.[830] Det som gör handlingen mer straffvärd är inte endast ett fysiskt överskridande av det skyddsvärda subjektets kroppsliga integritet. Det är också att använda det skyddsvärda subjektet i ett visst syfte. Det straffvärda subjektets sexuella begär gör gärningen (mer) straffvärd.

I NJA 1993 s. 616 konstrueras den straffvärda handlingen både genom referens till vad gärningen gör med det skyddsvärda subjektet, och genom referens till det straffvärda subjektets sexuella begär. HD anförde som skäl för att gärningarna utgjorde sexuellt umgänge, och inte sexuellt ofredande, att beröringarna ”ingått som ett led i ett mer omfattande övergrepp mot dem”,[831] att de inte varit flyktiga utan av sådan varaktighet att flickorna ”hunnit känna obehag och vilset undra hur de skulle förhålla sig” samt att ”gärningarna uppenbarligen syftat till att tillfredsställa den tilltalades sexuella drift”.[832]

Gärningen görs straffvärd genom hänvisning till den tilltalades sexualdrift. Det är en referens som gör den kroppsliga handlingen straffvärd, men som också går utöver den kroppsliga handlingen. Straffvärdhet konstrueras som subjektets förkroppsligade sexuella begär, såsom dennes erigerade penis, eller utlösning.[833] Det

---

[829] NJA 1996 s. 461, s. 472.

[830] Ibid., s. 472.

[831] Den tilltalade döms också för att vid ett tillfälle fört in sin penis i målsägandens slida och utfört samlagsliknande rörelser och för att vid ett annat tillfälle tagit fram sin erigerade penis och förmått målsäganden att onanera åt honom, varefter han själv onanerat sig till utlösning.

[832] NJA 1993 s. 616, s. 637.

[833] I fallet NJA 1996 s. 461 refereras till att den tilltalade vid flera tillfällen fått utlösning i samband med övergreppen.

skyddsvärda är inte enbart kroppslig integritet, utan frihet från att användas av någon annan för dennes sexuella tillfredsställelse.

Jag menar att det särskilt i subjektsrelationen vuxen – barn är något mer än den förkroppsligade integriteten som görs skyddsvärd. Det är också friheten från att sexualiseras i denna relation, att brukas för ett visst syfte, som är kränkande. Straffvärdhet konstrueras genom en underförstådd hänvisning till frånvaron av legitima (icke-sexuella) skäl för att beröra barnens könsorgan eller andra kroppsdelar. Här kan nämnas NJA 1992 s. 585, vari morfadern till en ettårig flicka åtalats för att föra sitt finger fram och tillbaka på hennes könsorgan. Den tilltalade har invänt att han brukade byta blöjor på barnet. I domskälen är det en fråga om vad som kan bevisas. Ett vittne har vittnat om att handlingen inte utfördes i samband med blöjbyte, då den tilltalade förde fingrarna mellan flickans blygdläppar utan att använda vatten, tvål eller salva. Därtill har ett rättsmedicinskt utlåtande åberopats enligt vilken barnet uppvisat förändringar i underlivet. HD anförde att gärningen ”till sin art haft en tydlig sexuell innebörd”.[834]

Sammanfattningsvis menar jag att vad gäller sexualbrotten konstrueras skyddsvärdhet som en förkroppsligad integritet kopplad till specifika kroppsdelar. Relaterat till detta konstrueras skyddsvärdhet därtill som en frihet från att utsättas för annans sexuella begär. Den straffvärda handlingen utgörs av subjektets (felriktade) sexuella begär riktat mot den andre. Ofta sammanfaller dessa, eller antas sammanfalla, som i fallen jag redogjort för ovan. Då råder ingen tveksamhet om att det skyddsvärda är den *sexuella* integriteten och att den straffvärda handlingen är ett *sexualbrott*.

Jag ser dock en viss skillnad beroende av subjektsrelation i Högsta domstolens avgöranden. Det gränsdragande rekvisitet vid brott mot barn är ålder och barnets samtycke har som huvudregel inte betydelse. Samtidigt är (små) barns kroppsliga integritet villkorad i förhållande till omvårdnad. Jag tolkar det som att det skyddsvärda vid sexualbrott mot barn konstrueras med den kroppsliga integriteten i bakgrunden, och friheten från att utsättas från annans sexuella begär, eller sexualiserade beteende i förgrunden. Jag återkommer till detta i kapitel 7.

Vid sexualbrott mot vuxna är snarare den kroppsliga integriteten i förgrunden. Kroppslig integritet som skyddsvärt är villkorat av de gränsdragande rekvisiten, inte av huruvida handlingen är sexuell eller ej. Det är en möjlig tolkning av Högsta domstolens avgörande NJA 2013 s. 548.

[834] NJA 1992 s. 585, s. 590.

Skyddsvärd integritet oavsett det straffvärda subjektets avsikt

Jag konstaterade ovan att det inte är sexualhandlingarna i sig som är problematiska i Högsta domstolens avgöranden rörande sexualbrotten. NJA 2013 s. 548 utgör dock ett undantag. Gärningen bestod i att en man fört upp sina fingrar i sin sambos slida. Hovrätten anförde att det var uppenbart att den tilltalade kränkt målsägandens sexuella integritet genom sitt handlande, men att gärningen inte hade en sådan sexuell prägel som förutsätts för att bedöma gärningen som en sexuell handling. Detta eftersom den tilltalades syfte var att kontrollera om målsäganden varit otrogen med en annan man.[835] Gärningen bedömdes som olaga tvång.

Högsta domstolen gjorde motsatt bedömning. Domstolen hänvisade till propositionen 2004/05:45 och anförde att begreppet sexuell handling träffar sådana handlingar som dels har en påtaglig sexuell prägel, dels har varit ägnade att kränka offrets sexuella integritet.[836] HD utvecklade inte mer allmänt vad påtaglig sexuell prägel innebär, men fastslog:

> Vissa handlingar ska alltid anses ha en påtaglig sexuell prägel. Exempel på sådana handlingar är vaginala, orala och anala samlag. Hit hör även handlingar som att föra in fingrar eller föremål i en kvinnas underliv. Avsikten med handlingen saknar betydelse. En handling av det aktuella slaget är alltid ägnad att kränka den sexuella integriteten, om den utförs utan ett giltigt samtycke.[837]

I likhet med hur skyddsvärdhet konstrueras i de avgöranden jag har diskuterat ovan konstrueras en kroppslig integritet som skyddsvärd i avgörandet. Det specifikt skyddsvärda med den sexuella integriteten villkoras inte av gärningspersonens avsikt.

HD anförde att vissa handlingar alltid ska anses ha en påtaglig sexuell prägel, men i domskälen framkommer inte ställningstaganden i fråga om andra handlingar än de uppräknade. I justitierådet Bäcklunds tillägg till avgörandet resonerades däremot kring andra handlingar.

Bäcklund anförde att vid bedömningen av om en handling är en sexuell handling är det avgörande om den haft en påtaglig sexuell prägel och varit ägnad att kränka offrets sexuella integritet. Påtaglig sexuell prägel föreligger enligt Bäcklund, med hänvisning till proposition 2004/05:45, om handlingen varit av sådan art att den typiskt sett syftar till att väcka eller tillfredsställa bådas eller enderas sexuella drift. Enligt Bäcklund saknar det betydelse om ”handlingen medfört en tillfredsställelse av könsdriften” och inte heller finns något krav på att handlingen i det enskilda fallet

---

[835] NJA 2013 s. 548, s. 554. Hovrätten hänvisade till RH 2010:9, som jag nämnt i kapitel 5.3.

[836] I den nämnda propositionen beskrivs sexuell prägel som att gärningen typiskt sett ska reta eller tillfredsställa bådas eller enderas sexualdrift. Detta nämns inte i HD:s domskäl, dock i föredragandens betänkande.

[837] NJA 2013 s. 548, s. 559.

haft ett sådant syfte.[838] Dock anfördes att en handling som typiskt sett inte syftar till att väcka eller tillfredsställa den sexuella driften, kan anses ha en påtaglig sexuell prägel om den faktiskt har haft ett sådant syfte.

Angående kravet på att handlingen ska ha varit ägnad att kränka den utsattes sexuella integritet anfördes, i likhet med i andra sammanhang, att en objektiv bedömning av de faktiska omständigheterna ska göras, handlingen ska typiskt sett innebära en sådan kränkning. Vidare anförde Bäcklund att det torde ”ligga i sakens natur att en person som mot sin vilja tvingas att företa eller att tåla en sexuell handling utsätts för en sexuell kränkning”.[839]

I princip är det resonemang från prop. 2004/05:45 som upprepas i Bäcklunds yttrande.[840] En distinktion görs mellan å ena sidan sådana handlingar som i sig har en påtaglig sexuell prägel, då den tilltalades avsikt är oväsentlig (vaginala, orala och anala samlag, föra in fingrar eller föremål i en kvinnas underliv, att onanera åt en annan person eller att förmå någon att själv onanera), å andra sidan handlingar ”som typiskt sett inte syftar till att väcka eller tillfredsställa den sexuella driften, t.ex. att urinera på någon”. Vad gäller den sistnämnda kategorin anförs att de kan bedömas som sexuell handling om handlingen ”företas i sexuellt syfte” och i dessa fall kan således gärningsmannens syfte med handlingen påverka bedömningen.

Jag tolkar avgörandet som att vissa kroppsdelar görs skyddsvärda på ett annat sätt än andra. Vad gäller den förstnämnda kategorin fall i Bäcklunds resonemang görs ingen åtskillnad mellan kroppslig integritet och något som går utöver detta (frihet från att utsättas från annans sexuella begär). Den sexuella integriteten placeras i könsorganen. Samtidigt är det tydligt, menar jag, att skyddsvärdhet och straffvärdhet inte konstrueras oberoende av sexuellt begär och erotisk sexualitet. Det återkommer i resonemang om att handlingar som till sin art typiskt sett syftar till att väcka eller tillfredsställa bådas eller enderas sexuella drift är sexuella handlingar, men också i resonemang om den andra kategorin, där det straffvärda subjektets syfte ges betydelse.

Sexuellt ofredande – betydelsen av sexuellt begär

Jag har ovan beskrivit det som att skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras utifrån två skilda men sammankopplade aspekter. Dels konstrueras skyddsvärdhet som en kroppslig integritet kopplad till specifika kroppsdelar. Straffvärda handlingar är kroppsliga handlingar som överskrider den andres kroppsliga gränser och som involverar könsorgan. Dels konstrueras skyddsvärdhet som frihet från annans sexuella begär. Straffvärdhet konstrueras som subjektets sexualdrift eller sexuella begär. När handlingen inte involverar könsorgan, eller inte är ett kroppsligt angrepp, ges det

[838] NJA 2013 s. 548, s. 560.
[839] Ibid., s. 560.
[840] Se avhandlingens kapitel 4.3.

handlande subjektets avsikt betydelse. Det har framkommit i den lagstiftande praktiken, men också i Högsta domstolens avgöranden rörande sexuellt ofredande.[841]

Jag anförde ovan att vid sexualbrott mot vuxna är skyddsvärd kroppslig integritet främst villkorad av de gränsdragande rekvisiten, inte av huruvida handlingen är sexuell eller ej. Detta gäller brotten som förutsätter rekvisitet sexuell handling. I fråga om sexuellt ofredande däremot konstrueras den skyddsvärda integriteten huvudsakligen utifrån en bedömning av gärningens sexuella karaktär.[842]

Detta framkommer i NJA 1997 s. 359.[843] Fallet rör huruvida en manlig officer gjort sig skyldig till sexuellt ofredande genom att till en kvinnlig värnpliktig yttra ”Har du varit inne på toaletten och knullat?” samt kalla målsäganden för hora.

Föredraganden i Högsta domstolens avgörande anförde att hänsyn måste tas till i vilket sammanhang uttalandena gjorts: ”Att som manligt befäl uttala sig på sätt som den tilltalade gjort till en kvinnlig underlydande värnpliktig har inte enbart varit kränkande utan också haft en sexuell innebörd.”[844] Jag menar att den straffvärda handlingen skapas genom hänvisning dels till själva uttalandet, dels till parternas kön och deras positioner (manligt befäl, kvinnlig underlydande värnpliktig).

Majoriteten i Högsta domstolen uttalade som utgångspunkt för bedömningen att ”i 6 kap i BrB upptas brott som på skilda sätt har anknytning till sexuallivet”.[845] Vidare anförde majoriteten att den tilltalades yttranden innehåller ord med en tydlig sexuell innebörd, som också i en mer allmän mening kan framstå som anstötliga. Men, anförde majoriteten, rekvisitet uppenbart sedlighetssårande och rekvisitet anstötligt måste ”rimligen färgas av det ovan redovisade sammanhang i vilken brottsbeskrivningen förekommer i BrB”.

Majoriteten beskriver gärningen som att den tilltalade ”riktade yttrandena till en vuxen person och […] han gjorde det som ett led i en tillrättavisning av en underställd värnpliktig, som den tilltalade ansåg inte hade reglementsenligt ordnad klädsel”. Slutligen konkluderar majoriteten att det inte är visat att ”den sexuella karaktären hos yttrandena skall föranleda bedömningen att den tilltalade med dessa har uppträtt på ett uppenbart sedlighetssårande sätt i den mening som avses i BrB-bestämmelsen”.[846]

---

[841] NJA 1988 s. 40, NJA 1996 s. 418 och NJA 1997 s. 359. I avgörandena är det fråga om det sista ledet i stadgandet om sexuellt ofredande och fallen har avgjorts utifrån hur lagrummet formulerades före 2005 års reform: att ”någon genom ord eller handling på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträder anstötligt mot annan”.

[842] Som jag nämnt i avhandlingens kapitel 1.3 sammanfaller gränsdragande rekvisit och sexualhandlingen i formuleringen av sexuellt ofredande.

[843] Fallet ägnas stort utrymme i SOU 2001:14, se kapitel 4.3.

[844] Här kan noteras att *sexuell innebörd* inte nämns i föredragandens summering av rättsläget, istället talas om att ”gärningens sedlighetssårande beskaffenhet skall vara av relativt utpräglad art”.

[845] NJA 1997 s. 359, s. 362.

[846] NJA 1997 s. 359, s. 363.

Sexuell karaktär i majoritetens domskäl kopplas till sexualbrotten som något som har med sexuallivet att göra. Subjektsrelationen består av de icke könade ”vuxen person” och ”underställd värnpliktig”. Det är något som saknas för att yttrandet ska utgöra sexuellt ofredande enligt majoriteten. Häri tolkar jag in en hänvisning till det sätt varpå straffvärda handlingar konstrueras i förarbeten, det vill säga som felriktat sexuellt begär. Det som saknas är det straffvärda subjektets sexualdrift. Ett legitimt skäl föreligger – eller i vart fall ett skäl som inte tyder på att yttrandet var uttryck för den tilltalades sexuella begär – nämligen tillrättavisningen.

Denna tolkning förstärks av justitierådet Beckmans skiljaktiga yttrande. Beckman anför att uttalandena har en sexuell inriktning och får anses vara uppenbart sedlighetssårande, samt att bedömningen inte påverkas av att ”den tilltalade kan antas ha gjort uttalandena mer för att förnedra målsäganden än för egen sexuell tillfredsställelse”. Detta eftersom det endast är de objektiva förutsättningarna som är avgörande för hur gärningen ska rubriceras. I Beckmans yttrande skapas den skyddsvärda integriteten oberoende av det straffvärda subjektets avsikt.

I det andra skiljaktiga yttrandet, av justitierådet Nyström, invändes mot majoritetens beskrivning av sexuellt ofredande såsom relaterat till sexualbrottskapitlet som helhet. Nyström anförde att lagrummet visserligen kan framstå som en uppsamlingsbestämmelse, men att en jämförelse med övriga brott i kapitlet inte ska göras. I avgörandet framkommer således skilda uppfattningar om hur sexuellt ofredande ska förstås i förhållande till sexualbrotten.

Nyströms yttrande visar också på olika meningar om vilka omständigheter som gör att en handling har en sexuell innebörd. I likhet med föredraganden, men nu mer explicit, är könade subjektsrelationer relevanta för straffvärdhet. Justitierådet Nyström anförde:

> Målsäganden hade frivilligt ansökt om att få fullgöra värnplikt och kom därigenom att vistas i ett alltjämt övervägande manligt sammanhang. Den tilltalade var endast obetydligt äldre än målsäganden men tjänstgjorde som befäl vid förbandet. Vid det med åtalet avsedda tillfället var målsäganden i sällskap med två manliga värnpliktiga. Den tilltalades fråga som var riktad enbart till målsäganden utgjorde ett anstötligt angrepp på henne och hade även, med hänsyn till den situation i vilken hon befann sig, en för henne kränkande sexuell innebörd. Den tilltalade uttalade därefter tillmälet ’hora’. Detta tillmäle måste, utom i rena undantagsfall, uppfattas som kränkande av den till vilken yttrandet fälls och är i och för sig att anse som en förolämpning. Det innebar emellertid därjämte en fortsatt sexuell kränkning av målsäganden.[847]

Det är inte yttrandenas sexuella karaktär som sätts främst i Nyströms motivering utan den könade kontexten som konstruerar straffvärdhet.

---

[847] NJA 1997 s. 359, s. 364.

De olika ståndpunkterna i NJA 1997 s. 359 sätter jag i relation till den fråga om hur sexuellt ofredande bör avgränsas som framkommer både i reformen 2005 och i reformen 2013.[848] I majoritetens domskäl konstrueras den straffvärda handlingen huvudsakligen utifrån vad gärningen är. Det icke-könade straffvärda subjektets avsikt är central. I Nyströms skiljaktiga mening däremot konstrueras straffvärdhet snarare utifrån vad gärningen gör med den som utsätts. Kränkningen av det könade skyddsvärda subjektet hamnar i centrum.

Att den förkroppsligade integriteten är det skyddsvärda vad gäller sexualbrotten förstärks av att det är sådana handlingar som inte innefattar ett kroppsligt angrepp, som är problematiska. Men jag menar också att skyddsvärd kroppslig integritet inte frikopplas från det straffvärda subjektets sexuella begär. Detta framkommer av Högsta domstolens domskäl i NJA 1988 s. 40, som rör åtal för sexuellt ofredande mot två kvinnor. Åtalet består i att den tilltalade, i egenskap av massör på ett träningsinstitut, berört kvinnorna i närheten av deras könsorgan i samband med massage.

Enligt HD:s sammanfattande referat har den tilltalade uppgett att han drivit en seriös och välrenommerad verksamhet, att massage ingick som ett naturligt led i verksamheten, samt att han är en välutbildad och skicklig massör. HD, som ogillar åtalet, anger att den tilltalade ”har demonstrerat att det sätt att massera som han använt i de åtalade fallen varit betingat av musklernas uppbyggnad och ändamålsenligt för de besvär som förelåg”. HD fann det inte vara styrkt att behandlingen ”har haft någon sexuell innebörd eller inriktning från den tilltalades sida”.[849]Skyddsvärd kroppslig integritet villkoras av att handlingen har en sexuell innebörd eller sexuell inriktning. I avgörandet refereras till ett legitimt skäl – professionell massage – och därmed utesluts straffvärdhet. Härigenom villkoras den kroppsliga integriteten av en viss avsikt hos det straffvärda subjektet.

Sexuellt ofredande – villkorad integritet och frågan om samtycke

Vid de allvarligare sexualbrotten, som våldtäkt och sexuellt tvång, villkoras kroppslig integritet genom de gränsdragande rekvisiten. Vad gäller sexuellt ofredande villkoras skyddsvärd integritet, som jag nämnt ovan, genom ett krav på sexuell inriktning. Den skyddsvärda integriteten villkoras också genom hänvisning till parternas relation. Som framkom i kapitel 4.3 har det i förarbeten anförts att vid bedömningen av om en person gjort sig skyldig till sexuellt ofredande ska hänsyn tas till ”om den mot vilken åtgärden riktas frivilligt deltagit i sexuellt närmande mellan parterna”.[850]

[848] Se kapitel 4.3 respektive 5.2.
[849] NJA 1988 s. 40, s. 50.
[850] Se prop. 2004/05:45, s. 86 och s. 90.

I NJA 1996 s. 418 villkoras skyddsvärdhet på detta sätt.[851] Enligt HD hade den tilltalade inte uppträtt anstötligt mot målsäganden eftersom dennes handlande överensstämde med sexuella handlingar som han och målsäganden brukade företa. Således ogillades åtalet. Avgörandet kan sättas in i hur sexuellt ofredande formulerats som ett kriminalpolitiskt problem i den lagstiftande praktiken. Den kriminalpolitiska problemformuleringen avseende sexuellt ofredande i brottsbalksreformen tog sikte på (för den utsatta) okända personers osedliga handlingar i det offentliga rummet, såsom blottning.[852] Handlingar i den privata sfären, eller i en nära relation, har inte utgjort en problemformulering avseende sexuellt ofredande mot vuxna. Detta till skillnad från exempelvis våldtäktsbrottet. I reformen år 1984, den senaste reformen innan fallet avgjordes, förslogs att sexuellt ofredande mot vuxna skulle avkriminaliseras. Kriminaliseringen kvarstod, dock utan någon utförligare motivering.[853]

Avgörandet kan också tolkas som en fråga om målsägandens samtycke. I vissa sammanhang framhålls att om ett samtycke föreligger kan den påstådda gärningen inte utgöra ett sexualbrott.[854] Det kan göras skillnad på å ena sidan om frånvaro av samtycke är en förutsättning för sexuellt ofredande, och å andra sidan om närvaro av samtycke är ansvarsbefriande.[855] I de underrättsavgöranden jag studerat aktualiseras samtycke som en förutsättning för ansvar. Jag återkommer därför till detta i kapitel 7.

Summering

I avsnitt 6.1 beskrev jag vilka spörsmål Högsta domstolen tagit ställning till vad gäller sexualbrotten samt ofredande. I det här avsnittet har jag fördjupat mig i avgöranden vari Högsta domstolen tar ställning till sexualhandlingen, samt de få avgöranden som rör sexuellt ofredande. Jag har resonerat kring hur skyddsvärdhet konstrueras som en typ av kroppslig integritet, kopplad till specifika kroppsdelar, i dessa avgöranden. Men jag har också konstaterat att denna integritet skapas i relation till det straffvärda

---

[851] I avgörandet hade den tilltalade vid ett flertal tillfällen klätt av målsäganden medan hon sov, särat på hennes ben och videofilmat samt fotograferat då han tagit på hennes könsorgan och onanerat, samt låtit utlösningen hamna på hennes kropp och könsorgan.

[852] Se kapitel 3.6.

[853] Se kapitel 4.1.

[854] För en diskussion om samtyckes ansvarsbefriande verkan vid våldsbrott respektive sexualbrott, se Wegerstad (2012), s. 257. Liknande resonemang kan föras kring ofredande. I exempelvis NJA 2013 s. 397, s. 407, anfördes: ”Vid ofredande gäller att det förhållandet att samtycke har förelegat får tillmätas betydelse vid bedömningen av om gärningen över huvud taget har innefattat ett ofredande; den som samtycker till ett handlande som täcks av bestämmelsen i 4 kap. 7 § kan inte gärna samtidigt sägas ha blivit ofredad genom detta.”

[855] Det kan beskrivas som att det är oklart om samtycke aktualiseras som en fråga om brottsbeskrivningsenlighet eller som en fråga om rättfärdigande omständigheter, det vill säga samtycke som ansvarsbefriande grund enligt 24 kap. 7 § BrB.

subjektets sexualdrift eller sexuella begär. På samma sätt som i den lagstiftande praktiken graderas den straffvärda handlingen med den erotiska sexualiteten som måttstock.

I flera av dessa avgöranden konstateras kort att handlingen har en sexuell innebörd eller inriktning, eller att gärningen har syftat till att tillfredsställa den tilltalades sexualdrift. Det framgår inte av domskälen vad det närmare innebär. Eftersom det är i de avgöranden som rör kroppsliga handlingar, där könsorgan är involverade, som denna sexuella innebörd framstår som underförstådd, har jag tolkat det som att det specifikt skyddsvärda med sexualbrotten är en viss kroppslig integritet.

Det är i två avgöranden som rör sexuellt ofredande som det faktiskt resoneras kring gärningens sexuella karaktär. I båda dessa slår Högsta domstolen fast att någon sexuell inriktning inte föreligger. Dessa avgöranden påvisar vad som inte är sexuellt, att ett krav på sexuell innebörd inte är uppfyllt. I avsnitt 6.4 kommer jag åter till frågan om hur sådana krav som ställs upp i avgöranden rörande sexuellt ofredande kan förstås i det straffrättsliga systemet.

Att spörsmålet om en gärnings sexuella karaktär aktualiseras i fråga om sexuellt ofredande framkommer också av publicerade hovrättsavgöranden. Det behandlar jag i det följande avsnittet, 6.3. De följande avsnitten i kapitel 6 fokuserar således specifikt på brotten sexuellt ofredande och ofredande.

6.3 Sexuellt ofredande och ofredande – spörsmål i publicerade hovrättsavgöranden

I kapitel 5 anförde jag att gränsdragningsproblemet vad gäller sexuellt ofredande formuleras i relation till hovrättsavgöranden i vilka frågan om gärningens sexuella inriktning har aktualiserats. Vissa av dessa hovrättsfall har publicerats som RH-fall. Det är ett skäl till att jag här tar upp sådana avgöranden. Ett annat skäl är att publicerade hovrättsfall nämns i lagkommentarer och i förarbeten, ofta som exempel på vad som kan bestraffas som sexuellt ofredande eller ofredande. Genom hänvisning till sådana avgöranden skapas det kriminaliserade området.[856]

I det följande beskriver jag vilka spörsmål som har aktualiserats i RH-avgöranden.

[856] Följande avgöranden behandlas i avsnittet: RH 1981:82; RH 1983:58; RH 1984:82; RH 1992:70; RH 1997:52; RH 1997:91; RH 1997:114; RH 1999:51; RH 1999:119; RH 2004:40; RH 2006:57; RH 2006:133-136; RH 2008:40; RH 2009:11; RH 2009:45; RH 2010:79.

Exempel på sexuellt ofredande

Flera av RH-fallen är korta summeringar och rör främst frågan om straffmätning.[857] RH 1997:91 och RH 1981:82 nämns i brottsbalkskommentaren som exempel på fall där sexuellt ofredande ansetts föreligga[858] I RH 1997:91 står en man åtalad för att ha ringt hem till sex olika kvinnor och falskeligen påstått att han ringt för Statistiska Centralbyråns räkning, och då ställt frågor om kvinnornas sexualliv. Hovrätten dömde för sexuellt ofredande. I RH 1981:82 dömdes den tilltalade för otuktigt beteende. Den tilltalade, som var bussförare, hade hållit fast en femtonårig flicka i bussen och mot hennes vilja berört hennes bröst och försökt dra ner blixtlåset i hennes byxor.

RH 1997:52 rör gränsen mellan sexuellt umgänge med barn och sexuellt ofredande. Hovrätten fann att den tilltalade hade smekt målsäganden mellan blygdläpparna någon minut, och att beröringen varit av sådan varaktighet att målsäganden hunnit känna obehag. Hovrätten anförde att med hänsyn till detta, och att gärningen uppenbarligen syftat till att väcka eller tillfredsställa den tilltalades sexuella drift, skulle gärningen bedömas som sexuellt umgänge med barn.

Även ett annat RH-avgörande rör sexuellt ofredande mot barn. I RH 1999:51 hade den tilltalade, som var granne till målsägandena (tre flickor 6–7 år), legat naken på sin säng och då fått flickorna att spraya honom med antiperspirant. Därtill har han bett en av flickorna att vidröra hans penis och instruerat henne hur hon skulle göra. Hovrätten dömde för sexuellt ofredande.

RH 2013:58 rör åtal för sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning. Hovrätten fann att den tilltalade vid flera tillfällen bland annat hade smekt målsägandens ben, rygg och rumpa, smekt hennes könsorgan, fört in fingrarna i hennes slida samt förmått henne att smeka hans könsorgan. Hovrätten fann dock att den tilltalade inte allvarligt missbrukat den beroendeställning som förelåg. Gärningen rubricerades istället som sexuellt ofredande. Avgörandet utgör ett exempel på att sexuellt ofredande tillämpas på gärningar som kan utgöra sexuell handling enligt allvarligare sexualbrott, men där de gränsdragande rekvisiten i dessa lagrum inte anses föreligga.

Frågan om gränsdragningen mellan sexuellt ofredande och ofredande

I tre avgöranden uppkommer frågan om gärningen ska bedömas som sexuellt ofredande eller ofredande: RH 1984:82, RH 2004:40 samt RH 2006:57. I de två sistnämnda aktualiseras det gränsdragningsproblem som formuleras i SOU 2010:71,

---

[857] RH 1981:82; RH 1997:91; RH 2006:133-136; RH 2008:40; RH 2010:79.
[858] Berggren, Bäcklund, Holmqvist, m.fl. (2013), 6 kap. 10 §.

nämligen om det krävs en viss sexuell avsikt hos den tilltalade för straffansvar för sexuellt ofredande.

Det förstnämnda, RH 1984:82, gäller sexuellt ofredande före 1984 års reform (otuktigt beteende). Den tilltalade stod åtalad för handlingar mot sin dotters femtonåriga kompis. Såväl tingsrätten som hovrätten fann att mannen dels hade kysst målsäganden på kinden och samtidigt berört hennes ena bröst under kläderna, dels senare samma natt satt sig naken på den säng där målsäganden och den tilltalades dotter låg. Tingsrätten fann att hans uppträdande inte varit uppenbart sedlighetssårande och inte heller ägnat att väcka anstöt hos målsäganden. Hovrätten konstaterade att målsäganden uppenbarligen hade tagit illa vid sig av den tilltalades uppträdande, men att det från sedlighetssynpunkt inte varit så utpräglat anstötligt som förutsätts för ansvar för otuktigt beteende. Hovrätten dömde istället den tilltalade för ofredande.

Avgörandet kan betraktas utifrån att den här typen av handlingar inte formulerades som ett kriminalpolitiskt problem under den här tidsperioden.[859] Jag tolkar det som att straffvärdhet inte direkt rör huruvida handlingen hade en viss karaktär – om den var sexuell i sexualbrottens mening – utan om att straffvärdhet villkoras utifrån att målsäganden möjligen skulle välkomna handlingarna. Jag har tidigare uppmärksammat hur den skyddsvärda integriteten villkoras genom hänvisning till subjektsrelationen.[860] I förarbeten anförs att det vid bedömningen ska tas hänsyn till om den, mot vilken åtgärden riktas, frivilligt deltagit i sexuellt närmande mellan parterna.Den tilltalades invändningar – ”Det verkade som om hon var med på noterna och han fick ingen känsla av att hon tog anstöt” – kan förstås mot bakgrund av detta. Detsamma gäller ett skiljaktigt yttrande i tingsrätten, i vilket argumenterades för fällande dom med hänvisning till omständigheterna att målsäganden uppfattat mannens handlande som äckligt, att hon dragit sig undan och gått in i ett annat rum, samt att hon lämnat bostaden mitt i natten.

I RH 2004:40 har den tilltalade olovligen berett sig tillträde till målsägandens Lunarstormsida. Genom att där ändra på sidan har han bland annat framställt målsäganden med sexuellt kränkande anspelningar och skrivit texter med sexuellt kränkande innehåll. Han har skickat mejl från hennes e-postadress till andra, bland andra till målsägandens pojkvän med innebörden att hon gjorde slut med honom och detta av skäl som hade en kränkande sexuell innebörd. Av domskälen framgår inte mer precist vad som har skrivits. Både tingsrätten och hovrätten dömde den tilltalade för sexuellt ofredande. I hovrättens domskäl beskrivs sexuellt ofredande på följande sätt:

---

[859] Se kapitel 4.1.
[860] Se kapitel 6.2.

> Med att handlingen skall företas på ett sedlighetssårande sätt avses sårande av den sexuella sedligheten. Det krävs alltså att orden eller handlingen har inneburit en kränkning av den sexuella integriteten eller självkänslan hos den som får vetskap om orden eller handlingen. Vidare krävs att orden eller handlingen har en utpräglad grad av sedlighetssårande karaktär (jfr SOU 2001:14, s. 206).[861]

Omständigheterna beskrivs som att den tilltalade har ”exponerat målsäganden på ett sexuellt kränkande och förnedrande sätt” och att han ”härigenom kränkt målsägandens sexuella integritet i sådan grad att handlingen måste anses ha en uppenbart sedlighetssårande karaktär”.[862] Hovrätten konkluderade att den tilltalade härigenom på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträtt anstötligt mot målsäganden. Hovrätten anförde därtill att det inte kan anses föreligga något krav på att handlingen har en sexuell inriktning i meningen att den ska vara ägnad att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift.

Straffvärdhet konstrueras med hänvisning till den kränkning som den orsakat hos målsäganden, det vill säga vad gärningen gör med den som utsätts snarare än vad gärningen är uttryck för (den tilltalades sexualdrift). På så sätt kan avgörandet betraktas i relation till det alternativa sätt varpå skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras som jag diskuterar i kapitel 4.4. Avgörandet är ett exempel på en typ av integritetskränkningar som inte utgör kroppsliga angrepp, utan mer tar sikte på hur det skyddsvärda subjektet framställs inför andra.[863]

Det tredje avgörandet som rör frågan om gärningens sexuella inriktning är RH 2006:57. Den tilltalade var en man som inom ramen för en högskoleutbildning läst upp två berättelser som skildrade sex mellan barn för en grupp förskolebarn i 6-årsåldern.

Tingsrätten dömde den tilltalade för sexuellt ofredande. I tingsrättens domskäl anfördes att texterna allmänt sett var att bedöma som grovt pornografiska samt att det enligt rådande moraluppfattning i samhället torde vara mindre lämpligt och inte sällan sedlighetssårande att läsa pornografi för barn. Vidare anfördes att det var utrett, genom förhör med en psykoterapeut, att det varit ytterst olämpligt att läsa texterna för förskolebarn, samt att barnen hade reagerat starkt på texterna.[864] I tingsrättens domskäl framhölls att barn, till skillnad från vuxna, saknar livserfarenhet och förmåga att sätta in sexuella handlingar i sitt sammanhang. Med hänsyn till detta ”får bedömningen av vilka handlingar som är sedlighetssårande anses vara betydligt mera

---

[861] RH 2004:40, hovrättens dom.

[862] RH 2004:40, hovrättens dom. Vidare anförde hovrätten att den tilltalade haft vetskap om att texten skulle komma till målsägandens kännedom, vilket uppenbarligen också varit hans syfte.

[863] Här uppstår frågan om gränsen mellan integritet i sexualbrottens mening, och ära i förtalsbrottens mening. Jämför RH 2009:40, som rör åtal för förtal.

[864] Barnen har ropat ”usch” och ”äckligt”, och föräldrar har vittnat om att barnen uppfattat texterna som äckliga.

sträng när handlingen företas mot barn i förskoleåldern än när den företas mot vuxna personer". Därtill anförde tingsrätten att sexuellt ofredande kan ta sig skilda uttryck och att det inte är "helt ovanligt att någon sexuellt ofredar annan genom uttalanden innefattande könsord". Med hänsyn till att de upplästa texterna är "grovt pornografiska" och att uppläsningen har ägt rum för förskolebarn, har den tilltalade enligt tingsrätten objektivt sett genom uppläsningen uppträtt anstötligt mot barnen. Tingsrätten anförde vidare att den tilltalade, "som är en man i mogen ålder", måste ha insett detta.[865]

Den tilltalade har invänt att han inte kan dömas för sexuellt ofredande eftersom gärningen inte har syftat till att tillfredsställa honom sexuellt. Tingsrätten avfärdade invändningen och framhöll att det inte krävs att en handling har en sexuell inriktning såtillvida att den ska vara ägnad att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift.[866]

Vad gäller frågan om handlingen är uppenbart sedlighetssårande instämde hovrätten i stora delar i tingsrättens resonemang. Men texten beskrevs inte som "pornografisk", utan som att den "skildrar avancerad sexuell aktivitet mellan barn". Hovrätten anförde att då texten "uppenbart skildrar sexualitet utifrån ett vuxenperspektiv, trots att målgruppen är små barn talar starka skäl för att uppläsningen av texten enligt gängse uppfattning är att anse som uppenbart sedlighetssårande". Därtill anfördes att uppläsningen ägt rum då barnen vistats i förskolan och att de då varit utlämnade till andra vuxna personers omdöme än föräldrarnas.

Till skillnad från tingsrätten beaktade dock hovrätten den tilltalades invändning om att handlingen inte har syftat till att tillfredsställa honom sexuellt. Hovrätten anförde att uttalanden i prop. 2004/05:45 ger stöd åt den tilltalades invändning. Det hänvisades också till att i den senaste brottsbalkskommentaren åberopas förarbetsuttalandet som ett generellt uttryck för gällande rätt både före och efter reformen 2005.[867] Hovrätten anförde att det är tveksamt vilken betydelse som ska tillmätas förarbetsuttalandena men hänvisar till den grundläggande straffrättsliga principen om att vid oklarhet bör tolkningen utfalla till förmån för den tilltalade. Att upprätthålla kravet på att handlingen ska syfta till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift innebär en mera förmånlig tolkning och hovrätten utgick därmed från att det förelåg ett sådant krav på handlingens sexuella inriktning. Därtill anfördes att en sådan tolkning måste anses stämma överens med systematiken

---

[865] RH 2006:57, tingsrättens dom.

[866] Här hänvisar tingsrätten till RH 2004:40.

[867] Men enligt hovrätten har lagstiftaren aldrig i förarbetsform uttalat någon tydlig uppfattning rörande huruvida detta krav ställts innan reformen 2005. Inte heller, anför hovrätten, ger tidigare upplagor av brottsbalkskommentaren uttryckligt stöd för att ett sådant krav skulle finnas, förutom vad gäller sexuell beröring av barn i bestämmelsens första stycke.

och syftet med lagen, ”att genom regleringen i 6 kap. brottsbalken skydda mot just övergrepp med sexuella inslag”.[868]

I bedömningen av om den tilltalade hade ett sådant syfte hänvisades till att den tilltalade agerade inom ramen för ett projekt som bedrevs i utbildningssyfte samt att studenterna hade uppmuntrats av projektledaren att vara öppna i förhållande till barns sexualitet och att lägga sina egna tabun åt sidan. Studenterna hade uppmanats av projektledaren att ”våga mer”, eftersom ord inte kan skada. Det hänvisas till att den tilltalade först hade skrivit en text som en av gruppdeltagarna förkastade på grund av att de sexuella inslagen inte var tillräckligt tydliga. Det tycks, anförde hovrätten, ha varit tillfälligheter och tidsbrist som gjorde att ingen av de andra gruppdeltagarna läste den slutliga versionen, samt att det var den tilltalade och inte en skådespelare som läste upp texten för barnen. Hovrätten konkluderade att även om texten hade ett tydligt sexuellt innehåll, var omständigheterna i övrigt sådana att syftet med uppläsningen inte har varit att reta eller tillfredsställa den tilltalades sexualdrift.

Såväl tingsrättens som hovrättens domskäl är utförliga. Möjligen har det att göra med att, som hovrätten anförde, att omständigheterna i fallet ”är mycket särpräglade och avviker från vad som normalt faller inom det kriminaliserade området”.[869]

Frågan om vad som är ett hänsynslöst beteende

Tre RH-avgöranden rör frågan om vad som är ett hänsynslöst beteende i stadgandet om ofredande.[870] Avgörandena utgör samtidigt exempel på vad som har bedömts som ofredande.

I RH 2006:57, som togs upp i föregående avsnitt, friades den tilltalade från sexuellt ofredande men dömdes istället för ofredande av hovrätten. I bedömningen hänvisade hovrätten till att uppläsningen skett inom ramen för förskoleverksamhet och att barnen hade blivit tillsagda att vara tysta i kojan de satt under uppläsningen. Det anfördes att det inte kan förväntas att barn i förskoleåldern ska våga eller ha förstånd att på eget initiativ välja att inte delta vid aktiviteter som arrangerats på detta sätt. Hovrätten anförde: ”Att under sådana förhållanden behöva närvara vid uppläsningen av de aktuella berättelserna måste, i vart fall för så små barn som det här varit fråga om, anses utgöra en kännbar fridskränkning.”[871] Uppläsningen innebar således att den tilltalade genom ett hänsynslöst beteende ofredat annan. Vidare hänvisades till att studenterna tidigare under projektet hade genomfört övningar kring barnens mognadsnivå rörande sexualitet, samt till en lärares vittnesmål om att hon fortlöpande under projektet påtalat vikten av att studenterna skulle bete sig varsamt

[868] RH 2006:57, hovrättens dom.
[869] RH 2006:57, hovrättens dom.
[870] RH 2006:57; RH 2009:45; RH 1992:70.
[871] RH 2006:57, hovrättens dom.

med hänsyn till barnens mognadsnivå och eventuella erfarenheter. Hovrätten konkluderade att mot den bakgrunden måste det ha stått klart för den tilltalade att berättelserna skildrade sexualitet utifrån ett vuxet perspektiv snarare än utifrån barnens och att han genom uppläsningen av en text med så avancerat sexuellt innehåll betedde sig hänsynslöst mot barnen.

I det andra avgörandet som rör frågan om gärningen utgör ett hänsynslöst beteende, RH 2009:45, har två flickor åtalats för att ha ofredat en klasskamrat via chattsidan MSN. De tilltalade hade loggat in på MSN som personen R, en MSN-kontakt som målsäganden tidigare chattat med, och förmått målsäganden att tro att det var R hon chattade med. Under chatten har de tilltalade förmått målsäganden att sätta på sin webbkamera, ta av sig sina kläder på över- och underkroppen och smeka sig själv. Därefter har de tilltalade avslöjat att det inte var R hon visat upp sig för utan för sina klasskamrater. Tingsrätten, som dömde för ofredande, anförde kort:

> Syftet från de tilltalades sida har uppenbarligen varit att få målsäganden att ta av sig sina kläder i tron att hon chattade med R. Ett sådant beteende från de tilltalades sida får anses innebära ett ofredande som i paragrafen anges som 'annat hänsynslöst beteende'. De skall därför båda dömas för ofredande.[872]

Hovrätten däremot ogillade åtalet. Det krävs, enligt hovrätten, en viss aktivitet från gärningsmannens sida eller intensitet i dennes agerande för att beteendet ska kunna bedömas som hänsynslöst. Hovrätten hänvisade till att det av NJA 2008 s. 946 framgår att det är en förutsättning för straffansvar att den angripne uppfattat angreppet när detta företogs, samt att även om vad som enligt vanliga värderingar uppfattas som en kännbar fridskränkning kan variera från tid till annan och mellan generationer, får tolkningen av bestämmelsen inte framstå som pressad eller göras i strid med legalitetsprincipen.

Hovrätten hänvisade till att målsäganden var drygt 16 år gammal, att hon synes ha en för sin ålder normal uppfattning om vad kontakter via internet och användande av webbkamera innebär, samt hon vid tidigare tillfällen agerat på samma sätt. Vidare anförde hovrätten att målsäganden inte skulle ha agerat som hon gjorde om hon hade vetat att det var de tilltalade som hon hade kontakt med i stället för R, samt att hon blev mycket upprörd när de tilltalade avslöjade att det inte var R som hon chattat med.

Som skäl för att ogilla åtalet anförde hovrätten att de tilltalade inte hade använt ett envist pockande eller varit hotfulla under chattandet, utan endast riktat två uppmaningar till målsäganden som hon genast följde. Vidare anfördes: "Även om målsäganden trodde att det bara var R som tittade på henne i webbkameran – vilket hon dock måste ha förstått att det åtminstone fanns risk för att det inte var – har hon

[872] RH 2009:45, tingsrättens dom.

haft möjlighet såväl att själv välja om hon ville följa uppmaningarna eller inte som att stänga av datorn."[873] Mot bakgrund av detta kan de tilltalades agerande enligt hovrätten inte anses som hänsynslöst på det sätt som avses i stadgandet. Målsäganden kan inte heller anses ha utsatts för en kännbar fridskränkning, då hon själv följde de uppmaningar som hon fick via MSN.

Hovrättens domskäl kretsar kring målsägandens handlande. Detta framkommer också i en skiljaktig mening till tingsrättens avgörande, vari anfördes att målsäganden inte haft något emot att visa sig utan kläder för R, en person som hon inte träffat.

Jag tolkar det som att målsäganden varit alltför aktiv för att utgöra ett skyddsvärt subjekt. En subjektsposition som "aktiv" är inte förenlig med att ha blivit kränkt. Den som väljer att "strippa" framför sin webbkamera, bär risken för att någon annan än den avsedda kan se detta.

En jämförelse kan göras med avgörandet RH 1992:70, i vilket det också är fråga om gärningen utgör ett hänsynslöst beteende. Fallet rör ordningsvakter som åtalats för ofredande då de med spritpenna ritat kryss på ovansidan av händerna på en person. De tilltalade invände att skälet till att de ritat kryss på målsägandens händer var att han obehörigen berett sig tillträde till festplatsen, och att märkningen var till för att övriga ordningsvakter skulle se att han varit föremål för ingripande, samt att detta är en vedertagen arbetsmetod. I hovrättens domskäl hänvisas till att det inte ingår i ordningsvakts befogenhet att märka den som omhändertas, samt att åtgärden inte kan göras tillåtlig på den grunden att den som anlitat ordningsvakten gett direktiv om detta. Hovrätten fann "att den märkning ordningsvakterna utfört innefattar ett sådant ingrepp i den personliga integriteten att ett ofredande måste anses föreligga".[874]

Möjligen konstrueras straffansvar i fallet genom en implicit referens till att handlingen utgör en sorts bestraffning. I jämförelse med RH 2009:45 är kontrasterna påfallande, på så sätt att i det sistnämnda avgörandet villkoras skyddsvärdhet utifrån målsägandens beteende.

Fråga om förföljelse, trakasserier och målsägandens vilja

I kapitel 4.2 beskrev jag att förföljelse och trakasserier formulerades som ett kriminalpolitiskt problem under 1990-talet. En handling som isolerad inte är straffvärd som ofredande eller sexuellt ofredande kan med hänvisning till att handlingen har utförts upprepade gånger, eller genom att den relateras till andra handlingar, vara straffvärd. Det gäller både ofredande och sexuellt ofredande.

[873] RH 2009:45, hovrättens dom.
[874] RH 1992:70, hovrättens dom.

Tre publicerade hovrättsfall behandlar den här typen av gärningar.[875] I dessa avgöranden aktualiseras bland annat huruvida målsäganden har uttryckt sin ovilja, och om den tilltalade förstått detta.

I RH 1983:58 framkommer hur den straffvärda handlingen konstrueras genom hänvisning till att beteendet var ovälkommet. Av gärningsbeskrivningen framgår att den tilltalade under drygt ett års tid varje vecka skickat brev och vykort till målsäganden, trots att hon avböjt vidare kontakt. Hovrätten anförde att den tilltalades uppvaktning av målsäganden utvecklats till sådan hänsynslöshet att den kan bestraffas som ofredande. Som skäl anges att målsäganden måste ha blivit illa berörd av att ”flitigt och enständigt bli påmind om ovälkommen uppvaktning”. Därtill angavs att målsäganden inte kunde avstå från att ta del av innehållet i dessa brev och kort om hon ville freda sig från den tilltalades uppvaktning. Visserligen, anförde hovrätten, är det tveksamt om ”den uppenbarligen svårt förälskade” mannen kan tillskrivas full insikt om att uppvaktningen var meningslös. Men då ”han hade påtagliga skäl att räkna med att det förhöll sig så och småningom måste ha förstått att han var ovälkommen” kan han inte undgå ansvar för ofredande”. [876]

RH 1997:114 rör åtal för ofredande och grov förolämpning. Enligt åklagarens påstående har den tilltalade under ett par månaders tid ofredat och smädat målsäganden genom att anonymt skicka tidningsurklipp, vykort och skrivelser med nedsättande och kränkande innehåll, därtill kränkande tillmälen mot målsäganden i och för hans myndighetsutövning som tidigare skoldirektör i kommunen. Hovrätten fann att samtliga försändelser utom en haft ett kränkande innehåll, samt att flera av de skickade vykorten hade ”pornografiskt innehåll”. Gärningarna var att bedöma som ofredande, enligt hovrätten.

I det tredje avgörandet, RH 2009:11, står den tilltalade åtalad för sexuellt ofredande, inte ofredande som i de två ovan nämnda fallen. Den tilltalade är en kvinna som vid upprepade tillfällen under fyra månaders tid lagt fotografier och brev med sexuellt innehåll i målsägandens brevlåda. Tingsrätten dömde för sexuellt ofredande. Även hovrätten fann att handlingarna objektivt sett var att betrakta som sexuellt ofredande. Hovrätten anförde att den tilltalade inte måste ha haft uppsåt att kränka målsägandens sexuella integritet, utan det är tillräckligt för ansvar att uppsåtet omfattat de omständigheter som innebär att gärningen var ägnad att kränka målsäganden på detta sätt. Vidare anfördes att en sådan omständighet är ”att handlingen i någon mening var ovälkommen eller i vart fall inte på ett naturligt sätt påkallad av de inblandades relation till varandra”.[877] I domskälen hänvisades till ett läkarintyg av vilket framgår att den tilltalade har ett kroniskt vanföreställningssyndrom som bland annat innebär att hon tror att högt uppsatta

[875] RH 1983:58; RH 1997:114; RH 2009:11.
[876] RH 1983:58, hovrättens dom.
[877] RH 2009:11, hovrättens dom.

personer är förälskade i henne. Hovrätten anförde att det får godtas att den tilltalade svävade i föreställningen att hon och målsäganden hade en relation och att han uppskattade hennes brev och fotografier. Hon kan därför inte anses ha haft uppsåt till sexuellt ofredande.

Frågan om/när en person kan ta anstöt

Slutligen ska nämnas två avgöranden som rör om en handling som riktas mot en sovande person och smygfilmning kan leda till straffansvar för ofredande eller sexuellt ofredande.

I RH 1999:119 hade den tilltalade, medan målsäganden sov, tagit av hennes trosor och hållit sitt huvud mellan hennes lår med ansiktet nära hennes nakna underliv. Gärningen åtalades som sexuellt ofredande. Hovrätten fann ”att det med hänsyn till de utredda omständigheterna är uppenbart att den tilltalades handlande hade ett sexuellt syfte”. Men då målsäganden sov när gärningen utfördes är det enligt hovrätten oklart huruvida sexuellt ofredande kan tillämpas.[878]

Hovrätten anförde att för att någon ska anses uppträda anstötligt mot en annan person, krävs att gärningen är ägnad att hos denne väcka anstöt, och en person som sover kan uppenbarligen inte ta anstöt. Slutsatsen är då att en ”gärning som riktar sig mot en sovande kan enligt hovrättens mening därför inte heller vara ägnad att hos den sovande väcka anstöt; det förhållandet att denne efter uppvaknandet tar anstöt gör inte någon skillnad”.[879]

Frågan i RH 1999:119 är om den tilltalade istället kan dömas för ofredande. Hovrätten gjorde i bedömningen skillnad mellan *handgripligen antastar* och annat *hänsynslöst beteende*. Enligt hovrätten räcker det för straffansvar att ett handlande, som objektivt sett uppfattas så att gärningsmannen handgripligen antastar annan, sker olovligen i förhållande till målsäganden. På så sätt kan det bortses från att målsäganden på grund av sömn inte förmår uppfatta angreppet. Enligt hovrätten är det klart att den tilltalade inte hade samtycke av målsäganden till sitt handlande, vilket han också var medveten om. Han dömdes därför för ofredande.

Ett hovrättsavgörande som uppmärksammats då det senare kom att bli en fråga för Europadomstolen rör smygfilmning.[880] Den tilltalade hade monterat en

---

[878] Enligt hovrätten finns ett tolkningsproblem, på så sätt att frågan är ”huruvida kravet på anstötlighet för straffbarhet enligt bestämmelsens senare led är detsamma som för straffbarhet enligt det första ledet, dvs. huruvida gärningen skall vara ägnad att väcka anstöt hos -- som bestämmelsens första led är att förstå -- den eller de personer som den riktar sig mot”. RH 1999:119, hovrättens dom.

[879] Som jag nämnt i kapitel 5.2 anförs det i SOU 2010:71 att skyddsintresset för sexualbrotten är annorlunda konstruerat än skyddsintresset för fridsbrotten, och att sexuellt ofredande omfattar gärningar mot den som sover.

[880] Svea Hovrätt dom 2007-10-16, mål nr B 1831-06; Europadomstolens dom 2013-11-12 Söderman mot Sverige.

videokamera i badrummet och filmat när målsäganden, hans fjortonåriga styvdotter, duschade. Tingsrätten anförde att det inte fanns någon annan förklaring till varför han agerat som han gjort än att han haft sexuella avsikter med handlingen, och biföll åtalet för sexuellt ofredande.

Hovrätten anförde att den tilltalade hade monterat kameran i syfte att smygfilma målsäganden och att det skedde i sexuellt syfte. Frågan är dock om detta är straffbart som sexuellt ofredande. Hovrätten hänvisar till NJA 1996 s. 418 och uttalandena däri om att det inte finns något generellt förbud mot att utan samtycke fotografera en enskild person. I domskälen konstaterades att den situation som den tilltalade avsåg att filma ”var uppenbarligen integritetskänslig”, att kränkningens allvar accentueras av att flickan endast var fjorton år gammal och dessutom hans styvdotter. Därtill blev målsäganden kränkt och led skada av hans handlande. Men, anförde hovrätten, det går inte att dra någon annan slutsats än att det i sig inte är brottsligt att filma en person utan vederbörandes vetskap. Även om målsäganden fick veta att den tilltalade försökt filma henne så omfattades det inte av hans uppsåt att filmandet skulle komma till hennes kännedom.

6.4 Sexuellt ofredande och ofredande – sammanfattande tolkning av vägledande avgöranden

I kapitel 1.3 visade jag hur lagkommentarerna ger vägledning för att kunna avgöra om en handling är straffvärd som sexuellt ofredande eller ofredande. I lagkommentarerna upprepas uttryck som förtydligar hur rekvisiten bör tolkas och som således ringar in det kriminaliserade området.

Det framkom att ett straffvärt sexuellt ofredande förutsätter att gärningen har en *sexuell inriktning* eller en *otvetydig sexuell karaktär*. Det framkommer också att blottning typiskt sett ska duga för att *väcka obehag*. Ett annat exempel är formuleringen att handlingen *typiskt sett ska duga för att kränka den andres sexuella integritet*. Straffvärt ofredande förutsätter exempelvis att handlingen *enligt vanlig värdering kan sägas utgöra en kännbar fridskränkning*, eller att den ger *uttryck för hänsynslöshet*.

Sådana krav ställs upp i de förarbeten jag har behandlat i kapitel 3–5. I de kapitlen har jag visat hur kraven görs i relation till kriminalpolitiska problemformuleringar, men också genom hänvisning till konkreta exempel på straffvärda handlingar. I förarbeten lämnas den närmare innebörden av dessa uttryck till den dömande praktiken, samtidigt som de ges en styrande innebörd. Exempelvis som i proposition 2004/05:45, vari anförs angående sexuellt ofredande att

”bestämmelsen bör avgränsas till att träffa handlingar som har en sexuell inriktning på så sätt att de syftar till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift”.[881]

Uttrycken återkommer i de vägledande avgöranden som jag har behandlat i detta kapitel. Jag menar att dessa krav ges ett innehåll endast genom extern referens, genom omständigheterna i det enskilda avgörandet. Således menar jag att dessa uttryck inte är nödvändiga förutsättningar för straffansvar som beskriver vad som är eller inte är möjligt att bestraffa som sexuellt ofredande eller ofredande. Snarare bör de beskrivas som kontingenta kommunikationer som kan, men inte nödvändigtvis, aktualiseras, och som begränsar eller möjliggör straffvärdhet.

I det följande diskuterar jag min tolkning av relationen mellan å ena sidan omständigheterna i det enskilda fallet (fakta, extern referens) och å andra sidan förutsättningar, eller krav, för straffansvar som ställs upp (norm, självreferens) i de vägledande avgöranden som rör sexuellt ofredande respektive ofredande.

Krav för straffvärt sexuellt ofredande

Som jag har visat i avhandlingens föregående kapitel formuleras i förarbeten och i lagkommentarer ett krav som härleds till rekvisitet uppenbart sedlighetssårande i stadgandet om sexuellt ofredande före 2005 års reform. Det formuleras som ett krav på att gärningen ska ha en sexuell innebörd, ett sexuellt syfte, eller en sexuell inriktning för att gärningen ska vara straffvärd som sexuellt ofredande.

I några av de avgöranden som rör gränsen mellan sexuellt ofredande och sexuellt umgänge nämns detta krav mer parentetiskt i HD:s domskäl. Exempelvis, ”vid sexuellt ofredande förutsätts att handlingen har en sexuell inriktning men det räcker med att den innebär en bara flyktig beröring av en annan persons könsorgan”.[882] Eller att sexuellt ofredande beskrivs som ”att en vuxen person av sexuellt intresse mera flyktigt berör ett barns könsorgan.”[883]

Egentligen framgår inte vad kravet på sexuell inriktning innebär i dessa avgöranden. Det blir begripligt först genom en outtalad referens till omständigheterna i fallet. I avsnitt 6.2 tolkade jag det som att sexuell inriktning i dessa avgöranden där straffvärda sexualbrott föreligger hänvisar till könsorgan, även om det endast framkommer implicit.

I några avgöranden aktualiseras dock sexuell inriktning som ett krav som inte är uppfyllt, och därmed ogillas åtalet. I NJA 1988 s. 40, som rörde sexuellt ofredande mot två kvinnor i samband med massage, anförde HD att behandlingen inte hade haft någon sexuell innebörd eller inriktning från den tilltalades sida. Jag menar att

---

[881] Prop. 2004/05:45, s. 88. Jämför uttalandet i prop. 2012/13:111, s. 55, om att det hos ”gärningsmannen [ska] ha funnits ett sexuellt intresse med handlandet”.

[882] NJA 1993 s. 616, s. 637.

[883] NJA 1991 s. 228, s. 231.

kravet på sexuell innebörd ges mening i det moment som det relateras till omständigheterna, det vill säga det straffrättsliga systemets miljö. Sexuell innebörd både aktualiseras och blir begripligt genom extern referens: avsikten att utföra en professionell massage. Kravet aktualiseras således genom förekomsten av en annan, legitim, avsikt. Handlingen – sättet att massera – var betingat av musklernas uppbyggnad, den var ändamålsenlig och således legitim i just denna subjektsrelation: den mellan massör och klient.

Även i NJA 1997 s. 359, som rörde yttranden till en kvinnlig värnpliktig, aktualiseras kravet på sexuell inriktning. Kravet formuleras dock på olika sätt. I föredragandens domskäl talas om ett krav på att gärningens sedlighetssårande beskaffenhet ska vara av relativt utpräglad art. Kravet refererar i föredragandens domskäl till själva uttalandet (”knulla”, ”hora”), men också till könade subjekt och till subjektsrelationen (befäl, värnpliktig). I majoritetens domskäl talas om kravet på att gärningen ska vara uppenbart sedlighetssårande. Detta krav refererar till att sexualbrotten reglerar sådant som har anknytning till sexuallivet.

I justitierådet Beckmans skiljaktiga yttrande anges att kravet på sexuell inriktning föreligger med referens till själva uttalandet. Att sexuell inriktning skulle förutsätta den tilltalades sexuella tillfredsställelse avfärdas. I det skiljaktiga justitierådet Nyströms yttrande aktualiseras huruvida handlingen hade en för målsäganden *kränkande sexuell innebörd*. Detta ges mening genom referens till den könade kontexten (ett övervägande manligt sammanhang, att frågan riktades enbart till henne) och subjektsrelationen (befäl, värnpliktig).

I RH 2006:57 uppställs kravet på att gärningen ska vara uppenbart sedlighetssårande. Detta krav refererar till att texten som lästs upp skildrar sexualitet utifrån ett vuxenperspektiv, men lästs upp för små barn. Därtill uppställs kravet på att handlingen ska syfta till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Kravet ges mening genom extern referens till andra (legitima) syften: att den tilltalade agerade inom ramen för ett projekt som bedrevs i utbildningssyfte, att han och övriga studenter hade uppmuntrats av projektledaren att vara öppna i förhållande till barns sexualitet och att ”våga mer”, samt att texten och uppläsningen var resultatet av ett grupparbete.

I RH 2004:40 framkommer att det för straffvärt sexuellt ofredande krävs att handlingen inneburit en kränkning av den sexuella integriteten hos den som får vetskap om handlingen, samt att handlingen har en utpräglad sedlighetssårande karaktär. Uppenbart sedlighetssårande refererar här till att den tilltalade har ”exponerat målsäganden på ett sexuellt kränkande och förnedrande sätt” och ”härigenom kränkt målsägandens sexuella integritet”.[884]

Att i vägledande avgöranden söka svar på hur sexualbrotten skapas, och att göra det genom att studera vad som utmärker sexuellt ofredande ger kort sagt svaret att

[884] RH 2004:40, hovrättens dom.

gärningen ska ha en sexuell inriktning, eller, som det tidigare hette, att gärningen skulle vara uppenbart sedlighetssårande. Vad detta innebär kan analyseras på två sätt. Dels genom att undersöka vad som är gemensamt för de avgöranden där domstolen kort konstaterar att gärningen har en sexuell inriktning eller en sexuell prägel. En gemensam riktning i avgörandena, som jag har diskuterat i avsnitt 6.2, är att ofta är det fråga om sådana gärningar som involverar könsorgan. Dels genom att undersöka sådana avgöranden där kravet ställs, men där det inte anses vara uppfyllt. Det som då framkommer är skäl som utesluter att kravet är uppfyllt, men själva kravet ges egentligen inte någon innebörd bortom den externa referens som görs i det enskilda avgörandet. Bland de vägledande avgöranden där domstolen konkluderar att gärningen inte har någon sexuell inriktning, refereras både till omständigheterna kring gärningen och till den tilltalades avsikter.

Lagrummet sexuellt ofredande är till sin lydelse tillämpligt oavsett relation mellan parterna och oavsett plats. Straffvärt sexuellt ofredande enligt andra stycket skapas dock inte bara genom att gärningen ska ha en sexuell inriktning (tidigare uppenbart sedlighetssårande), utan också genom formuleringen att det ska vara ett *ofredande som är ägnat att kränka* annans sexuella integritet (tidigare *uppträda anstötligt*).[885]

I HD:s avgörande NJA 1996 s. 418 ogillades åtalet för sexuellt ofredande med hänvisning till att den tilltalades agerande överensstämde med sexuella handlingar som han och målsäganden brukade företa. I avgörandet fastställs och framställs ett krav som utesluter straffansvar i detta fall genom referens till rekvisitet ”uppträder anstötligt”. Kravet ges en innebörd i avgörandet genom referens till att parterna är sambor, att de har en sexuell relation, att de brukar göra så här med varandra.

Hänvisningen till handlingar som parterna brukar göra kan tolkas som en referens till att samtycke från den som utsätts för handlingen utesluter straffansvar. Men i avgörandet hänvisas inte till målsägandens samtycke och vad den tilltalade insett om detta, utan snarare till subjektsrelationen. Kravet aktualiseras i relation till omständigheterna i fallet. Samtidigt blir kravet meningsbärande först genom självreferens, att detta krav följer på rekvisitet uppträda anstötligt, och extern referens till subjektsrelationen sambo och normer om kroppslig tillgänglighet i sådana relationer.

Hänvisningar till subjektsrelation framkommer också i avgörandet RH 2009:11. I avgörandet formulerades kravet att den tilltalade måste ha haft uppsåt omfattande de omständigheter som innebär att gärningen var ägnad att kränka målsägandens sexuella integritet. En sådan omständighet är ”att handlingen i någon mening var ovälkommen eller i vart fall inte på ett naturligt sätt påkallad av de inblandades

[885] Bestämmelsen om sexuellt ofredande, andra styckets andra led, stadgade före 2005 års reform: ”genom ord eller handling på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträda anstötligt mot annan”. I nu gällande lag stadgas: ”genom ord eller handling ofreda annan på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet”.

relation till varandra".[886] Då den tilltalade hade vanföreställningen att hon och målsäganden hade en relation och att han uppskattade hennes brev och fotografier, hade hon inte uppsåt till sexuellt ofredande.

I dessa avgöranden framkommer hur skyddsvärdhet och straffvärdhet villkoras genom krav som hänvisar till sedlighetsnormer. Det är i någon mån självklart att det inte är straffvärt att skicka foton på sig själv och erotiska brev till någon som uppskattar detta. Straffvärdhet konstrueras genom referens till normer om hur en normal relation ser ut, eller, som det uttrycks av hovrätten i RH 2009:11, när det på ett naturligt sätt är påkallat att handla på att visst sätt. Med sedlighetsnormer avser jag antaganden om vad som är ett normalt, acceptabelt eller anständigt beteende i den specifika situationen och subjektsrelationen.

Vad som blir tydligt är att skyddsvärd integritet villkoras beroende av vilka normer och antaganden om relationer det hänvisas till i det enskilda avgörandet. Detta är inte märkligt med tanke på att det i den lagstiftande praktiken artikuleras att tids- och miljöförhållanden ska ges betydelse i bedömningen, samt att det överlämnas till den dömande praktiken att närmare avgöra vad som är straffvärt som sexuellt ofredande. Det jag finner intressant att framhålla är att kraven framställs som något som systemet kräver, samtidigt som de blir meningsbärande endast genom extern referens. I den meningen är det straffrättsliga systemet i varje avgörande kognitivt öppet.

Krav för straffvärt ofredande

Paragrafen om ofredande stadgar att det ska vara fråga om ett hänsynslöst beteende. I förarbetena till brottbalksreformen uttalades att hänsynslöst beteende är en handling som enligt vanliga värderingar utgör en kännbar fridskränkning. Detta krav återkommer i vägledande avgöranden.

I NJA 1997 s. 359 uttalade HD kort att ansvar för ofredande inte kan komma ifråga eftersom den tilltalade inte kunde anses "ha givit uttryck för en sådan hänsynslöshet som fordras för att gärningen skall kunna rubriceras som ofredande". Uttrycket *sådan hänsynslöshet* i HD:s domskäl refererar till ett krav som systemet ställer upp. Samtidigt, som jag påpekat ovan, är det genom referens till omständigheterna i avgörandet som detta krav ges en innebörd.

I NJA 2000 s. 661, som rörde åtal för vad en hyresvärd yttrat till en hyresgäst, hänvisas till detta krav.[887] Domskälen i det avgörandet är utförligare i fråga om extern referens i förhållande till detta krav, och därmed vad som krävs för *sådan hänsynslöshet*

---

[886] RH 2009:11, hovrättens dom.

[887] Enligt gärningsbeskrivningen har den tilltalade stått i trappuppgången utanför målsägandens lägenhetsdörr och skrikit att han skulle göra brasved av hennes möbler, att hennes barn var horungar, att hon var den största fittan som gått i ett par skor samt att hon var en djävla hora.

som medför straffansvar. HD uttalade att för att kränkande uttalanden ska utgöra ofredande krävs att handlandet med hänsyn till omständigheterna innefattat en kännbar fridskränkning.

I domskälen refereras till den tilltalades syfte med att uppsöka målsäganden och huruvida detta var legitimt (att klargöra för henne att han inte accepterade hennes försumlighet vid betalning av hyra, och att han avsåg att vidta åtgärder för att få henne vräkt från lägenheten). Subjektsrelationen hyresvärd–hyresgäst möjliggör invändning om ett legitimt ärende. Det hänvisas vidare till tidpunkten för besöket (”vid en tidpunkt som inte kunde förväntas medföra onödiga störningar eller olägenheter för målsäganden”[888]). Det hänvisas till huruvida andra har uppmärksammat incidenten, huruvida handlingen har upprepats (en enstaka händelse) och dess varaktighet (relativt kort). Dessa hänvisningar innebär också implicit hänvisningar till antaganden om normer i det straffrättsliga systemet miljö. Exempelvis: Vid vilka tidpunkter är det normalt att besöka en annan person? Är det normalt – sedligt – att en hyresvärd är upprörd över att en hyresgäst är sen med betalningen av hyran?

De hovrättsfall som rör ofredande visar hur hänsynslöst beteende formuleras som ett krav som systemet ställer upp, samtidigt som de visar att många olika typer av handlingar kan bestraffas som ofredande. I RH 2006:57 ges kravet på hänsynslöshet en innebörd genom referens till att den upplästa texten hade ett sexuellt avancerat innehåll, samt att målsägandena var små barn, och av dem kan inte förväntas att de ska våga eller ha förstånd att på eget initiativ välja att inte delta i aktiviteten, som arrangerats inom ramen för förskoleverksamhet. Därtill hänvisas till att den tilltalade insett att berättelserna skildrade sexualitet utifrån ett vuxet perspektiv snarare än utifrån barnens. I avgörandet skapas den straffvärda handlingen genom referens till det subjekt som utsatts. Barn har inte förmåga att själva ta ställning.

Liksom vid sexuellt ofredande skapas straffvärt ofredande genom referens till subjektsrelationen. Det framkommer också i avgörandet RH 1983:58, vari aktualiseras ett krav på att handlingen var ovälkommen från den utsattes sida. Den straffvärda handlingen konstrueras genom extern referens till hur en normal uppvaktning går till, till skillnad från en straffvärd. För straffvärdhet krävs ett överskridande av det normala. I jämförelse med RH 1997:114, där det är fråga om en man som trakasserat en annan man, kan dock konstateras att något krav på att handlingarna var ovälkomna inte aktualiseras. I RH 2009:45 refereras till målsägandens eget risktagande. Kravet på hänsynslöshet refererar till antagandet om att den som chattar måste förstå risken för att den som deltar i chatten är någon annan än den som den utger sig för att vara.

Ett ytterligare krav som framkommer rörande ofredande är det som anförs i

[888] NJA 2000 s. 661, s. 667.

NJA 2008 s. 946, vari HD uttalade att när det gäller ofredande genom hänsynslöst beteende, ”har det allmänt ansetts att det är en förutsättning för ansvar (…) att gärningen inneburit en kännbar fridskränkning, vilket förutsätter att den angripne uppfattat angreppet när detta företogs”.[889] I RH 1999:119 uppställdes detta krav för sexuellt ofredande, men inte för ofredande genom handgripligt antastande.

Typer av straffvärda handlingar

Högsta domstolens avgöranden uppvisar likheter med den lagstiftande och den rättsvetenskapliga praktiken på så sätt att domskälen innehåller uttalanden inte bara om straffansvar i det enskilda fallet, utan också om vad som bör bestraffas i framtiden. Motiveringar till varför ett krav är uppfyllt eller inte utgör kommunikationer som framtida kommunikationer kan förhålla sig till.

Straffvärda handlingar skapas utifrån hur gärningar framställs, det vill säga hur det refereras till vissa omständigheter, men inte till andra. Jag vill här lyfta fram betydelsen av hur handlingen framställs i förhållande till systemet. Det vill säga, hur extern referens relateras till självreferens.

I några av de vägledande avgörandena formuleras spörsmålet huruvida den aktuella *typen* av handlingar omfattas av lagrummet. Är detta ett sådant slags fall som är straffvärt? Svaret förutsätter ett ställningstagande ifråga om detta fall är likt eller olikt andra fall. Ett sätt att avgöra om ett fall är likt ett annat är att formulera likheten utifrån handlingens karaktär. I NJA 2005 s. 712 och NJA 2008 s. 946 hänvisas till att de här typerna av handlingar inte omfattas av ofredande: handlingarna må vara hänsynslösa, men är inte sådana typer av handlingar som omfattas av det kriminaliserade området. Det hänvisas till legalitetsprincipen som ett krav som systemet ställer upp (självreferens), men detta krav förutsätter hänvisning till typer av handlingar (extern referens), det vill säga de omständigheter som gör att legalitetsprincipen aktualiseras.

I avsnittet 6.1 framgår att HD har prövat ett antal fall som rör ofredande genom att handgripligen antasta. I de fallen är den huvudsakliga prejudikatfrågan en annan än att det råder tveksamhet om huruvida ofredande är tillämpligt i fallet. Avgöranden blir till exempel som upprepas i lagkommentarer och förarbeten på vad som kan vara ofredande. Att spotta någon i ansiktet, något som HD har bekräftat utgör ofredande i två fall, blir till en sådan handling som kommer att anges som exempel, som upprepas som en typ av handlingar som utgör straffvärt ofredande.

I NJA 2005 s. 712 formuleras en principiell fråga – ska den här typen av gärningar omfattas? – och åklagarens gärningspåstående begripliggörs som ett försök

[889] Jämför SOU 2010:71: ”För ofredande enligt 4 kap. 7 § brottsbalken, som tillhör kategorin fridsbrott, anses gälla att detta inte kan begås mot någon som är medvetslös eller sovande.” Det hänvisas härvid till NJA 2008 s. 946.

till utvidgning av gällande rätt.[890] Om åklagarens kommunikation förstås som ett anspråk på förändring är HD:s avgörande en fråga om att behandla ett fall som inte är likt något annat fall. Legalitetsprincipen aktualiseras. Det är visserligen ett hänsynslöst beteende, men inte en sådan typ av hänsynslöst beteende.

NJA 1996 s. 418 kan förstås som ett exempel på betydelsen av hur gärningen konstrueras. Åklagarens gärningspåstående innebär att flera moment sammantaget utgör den straffbara gärningen: hon har sovit, han har då smekt och fingrat på hennes könsorgan, han har själv onanerat, han har i den ena åtalspunkten filmat, i den andra åtalspunkten fotograferat och han har slutligen använt filmen och fotografierna som onaniobjekt. Det är ett anspråk på att helheten är straffvärd.

HD tar inte ställning till helheten, utan handlingen fragmenteras i olika moment där varje moment bedöms för sig. Genom fragmentering kan rekursivt hänvisas till vad som har avgjorts tidigare. En del utgörs av filmningen och fotograferingen. Eftersom det i svensk rätt inte finns något generellt förbud att utan samtycke fotografera en enskild person, konstaterar HD, utgör dessa handlingar inte brott och därmed ska det bortses från dessa handlingar. Påståendet om filmning och fotografering kan på så sätt exkluderas. Själva beröringarna behandlas för sig. Denna fragmentering blir tydlig vid en jämförelse med den skiljaktigas motivering, som anförde att den tilltalade skulle dömas för sexuellt utnyttjande just genom att handlingarna skulle beaktas i sin helhet.[891] I den bedömningen handlar det mer om att bedöma vad gärningen gör med den som utsätts, än vilka olika typer av handlingar gärningen består av.

Det som känns igen som straffvärt

Högsta domstolens bedömningar präglas av huruvida en viss typ av handlingar känns igen, inte huruvida kränkningen (är så pass allvarlig att den) är straffvärd. I underrätterna bedöms snarare kränkningen i det enskilda fallet. Det kan förklaras med att Högsta domstolens avgöranden tillskrivs en särställning i det straffrättsliga systemet. Genom sina avgöranden tar Högsta domstolen ställning inte bara till ett enskilt fall. Avgörandet ska också verka normerande för de undre instanserna och ange riktlinjer för framtiden. På så sätt uppvisar Högsta domstolens verksamhet likheter med de lagstiftande och rättsvetenskapliga praktikerna.

Exempelvis, i NJA 2005 s. 712 anfördes i tingsrättens domskäl att ett handlande som innebär att vid något enstaka tillfälle låta barn bevittna misshandel av en förälder, från den andra förälderns sida, inte kan anses rymmas under ofredande. Men, att ”vid

---

[890] HD uttalar att ”det saknas tillräckliga skäl för att i rättstillämpningen utvidga utrymmet för bestämmelsen om ofredande på sådant sätt”. NJA 2005 s. 712, s. 725.

[891] Som exempel på fall där helheten framhålls kan nämnas NJA 1993 s. 616 och NJA 1991 s. 228, men i båda dessa bedöms handlingen utgöra sexuellt umgänge.

ett mycket stort antal tillfällen i hemmet utsätta barnen för detta måste enligt tingsrättens mening anses utgöra en allvarlig och kännbar fridskränkning för barnen".[892] Tingsrättens avgörande urskiljer inte denna gärning som en särskild typ av gärningar, som är olika andra fall av ofredande. Straffansvar skapas genom hänvisning till hur kränkande gärningen är för den som utsatts.

Ett annat exempel är hovrättens domskäl i NJA 2008 s. 946, vari anförs att påståendet i NJA 1996 s. 418 inte kan anses innebära att alla gärningar som innefattar fotografering skulle vara straffria. Den åtalade gärningen innebar, enligt hovrätten, "en osedvanligt grov kränkning på den personliga integriteten".[893] Som skäl anförde hovrätten bland annat att gärningen uttryckligen har riktats mot målsäganden, att det är fråga om integritetskränkande filmning i mycket privata situationer, och att handlingen har bottnat i en önskan från den tilltalades sida att kontrollera målsäganden, vilket skulle komma till hennes kännedom. Hovrätten anförde därtill: "Även om ett tidsmässigt samband normalt finns i förfaranden som innebär ofredande, är inte straffstadgandet utformat som att en brist härvidlag utesluter straffbarhet."[894] I jämförelse med Högsta domstolens avgörande är hovrättens domskäl inriktade på hur allvarlig kränkningen är i just detta fall.

I jämförelse med RH-fallen framkommer att Högsta domstolens ställningstagande till *typer* av gärningar, vilket tar sikte på konsekvenser av att exkludera eller inkludera en viss typ av gärningar, inte är framträdande i hovrättsavgörandena. I de publicerade hovrättsavgörandena görs straffansvar snarare till en fråga om att värdera kränkningen, att bestraffa det som är klandervärt. Gärningar som inte kan relateras till exempel i tidigare avgöranden eller förarbeten görs straffvärda: läsa noveller med sexuellt innehåll för barn, ändra en lunarstormsida, märka en persons händer med spritpenna.

I underrätternas avgöranden skapas straffvärt ofredande genom referens till systemets miljö i högre utsträckning än genom självreferens. Referenser till tidigare kommunikationer i det straffrättsliga systemet görs i mindre mån än referenser till omständigheterna i det enskilda fallet som domstolen tar ställning till.Exempelvis RH 2006:57 visar på skillnaden mellan Högsta domstolens avgöranden och RH-fallen. I NJA 2005 s. 712 kom straffvärdhet inte att handla om huruvida barnen i just det fallet hade blivit utsatta för hänsynslöst beteende, utan huruvida den här typen av gärningar – att en person förmås att bevittna en annan persons brottsliga gärning – är straffvärda som ofredande. I hovrättens domskäl i RH 2006:57 är frågan inte vad det är för typ av gärningar; exempelvis att en vuxen läser upp något för ett barn som är olämpligt i förhållande till barnets ålder. Straffvärdhet begränsas inte genom

[892] NJA 2005 s. 712, s. 719.
[893] NJA 2008 s. 946, s. 953.
[894] Ibid., s. 954.

hänvisning till att det skulle vara fråga om en utvidgning av det kriminaliserade området och legalitetsprincipen aktualiseras inte.

Dock är denna beskrivning inte entydig. I RH 2009:45 hänvisas i hovrättens domskäl till att den typ av gärning som hovrätten har att ta ställning till inte tidigare har kommunicerats som straffvärt ofredande, och inte heller är straffvärd.

Vissa av de vägledande avgörandena kan förstås som uttryck för hur nya typer av integritetskränkningar, eller integritetskränkningar som inte är kroppsliga, formuleras som kriminalpolitiska problem, vilket jag beskrivit i kapitel 5. Det framkommer både i avgöranden som rör sexuellt ofredande[895] och i avgöranden som rör ofredande[896]. Det kan också konstateras att flera RH-avgöranden avseende ofredande rör gärningar som är relaterade till sexualitet. Avgöranden från Högsta domstolen rörande ofredande och sexuellt ofredande pekar mot en privilegiering av gärningar som till sin karaktär innebär ett kroppsligt angrepp. Andra typer av kränkningar är inte straffvärda på detta självklara sätt. Dock är inte detta en entydig tendens om man också beaktar de publicerade hovrättsavgörandena.

I kapitel 2.3 beskrev jag att i avhandlingen förstås skyddsvärdhet och straffvärdhet som en struktur – det villkorliga program – varigenom sexualbrotten skapas. Det sätt varpå straffvärda handlingar skapas i avgöranden kan enklare uttryckt beskrivas som igenkänning. Det som känns igen, har kommunicerats tidigare, är straffvärt. Vägledande avgöranden ger framför allt en uppfattning om vilka spörsmål som uppkommit i det straffrättsliga systemet, och således vad som är problematiskt. De ger egentligen inte någon uppfattning om vilka handlingar som känns igen som självklart straffvärda i den dömande praktiken. Det är skälet till att jag ägnar nästa kapitel åt ett urval av underrättsavgöranden.

[895] NJA 1996 s. 418; NJA 1997 s. 359; RH 1999:119; RH 2004:40; RH 2006:57; Svea Hovrätt dom 2007-10-16, mål nr B 1831-06.

[896] NJA 2000 s. 661; NJA 2005 s. 712; NJA 2008 s. 946; RH 2009:45.

7 Skyddsvärda intressen och straffvärda kränkningar i den dömande praktiken

I det här kapitlet beskriver jag hur sexualbrotten skapas i den dömande praktiken genom en studie av underrättsavgöranden rörande brottet sexuellt ofredande och brottet ofredande.

Inledningsvis i kapitlet redogör jag för vilka typer av handlingar som har prövats som sexuellt ofredande av hovrätterna, och vilka spörsmål som framkommer i avgörandena (avsnitt 7.1). Kapitlet ägnas därefter åt min tolkning av hur straffvärt sexuellt ofredande skapas i domskälen. I avsnitt 7.2 beskriver jag de avgöranden i vilka straffvärda handlingar skapas på ett självklart sätt. Jag menar att en ovillkorlig, skyddsvärd integritet skapas. Avsnitt 7.3 ägnar jag åt hur den skyddsvärda integriteten villkoras, bland annat genom hänvisning till målsägandens viljeuttryck, sedlighetsnormer, och den tilltalades insikter därom. I avsnittet därefter, 7.4, redogör jag för avgöranden vari sexuell inriktning aktualiseras som ett krav för straffansvar. I avsnitt 7.5 gör jag en jämförelse med avgöranden rörande ofredande.

Sist i kapitlet, avsnitt 7.6, diskuterar jag hur min studie av underrättsavgöranden rörande sexuellt ofredande kan användas för att förstå hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i fråga om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet.

7.1 Typer av straffvärda handlingar och spörsmål i den dömande praktiken

Syftet med avhandlingen är att beskriva hur sexualbrotten urskiljs i det straffrättsliga systemet. Efter att ha analyserat lagstiftande praktiker och vägledande avgöranden kan konstateras att vad som är den specifika sexuella integriteten eller det specifikt straffvärda med sexualbrotten ofta är underförstått. Det är något särskilt med sexuella övergrepp vilket föranleder att just sexuella kränkningar ska särbehandlas. Men vad detta särskilda är artikuleras sällan mer än genom hänvisning till det underförstått sexuella.

Min tolkning av den lagstiftande praktiken summerade jag som att det skyddsvärda med sexualbrotten är förankrat i kroppslig integritet, särskilt rörande könsorgan, och att det straffvärda är kroppsliga handlingar, som involverar könsorgan.[897] Att könsorgan utgör utgångspunkten är något av en självklarhet. Samlaget och samlagsliknande handlingar utgör det paradigmatiska exemplet på sexuell handling. Samtidigt är det skyddsvärda och det straffvärda mer än kroppslig integritet och kroppsliga gärningar. Dels så görs könsorgan, eller andra kroppsdelar, sexuella i vissa subjektsrelationer och situationer. Dels är det specifikt skyddsvärda med sexualbrotten inte enbart kroppslig integritet.

I vägledande avgöranden rörande sexuellt ofredande framstår kroppsliga angrepp i högre grad som självklart straffvärda än andra typer av integritetskränkningar.[898]

Jag har också konstaterat att ett krav på sexuell inriktning har ställts upp för att en handling ska vara straffvärt sexuellt ofredande. Detta krav, som upprepas i förarbeten och i vägledande avgöranden, artikuleras i förarbeten genom konkreta exempel och i vägledande avgöranden genom konstaterandet att gärningen har en sådan inriktning, eller genom hänvisning till ett annat motiv eller syfte hos det handlande subjektet än ett sexuellt sådant. Kravet ges en innebörd genom extern referens, har jag uttryckt det som.

Mot bakgrund av detta undersöker jag i den dömande praktiken vilka typer av handlingar som prövas och om det görs någon skillnad mellan hur dessa olika typer av handlingar bedöms. Är vissa handlingar på ett självklart sätt straffvärda och i så fall vilka? Syftet med frågorna är att förstå vad som ryms i det underförstått sexuella och hur gränsdragningar görs kring det straffvärda avseende sexuellt ofredande.

Med att vissa handlingar skapas som straffvärda på ett självklart sätt avses att åtalet bifalls av båda instanser och att skiljaktiga meningar inte förekommer. Jag avser avgöranden där domskälen, även om de kan bestå av längre resonemang rörande bevisfrågor, i fråga om lagrummets tillämplighet består av en kort subsumtion. Avgörandet framställs – och framstår – som rättsligt oproblematiskt.

Med att straffvärdhet inte skapas på ett självklart sätt avses att åtalet ogillas, att hovrättens avgörande skiljer sig från tingsrättens, eller att skiljaktiga meningar om lagrummens tillämplighet framkommer. Dessa avgöranden karakteriseras ofta av att det förs längre resonemang i domskälen om huruvida gärningen är att bedöma som sexuellt ofredande eller inte, samt att invändningar från den tilltalade bemöts i domskälen.

I det här avsnittet beskriver jag de olika typer av gärningar som prövats av hovrätter under rubriceringen sexuellt ofredande, samt spörsmål som aktualiseras i domskälen. En typ av avgöranden rör kroppsliga angrepp mot vuxna personer (målsäganden är över 15 år). En andra kategori utgörs av sexuell beröring av barn.

---

[897] För sammanfattningar, se kapitel 4.4 och 5.3.

[898] Se kapitel 6.

Blottning, av penis eller av bröst, utgör en tredje kategori. Slutligen placerar jag sexuellt ofredande genom andra handlingar (exempelvis att yttra något eller att skicka sms eller bilder) i en sista kategori. I det följande beskriver jag övergripande vad som karakteriserar dessa olika typer av avgöranden. Jag hänvisar till avgöranden eller fall, även om det i vissa avgöranden är fråga om flera åtalspunkter, ibland mot olika målsäganden.

Sexuellt ofredande genom kroppsliga angrepp mot vuxna

Av de tjugoen avgöranden som rör kroppsliga angrepp mot vuxna utgör huvuddelen avgöranden som framstår som självklara. [899] I avgöranden döms för sexuellt ofredande i båda instanser och domskälen består i flertalet avgöranden av kort subsumtion. Åtta av avgörandena urskiljer sig på så sätt straffansvar inte är självklart.[900] I dessa aktualiseras spörsmålet om de aktuella handlingarna kan utgöra legitima beröringar, dels som en fråga om målsägandens viljeuttryck, dels som en fråga om handlingens sexuella inriktning.

Straffvärda kroppsliga handlingar mot vuxna

Ett exempel på den förstnämnda typen av avgöranden, de självklara fallen, är åtal mot en man som vid tillfället arbetade som busschaufför.[901] Han har enligt åtalet vägrat att öppna bussdörrarna och släppa ut målsäganden ur bussen, samt kramat henne, försökt kyssa henne på halsen och kinden samt stoppa in sin hand innanför hennes tröja. Den tilltalade förnekade att händelsen ägt rum och invände att han inte kände igen målsäganden. Tingsrätten fann att målsägandens uppgifter skulle läggas till grund för domen och konstaterade att det står klart att den tilltalades agerande varit ägnat att kränka målsägandens sexuella integritet. Hovrätten gjorde samma bedömning.

Bland dessa självklara avgöranden är de tilltalade ofta för målsäganden okända personer[902] (exempelvis busschaufför, taxiförare) eller ytligt bekanta personer[903] (exempelvis arbetskollegor). I ett par avgöranden är det fråga om familjerelationer

---

[899] Följande avgöranden avses: HSV 7713-07; HNN 561-08; HSV 2962-07; HSB 1650-07; HSB 2165-07; HSB 2210-07; HGO 2790-07; HSV 9122-06; HSV 9087-07; HVS 3376-08; HVS 2877-08 HNN 535-08; HSV 3868-08.

[900] Följande avgöranden avses: HVS 1040-08 & 1042-08; HNN 1242-07; HNN 395-08; HSV 213-07 & 5245-07; HSV 5062-07; HSV 5021-08; HÖN 930-07; HNN 392-07. I två avgöranden ogillas åtalet i båda instanser, i fyra avgöranden ogillas åtalet i en av instanserna, och i två avgörande bifalls åtalet i båda instanser.

[901] HNN 535-08.

[902] HSV 9122-06, HSB 1650-07; HVS 3376-08; HVS 2877-08; HGO 2790-07: HNN 535-08.

[903] HÖN 930-07; HNN 561-08, HSB 2165-07; HSB 2210-07; HSV 2962-07.

mellan den tilltalade och målsäganden.[904] I flera avgöranden är könsorgan involverade i handlingen, antingen genom att den tilltalade har tagit på målsägandens könsorgan eller att den tilltalade har blottat eller tryckt sin penis mot målsäganden.[905] I några fall består gärningen i att den tilltalade har tagit, eller försökt ta, på målsägandens bröst eller försökt kyssa målsäganden.[906]

Flera av gärningarna i avgörandena kan beskrivas som våldsamma övergrepp. I ett par fall åtalas separat för våldsanvändning.[907] Med våld menar jag också sådant våld och motstånd som framgår av referatet av målsägandens berättelse, utan att det explicit refereras till detta i domskälen eller gärningsbeskrivningen.[908]

Genomgående i dessa avgöranden har den tilltalade förnekat att de påstådda gärningarna har ägt rum. Målsägandenas utsagor läggs till grund för domen. Det görs således inte invändningar om att den tilltalade har råkat beröra en viss kroppsdel, att den tilltalade trodde sig ha samtycke, eller att den tilltalade inte hade en sexuell avsikt med handlingen.

Frågan om handlingen är en legitim beröring

Bland de avgöranden som innefattar kroppsliga angrepp mot vuxna urskiljer sig åtta avgöranden på så sätt att straffansvar inte är självklart.[909] Gemensamt för de fallen är att den tilltalades invändningar inte består i att gärningen inte har ägt rum, utan tar sikte på att handlingen har missförståtts av målsäganden, att målsäganden samtyckte, eller att beröringarna var motiverade av andra skäl än sexuella. Invändningarna

---

[904] HSV 7713-07, HSV 9087-07.

[905] Exempelvis: HSV 7713-07: den tilltalade har tagit målsäganden på brösten, benen och över hennes kön, uttalat att han ville smaka på henne, försökt komma åt hennes kön med sitt huvud samt knäppt upp sina byxor och tiggt om att hon skulle onanera åt honom; HNN 561-08: den tilltalade har tryckt sin penis mot målsägandens ansikte; HSV 9122-06: den tilltalade har tagit målsäganden på brösten och ”mellan benen”, kysst henne på munnen och sagt ”något med innebörden att han ville ha sex med henne”; HSV 2962-07: den tilltalade har hållit fast målsäganden, kysst henne samt tryckt sin kropp mot henne med erigerad penis.

[906] Exempelvis: HSB 1650-07: den tilltalade har rört målsägandens bröst och försökt kyssa henne; HNN 535-08: den tilltalade har kramat målsäganden, försökt kyssa henne på halsen/kinden samt stoppat in sin hand innanför hennes tröja; HSB 2165-07: den tilltalade har kysst målsäganden på kinderna, halsen, brösten, mellan brösten och ner mot magen samt tagit henne på brösten; HSB 2210-07: den tilltalade har tryckt sig mot målsäganden, uppmanat henne att knäböja för honom, samt uttala att hon ”ville ta den i munnen som en korv” och ”känna på den”; HGO 2790-07: den tilltalade har följt efter målsäganden, klivit på samma buss, satt sig bredvid henne och smekt hennes hår, hals, händer och lår, samt kramat och pussat henne.

[907] HSB 2210-07: åtal för misshandel; HNN 535-08: åtal för olaga frihetsberövande. I HSB 2165-07 framgår av gärningsbeskrivningen att den tilltalade ”tagit tag i hennes armar och hållit fast henne så att hon inte har kunnat komma loss”.

[908] HSV 3868-08 och HSV 9087-07.

[909] HVS 1040-08 & 1042-08; HNN 1242-07; HNN 395-08; HSV 213-07 & 5245-07; HSV 5062-07; HSV 5021-08; HÖN 930-07; HNN 392-07.

möjliggörs genom hänvisning till en (sexuell) relation eller en professionellt motiverad kroppslig närhet (massören, läkaren).

I en del av avgörandena aktualiseras om målsäganden uttryckt sitt samtycke eller ovilja och vad den tilltalade insett om detta som en förutsättning för straffansvar. I andra aktualiseras frågan om gärningens sexuella karaktär och den tilltalades avsikter.

Sexuellt ofredande av barn

I sexton avgöranden är målsäganden eller någon av målsägandena under femton år.[910] Av dessa åberopas första stycket i gärningsbeskrivningen i tolv av fallen. Ibland åberopas båda styckena i kombination, exempelvis att den tilltalade har sexuellt berört målsäganden och att detta har varit ägnat att kränka målsägandens sexuella integritet. I avgörandena görs sällan någon tydlig skillnad mellan första och andra stycket, åldern görs relevant för hur sexuellt ofredande konstrueras genom båda styckena.

Ett exempel på ett avgörande som rör sexuellt ofredande mot barn är åtal mot en vuxen man som berört en 9-årig grannflickas könsorgan på lekplatsen.[911] Den tilltalade har invänt att han aldrig har pratat med flickan och att han inte känner till lekplatsen. Tingsrätten fann styrkt att målsäganden utsatts för sexuellt ofredande genom att en man sexuellt berört henne genom att fingra på hennes underliv utanpå trosorna.

Den här typen av fall framstår som oproblematiska i det straffrättsliga systemet. I tretton avgöranden döms den tilltalade för sexuellt ofredande av båda instanser och domskälen består av kort subsumtion i flertalet av fallen. Avgörandena rör huvudsakligen åtal för beröring av målsägandens kropp. I flera av avgörandena döms den tilltalade för att berört målsägandens kön (utanpå kläderna).[912] Men också andra typer av handlingar bestraffas som sexuellt ofredande mot barn.[913] I två avgöranden som rör sexuellt ofredande mot barn genom kroppsligt antastande aktualiseras frågan om gärningens sexuella inriktning.[914] I båda dessa frias den tilltalade.

---

[910] Följande avgöranden avses: HNN 392-07; HNN 535-08; HGO 840-08; HSB 861-08; HGO 1728-08; HSV 2191-08; HSB 2329-06; HSB 2447-07; HSB 2599-07; HSB 2797-07; HVS 3102-08; HSV 3119-07; HSV 3242-08; HSV 3868-08; HSV 5679-07; HSV 3392-07. Blottning mot personer under femton år behandlas bland blottningsfallen nedan.

[911] HSV 2191-08.

[912] Exempelvis: HVS 3102-08: den tilltalade har tagit ett grepp om målsägandens underliv; HSV 2191-08: den tilltalade har berört en flickas kön utanpå trosorna; HSB 2447-07; den tilltalade har tagit målsäganden på brösten innanför bh:n samt stuckit ner handen innanför trosorna på henne. Se även HSV 3242-08, HSV 3119-07, HGO 840-08, HSB 2329-06.

[913] Vilket jag utvecklar i avsnitt 7.2.

[914] HSB 2797-07 och HGO 1728-08.

Sexuellt ofredande genom blottning

Sju avgöranden rör blottning.[915] I avgörandena har den tilltalade åtalats för att ha blottat sin penis, onanerat, eller blottat sina bröst. I några av avgörandena åberopas inte de specifika rekvisiten för blottning (blotta sig för annan på ett sätt som är ägnat att väcka obehag), utan rekvisiten i andra styckets andra led (ofreda annan på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet).

Två av fallen består av kortfattade domskäl, där handlingen i princip subsumeras under lagrummet.[916] Två avgöranden rör kvinnor som åtalats för att ha blottat brösten.[917] I båda dessa avgöranden aktualiseras spörsmålet om den tilltalades avsikt. I tre avgöranden aktualiseras spörsmålet om den tilltalade har riktat sig mot någon annan eller om den som gärningen riktat sig mot har tagit anstöt.[918]

Sexuellt ofredande genom andra handlingar

Som framgått av redogörelsen ovan rör de flesta avgöranden någon form av fysiskt antastande, eller blottning. Sex avgöranden urskiljer jag från de andra då den åtalade gärningen varken består i ett kroppsligt angrepp eller blottning.[919] I samtliga avgöranden riktas handlingen mot personer över femton år.

I vissa avgöranden som jag behandlat under andra rubriker är yttranden en del av den påstådda gärningen, som i övrigt består av ett kroppsligt angrepp. I några av dessa avgöranden behandlas yttrandena som separata gärningar.[920]

Två avgöranden rör åtal för yttranden enbart.[921] Åtalet bifölls av båda instanser i det ena avgörandet och ogillades av båda instanser i det andra. Två avgöranden rör åtal för sexuellt ofredande för att en person har skickat SMS och e-post med sexuell innebörd.[922] I båda avgörandena dömde såväl tingsrätten som hovrätten för sexuellt ofredande.

---

[915] Följande avgöranden avses: HÖN 184-08; HSV 376-08; HSB 581-08; HGO 1416-08; HSV 2025-08; HSV 2477-08; HVS 3905-07.

[916] I det ena avgörandet är fråga om en man som onanerat inför en grupp flickor, HSV 2477-08. I det andra avgörandet har en man dragit ner sina byxor och blottat sin penis för en anställd i en mataffär, HGO 1416-08.

[917] HÖN 184-08; HSV 376-08.

[918] HSV 2025-08: den tilltalade har sittande på en parkbänk onanerat framför en flicka; HSB 581-08: den tilltalade har vid olika tillfällen onanerat i sin bil i ett skogsområde; HVS 3905-07: den tilltalade har onanerat vänd mot sin styvdotter, som låg i sängen bredvid.

[919] Följande avgöranden avses: HÖN 88-08; HNN 365-08; HSB 1878-07; HGO 2536-08; HSV 6917-08; HVS 4107-07.

[920] HSV 5062-07; I HSV 5021-08; HÖN 930-07.

[921] HVS 4107-07; HGO 2536-08.

[922] HSB 1878-07; HSV 6917-08.

I två ytterligare avgöranden ogillades åtalet för sexuellt ofredande, istället dömdes för ofredande.[923] Det ena rör åtal för att den tilltalade skickat brev till målsäganden, till hennes arbetsplats och till hennes dotter, innehållande nakenbilder som han tagit på målsäganden. Det andra avgörandet rör fyra pojkar som överlämnat en trädildo till sin lärare.

Om min tolkning av avgörandena

I de följande avsnitten i kapitlet beskriver jag hur straffvärda handlingar skapas mot bakgrund av att varje avgörande utgör kommunikationer som konstruerar programmet skyddsvärdhet och straffvärdhet. På samma gång är programmet skyddsvärdhet och straffvärdhet en struktur utifrån vilken straffvärda handlingar skapas i avgörandet. Jag undersöker förhållandet mellan å ena sidan omständigheterna i det enskilda fallet (fakta, extern referens) och å andra sidan förutsättningar för straffansvar (norm, självreferens). Enklare uttryckt tar min tolkning sikte på vilka handlingar som känns igen som straffvärda i den dömande praktiken.

Indelningen av avgörandena i typer av handlingar ger en bild av vilka typer av handlingar som hovrätterna har tagit ställning till, samt vilka spörsmål som aktualiserats. Den utgör grund för min tolkning av hur straffvärda handlingar skapas i den dömande praktiken.

Jag har läst varje avgörande utifrån frågan: Varför bestraffas denna handling som sexuellt ofredande? I de flesta avgöranden framkommer inga utförligare skäl till varför den påstådda gärningen utgör sexuellt ofredande. Jag menar att svaret kan sammanfattas: Det vet domstolen eftersom den känner igen den här typen av gärning. Det är en sådan gärning som tidigare har kommunicerats som sexuellt ofredande, i förarbeten, i lagkommentarer, i tidigare avgöranden.

Jag har då jämfört med andra avgöranden där det anförs skäl till varför åtalet ska ogillas, och frågat: Varför är just detta ett straffvärt sexuellt ofredande – och inte detta? Min analys består i att undersöka vilka handlingar som känns igen som straffvärda, och vilka handlingar som inte känns igen. Därav indelningen i detta avsnitt, som jag använder för att se likheter och skillnader mellan å ena sidan avgöranden där straffansvar är självklart och å andra sidan avgöranden där straffansvar inte är självklart.

Viktigt för att förstå min analys, som jag också beskrivit i kapitel 6.4, är att sådana krav eller förutsättningar för straffansvar som aktualiseras i vissa avgöranden skapas genom både självreferens och externreferens. Vissa omständigheter gör att vissa krav aktualiseras, samtidigt som dessa krav får en innebörd genom omständigheterna som det hänvisas till i avgörandet.

---

[923] HNN 365-08; HÖN 88-08. Det sistnämnda har nämnts i kapitel 5.2.

Min tolkning består således i att beskriva vad som karakteriserar avgöranden där vissa krav aktualiseras, liksom vad som karakteriserar avgöranden som är självklara. På så sätt utläser jag skyddsvärdhet och straffvärdhet som strukturerande för vad som bestraffas som sexuellt ofredande, samtidigt som denna struktur skapas i den dömande praktiken.

7.2 Skyddsvärd integritet

I avsnitt 7.1 konstaterade jag att av de avgöranden som rör kroppsliga angrepp mot vuxna utgörs huvuddelen av avgöranden som framstår som oproblematiska. I avgörandena döms för sexuellt ofredande i båda instanser och domskälen består i flertalet avgöranden av kort subsumtion. I det här avsnittet redogör jag inledningsvis för hur den kroppsliga integriteten konstrueras som ovillkorligt skyddsvärd i avgöranden som rör kroppsliga angrepp mot vuxna. Därefter redogör jag för hur även annan integritet än kroppslig skapas som skyddsvärd i avgöranden som rör blottning och yttranden. Sist behandlar jag sexuellt ofredande mot barn.

Kroppslig integritet

Två exempel illustrerar hur straffvärda handlingar skapas på ett självklart sätt i avgöranden som rör kroppsliga angrepp.

Det ena rör åtal mot en man för upprepade tillfällen av sexuellt ofredande över flera månaders tid mot kvinnor som han arbetat tillsammans med.[924] Enligt åtalet har den tilltalade ofredat den ena målsäganden genom att hålla fast henne och kyssa henne och genom att trycka sin kropp mot henne med erigerad penis. Enligt åtalet har den tilltalade även ofredat en andra målsägande genom att vid ett tillfälle trycka sig mot henne, försöka kyssa henne och ta henne på brösten, vid ett annat tillfälle lägga sig över henne, försöka kyssa henne och ta på hennes bröst, samt vid ett tredje tillfälle föra upp sina händer under hennes tröja och ta henne på brösten. Den tilltalade förnekade. Av referatet av målsägandenas berättelser framkommer att målsägandena har försökt prata med honom, förklara att de inte var intresserade av honom, samt försökt putta bort honom. Tingsrätten fann att åtalet var styrkt samt att gärningarna var att bedöma som åklagaren gjort.[925]

[924] HSV 2962-07.
[925] Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

Det andra rör åtal mot en busschaufför för sexuellt ofredande mot en 16-årig flicka.[926] Enligt åtalet har den tilltalade sexuellt ofredat målsäganden genom att röra vid hennes bröst och försöka kyssa henne. Den tilltalade förnekade att han rört vid hennes bröst men medgav att han kysst henne, dock med invändningen att detta inte varit ägnat att kränka hennes sexuella integritet. Tingsrätten anförde att det var klarlagt att den tilltalade på ett sätt som varit ägnat att kränka målsägandens sexuella integritet förfarit så som åklagaren påstått.[927] Hovrättens beskrivning av gärningen vittnar om att den tilltalade höll fast målsägandens armar, försökte pressa in sin tunga i hennes mun, att målsäganden sa åt honom att sluta, samt att hon var rädd för att den tilltalade skulle bli våldsam om hon försökte fly eller göra fysiskt motstånd.

Genom en parallell till överfallsvåldtäkt menar jag att denna typ av sexuellt ofredande kan beskrivas som *överfallsofredande*. Överfallsvåldtäkt karakteriseras av att det är en för målsäganden främmande man som i det offentliga rummet går till fysiskt angrepp mot kvinnor och tilltvingar sig samlag.[928] Det är en typ av våldtäkt som historiskt sett har bestraffats, till skillnad från våldtäkt i nära relationer eller mellan bekanta.

Förövarens våld och offrets motstånd skapar en självklart straffvärd handling. Straffvärdhet i dessa avgöranden refererar inte bara till vad som har hänt, utan också till vad som skulle kunna ha hänt. Det är en typ av sexuellt ofredande som gränsar till våldtäktsförsök. I flera av avgörandena vittnar målsägandena om rädsla för vad den tilltalade skulle kunnat ta sig till.

Flera av gärningarna i avgörandena kan beskrivas som våldsamma övergrepp. I ett par fall åtalas separat för våldsanvändning.[929] Med våld menar jag också sådant våld och motstånd som framgår av referatet av målsägandens berättelse, utan att det explicit refereras till detta i domskälen.[930]

I flera av avgörandena är könsorgan involverade i handlingen, antingen beröring av målsägandens könsorgan eller att den tilltalade blottat, eller tryckt sin penis mot målsäganden.[931] I andra fall är det fråga om åtal för att ha tagit, eller försökt ta, på målsägandens bröst, eller kyssa målsäganden.[932] Det är handlingar som känns igen som sexuella: den erigerade penisen som trycks mot målsäganden, beröringar av kroppsdelar som kön och bröst, ”kyssar” och ”pussar”. Att frågan om gärningens

---

[926] HSB 1650-07.

[927] Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

[928] Andersson (2004) s. 170-173. Jämför Livholts (2007), särskilt s. 111-125 och Wendt (2010) s. 139-140.

[929] HSB 2210-07: åtal för misshandel; HNN 535-08: åtal för olaga frihetsberövande. I HSB 2165-07 framgår av gärningsbeskrivningen att den tilltalade ”tagit tag i hennes armar och hållit fast henne så att hon inte har kunnat komma loss”.

[930] HSV 3868-08; HSV 9087-07.

[931] HSV 7713-07; HNN 561-08; HSV 9122-06; HSV 2962-07.

[932] HSB 1650-07; HNN 535-08; HSB 2165-07; HSB 2210-07; HGO 2790-07.

sexuella karaktär inte aktualiseras explicit, relaterar jag till att handlingen känns igen som inledning på en överfallsvåldtäkt, och våldtäkt är ett givet sexualbrott.

Jag menar att den självklara straffvärdheten skapas genom referens till subjektsrelationen. Avgörandena karakteriseras av att parterna är okända för varandra[933] eller ytligt bekanta.[934] Den kroppsliga integriteten villkoras inte (explicit) genom hänvisning till parternas relation eller liknande omständigheter. Det finns ingen tidigare (sexuell) relation mellan parterna som legitimerar handlingen.

Av de fall som behandlas i detta avsnitt har den tilltalade i samtliga fall förnekat att de påstådda gärningarna har ägt rum och det är målsägandenas utsagor som läggs till grund för domen. Invändningar som förekommer i andra avgöranden, som att den tilltalade har råkat beröra en viss kroppsdel, att den tilltalade trodde sig ha samtycke, eller att den tilltalade inte hade en sexuell avsikt, framkommer inte.

Jag tolkar dessa avgöranden, där straffansvar för sexuellt ofredande är självklart, som att den straffvärda handlingen konstrueras genom hänvisning till å ena sidan den kroppsliga handlingen, å andra sidan sedlighetsnormer. Med den kroppsliga handlingen avser jag de kroppsdelar som är involverade (könsorgan, bröst), ”kyssar” och ”pussar” och ”smekningar”. Med sedlighetsnormer avser jag antaganden om vad som är acceptabelt, anständigt eller normalt att göra mot andra människor i vissa situationer. Detta är en tolkning jag gör utifrån jämförelsen med avgöranden där straffvärdhet villkoras, som jag återkommer till i avsnitt 7.3.

Ett avgörande illustrerar hur dessa referenser samverkar. I avgörandet har den tilltalade, en 37-årig man, åtalats för att ha följt efter en 17-årig flicka, klivit på samma buss som henne, satt sig bredvid henne och smekt hennes hår, hals, händer och lår, samt kramat och pussat henne.[935] Det är stor åldersskillnad mellan parterna. Av målsägandens berättelse framkommer att hon försökte få honom att sluta genom att föra bort hans händer. Tingsrätten fann att målsägandens uppgifter skulle läggas till grund för bedömningen och att den tilltalade gjort sig skyldig till sexuellt ofredande. Hovrätten gjorde samma bedömning och anförde att handlingarna ”till sin art varit sådana att de varit ägnade att kränka hennes sexuella integritet”.[936]

I andra avgöranden aktualiseras krav för straffansvar som inte aktualiseras här, såsom om målsäganden uttryckt sin motvilja, vad den tilltalade insett om detta, eller om handlingarna i sig är ägnade att kränka en persons sexuella integritet. Att sådana krav inte aktualiseras i det nämnda avgörandet ser jag som uttryck för att handlingen känns igen som en sådan som kränker en persons sexuella integritet. Jag tolkar det som att ett straffvärt subjekt skapas utifrån subjektsrelationen (den tilltalade är man, målsäganden är kvinna, de är okända för varandra) och platsen (offentlig plats, buss). Straffvärdhet konstrueras genom referens till sedlighetsnormer, det vill säga

[933] HSV 9122-06, HSB 1650-07; HVS 3376-08; HVS 2877-08; HGO 2790-07; HNN 535-08.
[934] HÖN 930-07; HNN 561-08, HSB 2165-07; HSB 2210-07; HSV 2962-07.
[935] HGO 2790-07.
[936] HGO 2790-07, hovrättens dom.

antaganden om att det inte är acceptabelt eller normalt att bete sig på detta sätt, på denna plats och i denna subjektsrelation.

Mitt resonemang om liknelsen med överfallsvåldtäkter gäller inte för alla avgöranden som rör straffvärda kroppsliga angrepp. Även om vissa av avgörandena karakteriseras av våldsamt fysiskt angrepp och målsägandens motstånd så är straffansvar självklart också i andra avgöranden. Det kan, som jag tolkar det, vara fråga om att specifikt skyddsvärda subjekt skapas i vissa relationer. Exempelvis som i två avgöranden som rör en taxichaufför som kört färdtjänsttaxi och döms för sexuellt ofredande av passagerare.[937]

I ett par avgöranden är det fråga om en familjerelation mellan parterna, och inte att de är för varandra okända personer.[938] I ett av dessa avgörande har en man åtalats för att ha kommenterat sin vuxna styvdotters underliv och med fingrar berört hennes könsorgan.[939] Enligt referatet av målsägandens berättelse duschade hon i badrummet då den tilltalade bad att få komma in eftersom han behövde urinera. Han drog då undan duschdraperiet, fällde kommentarer om hennes underliv och frågade om han fick känna på det. Målsäganden svarade inte på frågan eftersom hon blev mållös – ”En sådan fråga skall inte en styvfar ställa till en styvdotter” – och var rädd för att mannen skulle bli arg på henne. Hovrätten lade målsägandens berättelse till grund för bedömningen och anförde att gärningen i sin helhet uppenbart haft ett sexuellt syfte och varit ägnad att kränka målsägandens sexuella integritet, därmed att bedöma som sexuellt ofredande.

I likhet med de fall jag redogjort för ovan, och till skillnad från avgöranden som behandlas i avsnitt 7.3, aktualiseras inte målsägandens viljeuttryck och den tilltalades faktiska insikter om detta. Straffvärdhet skapas genom referens till antagandet om normer i denna subjektsrelation – styvfar/styvdotter – och härmed skapas en ovillkorlig och skyddsvärd kroppslig integritet (i denna subjektsrelation).

Annan skyddsvärd integritet än kroppslig

Av avhandlingens tidigare kapitel framgår att yttranden och andra handlingar som inte utgör kroppsliga angrepp inte är självklart straffvärda.[940] Underrättsavgörandena pekar i samma riktning, vilket jag diskuterar vidare i avsnitt 7.4. Det är dock ett fåtal fall som rör annat än kroppsliga angrepp och i vissa av dessa konstrueras straffvärdhet på ett självklart sätt. Det skyddsvärda begränsas således inte till kroppslig integritet.

---

[937] HVS 3376-08 och HVS 2877-08. Det framgår av domskälen att målsägandena har fysiska och psykiska funktionsnedsättningar.
[938] HSV 7713-07; HSV 9087-07.
[939] HSV 9087-07.
[940] Se särskilt kapitel 4.3 och 5.2 samt kapitel 6.

Exempelvis, i ett avgörande dömdes den tilltalade, vid tillfället taxiförare av färdtjänsttaxi, för att ha bett målsäganden att öppna eller ta av sig sin jacka/tröja, velat se målsägandens bröst, sagt att målsäganden hade stora bröst samt ställt frågor om storlek på bh, om kramar och kyssar samt om pojkvänner.[941] Den tilltalade förnekade gärningarna. Tingsrätten anförde:

> Avgörande för straffansvar för sexuellt ofredande är att handlingen utförs på ett sätt som är ägnat att kränka den drabbades sexuella integritet. Det behövs inte i det enskilda fallet bevisas att integriteten verkligen har kränkts. Det krävs inte heller att syftet från gärningsmannens sida är att kränka offrets sexuella integritet. Vilka handlingar som uppfyller det angivna kriteriet får bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Med dessa bedömningar finner tingsrätten att den tilltalades handlingar mot såväl A som B är att bedöma som sexuellt ofredande för vilket brott den tilltalade skall dömas till ansvar.[942]

Avgörandet kan jämföras med ett annat avgörande som rör straffansvar för yttrande. I avgörandet har den tilltalade, som är klient till målsäganden, talat in ett meddelande på telefonsvararen till hennes arbetsmobiltelefon.[943] Han stönade och flåsade och sa ”jag vill ha din fitta”. Enligt den tilltalade har han aldrig ringt henne. Tingsrätten fann åtalet styrkt och anförde kort att gärningen var att bedöma som sexuellt ofredande.[944]

Två avgöranden rör åtal för sexuellt ofredande för att en person har skickat SMS, e-post, eller brev. Dessa karakteriseras av att det är fråga om upprepade handlingar eller en stor mängd SMS, samt att den tilltalade också har hotat målsägandena.[945] Målsägandens viljeuttryck aktualiseras inte i avgörandena, till skillnad från avgöranden som jag behandlar i avsnitt 7.3–7.4. I jämförelse med dessa tolkar jag det som att den straffvärda handlingen skapas genom referens till normer om vad som är acceptabelt i dessa subjektsrelationer. Någon alternativ tolkningsram för handlingarna aktualiseras inte, såsom att yttrandena skulle vara uttryck för ett legitimt sexuellt begär.[946]

Blottning som en typ av sexuellt ofredande framstår som oproblematisk i de avgöranden där det är en man som blottar sin penis (och onanerar). Detta förstår jag i relation till subjektet ”exhibitionisten”. I kapitel 3 och 4 har jag visat att i förarbeten framkommer föreställningar om ”exhibitionisten”, vars beteende under vissa tidsperioder beskrivits som harmlöst och således inte straffvärt, i andra perioder som

---

[941] HVS 3376-08.
[942] HVS 3376-08, tingsrättens dom. Hovrätten fastställde tingsrättens dom.
[943] HVS 4107-07.
[944] Hovrätten fastställde tingsrättens dom.
[945] HSV 6917-08 och HSB 1878-07. I båda fallen döms också för olaga hot.
[946] Jämför avgörandet HGO 2536-08 som jag behandlar i avsnitt 7.4.

potentiellt farligt och straffvärt. Straffvärdhet konstrueras genom att själva handlingen känns igenom som uttryck för sexualdrift – exhibitionism – och gärningen begås (i de fall som känns igen) genom blottande av penis. Ett blottande är straffvärt utifrån att det är främlingens handlande.[947] Målsägandens faktiska viljeuttryck görs oväsentligt för skapandet av den straffvärda handlingen. Det betyder dock inte, som framgår av avgöranden i avsnitt 7.3, att ett skyddsvärt subjekt skulle vara oväsentligt för straffansvar.

Barns sexuella integritet

Beröring av barns könsorgan framkommer i underrättsavgörandena som självklart straffvärda handlingar. Det relaterar jag till att beröring av barns kön är en sådan gärning som nämns i förarbeten och lagkommentarer som typexempel på straffvärd sexuell beröring av barn. I flera av de tretton fallen döms den tilltalade för att berört målsägandens könsorgan, men ofta utanpå kläderna.[948] Även beröring av bröst, rumpa och lår framstår som självklart straffvärda beröringar.

Till skillnad från sexuellt ofredande mot vuxna villkoras inte den skyddsvärda integriteten utifrån målsägandens viljeuttryck och den tilltalades insikter om detta. Frågan om gärningens sexuella inriktning som skäl för att ogilla åtalet aktualiseras enbart i ett avgörande.[949]

I vissa avgöranden gör dock den tilltalade invändningar om att handlingen inte var av sexuell karaktär. Som jag också diskuterar i avsnitt 7.4 är möjligheten för sådana invändningar att nå framgång delvis en fråga om vad som är styrkt i målet, en bevisfråga. Delvis är det en fråga om vad som är möjligt att hävda utifrån subjektsrelationen, situationen, och själva handlingen. På så sätt menar jag att hur invändningarna hanteras i domskälen säger något om hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras.

I flertalet av avgörandena invänder den tilltalade att den påstådda handlingen över huvud taget inte har ägt rum.[950] I några av avgörandena görs dock invändningar

---

[947] HSV 2477-08; HSV 2025-08.

[948] Exempelvis: HVS 3102-08: den tilltalade har tagit ett grepp om målsägandens underliv; HSV 2191-08: den tilltalade har berört en flickas kön utanpå trosorna; HSB 2447-07; den tilltalade har tagit målsäganden på brösten innanför bh:n samt stuckit ner handen innanför trosorna på henne. Se även HSV 3242-08, HSV 3119-07, HGO 840-08, HSB 2329-06.

[949] HSB 2797-07, se avsnitt 7.4.

[950] HSV 5679-07; HSB 2599-07; HSV 2191-08; HVS 3102-08; HNN 535-08; HSB 2447-07; HGO 840-08; HSV 3242-08.

som tar sikte på att handlingen inte är av sexuell karaktär.[951] Bland dessa är det i två avgöranden som invändningen bemöts i domskälen.[952]

I det ena avgörandet har den tilltalade invänt att han oavsiktligt i samband med lek i poolen kan ha kommit emot målsägandena och att han inte haft något uppsåt att kränka deras sexuella integritet.[953] Tingsrätten anförde att det av målsägandenas utsagor har framgått att de inledningsvis velat tro att beröringarna inte var avsiktliga, utan del i en lek. Allt eftersom beröringarna har upprepats och med hänsyn till uttalanden som den tilltalade har gjort, har de dock ansett att det var avsiktliga handlingar som hade mer med sex än med lek att göra. Tingsrätten lade målsägandenas utsagor till grund för bedömningen, och anförde att gärningen skulle bedömas som sexuellt ofredande.

Det andra avgörandet skiljer sig från de övriga avgörandena rörande sexuellt ofredande mot barn på så sätt att både tingsrätten och hovrätten utförligare tar ställning till den tilltalades invändningar.[954]

Avgörandet rör åtal mot en man för att ha sexuellt berört sin fjortonåriga styvdotter under drygt ett års tid. Enligt åtalet har han flera gånger i månaden besökt målsägandens sovrum på natten och då lyft av henne täcket, tittat på hennes kropp, smekt henne på magen och på benen samt dragit upp målsägandens pyjamasöverdel. Av gärningsbeskrivningen framgår att målsäganden vid flertalet tillfällen vaknat och rullat in sig i täcket för att undvika vidare beröring. Därtill rör åtalet tre tillfällen dagtid. Dels har den tilltalade berört målsäganden på brösten utanpå kläderna, dels berört målsägandens underliv utanpå byxorna, samt uttalat till målsäganden att han hyste önskemål om att ha sex med henne.

Den tilltalade bestred ansvar för sexuellt ofredande, men medgav att vissa handlingar ägt rum med en annan avsikt än att sexuellt ofreda. Exempelvis invände den tilltalade att han lagt täcket till rätta ”på ett normalt och vänskapligt sätt” och att han på detta sätt någon gång strukit med sin hand över hennes huvud samt på benet.

---

[951] HSV 3119-07; HNN 392-07; HSV 3868-08; HSB 2329-06.

[952] Avgöranden där invändningen ej bemöts: HSV 3119-07: Den tilltalade dömdes för sexuellt ofredande gentemot tre styvdöttrar. Den tilltalade invände bland annat att han är en kramig person och att han har kysst barnen i samband med hälsning på det normala sättet, ibland på munnen och ibland på kinden. Tingsrättens fann att målsägandens utsagor skulle läggas till grund för domen och anförde kort att den tilltalade gjort sig skyldig till sexuella ofredanden. Hovrätten fastställde tingsrättens dom. Se även HNN 392-07, vari den tilltalade, som var gymnastiklärare på den skola där målsägandena, sex flickor i åldern 10-14 år, var elever. Åtalet rörde att den tilltalade upprepade gånger hade berört flickornas stjärt, bröst och innanför troslinjen, samt pussat dem. Den tilltalade invände att vid gymnastiklektioner uppstår naturligen mera kroppskontakt än vid andra, att han tillsammans med sina elever är mera kamrat än lärare samt att han ofta kramar om sina elever för att uppmuntra eller trösta. Tingsrätten anförde kort att gärningarna varit ägnade att kränka flickornas sexuella integritet. Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

[953] HSV 3868-08.

[954] HSB 2329-06.

Han har medgett att han vid det sista tillfället då han besökte målsägandens rum fick sexuella tankar, men att han då slutade. Vad gäller påståendet om att han vid ett tillfälle berört målsägandens bröst invände den tilltalade att han på ett vänskapligt sätt har kramat om målsäganden vid några tillfällen då han hjälpte henne vid datorn. Han har medgett att han vid ett tillfälle, för att få målsäganden att sträcka på sig när han mätte henne, vidrört hennes underliv utanpå byxorna, men att det hela var ett skämt från hans sida. Han medgav också att han informerat målsäganden om att han sagt till hennes mor att han tänkt att han ville ha sex med henne, men syftet var endast att påskynda separationen med modern.

I hovrättens domskäl anfördes vad gäller handlingarna då den tilltalade gått in i målsägandens rum nattetid att handlandet har haft en otvetydig sexuell prägel och är av sådant slag att det ska bedömas som sexuellt ofredande. Vidare anförde hovrätten att beröringen av målsägandens bröst inte varit helt flyktig och har skett på ett sådant sätt att den inte varit oavsiktlig eller att den skulle kunna vara att betrakta som en kram eller omfamning, samt att beröringen haft en otvetydig sexuell prägel. Vad gäller beröringen av målsägandens underliv anförde hovrätten att det följer redan av vad den tilltalade själv berättat att det varit fråga om en sådan sexuell beröring som avses i lagens mening samt att invändningen om att det var ett skämt inte är relevant för uppsåtsbedömningen: ”Han har uppsåtligen berört den då 14-åriga målsägandens underliv, och envar inser att det är en sexuell kränkning.”[955] Slutligen anfördes att uttalandet är av sådant slag att det ska bedömas som sexuellt ofredande.

Målsägandens berättelse blir central för skapandet av straffansvar. Om domstolen finner att målsägandens berättelse ska läggas till grund för åtalet finns inga alternativa tolkningsramar att referera till. I avgörandena är fråga om distans i ålder och en sådan subjektsrelation att beröring av målsägandens kön och bröst inte kan ges någon legitim förklaring (exempelvis omvårdnad, legitim attraktion eller att beröringen var på skämt).[956] En beröring av barnets könsorgan, lår, bröst, rumpa, eller kyssar är i sig uttryck för en sexuell inriktning utifrån den aktuella subjektsrelationen (såsom föräldrar–barn, lärare–elev, för barnet okänd främling). På så sätt menar jag att det skapas en ovillkorlig, skyddsvärd, integritet vad gäller barn som skyddsvärt subjekt.

Denna integritet är inte bara kroppslig och inte begränsad till könsorgan. Även andra handlingar mot barn framstår som självklart straffvärda i den dömande praktiken.

Ett exempel är ett avgörande i vilket en vuxen man åtalats för brott mot en tolvårig flicka.[957] I åklagarens gärningspåstående anfördes att den tilltalade dragit ner hennes långbyxor och trosor, berört hennes underliv med handen, blottat sin penis

[955] HSB 2329-06, hovrättens dom.
[956] Se avsnitt 7.4 angående sådana invändningar.
[957] HSB 2599-07.

och onanerat intill henne. Den tilltalade förnekade. Tingsrätten ogillade åtalet med hänvisning till att målsägandens utsaga inte var tillräckligt tillförlitlig. Hovrätten däremot fann att målsägandens uppgifter i fråga om vissa handlingar var tillförlitliga. Hovrätten beskrev gärningen som att en lek med att kittlas går över i att den tilltalade drar ner hennes byxor, hon kämpar för att dra upp dem och flyr till sitt sovrum. Den tilltalade döms således för att ha dragit ner målsägandens långbyxor, vilket enligt hovrätten hade sexuell innebörd.

Ett annat exempel är ett avgörande där den tilltalade dömdes för sexuellt ofredande mot sin fjorton år gamla systerdotter.[958] Gärningarna bestod i att den tilltalade lagt sig bakom målsäganden i sängen iförd endast kalsonger, att han hållit fast målsäganden om överkroppen och benen samtidigt som han pussat henne på nacken och axeln, samt pussat målsäganden på kinden och tagit på målsägandens rumpa. Han dömdes också för att ha visat porrfilm för målsäganden. Tingsrätten anförde att beröringarna har haft en så tydlig sexuell prägel att de är att bedöma som sexuellt ofredande. Angående förevisningen av porrfilmen anförde tingsrätten att den visserligen endast avsett några korta avsnitt, men med hänsyn till målsägandens ålder och omständigheterna i övrigt har den varit ägnad att kränka målsägandens sexuella integritet.[959]

Jag tolkar avgörandet som att visandet av porrfilm skapas som straffvärt genom referens till att det är målsägandens morbror som har visat filmen, att morbrodern är avsevärt äldre än målsäganden samt att han i samband med detta har berört henne sexuellt.

Jag menar att avgörandena kan förstås som att enstaka handlingar görs straffvärda genom referens till ett i övrigt sexualiserat beteende mot barnet.[960] I avgöranden där det är fråga om upprepade tillfällen, eller flera åtalspunkter som rör sexualbrott mot andra målsäganden, kan enskilda gärningar bedömas som sexuellt ofredande, som i jämförelse med andra fall inte framstår som självklart straffvärda. Detta talar för att även om det är enskilda gärningar som åtalas i specifika åtalspunkter, konstrueras det straffvärda brottet genom referens till den tilltalades sexualiserade beteende gentemot målsäganden. På så sätt skapas barnets ovillkorliga frihet från att utsättas för annans sexuella begär.

---

[958] HSV 5679-07.

[959] Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

[960] För fler exempel, se: HSV 3119-07, vari den tilltalade dömdes för sexuellt ofredande mot tre av sina styvdöttrar. Övergreppen mot en av systrarna hade pågått under lång tid, och den tilltalade dömdes för att vid upprepade tillfällen ha tagit på hennes bröst, pussat henne, tryckt sig mot henne och tagit på hennes könsorgan. Han dömdes också för sexuellt ofredande gentemot en annan av systrarna för att vid ett tillfälle ha tagit med sin hand på insidan av ena låret. Se även HSB 861-08, vari den tilltalade dömdes för upprepade våldtäkter mot flera målsäganden, samt för sexuellt ofredande bestående i att han pussat en av målsägandena på halsen och på låren vid ett par tillfällen. Tingsrätten anförde bland annat att bevisningen gav en entydig bild av att den 50-årige mannen hade ett påtagligt sexuellt intresse av unga flickor. Se även HSV 3242-08.

7.3 Villkorandet av skyddsvärd integritet

Inledningsvis i detta avsnitt redogör jag för avgöranden vari målsägandens viljeuttryck och den tilltalades insikter om detta aktualiseras som krav för straffansvar. Kravet som formuleras är att en handling inte kan vara ett straffvärt ofredande som är ägnat att kränka målsägandens sexuella integritet om målsäganden velat detta, eller om den tilltalade inte insett målsägandens motvilja. En jämförelse kan göras med NJA 1996 s. 418, i vilket Högsta domstolen anförde att sådant som parterna brukade göra inte kunde anses utgöra sexuellt ofredande.[961]

Därefter redogör jag för två andra krav som aktualiseras i underrätternas avgöranden, dels frågan om gärningen har riktats mot annan, dels frågan om målsäganden har tagit anstöt.

Frågan om målsägandens vilja och förmåga och den tilltalades insikter om detta

Gemensamt för några av avgörandena är att en sexuell relation mellan parterna utgör en möjlig alternativ tolkningsram för handlingen, eller att handlingen är legitim av professionella skäl.

Ett avgörande rör åtal mot två personer för att ha ”uppträtt anstötligt mot målsäganden, som har ett psykiskt handikapp, genom att med utnyttjande av hennes oförmåga att värja sig från den tilltalades närmanden och övriga handlanden kränkt hennes sexuella integritet”. [962] Enligt det första åtalet har den tilltalade R under en knapp femårsperiod vid upprepade tillfällen bland annat sugit på målsägandens bröst, tagit målsäganden mellan benen, slickat på målsägandens kön, försökt ha samlag med målsäganden samt fört hennes hand mot sitt kön. Enligt det andra åtalet har den tilltalade S under en period om ett halvår vid upprepade tillfällen bland annat sugit på målsägandens bröst samt försökt ha samlag med henne.

Tingsrätten biföll åtalen och anförde angående båda åtalen att den tilltalade ”varit väl medveten om målsägandens psykiska handikapp och det kan hållas för visst att han otillbörligt har utnyttjat målsägandens oförmåga att värja sig mot hans närmanden och övriga handlanden”. Därmed har den tilltalades agerande varit anstötligt och ”det är uppenbart att det kränkt målsägandens sexuella integritet”.[963]

---

[961] Se kapitel 6.2 och 6.4.

[962] HVS 1040-08 & 1042-08, gärningsbeskrivningen. Det är fråga om två olika tilltalade som står åtalade för att ha begått sexuellt ofredande mot samma målsägande.

[963] HVS 1040-08 & 1042-08, tingsrättens dom.

Kraven på att handlingen ska vara anstötlig och kränka målsägandens sexuella integritet skapas genom referens till målsägandens psykiska handikapp, den tilltalades vetskap om detta, samt till hans utnyttjande av hennes oförmåga att värja sig.

Även i hovrättens domskäl skapas kraven på detta sätt. Hovrätten anförde att avgörande vid bedömningen huruvida de tilltalades handlande inneburit att de uppträtt anstötligt mot målsäganden och kränkt hennes sexuella integritet ”är om målsäganden varit oförmögen att värja sig för de tilltalades närmanden och handlanden”.[964] Hovrätten ogillade dock åtalet, utifrån slutsatsen att det inte var visat att målsägandens psykiska handikapp gör att hon har en oförmåga att värja sig och sätta gränser ”i nu aktuella avseenden”.

Skyddsvärd integritet skapas i avgörandet genom subjektets förmåga till gränssättande, att värja sig. Om hon hade förmåga att värja sig, men inte de facto värjde sig, kan det inte vara fråga om en kränkning av hennes sexuella integritet. Straffvärdhet förutsätter ett subjekt som uttrycker sin vilja.

I ett skiljaktigt yttrande aktualiseras också målsägandens förmåga till gränssättande som ett krav. Dock framhålls den tilltalades insikter om målsägandens vilja. I yttrandet anfördes att vid ”intima kontakter mellan en person med ett synligt förståndshandikapp och en normalbegåvad måste det krävas att den normalbegåvade tar hänsyn till förståndshandikappet och inte utan vidare tar ett ej helt tydligt avböjande av en sexuell invit för ett samtycke”.[965] Det skiljaktiga hovrättsrådet konkluderade att de tilltalade inte kan ha varit omedvetna om att målsäganden inte haft något intresse av de sexuella handlingarna och att de sexuella handlingarna inte skulle ha ägt rum om målsäganden inte hade haft något förståndshandikapp, och därmed har de tilltalade kränkt målsägandens sexuella integritet.

Att den kroppsliga integriteten villkoras utifrån det skyddsvärda subjektets viljeuttryck sätter jag i relation till att i denna subjektsrelation antas en sexuell relation vara möjlig, på ett sätt som inte antas i avgörandena i avsnitt 7.2.

Möjligheten av en frivillig sexuell relation framkommer även i ett annat avgörande där parterna sedan lång tid tillbaka umgåtts med varandra (som vänner).[966] I det avgörandet har den tilltalade, liksom i avgörandet ovan, bestridit ansvar för brott och då hänvisat till målsägandens samtycke. Tingsrätten fann inte styrkt att den tilltalade handlat som han gjort utan målsägandens samtycke, ej heller var det utrett att han, för det fall han handlat utan målsägandens samtycke, insett detta. Hovrätten gjorde motsatt bedömning och biföll åtalet, men även i hovrättens domskäl görs frågan om målsägandens viljeuttryck till en nödvändig förutsättning för straffansvar.

I ett tredje avgörande framkommer frågan om en sexuell relation förelåg mellan parterna som en omständighet avgörande för vad den tilltalade insett om

---

[964] HVS 1040-08 & 1042-08, hovrättens dom.
[965] HVS 1040-08 & 1042-08, hovrättens dom, skiljaktigt yttrande.
[966] HNN 1242-07.

målsägandens vilja.[967] I avgörandet har en professionell massör åtalats för att ha ofredat sin klient genom att ”under en längre stund masserat målsägandens underliv och könsorgan med en massageapparat”. Den tilltalade invände att han inte insett att han handlade mot målsägandens vilja och att han därmed inte kan anses ha kränkt hennes sexuella integritet.

Tingsrätten anförde att målsäganden inte hade efterfrågat denna typ av massage och inte heller hade det förekommit någon sexuell relation mellan parterna. Angående den tilltalades insikter anförde tingsrätten: ”Det förhållandet att målsäganden möjligen vid något eller några tillfällen hållit i den tilltalades händer i samband med behandling, att hon uttryckt att hon varit nöjd med tidigare behandlingar och att hon kan ha gett honom en kram när hon gått efter tidigare behandlingar kan rimligtvis inte ha föranlett den tilltalade att tro att hon ville ha denna typ av massage.”[968]

Angående målsägandens viljeuttryck anförde tingsrätten att målsäganden varken genom ord eller genom handling gav uttryck för att hon motsatte sig den tilltalades massage av hennes underliv. Detta är enligt tingsrätten begripligt då hon tidigare utsatts för sexuella övergrepp. Det saknas skäl att ifrågasätta att hennes passivitet hade sin grund i tidigare upplevelser och att hon blev handlingsförlamad i den föreliggande situationen, anförde tingsrätten, som dock tillade att oavsett detta har omständigheterna inte varit sådana att den tilltalade haft fog för att utgå från att han handlade med målsägandens samtycke. Slutsatsen formuleras av tingsrätten:

> Målsäganden har anlitat den tilltalade som massör och de har, som tidigare anförts, inte haft någon annan *relation* till varandra än att han behandlat henne inom ramen för sin yrkesutövning. Det är klarlagt att han i sin egenskap av *massör* i sexuellt syfte masserat målsägandens underliv med en massageapparat *utan att hon efterfrågat denna behandling*. Den tilltalade måste härigenom anses ha kränkt målsägandens sexuella integritet. Även om den tilltalades uppsåt inte omfattat att kränka målsägandens sexuella integritet måste han ha insett att *omständigheterna* varit sådana att hans handlande var ägnat att kränka målsäganden på detta sätt. Den tilltalade skall därför dömas för sexuellt ofredande.[969]

Av citatet framgår hur den straffvärda handlingen skapas genom hänvisning till subjektsrelation (en sexuell relation eller en professionell massör–klient relation?) och vad den tilltalade antagit om denna relation.

Avgörandena tolkar jag som att om en sexuell relation antas mellan parterna aktualiseras målsägandens vilja och motstånd, liksom den tilltalades insikt om detta, som ett krav för straffvärdhet. Straffvärda handlingar konstrueras således genom referens till subjektsrelationen och sedlighetsnormer, det vill säga vad som antas vara

---

[967] HNN 395-08.
[968] HNN 395-08, tingsrättens dom.
[969] HNN 395-08, tingsrätten dom, mina kursiveringar. Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

ett normalt, acceptabelt beteende i den här subjektsrelationen. Straffvärdhet skapas både genom hänvisning till vad målsäganden faktiskt har uttryckt och till situationen som sådan, och vad den tilltalade hade fog för att anta utifrån situationen. I jämförelse med andra avgöranden menar jag att målsägandens bristande samtycke endast är en möjlig – men inte nödvändig – förutsättning för straffbarhet.

Den kroppsliga integriteten villkoras genom subjektsrelationer. Avgöranden som rör massage, liksom ett avgörande som rör läkarundersökning, tolkar jag också som att när kroppen har gjorts tillgänglig för vissa beröringar, eller beröringar med vissa syften, villkoras den kroppsliga integriteten genom ett krav på att subjektet ska uttrycka sin vilja.[970] Härigenom framkommer hur straffvärdhet skapas både genom referens till målsägandens viljeuttryck och till sedlighetsnormer.

Frågan om gärningen riktas mot annan

I ett par avgöranden som rör blottning aktualiseras frågan om den åtalade gärningen har riktats mot annan.[971] Avgörandena där detta aktualiseras handlar om vilka beteenden i det offentliga rummet (på ett torg, en skogsväg) som kränker *en* persons integritet. Frågan är om det över huvud taget finns ett skyddsvärt subjekt.

I det ena avgörandet fann tingsrätten att den tilltalade, som satt på en bänk och onanerade, inte hade riktat sig mot den flicka som sett honom.[972] Hovrätten däremot anförde att den tilltalade hade sökt ögonkontakt och lett mot målsäganden. Även om den tilltalade inte hade sökt upp just målsäganden har han ändå kommit att rikta sitt handlande mot henne på det sätt som förutsätts för straffansvar, anförde hovrätten.[973]

I det andra avgörandet hade den tilltalade vid sju olika tillfällen under en halvårsperiod onanerat i sin bil i ett skogsområde.[974] Den tilltalade bestred ansvar då han inte haft för avsikt att blotta sig för någon av kvinnorna som sett honom. Åtalet ogillades av båda instanser utifrån den invändningen. Tingsrättens domskäl tog sikte på om det av målsägandenas berättelser var styrkt att han riktat sin handling mot dem. Tingsrätten anförde bland annat att målsägandena riktat sin uppmärksamhet mot bilen för att den stod parkerad på ett ovanligt ställe eller på grund av bilens färg, och att den tilltalade inte påkallat deras uppmärksamhet, utan upptäckts av målsägandena först sedan de tittat in i bilen. Tingsrätten fann att det inte var ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade handlat i avsikt att blotta sig för någon av målsägandena.

---

[970] HSV 213-07 och 5245-07; HNN 395-08; HSV 5021-08.
[971] HSV 2025-08; HSB 581-08.
[972] HSV 2025-08.
[973] HSV 2025-08.Två nämndemän var skiljaktiga och dömde för förargelseväckande beteende.
[974] HSB 581-08.

Åklagaren anförde i överklagandet till hovrätten att blottningen har ägt rum på platser där det är helt uppenbart att människor vistas och att risken för att någon person passerar bilen under den tid som den tilltalade onanerar är beaktansvärd, vilket den tilltalade måste ha insett eller förhållit sig likgiltig inför. Hovrätten anförde dock att straffansvar för sexuellt ofredande förutsätter att handlingen riktar sig mot en viss person och att gärningsmannen har varit medveten om dennes existens. Det var enligt hovrätten ”inte tillförlitligen utrett att den tilltalade har lagt märke till någon av målsägandena och således varit klar över att någon av målsägandena har sett honom”.[975]

Frågan om att ta anstöt

I föregående kapitel har jag visat att straffansvar för sexuellt ofredande avgränsas genom hänvisningar till ett krav på att den som utsätts för gärningen ska *ta anstöt*. Det kommer av ordalydelsen i stadgandet om sexuellt ofredande före reformen år 2005; genom ord eller handling på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträder *anstötligt*.

Kravet formuleras i två avgöranden.[976] I det ena avgörandet dömdes en man för sexuellt ofredande mot sin 15-åriga styvdotter.[977] Gärningen bestod bland annat i att han vid flera tillfällen onanerat i sin säng, vänd mot styvdottern i sängen bredvid. Tingsrätten anförde att det fanns en uppenbar risk att målsäganden antingen skulle vara vaken eller också vakna under tiden och därmed uppfatta handlingen, eftersom den utfördes i ett trångt utrymme och lampan var tänd. Därtill låg han vid några tillfällen vänd mot målsäganden med sovsäcken öppen samt vid andra tillfällen rörde han vid henne. Tingsrättens majoritet fann att den tilltalade varit likgiltig inför om målsäganden varit vaken och uppfattat hans handlande, därmed hade han haft uppsåt till gärningarna.[978]

Tingsrättens ordförande var skiljaktig och anförde att det för straffansvar krävs att ”handlingen som sådan är tillräcklig för att typiskt sett väcka anstöt”. Den skiljaktige förtydligade, med hänvisning till RH 1999:119, att ”en handling riktad mot en sovande person inte är ägnad att väcka anstöt på det sätt som avses i bestämmelsen, eftersom den som sover inte uppfattar det som händer och därför inte kan ta anstöt”. Detta innebär att en objektiv förutsättning för straffansvar är att den som handlingen riktas emot kan uppfatta denna. Slutligen anfördes i det skiljaktiga yttrandet att den tilltalade måste ha haft uppsåt beträffande att målsäganden var vaken, så var inte fallet här enligt den skiljaktige.

---

[975] HSB 581-08, hovrättens dom.
[976] HVS 3905-07; HNN 365-08.
[977] HVS 3905-07.
[978] Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

En jämförelse kan göras med frågan om sexuellt ofredande kan begås mot sovande personer, som behandlas i SOU 2010:71.[979] Liksom i blottningsfallen jag nämnt strax ovan är frågan om det finns ett skyddsvärt subjekt.

Det andra avgörandet rör åtal mot en man för att ha skickat brev innehållande nakenbilder som han tagit på målsäganden, under tiden de hade ett förhållande med varandra, till målsägandens hemadress, arbetsplats och målsägandens dotter, samt per telefon hotat med att offentliggöra bilderna.[980] Den tilltalade har invänt att han skickade bilderna för att han ville visa henne resultatet av fotograferingen.

I tingsrättens domskäl görs skillnad på de brev målsäganden har öppnat och de brev som oöppnade lämnades till polisen. Angående de oöppnade breven anför tingsrätten att oavsett att hon genom polisen fått reda på att breven innehöll nakenbilder på henne kan hon inte anses ha utsatts för ett sedlighetssårande och anstötligt beteende. Angående de öppnade breven biföll tingsrätten åtalet, och anförde att handlingen innebär att den tilltalade på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträtt anstötligt mot målsäganden, oavsett att hon vid tidigare tillfälle tillåtit att han tog bilderna. Bedömningen förstärks, anförde tingsrätten, av att den tilltalade hotat att offentliggöra bilderna.

I överklagandet till hovrätten har den tilltalade anfört att målsäganden inte kan ha tagit anstöt av att få se bilder av sig själv, som tagits under frivillig medverkan av henne. Hovrätten anförde som skäl för att ogilla åtalet bland annat:

> ”I förevarande fall har målsäganden tagit del av nakenfotografier på sig själv som tagits av den tilltalade under hennes frivilliga deltagande. Med hänsyn härtill kan hans handlande att översända bilderna till henne inte innebära att han därigenom uppträtt anstötligt mot målsäganden. När det gäller innehållet i de brev som målsäganden inte öppnat har hon självfallet inte kunna ta anstöt av detta.”[981]

En skillnad framkommer mellan instanserna på så sätt att straffvärdhet skapas i tingsrättens domskäl genom hänvisning till hur handlingen påverkat målsäganden, medan hovrättens domskäl hänvisar till krav som systemet ställer upp.

Skapandet av skyddsvärd integritet

Andersson visar i avhandlingen *Hans (ord) eller hennes?* att i det straffrättsliga systemet finns en norm för offrets beteende vid sexualbrott.[982] Den normen innebär att offret förväntas uttrycka sin inställning. En diskurs om offrets viljeuttryck, vilken i korthet

---

[979] Se kapitel 5.2.
[980] HNN 365-08.
[981] HNN 365-08, hovrättens dom. Hovrätten dömde för ofredande istället, se avsnitt 7.5.
[982] Andersson (2004), se särskilt s. 218 f.

innebär att rättsskyddssubjektet förväntas uttrycka sin (mot)vilja, framkommer också i Anderssons studie av hovrättsavgöranden rörande våldtäkt. Detta är synligt också i min studie av avgöranden rörande sexuellt ofredande. Men till skillnad från vad gäller våldtäkt, skapas straffvärt sexuellt ofredande i mindre utsträckning genom explicit referens till den utsattes vilja. Dessa avgöranden har jag behandlat i avsnitt 7.3.

De avgöranden där straffansvar är självklart (avsnitt 7.2) villkoras inte den skyddsvärda integriteten med referens till en faktisk motvilja eller ett explicit icke-samtycke. Istället tolkar jag det som att straffvärda handlingar skapas genom referens till sedlighetsnormer, det vill säga vad som antas vara anständigt eller normalt beteende i den aktuella subjektsrelationen och situationen. Ett skyddsvärt subjekt är nödvändigt för straffvärdhet, men det är antaganden om det skyddsvärda subjektets vilja, snarare än en faktisk sådan, som gör handlingar straffvärda.

Genom normen att offret förväntas uttrycka sin vilja produceras rättsskyddssubjektets kropp som öppen och tillgänglig för utomstående, menar Andersson.[983] Om inte offret själv avgränsar sin kropp, genom motstånd eller protester, är kroppen tillgänglig för andra. Vad gäller sexuellt ofredande menar jag att den kroppsliga integriteten skapas som ovillkorlig i vissa situationer och subjektsrelationer, i meningen att offret inte förväntas uttrycka sin motvilja. Istället är det sedlighetsnormer som villkorar det skyddsvärda. Visserligen framkommer i vissa avgöranden av referatet av målsägandens berättelse att offret har gjort motstånd, fysiskt eller verbalt (se avsnitt 7.3), men det refereras inte till detta motstånd som förutsättning för straffansvar i dessa avgöranden. Det kan dock också tolkas som att motviljan är implicit, att den inte behöver tydliggöras som skäl för att handlingen är straffvärd.

Med att straffvärda handlingar konstrueras genom hänvisning till sedlighetsnormer avser jag antaganden om vad som är normalt och acceptabelt beteende. Den som utsätts för handlingen behöver inte uttrycka sin (mot)vilja eftersom det är underförstått att man inte beter sig på det här sättet. Handlingen känns igen som en sådan som inte är acceptabel, såsom främlingens antastande på bussen, arbetskollegans tafsande, blottaren som onanerar. På så sätt skapas en skyddsvärd integritet.

I vissa fall är subjektet inte tillgängligt för den här typen av beröringar. I andra fall är utgångspunkten den motsatta – subjektet är tillgängligt och måste tydliggöra sin motvilja. Den skyddsvärda integriteten villkoras. Den skyddsvärda integriteten villkoras också genom kravet på att handlingen ska ha en sexuell inriktning, vilket är ämnet för nästa avsnitt.

[983] Ibid., s. 264.

7.4 Frågan om handlingens sexuella inriktning

I avhandlingen är studien av sexuellt ofredande ett exempel på hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras i fråga om den specifika brottskategorin sexualbrotten. I avsnittet 7.2 beskrev jag hur handlingar i vissa situationer och subjektsrelationer är självklart straffvärda som sexuellt ofredande. Där framgick att handlingens sexuella inriktning i de flesta avgöranden är underförstådd. I domskälen konstateras kort att gärningen är ägnad att kränka den sexuella integriteten, att den har en sexuell inriktning, en sexuell prägel eller liknande formuleringar.

Det här avsnittet ägnar jag åt avgöranden vari gärningens sexuella inriktning aktualiseras som ett krav för straffansvar. I elva avgöranden formuleras kravet, ibland som en fråga om den tilltalades insikt, ibland som en fråga om gärningens karaktär. Åtalet ogillas av båda instanser i fem avgöranden.[984] I fyra avgöranden bifaller tingsrätten åtalet men hovrätten ogillar åtalet.[985] I två avgöranden bifalls åtalet i båda instanser.[986] Gemensamt för flertalet av dessa avgöranden är att som skäl för att handlingen inte är straffvärd som sexuellt ofredande anges att den tilltalade har ett annat syfte eller motiv med handlingen. I det följande redogör jag för dessa avgöranden.

Skämt som invändning

I två avgöranden gör de tilltalade invändningar om att den åtalade handlingen var ett skämt och därför inte straffvärd som sexuellt ofredande.

I det ena avgörandet har en sextonårig pojke åtalats för sexuellt ofredande genom att ”efter att en annan kille skojat om att målsäganden är dennes nya tjej, tagit målsäganden på rumpan och klämt till”.[987] Av domskälen, men inte av gärningsbeskrivningen, framgår att målsäganden är fjorton år. Handlingen har utförts på skolan där båda är elever. Av den tilltalades berättelse framkommer att han uppfattade det som den andra pojken sagt som ett skämt och därför daskade till målsäganden på skoj: ”Det hela var ett dåligt skämt och han hade inga sexuella tankar med handlingen.”

I domskälen aktualiseras frågan om avsikten att skämta utesluter straffansvar. Tingsrätten anförde att det inte var utrett att den tilltalade haft för avsikt att kränka målsägandens sexuella integritet och att med hänsyn till hur han uppfattat händelsen

---

[984] HSV 5062-07; HGO 1728-08; HSV 5021-08; HGO 2536-08; HSB 2797-07.
[985] HÖN 88-08; HÖN 930-07; HSV 213-07 & 5245-07; HÖN 184-08.
[986] HNN 392-07; HSV 376-08.
[987] HGO 1728-08, gärningsbeskrivningen.

har han inte haft sådant uppsåt som krävs för att han ska kunna dömas för sexuellt ofredande.

I hovrättens sammanfattning av parternas berättelser beskrivs att den tilltalades agerande ”varit avsett som en skämtsam klatsch i baken utan sexuell prägel”, samt att målsäganden uppgett att hon inte kan utesluta att den tilltalades avsikt varit att skoja.[988] Hovrätten anförde att för att handlingen ska utgöra sexuellt ofredande ”krävs att den haft en sexuell inriktning i den meningen att det varit fråga om att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift”.[989] Hovrätten konkluderade att det inte framkommit att den tilltalades agerande haft en sådan sexuell prägel som syftat till att söka reta eller tillfredsställa hans sexualdrift.

I avgörandet ges kravet på sexuell inriktning en innebörd genom referens till avsikten med gärningen, i det här fallet att skämta.

Ordförande i tingsrätten var skiljaktig och anförde att mot bakgrund av att den tilltalades agerande skett i direkt anslutning till att en annan pojke skämtat om att målsäganden var hans tjej, har handlandet varit ägnat att kränka målsägandens sexuella integritet.[990] I det skiljaktiga yttrandet framhålls inte något specifikt krav på sexuell inriktning. Handlingen görs straffvärd genom hänvisning till omständigheter som målsäganden vittnat om: att en annan kille strax innan tafsade på henne och sagt att hon skulle suga av honom, att hon upplevde detta som obehagligt och att den killen stod kvar när den tilltalade kom fram och tog på henne. I majoritetens avgörande exkluderas den situation som den skiljaktige hänvisar till, vad som föregått gärningen.

Det andra avgörandet vari en invändning om skämt framförs rör åtal mot fyra 16-åriga pojkar.[991] Enligt åtalet har de sexuellt ofredat sin lärare genom att slå in en trädildo, tillverkad i slöjden av en av de tilltalade, i en porrtidning och överlämna detta till läraren under lektionstid i skolan.

Tingsrätten anförde att oavsett om pojkarna styrts av något sexuellt intresse eller inte har deras handlande ”utan tvekan varit ägnat att kränka målsägandens sexuella integritet”.[992] Sexuell inriktning i meningen en viss avsikt aktualiseras inte som ett krav för straffansvar i tingsrättens domskäl.

Så görs dock i den skiljaktiga mening som tingsrättens ordförande anför. Enligt det skiljaktiga yttrandet är gärningen inte av sådan utpräglad sexuell natur att den ska bedömas som sexuellt ofredande, eftersom inget tyder på att pojkarna haft något sexuellt motiv till sitt agerande.[993] Kravet, som formuleras som *en utpräglad sexuell natur*, ges innebörd genom referens till de tilltalades motiv, att skämta.

---

[988] HGO 1728-08, hovrättens dom.
[989] HGO 1728-08, hovrättens dom.
[990] HGO 1728-08, tingsrättens dom, skiljaktigt yttrande.
[991] HÖN 88-08. Samma avgörande behandlas i SOU 2010:71, se kapitel 5.2.
[992] HÖN 88-08, tingsrättens dom.
[993] HÖN 88-08, tingsrättens dom, skiljaktigt yttrande.

Hovrätten hänvisar till propositionen 2004/05:45, vari anfördes att tillämpningsområdet för sexuellt ofredande skulle avgränsas till att träffa handlingar som har en sexuell inriktning på så sätt att de syftar till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Hovrätten konkluderade:

> De tilltalade har uppgett att bakgrunden till att de handlade som de gjorde var att de uppfattade målsäganden som en ”sur” och sträng lärare och att de ville se hur hon skulle reagera. Det finns inte skäl att ifrågasätta vad pojkarna uppgett i den delen och att de således inte haft något sexuellt motiv till sitt agerande. Med hänsyn härtill anser hovrätten att det inte finns förutsättningar för att bedöma gärningen som sexuellt ofredande.[994]

I hovrättens domskäl formuleras sexuell inriktning som ett krav som innebär att de tilltalade ska ha ett visst motiv. Motivet att de ville se hur läraren skulle reagera utesluter ett sexuellt motiv.

Professionella skäl för beröring

Att frågan om sexuell inriktning besvaras genom hänvisning till en annan avsikt än en sexuell sådan framkommer i ett avgörande vari en manlig läkare har åtalats för att ha sexuellt ofredat en patient under en ultraljudsundersökning.[995] Enligt gärningsbeskrivningen har han flera gånger strykit gelé på hennes bröst, vridit på hennes bröstvårtor, uppmanat henne att förevisa sina bröst för honom, samt under undersökningen uttalat att han tyckte att hennes bröst var vackra och att hon var en vacker kvinna. Därtill har han skickat e-post och sms med innebörden att målsäganden var vacker och att han ville träffa henne igen.

Den tilltalade har erkänt beröringarna i fråga men bestritt ansvar för brott eftersom allt har varit ”medicinskt motiverat”. Såväl tingsrättens som hovrättens domskäl, liksom de skiljaktigas motiveringar rör frågan om handlingarna var medicinskt motiverade.[996]

Tingsrätten konkluderade att det inte har ”framkommit annat än att alla de åtgärder den tilltalade vidtagit under undersökningen varit medicinskt motiverade, även om de kan ha uppfattats på annat sätt av målsäganden”.[997] Således, anförde tingsrätten, kan den tilltalades handlande inte ha varit ägnat att kränka målsägandens

---

[994] HÖN 88-08, hovrättens dom. Hovrätten dömde istället för ofredande, se avsnitt 7.5.

[995] HSV 5021-08.

[996] I målet har två läkare hörts om hur en normal undersökning av brösten utförs, den ena på åklagarens begäran och den andre på den tilltalades begäran. Den sistnämnde läkarens vittnesmål läggs till grund för både tingsrättens och hovrättens bedömning.

[997] HSV 5021-08, tingsrättens dom.

integritet. Uttalandena under undersökningen och de meddelanden han skickat till målsäganden efteråt bedöms separat. Tingsrätten anförde att även om de framstår som klart olämpliga i relationen mellan en läkare och hans patient, har de inte har haft ett sådant innehåll att de bör föranleda straffansvar.

Hovrätten anförde att undersökningen utfördes på målsägandens egen begäran, och därmed får det ”förutsättas att målsäganden inte motsatte sig en undersökning utförd i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet”.[998] Hovrätten hänvisar därtill till målsägandens viljeuttryck: hon har inte reagerat under undersökningen och inte heller ifrågasatt eller försökt att stoppa den tilltalades handlande.[999]

I likhet med tingsrätten anför hovrätten att utredningen inte visar att åtgärderna var omotiverade utifrån en bedömning grundad på vetenskap och beprövad erfarenhet. Även hovrätten bedömde den tilltalades uttalanden och meddelanden separat. Enligt hovrätten är dessa ”högst olämpliga av en läkare i förhållande till en patient”, men innebörden är ”inte av sådan beskaffenhet att de kan sägas ha varit ägnade att kränka målsägandens sexuella integritet”.[1000]

Att det medicinskt motiverade ställs i motsats till sexuell inriktning framgår vid jämförelse med det skiljaktiga yttrande som tingsrättens ordförande gav. I yttrandet skapas en straffvärd handling genom referens till den tilltalades sexuella intresse för målsäganden. Straffansvar skapas därtill genom att samtliga handlingar bedöms sammantaget:

> Jag anser vidare att det aktuella händelseförloppet måste bedömas i ett sammanhang och att åtgärder som vid en normal undersökning hade varit medicinskt motiverade har fått en annan – tydligt sexuell – innebörd genom de kommentarer den tilltalade lämnat under undersökningen och genom de meddelanden han därefter skickat till målsäganden. Genom sina uttalanden och meddelanden har den tilltalade visat för målsäganden att hans intresse i undersökningen varit något annat än rent yrkesmässigt. […] Det är för mig tydligt att den tilltalades åtgärder, uttalanden och meddelanden varit ägnade att kränka målsägandens sexuella integritet, liksom att de rent faktiskt har gjort det.[1001]

Även till hovrättens dom anförs i ett skiljaktigt yttrande att den tilltalade i sin undersökning gått utöver vad som varit medicinskt motiverat, och att hans uppsåt att kränka målsägandens sexuella integritet bekräftats genom de meddelanden han efteråt skickat till henne via e-post och sms.

---

[998] HSV 5021-08, hovrättens dom.

[999] Jämför hur straffvärda handlingar skapas genom referens till målsägandens viljeuttryck som jag behandlat i avsnitt 7.3.

[1000] HSV 5021-08, hovrättens dom.

[1001] HSV 5021-08, tingsrättens dom, skiljaktigt yttrande.

Majoritetens och minoritetens domskäl visar hur straffvärdhet konstrueras beroende på huruvida den tilltalade kan positioneras som en professionell läkare som handlar på vetenskaplig grund. Avgörande för skapandet av en straffvärd handling är hur gärningen beskrivs. Majoriteten gör skillnad mellan å ena sidan den tilltalades eventuella avsikt och uttalanden, både i undersökningssituationen och efter, och å andra sidan den tilltalades fysiska handlingar. Då själva handlingen var medicinskt motiverad utesluts andra avsikter. Fragmenteringen av händelsen i två skilda gärningar möjliggör att sexuell avsikt utesluts.

Frågan om gärningens sexuella inriktning aktualiseras också i de avgöranden som rör åtal för sexuellt ofredande i samband med massage.[1002] I ett sådant avgörande (som omfattar två skilda tingsrättsmål avseende samma tilltalade) skapas den straffvärda handlingen främst med hänvisning till att massagen har utförts på kroppsdelar som normalt inte omfattas av massage.[1003]

I det första målet har försvaret ifrågasatt om det är möjligt att dra en gräns mellan massage som är intim men i och för sig inte otillbörlig och sådan massage som är otillbörlig i den meningen att den passerar gränsen för sexuellt ofredande.[1004] I tingsrättens domskäl hänvisades till att målsägandena beskrivit massagen som ett rent knådande av brösten som inte hade med massage att göra, att det varit fråga om återkommande beröring av könsorganet, samt återkommande beröring av könshår och särande av skinkorna med syfte att blotta anus och könsorgan. Tingsrätten konkluderade att det har ”rört sig om åtgärder som tveklöst passerat gränsen för vad som varit ägnat att kränka målsägandenas sexuella integritet”. Den tilltalade har enligt tingsrätten handlat med uppsåt, det ”framgår redan av att han själv medgett att den åtalade massagen i och för sig är att bedöma som otillbörlig”, därtill anförde tingsrätten att hans handlande har syftat till att reta eller tillfredsställa hans sexualdrift.[1005]

I det andra målet har den tilltalade invänt att han inte masserade ”de kvinnliga brösten”, däremot muskulaturen alldeles ovanför.[1006] Tingsrätten konstaterade att det inte finns någon utredning i målet om hur en så kallad helkroppsmassage ska gå till, men att det av namnet att döma torde vara fråga om en massage varvid stor del av kroppen masseras. Det får dock, anförde tingsrätten, anses uppenbart att en sådan massage inte innefattar massage av intima kroppsdelar eller massage alldeles intill könet.[1007]

[1002] HSV 213-07 och 5245-07, se även HNN 1242-07 samt HNN 395-08, vari tingsrätten hänvisade till att den tilltalade själv uppgett att massagen enbart hade ett sexuellt syfte.

[1003] HSV 213-07 & 5245-07.

[1004] HSV 213-07.

[1005] HSV 213-07, tingsrättens dom. Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

[1006] HSV 5245-07.

[1007] HSV 5245-07, tingsrättens dom. Tingsrätten ogillade åtalet. Då målsäganden under massagen synes ha varit ytterst förskrämd och fruktat för sitt liv kunde det inte uteslutas att hon haft en något skev

Den straffvärda handlingen skapas med hänvisning till vilka kroppsdelar som den tilltalade tagit på och om det är normalt att beröra dessa kroppsdelar vid massage. Kravet på en sexuell inriktning ges en kroppslig innebörd. Att beröra dessa kroppsdelar är handlingar som i sig syftar till att reta eller tillfredsställa den tilltalades sexualdrift.

Blottade bröst som sexuellt ofredande

Två avgöranden rör åtal mot kvinnor som blottat sina bröst. I båda avgörandena aktualiseras kravet på gärningens sexuella inriktning.

I det första avgörandet framgår av gärningsbeskrivningen att det specifika blottningsfallet åberopas, att den tilltalade har ”blottat sina bröst för målsäganden på ett sätt som varit ägnat att väcka obehag”.[1008] Enligt åtalet har hon, klädd i kappa med trosor och bar överkropp under, rusat fram mot en man, öppnat sin kappa och blottat brösten för honom. Detta filmades. Den tilltalade har bestridit ansvar för brott under påståendet att hon inte haft till syfte att tillfredsställa den egna sexualiteten, utan att gärningen begicks inom ramen för hennes medverkan som skådespelare i inspelningen av ett TV-program.

Tingsrätten anförde att en förutsättning för ansvar för sexuellt ofredande är att blottningen typiskt sett är ägnad att ge upphov till obehag, men att någon förargelse inte måste ha uppkommit i det enskilda fallet. Det krävs inte, enligt tingsrätten, att gärningsmannen haft uppsåt att kränka den andra personens sexuella integritet, det är tillräckligt att gärningsmannen haft uppsåt beträffande de objektiva brottsrekvisiten. Inte heller, anförde tingsrätten krävs det att handlingen företagits i syfte att tillfredsställa den egna sexualiteten. Tingsrätten konkluderade att målsäganden upplevt blottningen som obehaglig och kränkande och biföll åtalet.[1009]

I hovrätten är det fråga om huruvida ett krav på sexuell avsikt gäller både första och andra ledet i 6 kap. 10 § andra stycket. Hovrätten anförde att paragrafen har utformats som två olika typer av sexuellt ofredande, och mot bakgrund av detta är det för straffansvar för blottning tillräckligt att blottningen har skett på ett sätt som är

---

verklighetsuppfattning och därmed upplevt massagen på ett sätt som inte överensstämd med hur den har utförts. Hovrätten gjorde motsatt bedömning och fann ”visat att den tilltalade utfört massage på målsäganden på sätt som påstås i åtalet, att hans uppsåt omfattat att massagen varit ägnad att kränka hennes sexuella integritet och att handlingen syftat till att reta eller tillfredsställa den tilltalades sexualdrift.” HSV 5245-07, hovrättens dom.

[1008] HSV 376-08, gärningsbeskrivningen.

[1009] Därtill anfördes: ”Tingsrätten vill framhålla att en brottslig gärning på intet sätt kan rättfärdigas genom att den företas som ett led i en programinspelning. Anställda vid ett produktionsbolag har inte större utrymme att agera brottsligt än medborgarna i övrigt.” HSV 376-08, tingsrättens dom.

ägnat att väcka obehag.[1010] Hovrätten konkluderade att den tilltalade kom gående mot den för henne okände målsäganden när hon hoppade fram, slog upp sin kappa och blottade sina bröst samtidigt som hon utstötte något slags ljud: ”Att under dessa omständigheter exponera sina bröst på det sätt som den tilltalade har gjort är att betrakta som ett blottande som har varit ägnat att väcka obehag.”[1011] Därtill anförde hovrätten att förhållandet att den tilltalade exponerade sina bröst och inte sitt könsorgan eller att agerandet inte hade till syfte att tillfredsställa den tilltalades egen sexualitet inte föranleder någon annan bedömning.

I tidigare kapitel har jag visat att den straffvärda blottaren skapas genom referens till att det är en man som blottar sitt kön. Avgörandet är, menar jag, ett tydligt exempel på hur igenkänning strukturerar, men inte determinerar den binära koden. Att blottande av bröst inte tidigare har kommunicerats som blottning framkommer inte som ett problem i avgörandet. Den straffvärda handlingen skapas genom referens till att den var kränkande för den som utsatts.

I det andra avgörandet som rör blottning av bröst är det inte det specifika blottningsfallet i första ledet som tillämpas, utan andra ledet, dåvarande ”på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträtt anstötligt”.[1012] Avgörandet rör åtal mot en lärare för att i samband med en lektion ha blottat sina nakna bröst för en elev, en fjortonårig pojke. Den tilltalade har invänt att hon blottat brösten under lektionen med anledning av att målsäganden ritat streckgubbar med stora bröst på tavlan i klassrummet.

Tingsrätten fann klarlagt att den tilltalade blottat sina nakna bröst för målsäganden samt att ”den tilltalade, som vid tidpunkten inte regelmässigt använde bh, varit medveten om att hon inte bar någon den aktuella dagen”.[1013] Tingsrätten anförde därtill att även om gärningen föregåtts av ett provokativt agerande från målsägandens sida kan det inte befria henne från ansvar; den tilltalade har på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträtt anstötligt mot eleven.

I hovrättens domskäl aktualiserades frågan om gärningens sexuella inriktning. Den tilltalade har till stöd för sitt överklagande anfört att bestämmelsen om sexuellt ofredande (i dess lydelse före 1 april 2005) endast omfattar sådana handlingar som syftar till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Hon anförde vidare att handlingen inte hade något med hennes sexualitet att göra, utan skedde för att målsäganden saboterade lektionen och om han inte hade ritat nakna figurer och samlagsställningar på tavlan hade hon inte reagerat på det sätt hon gjorde.

Hovrätten anförde att ”den tilltalades handlande att under en lektion blotta sina bröst för sin underårige elev tveklöst [är] uppenbart sedlighetssårande”. Hovrätten

---

[1010] ”Något som talar häremot kan inte heller utläsas av de – inte helt lättillgängliga – förarbetena till den nu gällande bestämmelsen.” HSV 376-08, hovrättens dom.

[1011] HSV 376-08, hovrättens dom s. 3.

[1012] HÖN 184-08.

[1013] HÖN 184-08, tingsrättens dom.

fann dock, bland annat med hänvisning till RH 2006:57, att det för straffansvar uppställs ett krav på att gärningen har en sexuell inriktning, i meningen att den syftar till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift.[1014] Hovrätten konkluderade att kravet inte var uppfyllt, då den tilltalade utfört handlingen för att hon var upprörd över målsägandens beteende och ville få honom att sluta med det han höll på med.[1015] Kravet på sexuell inriktning ges i domskälen en innebörd genom referens till den tilltalades motiv och avsikt med handlingen.

Yttranden i samband med kroppsligt angrepp

Straffansvar skapas i flertalet avgöranden som rör kroppsligt antastande på ett självklart sätt. I avsnitt 7.2 visade jag att frågan om gärningens sexuella inriktning inte aktualiseras i flertalet avgöranden som rör kroppsliga angrepp.

Ett hovrättsavgörande utgör ett undantag från detta. I fallet står en 60-årig man åtalad för misshandel och sexuellt ofredande mot en ung kvinna.[1016] Enligt gärningsbeskrivningen har den tilltalade sexuellt ofredat målsäganden genom att uttala att han ville se hennes fitta och därefter hållit fast i hennes ben och försökt dra av henne kläderna. Därtill har han tilldelat henne ett kraftigt slag i magen. Den tilltalade är bekant till målsägandens bror och gärningen har utförts utanför broderns bostad. Den tilltalade förnekar och har inga minnen från den delen av kvällen på grund av berusning. Tingsrätten anförde att handlandet ”utan tvekan varit ägnat att kränka målsägandens sexuella integritet” och dömde för sexuellt ofredande.[1017]

I hovrättens domskäl aktualiserades frågan om gärningen har en sexuell inriktning. Hovrätten hänvisade till proposition 2004/05:45, och att det däri anges att bestämmelsen om sexuellt ofredande avgränsats till att träffa handlingar som har en sexuell inriktning på så sätt att de syftar till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift, samt att användandet av könsord eller andra yttranden med sexuella påståenden inte sällan sker i helt andra syften än rent sexuella, exempelvis som svordomar eller för att kränka personer i största allmänhet.

Här refereras således till tidigare distinktioner i systemet, åtskillnaden mellan å ena sidan sådana handlingar som syftar till att reta den tilltalades sexualdrift, å andra sidan sådana handlingar som inte gör det, samt åtskillnaden mellan verbala yttranden och andra handlingar. Hovrätten konkluderade:

[1014] RH 2006:57 refereras i kapitel 6.3.
[1015] Hovrätten dömde för ofredande istället.
[1016] HÖN 930-07.
[1017] HÖN 930-07, tingsrättens dom.

> Den tilltalade har fällt det aktuella uttalandet samt hållit fast i och dragit i målsägandens kläder i samband med eller just efter att hon tryckt ned honom på marken framför sig. I det skedet hade den tilltalade, som nämnts ovan, ryggen vänd mot målsäganden. Det är troligt att den tilltalades handlande i detta läge var föranlett av att han blivit på angivet sätt nedtryckt på marken; det är i vart fall inte visat att han genom sitt agerande syftade till att reta eller tillfredsställa sin sexualdrift. Förfarandet i den delen får istället – sett för sig – bedömas som ett ofredande.[1018]

Ofredandet konsumerades av misshandel och den tilltalade dömdes enbart för misshandel.

Jag har i avsnitt 7.2 anfört att straffvärda handlingar skapas genom implicit referens till våldtäktsberättelsen, där vissa handlingar i vissa relationer antas vara uttryck för en straffvärd sexuell inriktning. I jämförelse med dessa konstaterar jag att det i detta avgörande inte är fråga om beröring av målsägandens kön eller bröst, han har inte försökt att kyssa henne, han har inte tryckt sin erigerade penis mot henne. Det specifika syftet som anges som ett krav i hovrättens domskäl ges innebörd genom referens till motivet för handlandet, att den tilltalade blivit nedtryckt på marken av målsäganden.

Legitim attraktion som invändning

Ett avgörande rör åtal för yttranden.[1019] Enligt gärningsbeskrivningen har den tilltalade, som är elev på samma skola som målsäganden, vid ett par tillfällen under hösten frågat henne om fråga om hon ville följa med honom in på toaletten och ha sex med honom, om hon ville följa med honom hem och knulla, samt vid ett tillfälle inför hela klassen fråga om hon var oskuld.

Tingsrätten anförde att det av utredningen i målet framkommer att ungdomar numera använder ett språk till varandra som hade varit otänkbart på den tid då förarbetena till brottsbalken skrevs på 1960-talet. Detta är också, anförde tingsrätten, känt för domstolen sedan en mängd tidigare förhandlingar där ungdomar varit inblandade: ”Ord som knulla, hora och pedofil är ord som används i stort sett dagligen mellan stora grupper av ungdomar.”[1020] Tingsrätten anförde att det mot den bakgrunden starkt kan ifrågasättas om frågor mellan ungdomar om någon vill ha sex med frågeställaren är ägnade att hos den tillfrågade kränka dennes sexuella integritet.

Tingsrätten konkluderade avseende de yttranden den tilltalade fällt då han varit ensam med målsäganden, att med hänsyn till ungdomars språkbruk är yttrandena inte att bedöma som anstötliga eller ägnade att väcka obehag eller kränka målsägandens

[1018] HÖN 930-07, hovrättens dom.
[1019] HGO 2536-08.
[1020] HGO 2536-08, tingsrättens dom.

sexuella integritet. I tingsrättens domskäl formuleras kravet på uppsåt till att kränka målsägandens sexuella integritet som en fråga om den tilltalades motiv med yttrandena:

> Av utredningen framgår att den tilltalade till målsäganden uttalat att han tyckte hon var söt och hade fint hår. Den tilltalade var uppenbarligen intresserad av målsäganden och har även enligt egen uppgift frågat s.k. chans på henne. Viss kontakt har även förekommit mellan dem via MMS och målsäganden har skickat över ett fotografi på sig till den tilltalade. Den tilltalades frågor till målsäganden, hur de nu än har formulerats, har uppenbarligen varit klumpiga och tafatta försök att få kontakt med målsäganden. Något uppsåt att kränka målsägandens sexuella integritet kan inte anses ha förelegat.[1021]

Även i hovrätten refererades dels till ungdomars språkbruk, dels till den tilltalades motiv.[1022] Till skillnad från tingsrätten ogillas åtalet i hovrättens domskäl inte med hänvisning till kravet på uppsåt. Istället konkluderade hovrätten att yttrandena till målsäganden ”inte kan anses så anstötliga, kränkande eller väcka sådant obehag att straffrättsligt ansvar kan komma ifråga”.[1023]

Straffvärdhet skapas genom referens till sedlighetsnormer (ungdomars språkbruk), och huruvida handlingen avviker från antagandet om ungdomars språkbruk. Ett krav för straffansvar aktualiseras genom referens till den tilltalades motiv för handlandet. Till skillnad från andra avgöranden i detta avsnitt handlar det inte om andra motiv än sexuella, utan om att motivet är en legitim attraktion.

Sexuell avsikt vid beröring av barn

I ett avgörande som rör sexuell beröring av barn förs resonemang i domskälen om den tilltalades invändningar rörande avsikten.[1024] Åtalet ogillades i båda instanser. I avgörandet gjorde åklagaren gällande att en 72-årig man sexuellt berört en 10-årig flicka, genom att ta av hennes kofta, fråga om hon fått bröst samtidigt som han känt efter på hennes kropp, samt satt målsäganden i sitt knä och då lagt sina händer på hennes lår. Parterna känner inte varandra sedan tidigare.

[1021] HGO 2536-08, tingsrättens dom.

[1022] ”Den tilltalade har uppgett att han varit attraherad av målsäganden och att han på olika sätt ville få hennes uppmärksamhet. Det finns i och för sig inte anledning att ifrågasätta att det varit så. Hans sätt att uttrycka detta har dock, utifrån en vuxenvärlds sätt att kommunicera, varit mycket taffligt och dumt. Vad hovrätten har att ta ställning till är om uttalandena varit brottsliga.” HGO 2536-08, hovrättens dom.

[1023] HGO 2536-08, hovrättens dom. Vad gäller yttrandet inför hela klassen dömdes den tilltalade för ofredande, se avsnitt 7.5.

[1024] HSB 2797-07.

Den tilltalade har invänt att han inte hade några sexuella avsikter med att bjuda upp henne till sin lägenhet, att han ville skoja och därför sagt, med anledning av att hon sa att hon var 10 år gammal: ”det syns för du har ju inga bröst”. Han har vidare uppgett att han satte henne i sitt knä för att skoja med henne, men att hon hamnade på hans onda knä och då tog han henne om låren för att flytta henne.

Tingsrätten anförde att det för ansvar krävs att beröringen har haft en sexuell inriktning. Tingsrätten fann att den tilltalade inte frågat om flickan hade bröst utan uttryckt saken som ett allmänt påpekande, och anförde att det i vart fall är anmärkningsvärt att med en flicka i målsägandens ålder ta upp frågan om bröst. Vidare anförde tingsrätten att det inte kan dras någon säker slutsats om flickans placering i den tilltalades knä, eller den tilltalades avsikter därmed. Angående beröringen anförde tingsrätten att det inte kan anses framgå att den i sig varit sådan att den utan vidare kan bedömas som klart sexuell, därtill hade den tilltalade släppt flickan när han insåg att hon blev skrämd. Vad gällde omständigheten att den tilltalade bjudit upp en ung flicka till sig, är den i sig inte tillräcklig för att bedöma hans avsikt. Tingsrätten konkluderade:

> Även om tingsrätten finner att tilltaget att bjuda upp en främmande liten flicka till sin bostad och därefter ta i henne på ett sätt som skrämt henne är ytterst graverande kan tingsrätten inte ens med beaktande av samtliga omständigheter finna ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade vid sin beröring av målsäganden haft sådana avsikter att åtalet kan anses tillförlitligen styrkt.[1025]

Hovrätten anförde att händelseförloppet inte var så entydigt att det därav omedelbart gick att sluta sig till att beröringarna hade en sexuell inriktning, det vill säga syftade till att reta eller tillfredsställa den tilltalades sexualdrift. Även hovrätten konkluderade att det inte var ställt utom rimligt tvivel att den tilltalades förfarande – ”om än olämpligt” – hade en sexuell inriktning.[1026]

Kravet på sexuell inriktning formuleras som ett krav på en viss avsikt i båda instansernas domskäl. Kravet ges dock en innebörd genom referens till handlingarna i sig, och inte genom referens till ett motiv eller en avsikt som är legitim. I jämförelse med avgöranden vari den straffvärda handlingen konstrueras på ett självklart sätt, kan konstateras att åtalet inte rör beröring av könsorgan, inte heller att den tilltalades könsorgan är involverade i handlingen. Det är en enstaka handling och således inte fråga om ett upprepat sexualiserat beteende mot barnet.

[1025] HSB 2797-07, tingsrättens dom. Två nämndemän var skiljaktiga och biföll åtalet.
[1026] HSB 2797-07, hovrättens dom.

Den komplexa gränsdragningen mellan olämpligt och straffvärt

I avsnitt 7.3 fokuserade jag på en aspekt av hur straffvärdhet skapas, nämligen genom formuleringen av kravet på att målsäganden uttryckt sin motvilja, och att den tilltalades insett detta. Jag behandlade också andra krav som formulerats, såsom att gärningen ska ha riktats mot annan. I det här avsnittet, 7.4, har jag fokuserat på avgörandena vari ett krav på handlingens sexuella inriktning formulerats. Kravet ges dels en innebörd genom referens till den tilltalades motiv eller avsikt, dels ges det innebörd genom referens till den kroppsliga handlingen – såsom vilka kroppsdelar som den tilltalade har berört. I båda avsnitten konstaterar jag att den straffvärda handlingen skapas i relation till sedlighetsnormer, vad som är brukligt utifrån den aktuella subjektsrelationen (såsom läkare–patient, massör–klient, lärare–elev, skolungdomar).

De olika typer av krav som formuleras i avgörandena kan förstås som att de tar sikte på att upprätthålla en gräns mellan å ena sidan handlingar som möjligen är olämpliga, men inte straffvärda, och å andra sidan straffvärda handlingar. Det framstår inte alltid som väsentligt exakt vilket krav som är uppfyllt och hur, utan de vävs samman i en generell bedömning av huruvida handlingen är klandervärd. Jag ska här nämna ett par avgöranden som belyser detta.

Det ena avgörandet rör åtal mot en lärare för att ha sexuellt ofredat mamman till en av sina elever.[1027] Enligt gärningsbeskrivningen har han i ett trapphus på skolan ”hållit kvar målsäganden genom att med sina armar stänga in henne, han har pressat sin kropp mot hennes, pussat mot hennes ansikte och hals och samtidigt uttala att hon borde komma hem till honom”.[1028] Den tilltalade har invänt att han endast gav målsäganden en vänskaplig, tröstande kram och en puss på kinden sedan hon anförtrott honom vissa bekymmer.

Tingsrätten anförde kort att åtalet för sexuellt ofredande var styrkt. Hovrätten anförde att sexuellt ofredande avgränsas till att träffa handlingar som har sexuell inriktning på så sätt att de syftar till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift. Hovrättens majoritet konkluderade att den tilltalades agerande haft en sådan sexuell inriktning som krävs för ansvar för sexuellt ofredande och att han genom sitt agerande på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträtt anstötligt mot målsäganden.

Två skiljaktiga till hovrättens dom anförde att handlingen inte kan anses ha en sådan sexuell inriktning att den typiskt sett syftar till att reta eller tillfredsställa någons sexuella drift och kan inte heller anses innebära att man på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträtt anstötligt mot annan.[1029]

[1027] HNN 392-07.

[1028] HNN 392-07, gärningsbeskrivningen.

[1029] HNN 392-07, hovrättens dom, skiljaktig mening. De skiljaktiga fann istället att den tilltalade gjort sig skyldig till ofredande, vilket var preskriberat.

Såväl majoriteten som minoriteten är ense om beskrivningen av gärningen. Det framkommer varken i majoritetens eller i minoritetens skäl vad som specifikt skulle tala för eller mot kravet på sexuell inriktning. Snarare framkommer, menar jag, olika bedömningar av huruvida den här typen av handlande är straffrättsligt klandervärt.

Det andra avgörandet rör åtal mot en läkare som besökt målsäganden, hans patient, i hennes hem.[1030] Enligt åtalet har den tilltalade sexuellt ofredat målsäganden genom att lägga sig bredvid henne i hennes säng, lägga en hand på hennes överarm, ge henne en kram, kyssa henne på kinden och halsen, smeka hennes bröst samt uttala att han ville älska med henne. Den tilltalade har medgett att han i egenskap av läkare besökt målsäganden i hennes hem och legat i målsägandens dubbelsäng, samt att han och målsäganden kramats, men att det var målsäganden som kramade honom. Han har dock förnekat brott och även förnekat övriga handlingar.

Tingsrätten konstaterade att den tilltalade ”inte kan anses ha uppträtt på ett sådant sätt som förväntas vid ett läkarbesök av detta slag”, samt att ”den tilltalade gick för långt och inte iakttog den korrekthet som måste gälla för en läkare”. Men, anförde tingsrätten, detta innebär inte att han utan vidare har gjort sig skyldig till sexuellt ofredande; för ansvar krävs att omständigheterna varit sådana att den tilltalades agerande varit ägnat att kränka målsägandens sexuella integritet.[1031]

Frågan om agerandet varit ägnat att kränka målsägandens sexuella integritet besvaras genom hänvisning till målsägandens viljeuttryck, hennes ”acceptans”, genom hänvisning till sedlighetsnormer, vad som är brukligt i denna subjektsrelation, samt genom hänvisning till handlingens karaktär.

Tingsrätten anförde att innan den tilltalade lade sig i målsägandens säng frågade han om det gick bra och att målsäganden accepterade detta. Detta moment är således inte att anse som sexuellt ofredande, inte heller att den tilltalade hade sin hand på målsäganden. Angående att den tilltalade kramat målsäganden i hallen och luktat på hennes hår anförde tingsrätten att målsäganden accepterade kramen.

Angående uttalandet om att han ville älska med henne anförde tingsrätten att det givetvis är märkligt och onaturligt vid ett läkarbesök i en patients hem, men det är inte tillräckligt för att döma den tilltalade för sexuellt ofredande.

Tingsrätten anförde sammanfattningsvis att den tilltalades beteende under kvällen inte kan betraktas som normalt vid ett läkarbesök, men att det är fråga om företeelser som föregåtts av att målsäganden accepterat den tilltalades beteende. Hennes accepterande får ”anses påverka situationen på ett sätt som minskar både det sexuella och, för målsäganden, kränkande inslagen”.[1032]

Slutligen tog tingsrätten ställning till om den tilltalades beteende sammantaget och i belysningen av hans roll som läkare och målsägandens roll som patient bör

[1030] HSV 5062-07.
[1031] HSV 5062-07, tingsrättens dom.
[1032] HSV 5062-07, tingsrättens dom.

bedömas som sexuellt ofredande. Domstolen anförde att det inte har förekommit ”några mera öppet sexuella företeelser under kvällen” och målsäganden har i huvudsak ”bekräftat för den tilltalade att hon accepterade hans beteenden”. Tingsrätten konkluderade: ”Tingsrätten anser inte att den tilltalades beteende sammantaget eller i belysning av hans och målsägandens relation till varandra kan betraktas som sexuellt ofredande.”[1033]

Avgörandet belyser, menar jag, hur straffvärda handlingar dels skapas genom referens till sedlighetsnormer, antaganden om målsägandens motvilja eller målsägandens faktiska viljeuttryck och den tilltalades insikter om detta, dels genom referens till handlingens sexuella karaktär eller den tilltalades faktiska motiv och avsikter. Dessa står i relation till varandra och synliggörs i tingsrättens formulering strax ovan: det har inte ”förekommit några mera öppet *sexuella* företeelser under kvällen” och ”hon *accepterade* hans beteenden”.

Möjliga invändningar

I flera av de avgöranden som jag har beskrivit som självklara i avsnitt 7.2 förnekar den tilltalade kategoriskt att handlingen har ägt rum. I de avgöranden som jag behandlat i avsnitt 7.3 och 7.4 framförs i högre utsträckning invändningar som utgår från att handlingen har ägt rum, men att den av olika skäl var legitim, eller inte hade en sådan karaktär som gör den straffvärd.

Möjligheten för sådana invändningar att nå framgång är delvis en fråga om vad som är styrkt i målet, en bevisfråga. Delvis är det en fråga om vad som är möjligt att hävda utifrån subjektsrelationen, situationen och själva handlingen. För att en invändning över huvud taget ska vara möjlig att uttala som en invändning, därtill ha någon framgång i meningen att den beaktas i domskälen, måste den kännas igen i det straffrättsliga systemet. Vilka invändningar som görs och beaktas är således uttryck för vad som känns igen som straffvärt sexuellt ofredande. Det framkommer genom jämförelse mellan de avgöranden som jag har behandlat i det här avsnittet och de avgöranden där straffvärdhet är självklar (avsnitt 7.2).

Exempelvis, i avgörandet där en kvinnlig lärare blottat brösten för en elev görs invändningen att handlingen inte syftade till att tillfredsställa den tilltalades sexualdrift.[1034] Invändningen möjliggörs utifrån vilka handlingar som känns igen som blottning (blottande av penis) och vilka subjekt som gjorts straffvärda (främmande man, exhibitionisten). Invändningen möjliggörs av att hon är kvinna, att hon har blottat sina bröst och inte sin penis, och ett provokativt handlande från målsäganden.

[1033] HSV 5062-07, tingsrättens dom. Hovrätten fastställde tingsrättens dom.
[1034] HÖN 184-08.

En jämförelse kan göras med ett avgörande vari en man står åtalad för att på en badplats ha onanerat inför fem flickor.[1035] Han har stått 20–30 meter bort och använt en kikare för att titta på dem. Den tilltalade har invänt att han använde kikaren för att titta på fiskare ute på sjön, alltså inte på flickorna, samt att han var uppe och urinerade flera gånger och då gjorde rörelser som kan ha uppfattats som onani. Båda instanser fann att den tilltalade gjort sig skyldig till blottning. Invändningarna beaktas inte, förutom på så sätt att det hänvisas till målsägandenas utsagor. Enligt utsagorna har han iakttagit just dem, kikaren har varit riktad mot dem, och han onanerade verkligen, inte bara urinerade.

I de två avgöranden som rör handlingar mellan jämnåriga skolelever beaktas invändningar som i jämförelse med andra avgöranden inte beaktas. I det ena har den tilltalade gjort invändningen om att handlingen, att slå till målsäganden i baken, var ett skämt.[1036] Invändningen möjliggörs genom platsen (skola) och åldersskillnaden (ringa) mellan parterna och subjektsrelation (elever som känner varandra). Men en invändning om skämt utesluter inte alltid uppsåt. I vissa avgöranden framhålls att uppsåt föreligger om den tilltalade har uppsåt till den gärning som är ägnad att kränka, och att det inte krävs ett specifikt syfte att kränka.[1037]

Det andra avgörandet rör invändningen om den tilltalade var intresserad av målsäganden, vilket beaktas i domskälen.[1038] Yttrandena till målsäganden beskrevs i hovrättens domskäl som taffliga uttryck för att han var attraherad av målsäganden. Avgörandet kan jämföras med ett annat som rör straffansvar för yttrande. I avgörandet har den tilltalade, som är klient till målsäganden, talat in ett meddelande på telefonsvararen till hennes arbetsmobiltelefon.[1039] Han stönade och flåsade och sa ”jag vill ha din fitta”. Den tilltalade förnekade handlingen, men åtalet bifölls av båda instanser. I det avgörandet framstår en invändning om att yttrandet var uttryck för attraktion inte som möjlig.

Möjligheten att göra invändningar om att motivet med gärningen var annat än sexuellt kan också kopplas till själva handlingen. Utifrån min jämförelse av avgörandena menar jag sammantaget att kroppsliga handlingar – särskilt att ta på annans könsorgan eller bröst – underförstått är sexuella. Utrymmet för invändningar

---

[1035] HSV 2477-08.

[1036] HGO 1728-08.

[1037] Se HSB 2329-06, där en man dömdes för att ha sexuellt berört sin fjortonåriga styvdotter. Hans invändning om skämt avfärdades explicit av hovrätten (Se avsnitt 7.2, under rubriken *Skapandet av barns sexuella integritet*). Jämför HNN 1242-07, där den tilltalade invänt att frågan om målsäganden ville ha samlag var ett skämt, en invändning som ej behandlades av domstolarna. Jämför även HÖN 88-08, där de tilltalade invände att överlämnandet av en trädildo var ett skämt, en invändning som beaktades, dock inte i relation till uppsåt.

[1038] HGO 2536-08.

[1039] HVS 4107-07.

är mindre. Dock kan även kroppsliga angrepp vara legitima om en trovärdig invändning framkommer, såsom en läkares medicinskt motiverade undersökning.[1040]

Alternativa konstruktioner av straffvärdhet

I några av avgörandena skapas straffvärda handlingar på ett alternativt sätt. Det framkommer i skiljaktiga yttranden till två avgöranden som behandlats i detta avsnitt.

I avgörandet som rör åtal mot en pojke för att han tagit målsäganden på rumpan och klämt till ogillades åtalet av båda instanser.[1041] Ett krav på sexuell inriktning formulerades genom referens till avsikten med gärningen, i det här fallet att skämta. I det skiljaktiga yttrandet av tingsrättens ordförande, formulerades inte något krav på sexuell inriktning. Istället gjordes handlingen straffvärd genom referens till den kontext vari handlingen utfördes. Jag menar att paralleller kan dras till justitierådet Nyströms skiljaktiga yttrande i NJA 1997 s. 359.[1042]

Det andra avgörandet är det som rör åtal mot en läkare för sexuellt ofredande i samband med undersökning av målsägandens bröst. [1043] En skillnad mellan majoritetens avgörande och det skiljaktiga yttrandet var att i det sistnämnda skapas den straffvärda handlingen genom att den tilltalades beteende bedömdes sammantaget. I majoritetens avgörande delades gärningen upp i å ena sidan beröringen, och å andra sidan yttranden och meddelanden från den tilltalade. Beteendet sammantaget var kränkande mot målsäganden, konkluderades i det skiljaktiga yttrandet.

Det framkommer också i avgörandet som jag behandlat i avsnitt 7.3, som rör åtal mot en person för att ha skickat nakenbilder på målsäganden till målsägandens hemadress, arbetsplats och målsägandens dotter.[1044] Jag tolkar tingsrättens bifallande dom som att bedömningen gjordes utifrån att handlingen var kränkande, och därmed klandervärd, för målsäganden. Något specifikt krav utifrån rekvisitet ”ta anstöt” formuleras inte i tingsrättens domskäl, till skillnad från hovrättens. Här kan en parallell dras till hur hovrätten resonerade i NJA 2008 s. 946.[1045]

Jag menar att utifrån dessa avgöranden kan paralleller dras till motstridigheter i den lagstiftande praktiken avseende hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras.[1046] Det framkommer också i avgörandena olika sätt att bedöma sådana gärningar som består av flera olika moment. Det är inte givet om varje moment ska

---

[1040] HSV 5021-08.
[1041] HGO 1728-08.
[1042] Se kapitel 6.2 och 6.4.
[1043] HSV 5021-08.
[1044] HNN 365-08. Se avsnitt 7.3 under rubriken *Frågan om att ta anstöt*.
[1045] Se kapitel 6.4.
[1046] Se kapitel 4.4 och 5.3.

bedöms för sig, eller om det är den tilltalades beteende sammantaget som utgör den straffvärda handlingen.

7.5 Ofredande i den dömande praktiken – en jämförelse

I studien av hovrättsavgöranden har jag också inkluderat avgöranden som rör ofredande, i syfte att jämföra dessa med hur straffvärt sexuellt ofredande skapas i den dömande praktiken. Min tolkning av dessa avgöranden koncentreras till vilka typer av handlingar som prövas och om det görs någon skillnad i hur dessa bedöms. Är vissa handlingar på ett självklart sätt straffvärda? Vilka spörsmål aktualiseras i den dömande praktiken avseende ofredande?

Avgörandena delar jag in i tre typer utifrån den handling som har åtalats. Inledningsvis behandlar jag avgöranden som rör kroppsliga angrepp.[1047] Den andra typen av avgöranden har gemensamt att den påstådda gärningen består av upprepade handlingar – förföljelse, trakasserier – och frågan är om dessa utgör ett hänsynslöst beteende.[1048] Den sista typen av avgöranden skiljer sig från de andra på så sätt att det är en enstaka handling som åtalats, som inte utgör ett kroppsligt angrepp.[1049]

Ofredande genom kroppsliga angrepp

I stadgandet om ofredande framkommer två olika brottstyper, dels att ofreda genom handgripligt antastande, dels att ofreda genom hänsynslöst beteende. Att knuffa, rycka, eller slita i en person är exempel på handgripligt antastande i förarbeten, lagkommentarer och vägledande avgöranden.

I kapitel 6.1 anförde jag att handgripligt antastande framstår som en oproblematisk typ av ofredande. Det typiskt straffvärda är främlingen som knuffar, rycker eller sliter i någon. Till skillnad från kroppsliga angrepp som åtalas som sexuellt ofredande ställs det handgripliga antastandet – exempelvis en knuff – inte i relation till en möjlig önskvärd beröring. Handlingen konstrueras som i sig ett ofredande. Någon specifik avsikt hos den tilltalade aktualiseras inte som nödvändig förutsättning

[1047] HSV 2153-07; HSB 38-08; HSB 884-07; HNN 392-07; HGO 1728-08; HGO 779-08; HSV 216-08; HSB B 2733-07; HGO 2498-08.

[1048] HVS 1974-08; HSV 831-07; HSB 1878-07; HVS 4780-07; HGO 94-08; HVS 3978-07; HNN 1317-07; HSV 7334-07; HSV 5961-07; HSV 5149-08; HNN 461-08.

[1049] HGO 2536-08; HNN 365-08; HÖN 88-08; HÖN 184-08; HSV 5021-08; HSB 2623-07; HSB 2319-08; HVS 1145-08; HGO 2397-07; HGO 1087-07; HNN 461-08.

för straffansvar. Straffvärda handlingar skapas på detta sätt i fyra av underrättsavgörandena.[1050]

I fyra andra avgöranden som rör kroppsliga angrepp (i vissa av dessa hänvisas till hänsynslöst beteende) aktualiseras frågan, som det uttrycks i ett av avgörandena, om var gränsen för vad som bör anses som brottsligt ska dras.[1051]

I ett avgörande dömde tingsrätten för ofredande men hovrätten ogillade åtalet.[1052] Enligt åtalet har mannen ofredat en arbetskollega genom att ta tag om henne och dra henne till sig samtidigt som han hållit om henne. Tingsrätten anförde:

> Det har framkommit att de inte hade någon annan relation till varandra än den att den tilltalade som lärare på skolan åt i dess matsal. Den tilltalade har genom sitt agerande antastat målsäganden. Ett handgripligt störande av kvinnofriden är, om den inte innefattar sexuellt ofredande, att bedöma som ofredande.[1053]

I tingsrättens avgörande skapas den straffvärda handlingen genom referens till subjektsrelationen och sedlighetsnormer, om man inte känner varandra gör man inte så här. I hovrättens domskäl bemöts den tilltalades invändningar om att han är en person som ofta är fysisk i sin kontakt med andra, att han kramar sina kollegor, och att han har svårt att läsa av om hans kramar är önskade eller inte. Hovrätten anförde att den tilltalades agerande visserligen kan anses olämpligt, men det ”kan dock inte anses ha uppnått gränsen för vad som bör anses som brottsligt” och därmed inte medföra ansvar för ofredande.[1054]

I ett avgörande, som också har behandlats i avsnitt 7.4, står en sextonårig pojke åtalad för att ha tagit målsäganden på rumpan och klämt till.[1055] Hovrätten, som ogillade åtalet för sexuellt ofredande, prövade också om gärningen kunde utgöra ofredande. Hovrätten anförde att det inte kan anses utrett att den tilltalade skulle ha uppträtt som han gjorde om han insett eller varit likgiltig inför möjligheten att målsäganden skulle ta illa vid sig av hans missriktade skämt. Åtalet ogillades med hänvisning till att den tilltalade saknat uppsåt att ofreda målsäganden.

Två andra avgöranden som rör fysiskt antastande rör föräldrars ofredande mot barn.[1056] Dessa två avgöranden visar på hur straffvärdhet konstrueras genom referens till subjektsrelationen förälder–barn, vad som är tillåtet inom ramen för föräldraansvaret samt den tilltalades motiv med gärningen. I det ena avgörandet, som

---

[1050] HSB 2733-07; HSB 884-07; HSB 38-08; HSV 2153-07.
[1051] HNN 392-07, HGO 1728-08, HGO 779-08, HSV 216-08.
[1052] HNN 392-07.
[1053] HNN 392-07, tingsrättens dom.
[1054] HNN 392-07, hovrättens dom.
[1055] HGO 1728-08.
[1056] HGO 779-08; HSV 216-08.

rör åtal mot en man som utdelat ett lätt slag mot sin sons huvud, ogillades åtalet av tingsrätten medan hovrätten biföll åtalet. [1057]

I ett avgörande aktualiserades frågan om målsägandens samtycke till handlingen och de tilltalades insikter om detta.[1058] Tre femtonåriga pojkar åtalades för att ha lindat in målsäganden från topp till tå med en rulle packtejp och för att ha filmat händelsen. Samtliga är elever på samma skola. Hovrätten anförde att målsäganden inledningsvis har samtyckt till att bli inlindad men att hon efter hand har ändrat sig. Detta innebär, anförde hovrätten, att när hon blivit inlindad med tejp utan samtycke har målsäganden objektivt sett blivit utsatt för ett ofredande. Hovrätten konkluderade dock, med hänvisning till att de tilltalade har uppgett att de inte förstått att målsäganden efterhand inte velat bli inlindad med tejp, att det inte var tillförlitligen utrett att de tilltalade uppsåtligen gjort sig skyldig till ofredande.

Upprepade handlingar som hänsynslöst beteende

En typ av avgöranden rör upprepade handlingar, det vill säga förföljelse eller trakasserier.[1059] Det är en typ av ofredande som känns igen i det straffrättsliga systemet. Här kan hänvisas till SOU 1953:14, där som exempel på ofredande anförs ”att någon genom telefonpåringningar stör annans nattro eller eljest trakasserar honom”, men också till senare förarbeten, såsom den kriminalpolitiska problemformuleringen av trakasserier och stalkning som görs i proposition 1992/93:141.[1060]

I några avgöranden består domskälen av en kort subsumtion.[1061] Som exempel kan nämnas ett avgörande vari en man åtalats för att ha ringt upprepade gånger till ett taxibolag.[1062] Vid vissa uppringningar har han inte framfört något ärende, vid andra har han sagt ”piss och fuck you”, fällt uttalanden med innebörden att han inte ville åka med en taxichaufför med utländsk härkomst, samt yttrat att han skulle sätta eld på taxibolaget. Tingsrätten fann åtalet styrkt och anförde att gärningarna skulle bedömas på det sätt åklagaren angett.[1063]

I dessa avgöranden aktualiseras inte frågan om handlingarna var ovälkomna, om målsäganden uttryckt detta, eller om den tilltalade insett att så var fallet. Den straffvärda handlingen konstrueras genom referens till sedlighetsnormer. I dessa

---

[1057] HGO 779-08.
[1058] HGO 2498-08.
[1059] HVS 1974-08; HSV 831-07; HSB 1878-07; HVS 4780-07; HGO 94-08; HVS 3978-07; HNN 1317-07; HSV 7334-07; HSV 5961-07; HSV 5149-08; HNN 461-08.
[1060] Se kapitel 3.6 respektive 4.2.
[1061] HGO 94-08; HVS 3978-07; HSB 1878-07.
[1062] HVS 3978-07.
[1063] Hovrätten fastställde tingsrättens dom.

subjektsrelationer finns inga legitima motiv till att ringa eller mejla upprepade gånger, och inte heller innehållet, ärendet, är legitimt.

I tre avgöranden formuleras ett krav på att handlingen var ovälkommen och att den tilltalade insett detta.[1064] Att spörsmålet uppkommer i dessa, men inte i andra avgöranden, tolkar jag som uttryck för att det i de aktuella avgörandena är fråga om att parterna har (haft) en mer nära relation till varandra.

I fyra avgöranden aktualiseras gränsdragningen mellan ett legitimt beteende och ett hänsynslöst, straffvärt, sådant.[1065] Straffvärda handlingar skapas genom referens till sedlighetsnormer. I ett av dessa avgöranden är fråga om gränsen mellan att (legitimt) röra sig i ett område och att (straffvärt) bevaka annan genom att röra sig i området.[1066] Tingsrätten anförde att det är utrett att den tilltalade har haft sin uppmärksamhet riktad mot målsägandens lägenhet samt att målsäganden har upplevt sig bevakad. Tingsrätten konkluderade att agerandet ska bedömas som ofredande.[1067]

I ett annat avgörande aktualiseras frågan om skillnaden mellan att legitimt ringa på hos en person och ett straffvärt ofredande.[1068] Enligt åtalet har den tilltalade ofredat målsäganden genom att vid sju tillfällen upprepat banka och ringa på målsägandens lägenhetsdörr. Tingsrätten anförde att det inte är brottsligt att enbart ringa på hos någon, och att det för ofredande krävs att påringningen i vart fall skett i anledning av att störa målsäganden och orsaka denne obehag. Tingsrätten konkluderade att det inte var styrkt att påringningarna varit ägnade att orsaka målsäganden obehag.[1069]

Frågan om den tilltalades motiv aktualiseras i ett tredje avgörande.[1070] Den tilltalade har åtalats för att under nio månaders tid ofredat sina grannar, familjen A. Enligt åtalet har den tilltalade riktat en högtalare som regelbundet använts på mycket hög volym mot familjen hus, riktat en strålkastare mot familjens hus som han flera gånger i veckan lyst med, suttit på taket till sitt hus och stirrat in hos familjen, med hjälp av en kikare tittat in i huset på familjen, samt ringt ett stort antal anonyma telefonsamtal till familjen.

Tingsrätten konkluderade att flertalet av de påstådda handlingarna var hänsynslösa och straffvärda som ofredande. I avgörandet aktualiserades dock frågan om den tilltalades beteende utgjorde ett straffvärt handlande. Angående den påstådda bevakningen från taket har den tilltalade invänt att han som utbildad sotare ibland brukar klättra upp på taket för att ta bort mossa och sota, att han då ser sig omkring men inte särskilt har tittat på familjen A, samt att kikaren har använts för att titta på

[1064] HSV 5149-08; HNN 1317-07; HSV 7334-07.
[1065] HSV 5961-07; HNN 461-08; HVS 1974-08; HSV 831-07.
[1066] HSV 5961-07.
[1067] Hovrätten fastställde tingsrättens dom.
[1068] HNN 461-08.
[1069] Hovrätten fastställde tingsrättens dom.
[1070] HVS 1974-08.

fåglar, djur och natur. Tingsrätten anförde att agerandet har förekommit sporadiskt, samt att det inte går att bortse från den tilltalades uppgifter om syftet med hans handlande. Tingsrätten konkluderade att det därför inte är tillförlitligen utrett att det utgör ett sådant hänsynslöst agerande som ska leda till ansvar för ofredande.[1071] Straffansvar utesluts genom referens till den tilltalades legitima motiv för att befinna sig på taket med en kikare.

Hur straffvärda handlingar skapas görs beroende av om domstolen tar ställning till de specifika handlingarna för sig eller om domstolen bedömer den tilltalades beteende som en sammantagen handling. Vad gäller den typ av ofredande som består av upprepade handlingar framstår det som avgörande för straffvärdhet att det upprepade beteendet bedöms sammantaget.

Detta kommer särskilt till uttryck i ett avgörande där en man åtalats för ofredande enligt två åtalspunkter.[1072] Enligt åtalet har han dels ofredat sina grannar genom att avfyra raketer och smällare vid ett flertal tillfällen, dels ofredat en av grannarna genom att skicka denne ett brev. I tingsrättens domskäl skapas den straffvärda handlingen genom att den tilltalades beteende bedöms sammantaget. Tingsrätten anförde att raketavfyrandet ska bedömas som ofredande samt att brevet, i ljuset av tidigare händelser, utgör ett ofredande. Hovrätten anförde motsatsvis att varken innehållet i brevet eller övriga omständigheter kan innebära att den tilltalade upprätt på ett sådant hänsynslöst sätt att han ofredat målsäganden.

Enstaka handlingar som hänsynslöst beteende

En typ av avgöranden skiljer sig från de andra på så sätt att det är en enstaka handling som åtalats och att frågan är om handlingen utgör hänsynslöst beteende.[1073]

Fyra avgöranden rör åtal för att den tilltalade spottat annan i ansiktet.[1074] I dessa avgöranden konstaterar domstolarna kort att den åtalade gärningen är att bedöma som ofredande. I två av fallen görs invändningar bestående i att saliv råkade hamna på den andra, men invändningarna ges ej betydelse i domskälen.

I fem avgöranden har gärningen åtalats som sexuellt ofredande men domstolen dömer i fyra av dessa för ofredande.[1075] I det följande redogör jag för hur straffvärda handlingar skapas i dessa avgöranden.

Ett avgörande rör åtal för att den tilltalade skickat brev innehållande nakenbilder som han tagit på målsäganden under tiden de hade ett förhållande till målsäganden,

---

[1071] Hovrätten fastställde tingsrättens dom.
[1072] HSV 831-07.
[1073] HGO 2536-08; HNN 365-08; HÖN 88-08; HÖN 184-08; HSV 5021-08; HSB 2623-07; HSB 2319-08; HVS 1145-08; HGO 2397-07; HGO 1087-07; HNN 461-08.
[1074] HSB 2623-07; HSB 2319-08; HVS 1145-08; HGO 2397-07.
[1075] HGO 2536-08; HNN 365-08; HÖN 88-08; HÖN 184-08; HSV 5021-08.

till hennes arbetsplats och till hennes dotter.[1076] Han har därtill per telefon hotat med att offentliggöra bilderna. Hovrätten ogillade åtalet för sexuellt ofredande men anförde att målsäganden utsatts för ett hänsynslöst beteende som orsakat henne en betydande fridsstörning. Hovrätten anförde att målsägandens medgivande till den tilltalade att fotografera henne naken inte innebar ett medgivande för honom att visa bilderna för hennes arbetskamrater eller barn. Vidare anfördes att då breven skickats till hennes arbetsplats respektive dotter fanns en risk att breven skulle komma att öppnas av andra personer även om de var adresserade till målsäganden personligen.

I domskälen skapas den straffvärda handlingen med hänvisning till vad den tilltalades handlande inneburit för målsäganden. Hovrätten anförde att även om ingen annan kom att öppna breven, är det lätt att förstå att målsäganden kände en betydande oro för att så skulle ske. Vidare konkluderade hovrätten:

> Den tilltalade måste ha varit införstådd med att målsäganden skulle känna en sådan oro. I själva verket kan det antas att syftet med att skicka breven på det sätt som skedde just var att skapa oro och utsätta målsäganden för psykisk press. Förfarandet har varit hänsynslöst och inneburit en sådan fridsstörning av målsäganden att gärningen […] är att bedöma som ofredande.[1077]

Även i ett annat avgörande hänvisas till vad handlingen inneburit för målsäganden. Avgörandet rör åtal mot fyra 16-åriga pojkar för att ha överlämnat en trädildo till sin lärare.[1078] Hovrätten anförde: ”Tilltaget att slå in en dildo i en porrtidning och därefter på sätt som skett överlämna paketet till målsäganden var hänsynslöst och ägnat att såra och kränka henne.”[1079] Omständigheterna var, enligt hovrätten, sådana att de tilltalade bör dömas för ofredande.

Ett annat avgörande vari gärningen åtalats som sexuellt ofredande, men av hovrätten rubriceras som ofredande, rör åtal mot en lärare för att i samband med en lektion ha blottat sina nakna bröst för en elev, en fjortonårig pojke.[1080] Hovrätten anförde att även om målsäganden genom sitt agerande säkerligen starkt förargat den tilltalade, ska han ”i sin skolmiljö inte behöva tåla att inför sina klasskamrater bli förevisad sin lärarinnas nakna bröst under en aldrig så kort tid”.[1081] Det har således varit fråga om en kännbar fridskränkning för målsäganden, konkluderade hovrätten.

Även i ett fjärde avgörande har gärningen åtalats som sexuellt ofredande, men både tingsrätten och hovrätten dömde för ofredande avseende en av de påstådda

---

[1076] HNN 365-08. Se även avsnitt 7.3.
[1077] HNN 365-08, hovrättens dom.
[1078] HÖN 88-08. Se även avsnitt 7.4.
[1079] HÖN 88-08, hovrättens dom.
[1080] HÖN 184-08. Se även avsnitt 7.4.
[1081] HÖN 184-08, hovrättens dom.

handlingarna.[1082] Den tilltalade har åtalats för att inför hela klassen fråga om målsäganden var oskuld. Tingsrätten anförde att frågan inför klassen var hänsynslös, samt varit ägnad att bland annat genera målsäganden. Även i hovrättens domskäl hänvisades till att den tilltalade ställt frågan för att generera målsäganden, och konkluderade att han därigenom varit hänsynslös mot henne. Straffvärdhet konstrueras genom referens till att frågan har ställts inför andra, detta till skillnad från uttalanden den tilltalade gjort till målsäganden i enrum.

Sammanfattningsvis är det i flera avgöranden så att en gärning som inte görs straffvärd som sexuellt ofredande, istället är straffvärd som ofredande. Ett undantag är dock avgörandet som rör åtal för sexuellt ofredande i samband med en läkarundersökning.[1083] Hovrätten anförde kort att dessa handlingar inte kan anses ha gett uttryck för en sådan hänsynslöshet som fordras för att gärningen ska kunna rubriceras som ofredande.

I två avgöranden som enbart rör åtal för ofredande består handlingen i att skicka sms respektive i verbala yttranden.

Det första avgörandet rör en man som har använt sin partners (S) mobiltelefon och skickat sms till en av hennes bekanta (B), vari han utgett sig för att vara partnern.[1084] Den tilltalade har invänt att han saknat uppsåt att ofreda B och har förnekat att han betett sig hänsynslöst mot denne. Hovrätten biföll åtalet och anförde att det objektivt sett, enligt gängse värderingar, utgör en kännbar fridskränkning att bli utsatt för sådana sms. Vad gäller den tilltalades uppsåt anförde hovrätten att det inte kan anses utrett att den tilltalade har handlat som han gjort i syfte att ofreda B. I domskälen hänvisas till att den tilltalade uppgett att hans syfte var att efterforska S eventuella relation med B. Men, anförde hovrätten, han har ändå haft insikt om de faktiska förhållanden som med nödvändighet har inneburit ett ofredande av mottagaren utan att han för den skull haft detta syfte.

Det andra avgörandet rör åtal mot en man för att ha ofredat en kvinna genom att bland annat skrika ”I will fuck you” och ”din jugoslaviska hora, jag ska knulla dig nu”.[1085] Parterna är okända för varandra och handlingen har utförts på en gata. Tingsrätten anförde kort att åtalet för ofredande var styrkt. I hovrätten har den tilltalade gjort en invändning bestående i att han skrikit eftersom han blivit upprörd av vad hans kompis sagt. Hovrätten anförde att den tilltalades invändning ska lämnas utan avseende och biföll åtalet.

[1082] HGO 2536-08.

[1083] HSV 5021-08. Se även avsnitt 7.4. Den tilltalade hade under undersökningen uttalat att han tyckte att hennes bröst var vackra och att hon var en vacker kvinna, samt skickat e-post och sms varvid han uttryckt att målsäganden var vacker och att han ville träffa henne igen.

[1084] HGO 1087-07. Åtalet avser dels olovligt brukande, dels ofredande. B för ej talan. Innehållet i sms:en framgår endast implicit av referatet av den tilltalades utsaga i tingsrättens domskäl. ”Han tycker inte att det är provocerande att skriva ’längtar du efter mig’, ’beskriv i detalj’ eller ’åtrår du mig’.”

[1085] HNN 461-08.

Sammanfattande tolkning

I kapitel 6.4 anförde jag att Högsta domstolens domskäl präglades av huruvida en viss typ av gärningar var straffvärda. Jag jämförde med publicerade hovrättsavgörandena och konstaterade att i dessa gjordes straffansvar snarare till en fråga om att värdera kränkningen än till en fråga om huruvida den här typen av gärningar känns igen. Den här skillnaden framkommer också i de underrättsavgöranden rörande ofredande som jag har studerat. Straffansvar skapas på ett självklart sätt, både i fråga om typer av gärningar som tidigare har kommunicerats som straffvärda, och vad gäller gärningar som inte förekommer som exempel i förarbeten, lagkommentarer eller vägledande avgöranden.

Dock aktualiseras vissa krav, begränsningar för vad som är straffvärt som ofredande. Ett krav rör huruvida målsäganden uttryckt sin (mot)vilja och om den tilltalade förstått att beteendet var ovälkommet. Ett annat är kravet på att gärningen ska vara hänsynslös, vilket ofta formuleras som att den ska utgöra en kännbar fridskränkning. Men huvudsakligen framkommer av avgörandena att kravet för straffansvar för ofredande är att det är ett ofredande. Detta krav ges innebörd genom extern referens i det enskilda avgörandet. Straffvärda handlingar skapas genom referens till sedlighetsnormer och subjektsrelation (exempelvis, att ringa någon x antal gånger är inte normalt, det är osedligt), men också genom referens till att den som utsatts har uttryckt sin motvilja (exempelvis, den uppringda personen har klargjort att samtalen inte var önskvärda, men den tilltalade fortsatte att ringa).

Vid jämförelse med avgöranden rörande sexuellt ofredande menar jag att straffvärt ofredande skapas genom referens till systemets miljö i högre utsträckning än genom självreferens. Referenser till tidigare kommunikationer i det straffrättsliga systemet görs i mindre mån än referenser till omständigheterna i det enskilda fallet som domstolen tar ställning till. Straffvärdhet skapas inte så mycket utifrån om gärningen känns igen som straffvärd, utan utifrån en bedömning om den är klandervärd.

Straffansvar vid sexuellt ofredande villkoras bland annat genom kravet på att gärningen ska ha en sexuell inriktning. Något sådant krav ställs inte vid ofredande. Straffvärt ofredande skapas på ett självklart sätt i fråga om gärningar som relaterar till sexualitet, där det har åtalats för sexuellt ofredande men domstolen istället finner att gärningen är straffvärd som ofredande. Till skillnad från hur sexuellt ofredande skapas som straffvärt menar jag att i domstolarnas bedömning av ofredande skapas den straffvärda handlingen genom referens till vad handlingen orsakat hos den som utsatts. Handlingarnas karaktär – typen av gärningar – framstår som mindre viktigt än vad handlingen inneburit för den som utsatts.

Jag tolkar det som att straffvärt ofredande skapas utifrån ett anspråk på att klandra det som är klandervärt. Det skyddsvärda konstrueras därigenom som något mycket omfattande. Det kan vara kroppslig integritet, men också frid i en mycket generell mening. Gemensamt är att straffvärdhet skapas genom hänvisning till

sedlighetsnormer, det straffvärda är ett överskridande av antagandet om det normala, acceptabla beteendet.

Sammantaget tolkar jag det som att gränsdragningen för vad som är straffvärt ofredande inte görs lika strikt som för sexuellt ofredande. Vid sexualbrotten bevakas gränserna för det straffvärda och det skyddsvärda i högre grad. Referenser till sexualitet skapar ett straffvärt ofredande på ett självklart sätt, medan vid sexuellt ofredande görs referenser till det handlande subjektets motiv och avsikt på ett sätt som inte gäller för ofredande.

I nästa avsnitt diskuterar jag utförligare min tolkning av hur sexuellt ofredande skapas i den dömande praktiken.

7.6 Sammanfattande tolkning av hur sexuellt ofredande skapas i det straffrättsliga systemet

I avhandlingen har brottet sexuellt ofredande utgjort utgångspunkt för att beskriva hur sexualbrotten skapas i det straffrättsliga systemet. I detta avsnitt sammanfattar jag vilka slutsatser som kan dras om det hur det specifikt skyddsvärda och straffvärda konstrueras i fråga om sexualbrotten utifrån min tolkning av den dömande praktiken.

I avhandlingens inledande kapitel nämnde jag Frankes spörsmål som inspirerat avhandlingen: Vad är det vi ser när vi känner igen någonting som sexuellt? Hur skiljer vi en praktik som på ett självklart sätt uppfattas som sexuell från en praktik som inte uppfattas så? [1086] Franke menar att det finns en spänning i det faktum att vi intuitivt klassificerar vissa beteenden såsom sexuella samtidigt som det är svårt att ge en uppsättning kriterier för hur denna klassificering görs.

I det straffrättsliga systemet finns ett anspråk på att ge en uppsättning kriterier för hur klassificeringen av det sexuella görs. Det är avgörande för om en person ska straffas för sina handlingar eller inte. Dock är just det självklara klassificerandet påfallande i underrättsavgörandena. Straffansvar för sexuellt ofredande framställs och framstår i de flesta avgörandena som självklart. Domstolen vet vad som är sexuellt – på det sätt som krävs för straffansvar – och kommunicerar också att det självklara inte behöver motiveras.

Att straffvärda handlingar skapas på detta sätt är också, utifrån min tolkning av Luhmanns teori om rätten, karakteriserande för det straffrättsliga systemet. I avhandlingens inledande kapitel redogjorde jag för hur det kriminaliserade området för sexuellt ofredande beskrivs i lagkommentarer.[1087] I lagkommentarerna anges att ett straffvärt sexuellt ofredande förutsätter att handlingen har en ”sexuell inriktning”, att

[1086] Franke (2002), s. 290.
[1087] Se kapitel 1.4.

en handling ”typiskt sett utgör en sexuellt inriktad beröring” eller har en ”otvetydig sexuell karaktär”. Jag konstaterade då att dessa uttryck som ska ringa in det kriminaliserade området är påfallande innehållslösa – vad är en sexuell inriktning?

Om man vill förstå vad det specifika med sexualbrotten är i det straffrättsliga systemet, borde avgöranden vari domstolarna tar ställning till vad som är en straffvärd kränkning av någons sexuella integritet, kunna ge ett svar. Det är skälet till att jag riktat frågan om hur sexualbrotten skapas till den dömande praktiken.

Vad som då framkommer är att de krav som upprepas i den dömande praktiken egentligen inte ges någon innebörd som låter sig beskrivas bortom det enskilda fallet. Straffvärda handlingar skapas i domskälen genom hänvisning, självreferens, till sådana krav som systemet ställer upp, såsom att gärningen ska ha en sexuell inriktning. Ofta formuleras det som att handlingen är av sådant slag att den har en sexuell inriktning. Uttrycket visar att systemet aktualiseras, det vill säga att det finns något utanför det enskilda fallet som gör att domstolen kan avgöra om handlingen är straffvärd.

Men egentligen artikuleras i domskälen aldrig vad det innebär att kravet föreligger. Något tillspetsat kan det beskrivas som att antingen så konstaterar domstolen att gärningen har en sexuell inriktning, eller så ges skäl till varför detta krav inte är uppfyllt. Gemensamt för avgöranden där frågan om gärningens sexuella inriktning aktualiseras är att det som skäl för att handlingen inte är straffvärd hänvisas till att den tilltalade har ett annat syfte eller motiv än ett sexuellt sådant. Sexuell inriktning ges en innebörd genom frånvaron av något som egentligen inte artikuleras. Kravet är beroende av extern referens för att bli meningsbärande.

Jag menar att härigenom synliggörs det straffrättsliga systemets tautologi. I den dömande praktiken konstateras att denna handling utgör ett sexuellt ofredande för att det är ett sexuellt ofredande. Detta är rätt eftersom det är rätt. Det tautologiska svaret, att sexuellt ofredande är det som är sexuellt ofredande, betyder dock inte, som jag framhållit i kapitel 2.3, att avgörandet är godtyckligt. Tautologin döljs genom distinktioner och rekursiva hänvisningar till kommunikationer och distinktioner som har gjorts tidigare i systemet.

Jag motiverade valet att göra bruk av just Luhmanns teori med att den inte slutar i det tautologiska svaret, utan söker beskriva hur systemet kan fortleva trots detta, såsom genom upprätthållandet av distinktionen mellan norm (kravet på sexuell inriktning) och fakta (omständigheterna i det enskilda fallet) i domskälen.

Genom att jag jämför de icke självklara fallen med de självklara, och söker efter gemensamma nämnare mellan de olika typerna av avgöranden, framkommer i min tolkning en struktur av igenkänning, det villkorliga program som strukturerar, men inte determinerar, den binära koden. Jag uttolkar den också i min analys av den lagstiftande praktiken, vari det straffvärda skapas i relation till kriminalpolitiska problemformuleringar. I motstridiga uppfattningar om hur ett rekvisit ska definieras och ringas in uttolkar jag mer djupgående motsättningar om vad sexualbrotten är för samhällsproblem, som gör kraven meningsbärande.

I avsnitt 7.2 har jag beskrivit vad som karakteriserar de självklara fallen. Ett gemensamt drag är att den straffvärda handlingen utgör ett kroppsligt angrepp. Den

tilltalade trycker sin penis mot målsäganden, tar på målsägandens kön utanpå eller innanför kläderna, tar på målsägandens bröst, eller trycker sina läppar mot målsäganden. Jag tolkar det, i likhet med vad jag framhållit angående sexualbrotten generellt, som att det specifikt skyddsvärda konstrueras som den kroppsliga integriteten.[1088]

Detta tolkar jag som att nämnda kroppsdelar görs sexuella genom referens till subjektsrelationen och till vad som har gjorts tidigare i systemet. Samtidigt gör också själva handlingarna att domstolen kan, vilket den gör i flera av dessa självklara fall, konstatera att gärningen hade till syfte att reta eller tillfredsställa den tilltalades sexualdrift. Straffvärdhet konstrueras genom referens både till handlingen och till avsikten, det skyddsvärda är kroppslig integritet men också en integritet som går utöver kroppen. Men kroppslig integritet är inte alltid skyddsvärd sexuell integritet. Integriteten villkoras genom det utsatta subjektets viljeuttryck, genom hänvisning till sedlighetsnormer, samt genom det handlande subjektets motiv och avsikt.

Gemensamt för flera avgöranden där kravet på gärningens sexuella inriktning aktualiseras, vilket i vissa fall leder till att åtalet ogillas, är att det inte är fråga om kroppsliga angrepp, utan andra typer av handlingar. Det tolkar jag som en bekräftelse på hur det sexuella förankras i kroppen, och det specifikt straffvärda i kroppsliga handlingar.

I kapitel 3–5 har jag visat att parallellt med lagens egen berättelse om sexualbrotten kan också en annan berättelse skrivas som innebär att sexualbrotten skapas genom den erotiska sexualiteten. Det betyder att sexualitet formuleras som något positivt och i sig skyddsvärt, och något som hör till individens personlighet. Det betyder också att straffvärda handlingar formuleras genom den lustfyllda sexualiteten – smeka, beröra, kyssa, onanera (åt), samlag. När sedlighetsbrotten skapas i brottsbalken är det sexualdriftens problematiska yttringar som utgör det kriminalpolitiska problemet. Sedan dess har sexualbrotten skapats som en fråga om sexualitet och sexuallivet.

Härigenom skapas också sexualbrotten genom hänvisning till ett begärande subjekt. Oftast är det straffvärda underförstått. Men sexualbrottens yttersta gräns artikuleras som en fråga om det straffvärda subjektets motiv och avsikt. Det kommer till uttryck i den lagstiftande praktiken och i den dömande praktiken. I dessa framkom dock också en alternativ konstruktion, innebärande att avgörande för vad som är straffvärt inte ska göras utifrån det handlande subjektets avsikt, utan utifrån det utsatta subjektets integritet.[1089] I viss utsträckning framkommer en sådan alternativ konstruktion i den dömande praktiken.

Jag har i kapitel 7 visat att i flera avgöranden där åtalet ogillas för sexuellt ofredande med hänvisning till att den tilltalades avsikt inte var sexuell, så döms för

[1088] Se särskilt kapitel 4.4 och 6.2.
[1089] Se kapitel 4.4.

ofredande istället. Jag tolkar det som att brottskategorin sexualbrotten, när det ställs på sin spets, förbehålls handlingar som antas ge uttryck för sexuellt begär.

8 Avslutande ord – summering och reflektioner

I det här avslutande kapitlet gör jag först en summering av avhandlingen, för att därefter reflektera över mina slutsatser och peka ut teman för vidare forskning.

8.1 Summering

Avhandlingens syfte har varit att beskriva hur sexualbrotten (kapitel 6 brottsbalken) skapas som en specifik brottskategori. Vad som är en sexuell handling i sexualbrottens mening är ofta underförstått. Dock har gränsdragningsproblem formulerats i rättsfall och i förarbeten rörande brottet sexuellt ofredande (6 kap. 10 § brottsbalken). Problemet består i om det för straffansvar krävs att gärningspersonen har en viss sexuell avsikt med handlingen, såsom att gärningen ”syftat till att reta eller tillfredsställa dennes sexualdrift”.

I avhandlingen har jag satt in detta spörsmål i ett större sammanhang för att förstå varför problemet uppstått och hur det har kommit att formuleras som just en fråga om gärningspersonens avsikt. Brottet sexuellt ofredande är något av en uppsamlingsparagraf för handlingar som inte kan bestraffas som andra sexualbrott. Hur detta brott avgränsas ger uttryck för vad som tas för givet vad gäller allvarligare sexualbrott.

Min undersökning av hur sexualbrotten skapas som brottskategori har tagit utgångspunkt i feministisk teoribildning kring sexuella övergrepp och sexuella trakasserier, och olika positioner i denna forskning kring hur sexualitet, våld, kön och makt är relaterade till varandra.

Jag har utformat avhandlingens frågeställning som en fråga om hur det skyddsvärda och det straffvärda konstrueras gällande sexualbrotten mot person särskilt vad gäller sexuellt ofredande. Tillvägagångssättet har varit tvådelat. Dels har jag undersökt hur sexualbrotten har skapats i ett historiskt perspektiv, när den moderna strafflagstiftningen tar form. Dels har jag undersökt hur straffvärt sexuellt ofredande skapas i den dömande praktiken.

I avhandlingen har jag använt begreppsparet skyddsvärdhet och straffvärdhet för att beskriva hur sexualbrotten skapas på ett sätt som beaktar att det straffrättsliga

systemet både är öppet och slutet i förhållande till sin miljö, och därmed ständigt i rörelse. Detta har jag utvecklat i kapitel 2. Analysstrategin har främst inspirerats av Niklas Luhmanns teori om rätten som ett autopoietiskt system. Hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras betraktar jag som strukturerande för vad som är möjligt att kommunicera i exempelvis den lagstiftande praktiken och för vad som bestraffas som sexualbrott i den dömande praktiken. Samtidigt framhåller jag att denna struktur skapas genom varje kommunikation i det straffrättsliga systemet.

I de senaste lagstiftningsreformerna uttrycks lagens egen berättelse av hur sexualbrottslagstiftningen har förändrats över tiden. Den beskrivningen framhåller hur sexualbrottsregleringen successivt har förbättrats sedan 1864 års strafflag på så sätt att skyddet för den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten har blivit allt mer heltäckande.

Den första delen av avhandlingen (kapitel 3–5) har tagit utgångspunkt i den berättelsen och ägnas åt hur det specifikt skyddsvärda och straffvärda skapas ifråga om sexualbrotten från 1864 års strafflag till 2013 års reform. Jag har således beskrivit hur sexualbrotten – det specifikt skyddsvärda och straffvärda med denna brottskategori – blir till i det straffrättsliga systemet.

Det har jag gjort genom att studera hur sexualbrotten formuleras som kriminalpolitiskt problem i lagreformer och hur sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet, rekvisitet sexuell handling, samt brottet sexuellt ofredande definieras under perioden. Materialet i kapitel 3 (perioden 1864–1965) utgörs av förarbeten och rättsvetenskapliga texter samt avgöranden från Högsta domstolen. För de efterföljande perioderna (1976–2013), som jag behandlat i kapitel 4 och 5, är det främst förarbeten – propositioner och statens offentliga utredningar – som studerats, men även rättsvetenskapliga texter.

I början av 1900-talet gäller 1864 års strafflag som stadgar om sedlighetsbrotten i 18 kapitlet. Jag har visat att det skyddsvärda främst är den allmänna samhällsmoralen, men att individens sedlighet också framhålls som skyddsvärd. Det straffvärda är en avvikande, främst manlig, sexualdrift. Straffvärda handlingar skapas genom hänvisning till det handlande subjektets kropp, dennes könsorgan, erektion och sädesuttömning. Sexualdriften framstår som förkroppsligad i manslemmen. Utmärkande i förhållande till perioden efter brottsbalkens tillkomst är att det skyddsvärda inte är sexualdriften i sig, utan den skyddsvärda sedligheten är snarare frånvaron av könsdrift.

Detta förändras vid mitten av 1900-talet. Då brottsbalken träder i kraft år 1965 formuleras sexuallivet som skyddsvärt och den sexuella integriteten skapas som skyddsintresse. Dock skapas sexualbrotten även i brottsbalksreformen genom hänvisningar till sexualdriften. Den avvikande sexualdriften är straffvärd, men samtidigt är sexualdriften också något skyddsvärt som ska frigöras från repressiv lagstiftning. Detta framkommer än tydligare då brotten byter rubrik från sedlighetsbrott till sexualbrott genom 1984 års reform. Sexualiteten skapas som något skyddsvärt i sig.

Jag har visat i avhandlingen att parallellt med lagens egen berättelse om sexualbrotten skrivs en berättelse som innebär att en viss typ av brott – sexualbrotten – blir till i relation till lustfylld och ömsesidig sexualitet, vilket jag i avhandlingen benämner som den erotiska sexualiteten. Det betyder att sexualitet formuleras som något positivt och i sig skyddsvärt, och något som hör till individens personlighet. Men det betyder också att de straffvärda handlingarna begripliggörs genom erotisk sexualitet. Härmed skapas en strikt åtskillnad mellan å ena sidan våld (misshandel, fridskränkningar) och å andra sidan sexuella övergrepp.

I lagstiftningsreformer under perioden 1976 till 2013 har jag också visat på konflikter. En konflikt rör beskrivningen av vad sexualbrotten är för sorts problem i samhället. Å ena sidan skapas sexualbrotten som en fråga om könat våld, där sexualbrotten beskrivs som mäns våld mot kvinnor och utgör ett jämställdhetsproblem. Å andra sidan skapas sexualbrotten som en fråga om sexualitet, vari sexualbrotten är ett universellt problem, det vill säga könsneutralt, och ett individuellt problem, det vill säga inte del av en strukturell ojämlikhet mellan män och kvinnor. Det är den sistnämnda formuleringen som får genomslag i reformen 2005, och i reformen 2013 kommer jämställdhetsformuleringen inte alls till uttryck.

En annan konflikt rör hur straffvärda handlingar mer i detalj ska definieras. Jag har visat att gemensamt för reformförslagen och de genomförda reformerna i perioden efter att brottsbalken trätt i kraft är att det skyddsvärda subjektets kropp och integritet ges betydelse för hur straffvärda handlingar avgränsas. Kränkningen av den utsattes integritet betonas både som skyddsintresse och som utgångspunkt för att beskriva straffvärda handlingar.

Men vad det innebär, och hur straffvärda handlingar närmare ska definieras – såsom hur sexualhandlingen i våldtäktsstadgandet ska utformas – råder det stridigheter om över perioden. Vad gäller brottet sexuellt ofredande framkommer en position som betonar kränkningen av den som utsatts, och som anför att det inte ska ha någon betydelse huruvida gärningspersonen haft en viss sexuell avsikt. En annan position betonar att då sexualbrotten är brott som rör sexuallivet, kan inte handlingar som har ett mer allmänt kränkande syfte bestraffas som sexualbrott. Som avgränsande princip ställs då upp ett krav på att handlingen, för att kunna bestraffas som sexuellt ofredande, ska ha en tydlig sexuell inriktning. I reformen 2013 beskrivs det som att det hos gärningsmannen ska ha funnits ett sexuellt intresse med handlandet.

Kroppen är utgångspunkten för hur det specifika med sexualbrotten skapas. Kroppsliga handlingar som involverar könsorgan, exempelvis samlag eller penetrationshandlingar, är underförstått sexuella i sexualbrottens mening. Dock framkommer att sådana handlingar inte alltid är sexualhandlingar, utan beroende av gärningspersonens syfte med gärningen (exempelvis tortyr). Vid handlingar som inte innefattar könsorgan, eller inte alls är kroppsliga handlingar, ges gärningspersonens avsikt betydelse i större utsträckning. Det straffvärda skapas som en interaktion mellan kroppen, med vilka kroppsdelar handlingen har utförts och det handlande subjektets avsikt. Motsvarande skapas det skyddsvärda som kroppslig integritet, men också som en integritet i vidare mening.

De olika kriminalpolitiska problemformuleringarna speglas i olika uppfattningar om hur brottet sexuellt ofredande bör avgränsas. Något tillspetsat har jag tolkat det som att å ena sidan skapas det skyddsvärda som en kvinnligt könad integritet och som en frihet från att sexualiseras och objektifieras. Det straffvärda subjektet könas som manligt och straffvärdhet motiveras med hänvisning till könsojämlikhet som ett samhällsproblem. Å andra sidan, skapas det skyddsvärda som en frihet från att utsättas för annans sexuella begär. Straffvärdhet konstrueras med hänvisning till det handlande subjektets sexuella avsikt. Det är den sistnämna konstruktionen som kommer att dominera i den lagstiftande praktiken under 2000-talet.

Den andra delen av avhandlingen har jag ägnat åt vilka problem som formuleras i vägledande avgöranden rörande sexualbrotten (kapitel 6) samt hur straffvärda handlingar skapas i underrättsavgöranden rörande sexuellt ofredande och ofredande (kapitel 7). Med vägledande avgöranden avses avgöranden från Högsta domstolen och publicerade hovrättsavgöranden (RH-fall).

I likhet med vad jag konstaterade utifrån lagstiftande praktiker, framkommer av Högsta domstolens avgöranden rörande sexualbrotten att sexualhandlingen är underförstådd. Det är huvudsakligen andra spörsmål än handlingens sexuella karaktär som Högsta domstolen tagit ställning till. Sammantaget har jag visat att skyddsvärdhet och straffvärdhet förankras i det kroppsliga, framför allt könsorgan, men att både det straffvärda subjektets avsikt och det skyddsvärda subjektets integritet ges betydelse.

I kapitel 6 har jag studerat Högsta domstolens avgöranden och publicerade hovrättsfall rörande sexuellt ofredande och ofredande (4 kap. 7 § brottsbalken). Jag har inkluderat brottet ofredande då sexuellt ofredande har ställts i förhållande till ofredande i den dömande praktiken. Här framkommer att olika typer av integritetskränkningar som inte utgör kroppsliga angrepp, men som relaterar till sexualitet, har prövats både som sexuellt ofredande och som ofredande. Att gärningspersonens avsikt ges betydelse främst då det inte är fråga om kroppsliga handlingar förstärks av vad som framkommer i publicerade hovrättsavgöranden.

Vägledande avgöranden ger framför allt en uppfattning om vilka spörsmål som uppkommit i det straffrättsliga systemet. Eftersom det ofta är underförstått vad som är en sexualhandling i sexualbrottens mening, har jag analyserat underrättsavgöranden rörande sexuellt ofredande och ofredande avgjorda under år 2008 i samtliga hovrätter i Sverige. Totalt utgörs materialet av 47 domar rörande sexuellt ofredande och 22 domar rörande ofredande. Härigenom har jag undersökt vilka handlingar som känns igen som självklart straffvärda som sexuellt ofredande i den dömande praktiken.

Jag har konstaterat att i flertalet avgöranden framställs och framstår straffansvar som självklart. Domskälen består av en kort subsumtion, vari det konstateras att den tilltalade gjort sig skyldig till sexuellt ofredande. Det som känns igen som straffvärt sexuellt ofredande är främst kroppsliga angrepp: den tilltalade trycker sin penis mot målsägandens, tar på målsägandens kön utanpå eller innanför kläderna, tar på målsägandens bröst, eller trycker sina läppar mot målsägandens. Jag visar, i likhet med vad jag framhållit angående sexualbrotten generellt, att det specifikt skyddsvärda

konstrueras som den kroppsliga integriteten. Straffvärda handlingar skapas i dessa avgöranden genom referens till sedlighetsnormer, det vill säga vad som kan antas vara anständigt eller normalt beteende i den aktuella relationen och situationen.

I andra avgöranden är straffansvar inte självklart. Integriteten villkoras genom att ett krav aktualiseras på att målsäganden ska ha uttryckt sin motvilja, och att den tilltalade ska insett detta. Integriteten villkoras också genom att kravet på att gärningen ska ha en sexuell inriktning aktualiseras. Gemensamt för flera av de avgöranden där kravet på sexuell inriktning aktualiseras är att handlingen inte är ett kroppsligt angrepp. I avgörandena ges kravet på sexuell inriktning en innebörd genom hänvisning till att den tilltalade hade ett annat motiv eller avsikt med handlingen än ett sexuellt sådant.

Att straffvärda handlingar skapas på detta sätt har jag betraktat som karakteriserande för det straffrättsliga systemet utifrån Luhmanns teori. Krav för straffansvar som formuleras i den lagstiftande praktiken – såsom kravet på att gärningen ska ha en sexuell inriktning – och som upprepas i den dömande praktiken har inte någon innebörd som låter sig beskrivas bortom det enskilda fallet. Straffvärda handlingar skapas genom hänvisning, självreferens, till sådana krav som systemet ställer upp, såsom att gärningen ska ha en sexuell inriktning. Men kravet blir begripligt först genom extern referens, det vill säga genom omständigheterna i det enskilda fallet.

Det innebär inte att varje avgörande är godtyckligt. Hur skyddsvärdhet och straffvärdhet konstrueras betraktar jag som strukturerande för vad som är möjligt att kommunicera. Genom att jämföra de icke självklara fallen med de självklara, genom att söka efter gemensamma nämnare mellan de olika typerna av avgöranden framkommer i min tolkning en struktur av igenkänning, det villkorliga program som strukturerar, men inte determinerar, vad som bestraffas.

I likhet med vad jag framhållit angående sexualbrotten generellt, har jag tolkat det som att det specifikt skyddsvärda konstrueras som den kroppsliga integriteten. Men samtidigt gör också själva handlingarna att domstolen kan, som den också gör i flera av dessa självklara fall, konstatera att gärningen hade till syfte att reta eller tillfredsställa den tilltalades sexualdrift. Straffvärdhet konstrueras genom referens både till handlingen och till avsikten. Det skyddsvärda är kroppslig integritet men också en integritet som går utöver kroppen. Oftast är det straffvärda och det skyddsvärda vad gäller sexualbrotten underförstått. Men sexualbrottens yttersta gräns artikuleras som en fråga om det handlande subjektets motiv och avsikt. På så sätt skapas sexuell integritet i relation till det straffvärda subjektets sexuella begär.

Det är min tolkning av hur kommunikationer rörande sexualbrotten struktureras (ett villkorligt program, i Luhmanns mening). Denna struktur är i konstant förändring genom varje ny kommunikation i det straffrättsliga systemet. Det får till följd att vad som bestraffas som sexualbrott inte kan bestämmas på förhand, men att det inte heller är godtyckligt. På så sätt är förändring av sexualbrotten en komplex fråga, vilket jag diskuterar i det följande.

8.2 Reflektioner

Sexualbrotten och den erotiska sexualiteten

I avhandlingens inledande kapitel refererade jag till Frankes argument om att benämningar som essentialiserar vissa handlingar som till sin natur erotiska eller sexuella har en tendens att osynliggöra maktutövning genom sexualitet. [1090]Jag menar att den beskrivningen stämmer väl in på hur sexualbrotten urskiljs och skapas i det straffrättsliga systemet. Det sexuella är underförstått, men ges mening genom referens till en lustfylld, ömsesidig, erotisk sexualitet.

I det inledande kapitlet refererade jag också till feministisk kritik och teoribildning som framhåller sexualbrott som en typ av våld riktat mot kvinnor, som inte urskiljs för att det är sexuellt, utan för att det upprätthåller könsojämlikhet genom sexualiserade handlingar. Det har varit en ståndpunkt för delar av kvinnorörelsen i Sverige.[1091] Det är också ett förhållningssätt som präglar kvinnovåldskommissionens problemformulering av sexualbrotten.[1092]

Den fick dock inte genomslag i det straffrättsliga systemet. Sedan mitten av 2000-talet innebär den kriminalpolitiska problemformuleringen dels att sexualbrotten skapas som ett universellt problem, som drabbar alla, som ett individuellt problem och inte strukturellt, dels att sexualitet urskiljs som avgränsande för det skyddsvärda och det straffvärda.

Jag menar att denna problemformulering inte ger något egentligt svar på varför sexuella kränkningar ska urskiljas. Det sexuella gör en handling straffvärd som ett sexualbrott, och detta sexuella intar en särställning genom att det är den sexuella integriteten som är skyddsvärd. Motiveringen till varför den här typen av handlingar bör vara straffvärda är att individens sexuella integritet kränks. Det hänvisas inte vidare till vad det är som urskiljer den sexuella integriteten, varför den är särskilt skyddsvärd, eller varför sexuella kränkningar är (särskilt) straffvärda.

I SOU 2010:71 anförs som exempel på ett straffvärt sexuellt ofredande att överlämna en dildo till en annan person. Handlingen kan förstås som sexistisk, men det förutsätter att den begripliggörs som ett uttryck för sexism, det vill säga att könsojämlikhet i subjektsrelationen beaktas. Det förutsätter att sexualitet kopplas till makt, och att ett svar artikuleras på frågan vad den här typen av handlingar gör i samhället.

Eftersom detta inte görs i den rådande problemformuleringen menar jag att det specifikt skyddsvärda för sexualbrotten konstrueras på liknande sätt som under första

---

[1090] Franke (2002), s. 290-294, se avhandlingens kapitel 1.2.
[1091] Se Bergenheim (2010) och Nilsson (2009). Se även Boëthius (1981).
[1092] SOU 1995:60, se avhandlingens kapitel 4.2.

hälften av 1900-talet, nämligen som individens sedlighetskänsla, som en frihet från det osedliga. Det är oanständigt, osedligt, att ge en person en dildo eftersom dildon bär på en symbolik som har med sex att göra. Utifrån perspektivet att sexuella kränkningar är något annat, eller mer, än uttryck för sexualdrift eller sexuellt begär, är den rådande problemformuleringen i kriminalpolitiken diskutabel.

Jag inledde med att konstatera att sexualbrotten framställs som en problematisk brottskategori i samtiden, och att jag genom den här avhandlingen söker förstå varför. Jag har dock inte avhandlat de frågor som ofta nämns i beskrivningen av sexualbrotten som problem: hur de gränsdragande rekvisiten och uppsåtskravet tolkas i våldtäktsmål i synnerhet och bevisfrågor i sexualbrottsmål i allmänhet. Den fråga som jag har uppmärksammat – vilka handlingar som är sexuella i sexualbrottens mening – framstår i jämförelse som ett marginellt problem, i vart fall vad gäller de allvarligare sexualbrotten.

Jag menar dock att min slutsats, att sexualbrotten skapas i relation till erotisk sexualitet, belyser de nämnda problemen med sexualbrotten. Sexualbrottslagstiftningen bygger på indelningen i å ena sidan sexualhandlingen, å andra sidan gränsdragande rekvisit. Det är en distinktion som jag också har utgått från som ett sätt att avgränsa avhandlingsämnet.

Distinktionen är del av hur sexualbrotten skapas genom den erotiska sexualiteten. Brottsrubriceringen, exempelvis *våldtäkt*, reserveras i det straffrättsliga systemet för en rättslig slutsats. För att beskriva vilka omständigheter som konstituerar brottet ska å ena sidan sexualhandlingen beskrivas, å andra sidan det gränsdragande rekvisitet. Då sexualhandlingen refererar till erotisk sexualitet innebär det att våldtäkt i det straffrättsliga systemet skapas genom den erotiska, lustfyllda och ömsesidiga sexualiteten.

I kapitel 1.2 hänvisade jag till Coates och Wades studie av domstolsavgöranden rörande sexualbrott.[1093] De anför att problemet med att gärningarna beskrivs som erotiska och romantiska handlingar är att unilateralt våld ”ömsesidiggörs”. Den utsatte har deltagit i, inte blivit utsatt för, en lustfylld handling. Det innebär att den som utsätts görs delaktig i handlingen. På så sätt menar jag att det utsatta subjektets sexualitet utgör en referens i skapandet av straffvärda handlingar.

Jag har också hänvisat till Anderssons avhandling, som visar att offrets viljeuttryck är centralt för skapandet av den sexuella integriteten.[1094] Den sexuella integriteten villkoras, görs beroende av offrets avböjande. Jag menar att en invändning om att handlingen i själva verket var en erotisk, ömsesidig handling är invävd i hur sexualbrotten skapas i det straffrättsliga systemet.[1095] Att benämna en handling som ett

---

[1093] Coates & Wade (2004).

[1094] Andersson (2004), särskilt s. 264-268.

[1095] Jämför Jackson (1978), som menar att våldtäkt ska förstås i relation till hur sexualitet i samhället styrs av och skapas genom sexuella script.

sexualbrott är samtidigt att benämna handlingen som en möjlig erotisk, ömsesidig handling i det straffrättsliga systemet.

Att sexualbrotten skapas i relation till erotisk sexualitet innebär också att själva sexualhandlingen i sig inte begripliggörs som en våldshandling.[1096] Jag menar att då sexualbrotten skapas genom referens till den erotiska sexualiteten så innebär det samtidigt ett uteslutande av vissa typer av handlingar som i sig våldsamma. Sammanfattningsvis har jag i avhandlingen visat att parallellt med lagens egen narrativa diskurs finns en berättelse som innebär att då den sexuella integriteten skapas, så skapas också en brottskategori som gör att en viss typ av våld särskiljs och bedöms efter en egen skala.[1097]

Förändring i det straffrättsliga systemet

I det straffrättsliga systemet finns ett anspråk på att kunna beskriva vad som är ett brott. En jurist förväntas kunna ge ett svar på frågan vad som är ett sexuellt ofredande. I den lagstiftande praktiken beskrivs det kriminaliserade området. Lagstiftning ska vara förutsebar. De rättsvetenskapliga lagkommentarerna systematiserar brotten och pekar ut oklarheter i hur brotten tolkas och tillämpas i den dömande verksamheten.

I avhandlingen har jag utgått från att den dömande praktiken är det straffrättsliga systemets centrum. Det är i den dömande praktiken som avgörandet måste göras: sexuellt ofredande eller ej? Straffa eller inte straffa? Det är i det enskilda avgörandet som systemets tautologi blir synlig, det vill säga att det som är rätt är det som är rätt, att det som är ett sexuellt ofredande är det som är ett sexuellt ofredande.

I kapitel 2 motiverade jag valet att använda just Luhmanns beskrivning av rätten som ett autopoietiskt system, med att synliggörandet av tautologin inte är målet, utan utgångspunkten. Det intressanta är hur systemet reproducerar sig självt trots tautologin. Därför har jag i avhandlingen inte efterfrågat vad som är ett sexualbrott, utan hur sexualbrotten skapas. Genom hur-frågan betonas att det som beskrivs är i rörelse, att det är något som görs i varje rättslig kommunikation. Att fråga hur något skapas implicerar samtidigt att detta något låter sig beskrivas. Ett skäl till att jag valt detta tillvägagångssätt är att möjliggöra formulering av kritik och anspråk på förändring av vad som bör eller inte bör bestraffas som sexualbrott.

Jag konstaterar att även om jag har identifierat motstridiga konstruktioner av skyddsvärdhet och straffvärdhet avseende sexuellt ofredande så är dessa egentligen inget problem för det straffrättsliga systemet. Motstridigheter kan det straffrättsliga systemet leva med. Det finns en flexibilitet i det straffrättsliga systemet som innebär

---

[1096] Jämför Herring & Madden Dempsey (2010), som argumenterar för att penetration i sig skulle betraktas som en våldshandling.

[1097] Jämför Rubin (1993).

att det klandervärda kan klandras, även om det inte känns igen. Och det som inte är klandervärt, behöver inte bestraffas. Igenkänning strukturerar den binära koden, men det straffvärda är inte förutbestämt.

Jag menar att Luhmanns teori, på det sätt som jag använt den i avhandlingen, öppnar för frågor kring hur förändring kan åstadkommas i det straffrättsliga systemet.Vad gäller sexuellt ofredande har jag framhållit att ett krav på sexuell inriktning för straffansvar blir meningsbärande endast genom självreferens och extern referens. Det innebär att lagstiftaren aldrig kan nagla fast det straffvärda. Det innebär stabilitet och förändring på samma gång. Stabilitet i meningen att det som känns igen, rekursiva hänvisningar till tidigare kommunikationer i systemet, är betydande i den dömande praktiken. Förändring i meningen att i varje avgörande tar domstolen ställning till något nytt. Genom denna kognitiva öppenhet förändras strukturen, det som känns igen. Att krav för straffansvar ställs genom extern referens, genom öppenhet, innebär att det finns en förändringspotential av strukturen, det villkorliga programmet, genom varje kommunikation.

När den dömande praktiken betraktas som systemets centrum innebär det, menar jag, att en förändringspotential finns där. Det betyder inte att kriminalpolitiska formuleringar eller lagstiftningsreformer är oväsentliga. Men det är i den dömande praktiken som det straffrättsliga systemet ställs inför det mycket konkreta anspråket: detta är en straffvärd handling. Åtal kan betraktas som anspråk på att förändra strukturen, liksom varje anmälan om ett brott.

Jag har i avhandlingen fokuserat på det straffrättsliga systemets centrum, den dömande praktiken. Men det straffrättsliga systemet är inte begränsat till de praktiker jag har analyserat i avhandlingen. I Luhmanns beskrivning utgörs det rättsliga systemet av varje kommunikation som är riktad mot den binära koden. På så sätt är varje sådan kommunikation, oavsett institutionellt sammanhang, ett anspråk på att göra rätt. Jag inledde avhandlingen med en fråga ställd till bloggen ”Hyfs och stil”. Frågeställaren hade kunnat säga till sin släktning: Det du gör är ett brott, du gör dig skyldig till sexuellt ofredande. Ribbings svar hade kunnat vara att sexskämten utgör sexuellt ofredande. Det finns en potential för förändring i själva benämnandet.

Men varje sådan kommunikation måste också vara igenkänningsbar. Det väcker frågan om varför vissa kommunikationer reproduceras i det straffrättsliga systemet och andra exkluderas.[1098] I samhället görs olika problemformuleringar av sexualbrotten.[1099] Det råder inte konsensus om vad som bör definieras som straffvärda sexuella övergrepp, eller om orsakerna till att människor begår sexuella övergrepp. I avhandlingen har jag inte undersökt varför en viss problemformulering blir

[1098] Nobles & Schiff (2006), s. 191, menar att Luhmanns sätt att göra en distinktion mellan redundans och varians kan användas för att förstå skillnaden mellan det rättsliga systemets förmåga att förbli detsamma och att förändras. Se Luhmann (2004), kapitel 8 och King & Thornhill (2003), s. 50.

[1099] Wendt (2010).

dominerande i det straffrättsliga systemet. Den frågan lämnar jag vidare till framtida forskning.

Efterord

Den här avhandlingen hade inte blivit till om det inte vore för uppbackningen från mina handledare: Ulrika Andersson och Per Ole Träskman. Det har varit ett sant privilegium att få vägledas genom doktorandtiden av er kunskap, vishet och omtanke. Tusen tack, Ulrika och Per Ole!

Jag har haft förmånen att utveckla avhandlingen i en miljö som präglats av nyfikenhet och en vilja att förstå och förändra sakernas tillstånd. Tack för detta, alla mina vänner på Juridicum i Lund!

Särskilt vill jag tacka dem som på olika sätt bidragit till att avhandlingen tog form: Matilda Arvidsson, Tova Bennet, Moa Bladini, Leila Brännström, Moa De Lucia Dahlbeck, Eduardo Gill-Pedro, Markus Gunneflo, Sverker Jönsson, Mirjam Katzin, Amin Parsa, Mareike Persson, Hanna Pettersson, Aleksandra Popovic och Ellika Sevellin. I synnerhet vill jag tacka Niklas Selberg både för detta och för att du idogt uppmuntrade mig att söka doktorandtjänst.

Jag vill särskilt tacka Uta Bindreiter och Sverker Jönsson för konstruktiv och välbehövlig kritik vid mittseminariet. Jag vill också rikta ett stort tack till Eva-Maria Svensson för klarsynta och mycket uppskattade synpunkter vid slutseminariet. Ett särskilt tack till Christoffer Wong och Edward Andersson för översättningshjälp. Tack också till Gunilla Wiklund som bistått när referensprogrammet har överstigit min förmåga.

Jag har erhållit bidrag från Juridiska fakultetens resestipendier, Emmy Ekbergs stipendiefond samt Tore Alméns minnesfond, vilket jag är tacksam för.

Avhandlingen hade varken påbörjats eller slutförts om det inte vore för mina nära. Jag vill tacka Lis Wegerstad för att du alltid har trott på och stöttat mig, Carin Wegerstad för all din omtanke och Johan Wegerstad för din humor och klokhet. I mitt minne vill jag tacka Thure Olsson för allt som har varit.

Tack till Marija Kramar för att du känner mig bättre än jag själv. Edward Andersson, Lina Warpenskiöld, Mia Nyman, Lovisa Halje, Thomas Freisleben, Johanna Perslow och Lise-Lotte Jönsson: tack för allt stöd!

Till sist, Christer Hermodsson, många, många tack för att du delat skrivandets baksidor med mig utan att förlora hoppet varken om mig eller om oss.

Summary

Values worthy of legal protection and violations that deserve to be punished. Sexual offences in Swedish criminal law with the offence of sexual harassment as the starting point

This thesis deals with sexual offenses in Swedish criminal law (Chapter 6 Penal Code). However, it is not concerned with those issues most often discussed with sexual offenses, such as the amount of force required to constitute rape, or issues of consent or exploitation. The starting point is rather how the law distinguishes sexual violations from other kinds of violence, abuse or harassment. It uses as framework the response by Katherine Franke to the question "what do we see when we recognize something as sexual?"[1100] The thesis is also influenced by Michel Foucault's statement that "there is no difference, in principle, between sticking one's fist into someone's face or one's penis into their sex…",[1101] as well as writings by feminist scholars concerned with the question if sexual violence is something more or different than assault – what is this something and how may this be conceptualized?

This thesis will not to provide an answer to these thoroughly theorized questions stated above; instead it puts the question to the criminal legal system: What does the law see when it recognizes an act as *sexual*? The aim of this thesis is to describe *how* sexual offenses are created in the criminal legal system. I approach this aim in two ways. Firstly, by approaching the subject from a historical perspective I aim to explore how sexual offenses came into existence in the period when modern criminal law took shape. Secondly, through a study of sexual harassment cases, I aim to explore how sexual offenses are created anew – produced and reproduced – through every communication of the legal system.

What constitutes a sexual act – as distinct from force or exploitation – is often seen as self-evident in criminal proceedings concerning sexual offenses. The expectation is that the law knows what a sexual act is when it sees it. However, the problem of deciding whether an act is sexual or not has been explicitly articulated in court cases dealing with the crime of sexual harassment.[1102] The case law has

[1100] Franke (2002).
[1101] Kritzman (1988), p. 200.
[1102] Chapter 6 section 10 of the Swedish Penal Code:

formulated the problem as one concerning whether – for criminal liability – it is required that the defendant's action is associated with a particular sexual intent, so that the act can be seen as "being aimed at arousing or satisfying the defendant's sexual desire". As sexual harassment has become something of a catch-all heading for any crime that cannot be prosecuted under the heading of more severe sexual offenses, the definition of sexual harassment says something about the assumptions made in defining sexual offenses in general. Therefore in this thesis the crime of sexual harassment is studied in more detail as an example of sexual offenses.

A punishable wrongdoing involves harm to a legal interest and criminalization assumes a value or interest worthy of legal protection (*Rechtsgut*). My analysis asks the criminal legal system how it constructs, on the one hand, values specific for sexual offenses (values worthy of legal protection) and produces a subject worth protecting, and, on the other hand, how it constructs wrongs, that is what makes an act blameworthy and punishable as an sexual offense (violations that deserve to be punished) and produces a subject deserving punishment.

The analytical strategy employed in this thesis takes its starting point in the distinction between law and society made both in legal scholarship emphasizing the system's internal structure and in theories critical towards a perception of law as isolated from its context. It has primarily been inspired by Niklas Luhmann's theory of law as an autopoietic system.[1103] I employ this theory in order to describe structures of communication in the criminal legal system while also taking into account that the system is both open and closed in relation to its environment. This strategy is developed in chapter 2.

I perceive the way in which the law constructs values worthy of legal protection and violations that deserve to be punished as a structure in the legal system. Through both self-reference and external reference, this structure allocates the binary code legal/illegal (*Recht/Unrecht*). At the same time this structure is no more than those references themselves. Simply put, the construction of values worthy of legal protection and violations that deserve to be punished structures what is possible to communicate as sexual offenses in the criminal legal system.

Paragraph 1: A shall be sentenced for sexual harassment to fines or imprisonment for a maximum of two years if A touches a child under fifteen years of age (B) sexually, or causes B to perform or take part in an act with sexual connotation if the act is not punishable according to a provision in the preceding provisions of this chapter.

Paragraph 2: A shall be sentenced for sexual harassment to fines or imprisonment for a maximum of two years if A exposes him- or herself to another in a way likely to cause annoyance, or otherwise harasses another (B) through words or deeds in a way likely to violate B's sexual integrity. (Translation by Christoffer Wong)

[1103] Luhmann (2004).

The material studied consists of governmental bills and Swedish Government Official Reports, criminal law doctrine, and the reported case law of the Supreme Court and the Courts of Appeal. The thesis also includes a study of sexual harassment and harassment cases decided in 2008 in all the Courts of Appeal in Sweden.

The first part of the thesis (chapters 3–5) explores the emergence of sexual offenses in the period when modern criminal law was formed. It takes the law's own narrative of developments in the law on sexual offenses as its point of departure. In this narrative the law on sexual offenses has gradually improved since the Penal Code of 1864 in such a way that the legal protection of sexual integrity has become increasingly comprehensive.

In the early 1900s laws concerning sexual offenses – or vice crimes, as they were then referred to – aimed at protecting public morality rather than the rights of individuals. But in respect of offenses that still are on the statute books today, the value protected was not restricted to public morality. The law also recognized subjects in need of protection. Vice crimes did not only harm public morality, but also the morality of specified subjects – such as children and women. Those acts that threatened public and individual morality were constructed as deviant sex drives, embodied in the penis, erection and ejaculation. At that time the sexual drive of individuals was not perceived as worthy of protection as such.

This had changed by the mid 1900's. The new Penal Code, which came into force in 1965, viewed the sexual life of the individual as something worthy of protection. Sexual integrity became a legal interest. However, the male sexual drive, both as an explanation to sexual offenses and as a reference point in defining criminal wrongs, continued to be a central notion for distinguishing sexual offenses. This became even clearer when moral offenses were renamed as sexual offenses in the 1984 reform, which stressed the need for sexuality – the sexual drive – to be liberated from oppressive criminal regulation.

I show that in parallel with the law's own narrative of the history of sexual offenses a different story can be discerned whereby sexual offenses are created through erotic sexuality. This means that sexuality is formulated as something positive and in itself worthy of protection, and something that belongs to the subject's inner personality. This however also means that criminal wrongs are constructed in relation to the lustful, mutual, erotic, sexuality. This also creates a strict distinction between violence on one hand and sexual abuse on the other.

But reform proposals in the period 1984 to 2013 also reveal conflicting interests regarding both how sexual offenses are described as a problem in society and regarding what should or should not be criminalized.

In the reform proposals I find opposing understandings of sexual offenses. On the one hand sexual offenses are understood as a matter of gendered violence. Sexual offenses are described as men's violence against women and constitute a gender equality issue. On the other hand, sexual offenses are understood as a matter of sexuality, where sexual crimes are perceived as a problem that is not gendered and not part of a structural inequality between men and women. The latter understanding

comes through strongly in the 2005 reform and in the reform of 2013, the equality argument is also absent.

A common thread in the various reforms carried out in the period after the new Penal Code came into force is that the victim's integrity becomes a part of how the wrongs are constructed. The concepts of violation and personal integrity have become core of the definition of sexual offenses. Compared to the period before 1965, when wrongs were primarily defined with reference to the offender's body and intention (whether the defendant had ejaculated or not, for example), wrongs are now constructed by reference to the subject that has been harmed (the violation of the victims integrity).

However, over the course of the period there are conflicts concerning how sexual crimes should be defined – such as conflicts as to whether rape should be defined by reference to intercourse as the yardstick or by reference to the violation of the victim's integrity. In terms of the crime of sexual harassment, the reform proposals reveal contradictions. One position stresses the violation of the gendered victim as reason for broadening the scope of sexual harassment. Another position argues that, since sexual offenses concerns sexuality, violations of a general kind should not be included in the scope of sexual harassment; the act needs therefore to have had the intention of exciting or satisfying the sexual desire of the offender in order to be a criminal offense. In the reform of 2013, this is formulated as a requirement that the offender had a sexual interest in performing the act.

In my analysis both the value worthy of protection and the criminal wrong are defined as anchored in the body, especially the genitals. Bodily acts involving genitals such as intercourse and other kinds of penetration are automatically declared sexual for the purpose of defining sexual offenses. However, not all bodily acts involving genitals are sexual. For example, torture against genitals is explicitly excluded from the scope of sexual offenses. Whether an act which does not involve genitals nor other body contact will be considered sexual depends on the offender's motive. Hence, criminal wrongs are constructed as sexual through an interaction between the corporeal and the mind and motive of the responsible subject. The protected interest is constructed as bodily integrity, but also as integrity beyond the corporeal. In this regard differences emerge in the history of sexual crimes, which are expressed most clearly in differing views on how the offense of sexual harassment should be delineated.

On the one hand, the value that motivates criminalization of a specific sexual integrity is constructed as a feminine gendered integrity and as a freedom from being sexualized and objectified as a Woman. The responsible subject is masculine gendered and criminalization is justified by reference to gender inequality as a societal problem. This view dominates reform proposals in the 1990's but it is also expressed in a dissenting judgment in a Supreme Court case. On the other hand, the value that motivates criminalization is constructed as a freedom from being exposed to another's sexual desires, regardless of gender. The criminal wrong is constructed by reference to

the responsible subject's sexual drive or sexual motive. The latter construction dominates legislative reforms during 2005-2013.

From a survey of the Supreme Court's decisions regarding sexual offenses, I note that it is mainly other factors, and not the sexual nature of the act, that are problematic in the penal system. This is especially so when it comes to the more serious sexual offenses, such as rape. I find that these Supreme Court decisions are consistent with the points made above, that bodily acts involving genitals such as intercourse and other kinds of penetration are automatically considered sexual. However, references are made both to the offender's sexual drive as well as to the victim's integrity when sexual acts are graded.

In the second part of the thesis (chapter 6–7) I explore how sexual offenses are created anew – produced and reproduced – through communications of the legal system. This exploration is conducted through a study of Appeal Court cases regarding sexual harassment and harassment.

I have found that in many cases criminal liability for sexual harassment appears to be indisputable, and is explicitly described as such. The conduct in question simply is sexual harassment and this fact needs no further explanation. Conduct recognized by the law as sexual harassment predominantly involve physical aggression between strangers: the accused pressing his penis against the plaintiff, touching the plaintiff's sexual organs on or underneath her clothes, touching the plaintiff's breasts, or pressing his lips against the plaintiff. My interpretation, similar to what I have pointed out regarding sexual offenses in general, is that what is valued of legal protection is constructed in terms of bodily integrity. Moreover, criminal liability is created by reference to moral norms, i.e. what can be assumed to be decent or normal behavior in the relevant situation.

In other cases criminal liability for sexual harassment is disputable. The subject's integrity is made conditional on a requirement for the victim to express aversion and the defendant to comprehend that the act was not welcomed. The subject's integrity is also made conditional on the requirement for the act to be sexual. Reference to a requirement for the act to have a sexual nature arises in several rulings where the act is not a physical attack, for example comments made against the plaintiff. In rulings where the requirement for the act to have a sexual nature is raised, it is formulated as an issue of whether the defendant's motive was of a sexual nature.

I interpret the ways in which punishable wrongs are constructed along with Luhmann's theory. The requirement formulated in law-making, for example that the offender should have had a sexual interest in performing the act, does not have any inherent meaning beyond the case being decided upon. By showing that meaning is given to this requirement at the moment it refers to the system's environment, the tautology of the legal system is unveiled. Put simply: this is sexual harassment because (the court says) it is sexual harassment. However, this does not mean total discretion for the courts. The application of the binary code – legal/illegal – is structured by what has been decided before, that is by reference to earlier distinctions made within the legal system itself. The construction of interests worthy of protection and wrongs

deserving of punishment structures the possible communications that can take place in criminal law.

To conclude, this structure creates sexual offenses as grounded in the body and centered on the genitals. However, there is an interaction between the corporeal and the mind of the responsible subject. From certain bodily acts a sexual interest or motive from the side of the responsible subject is assumed. Often this link is implicit; yet, the outer limit of sexual offenses is articulated as a question about the responsible subject's motive. Sexual crimes are created intrinsically as a matter of erotic sexuality. This structure is in constant motion since every communication in the legal system is a moment of openness towards the system's environment as well as a moment of normative closure. Pursuant to this then, what the law see when it recognizes an act as sexual is both a matter of stability – recursive references to what has been done before in the legal system – and change – every new communication is an opportunity to do decide different than before.

Referenser

Litteratur

Almquist, Jan Eric (1938), *Tidelagsbrottet. En straffrätts-historisk studie*. Lund: Gleerup

Alvesson, Mats och Sköldberg, Kaj (2008), *Tolkning och reflektion. Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod*. Lund: Studentlitteratur

Andersson, Ulrika (2004), *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*. Lund: Bokbox

Andersson, Ulrika (2009), "Vara till salu. Utsatthet vid människohandel - individer, strukturer och diskurser". *Tidskrift för genusvetenskap*, nr. 4 s. 29-45

Andersson, Ulrika (2011), "Våld mot kvinnor i straffrätten. Utsatta individer i strukturell och diskursiv belysning". I: *På vei: Kjønn og rett i norden*. (red.) Eva-Maria Svensson, Ulrika Andersson, Hege Brækhus et al. Göteborg: Makadam

Andersson, Ulrika (2013), "Sexuella handlingar utan sexuella syften – HD prövar så kallade otrohetskontroller". *Juridisk Tidskrift*, nr. 2 s. 368-372

Asp, Petter (2008-09), "Grader av kränkning - våldtäkt eller sexuellt tvång?". *Juridisk Tidskrift*, nr. 1 s. 75-85

Asp, Petter (2010), *Sex & samtycke*. Uppsala: Iustus

Asp, Petter och Ulväng, Magnus (2007), "Tvång, utnyttjande och kriminalisering av sexköp. Del I". I: *Josefs resa*. (red.) Petter Asp och Claes Lernestedt. Uppsala: Iustus

Asp, Petter, Ulväng, Magnus och Jareborg, Nils (2010), *Kriminalrättens grunder*. Uppsala: Iustus

Bell, Vikki (1991), "Beyond the 'Thorny Question'. Feminism, Focault and the Desexualisation of Rape". *International Journal of the Sociology of Law*, (19) s. 83-100

Bell, Vikki (2002), "The Vigilant(e) Parent and the Paedophile. The News of the World Campaign 2000 and the Contemporary Governmentality of Child Sexual Abuse". *Feminist theory*, (3) s. 83-100

Bergenheim, Åsa (2005), *Brottet, offret och förövaren. Vetenskapens och det svenska rättsväsendets syn på sexuella övergrepp mot kvinnor och barn 1850-2000*. Stockholm: Carlsson

Bergenheim, Åsa (2010), "Gränsen för det otillåtna. Om synen på våldtäkt i Sverige 1950-2010". I: Antologi. *Sju perspektiv på våldtäkt*. Uppsala: Nationellt centrum för kvinnofrid

Bergenheim, Åsa och Lennerhed, Lena, red. (1997). *Seklernas sex. Bidrag till sexualitetens historia*. Stockholm: Carlsson

Bergenlöv, Eva, Lindstedt Cronberg, Marie och Österberg, Eva (2002), *Offer för brott. Våldtäkt, incest och barnamord i Sveriges historia från reformationen till nutid*. Lund: Nordic Academic Press

Berggren, Nils-Olof, Bäcklund, Agneta, Holmqvist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Munck, Johan, Träskman, Per Ole, Victor, Dag, Wennberg, Suzanne och Wersäll, Fredrik, red. (2013). *Brottsbalken - en kommentar*: Zeteo. Version den 1 januari 2013 tom supplement 2

Berglund, Kerstin (2002), "Mänskliga kränkningar". I: *Flores juris et legum. Festskrift till Nils Jareborg*. (red.) Petter Asp, Carl Erik Herlitz och Lena Holmqvist. Uppsala: Iustus

Berglund, Kerstin (2007), *Straffrätt och kön*. Uppsala: Iustus

Bergman, Cecilia, Bogdan, Michael, Eriksson, Anders och Hirschfeldt, Johan, red. *Karnov, gällande författaningar med lagkommentarer*: Karnov Group

Bladini, Moa (2013), *I objektivitetens sken - en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål*. Göteborg/Stockhlm: Makadam Förlag

Boëthius, J. E., Grubbe, S., Rabenius, L. G. och Atterbom, P. D. A. (1833), "Om lag-committens förslag till allmän criminal-lag. Betänkande afgifvet av juridiska faculteten samt philosophiae professorerne vid Upsala universitet". *Skandia. Tidskrift för vetenskap och konst*, (1) nr. 1 s. 4-139

Boëthius, Maria-Pia (1981), *Skylla sig själv. En bok om våldtäkt*. Stockholm: LiberFörlag

Bonthuys, Elsje (2008), "Putting Gender into the Definition of Rape or Taking it Out? Masia v Director of Public Prosecutions (Pretoria) and Others, 2007 (8) BCLR 827 (CC)". *Feminist Legal Studies*, (16) s. 249-260

Borch, Christian (2005), *Kriminalitet og magt: kriminalitetsopfattelser i det 20. århundrede*. København: Forlaget Politisk Revy

Borch, Christian (2011), *Niklas Luhmann*. London: Routledge

Brownmiller, Susan (1977), *Våldtäkt*. Stockholm: PAN/Norstedts

Brännström, Leila (2009), *Förrättsligande. En studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning*. Lund: Bokbox Förlag

Bull, Thomas och Heiborn, Anders (1999), "Förargelseväckande yttrandefrihet?". *Svensk Juristtidning*, s. 568-580

Burman, Monica (2007), *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor. Om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*. Uppsala: Iustus

Burman, Monica (2011), "Brottsoffer i straffrätten". I: *Brottsoffret och kriminalpolitiken*. (red.) Claes Lernestedt och Henrik Tham. Stockholm: Norstedts juridik

Butler, Judith (1993), *Bodies that matter. On the discursive limits of "sex"*. New York: Routledge

Butler, Judith (2011), "Sexual Consent. Some Thoughts on Psychoanalysis and Law". *Columbia Journal of Gender & Law*, (21) nr. 2 s. 405-429

Cahill, Ann J. (2000), "Foucault, Rape and the Construction of the Feminine Body". *Hypatia*, (15) nr. 1 s. 43-63

Cahill, Ann J. (2001), *Rethinking rape*. Ithaca/London: Cornell University Press

Carlén, Richard (1866), *Kommentar öfver strafflagen*. Stockholm: Norstedt

Christie, Nils (2001), "Det idealiska offret". I: *Det motspänstiga offret*. (red.) Malin Åkerström och Ingrid Sahlin. Lund: Studentlitteratur

Coates, Linda och Wade, Allan (2004), "Telling it Like it isn't: Obscuring Perpetrator Responsibility for Violent Crime". *Discourse & Society*, (15) nr. 5 s. 499-526

Cornell, Drucilla (1995), *The Imaginary Domain. Abortion, Pornography & Sexual Harassment*. London: Routledge

Cornell, Drucilla (1992), "The Philosophy of the Limit: Systems Theory and Feminist Legal Reform". I: *Deconstruction and the Possibility of Justice*. (red.) Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld och David Gray Carlson. New York: Routledge

Davies, Margaret (2008), "Feminism and the Flat Law Theory". *Feminist Legal Studies*, (16) s. 281-304

Derrida, Jacques (1990), "Force of Law. The Mystical Foundation of Authority". *Cardozo Law Review*, (11) s. 921-1046

Diesen, Christian och Diesen, Eva F. (2013), *Övergrepp mot kvinnor och barn. Den rättsliga hanteringen*. Stockholm: Norstedts juridik

Dodillet, Susanne (2009), *Är sex arbete? Svensk och tysk prostitutionspolitik sedan 1970-talet*. Stockholm: Vertigo

Edenheim, Sara (2005), *Begärets lagar. Moderna statliga utredningar och heteronormativitetens genealogi*. Eslöv: Symposion

Edgren, Monika (2004), "Att återupprätta äran. Språk, subjekt och sexuellt våld i äldre tid". Kvinnovetenskaplig tidskrift, nr. 3 s. 74-90

Ehrlich, Susan (2006), "The Discursive Reconstruction of Sexual Consent". I: *The Language and Sexuality Reader*. (red.) Deborah Cameron och Don Kulick. London: Routledge

Ekström, Simon (2002), *Trovärdighet och ovärdighet. Rättsapparatens hanterande av kvinnors anmälan av våldtäktsbrott Stockholm 1946-1950*. Hedemora: Gidlunds förlag

Forsman, Maria (2013), *Rättsliga ingripanden vid föräldrars våld och övergrepp mot barn*. Stockholm: Norstedts juridik

Foucault, Michel (2002), *Sexualitetens historia. Band 1, Viljan att veta*. Göteborg: Daidalos

Franke, Katherine M. (1997), "What's Wrong With Sexual Harassment?". *Stanford Law Review*, (49) s. 691-772

Franke, Katherine M. (2002), "Putting Sex to Work". I: *Left Legalism/Left Critique*. (red.) Wendy Brown och Janet Halley. Durham: Duke University Press

Frykman, Jonas och Löfgren, Orvar (1979), *Den kultiverade människan*. Lund: LiberLäromedel

Frände, Dan (1989), *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*. Ekenäs: Juridiska föreningen i Finland

Grosz, Elizabeth (1994), *Volatile bodies. Toward a corporeal feminism*. Bloomington: Indiana Univ. Press

Gröning, Linda (2011), "Straffrätten i verkligheten eller som verkligheten? Reflektioner kring straffrättsdogmatikens empiriska förankring". I: *Festskrift till Per Ole Träskman*. (red.) Ulrika Andersson, Christoffer Wong och Helén Örnemark Hansen. Stockholm: Norstedts juridik

Gunnarsson, Åsa och Svensson, Eva-Maria (2009), *Genusrättsvetenskap*. Lund: Studentlitteratur

Hagströmer, Johan (1909), *Svensk straffrätt: föreläsningar. H. 8: (andra bandets tredje häfte)*. Uppsala: Almqvist & Wiksell

Hall, Stuart (2001), "Foucault. Power, Knowledge and Discourse". I: *Discourse Theory and Practice: A Reader*. (red.) Margaret Wetherell, Taylor, Stephanie & Yates, Simeon J. London: Sage

Halley, Janet (2002), "Sexuality Harassment". I: *Left Legalism/Left Critique*. (red.) Wendy Brown och Janet Halley. Durham/London: Duke University Press

Halley, Janet E. (2006), *Split Decisions. How and Why to Take a Break from Feminism*. Princeton, N.J.: Princeton University Press

Hassan Jansson, Karin (2002), *Kvinnofrid: synen på våldtäkt och konstruktionen av kön i Sverige 1600-1800*. Uppsala: Acta Universitatis Upsaliensis

Hellichius, Nils (1913), *Koppleridelikten: en studie i gällande svensk straffrätt*. Uppsala: Almqvist & Wiksell

Henderson, Holly (2007), "Feminism, Foucault and Rape: A Theory and Politics of Rape Prevention". *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice*, (22) s. 225-253

Herring, Jonathan och Madden Dempsey, Michelle (2010), "Rethinking the Criminal Law's Response to Sexual Penetration. On Theory and Context". I: *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*. (red.) Clare McGlynn och Vanessa E. Munro. Abingdon, Oxfordshire: Routledge

Hirdman, Anja (2008), *Den ensamma fallosen. Mediala bilder, pornografi och kön*. Stockholm: Atlas

Hydén, Håkan (2002a), *Normvetenskap*. Lund: Sociologiska institutionen, Lunds universitet

Hydén, Håkan (2002b), *Rättssociologi som rättsvetenskap*. Lund: Studentlitteratur

Häthén, Christian (2004), *Stat och straff: Rättshistoriska perspektiv*. Lund: Studentlitteratur

Jackson, Stevi (1978), "The Social Context of Rape. Sexual Scripts and Motivation". *Women's Studies International Quarterly*, (1) s. 27-38

Jagose, Annamarie, (1996), *Queer Theory*. Carlton South, Vic.: Melbourne University Press

Jareborg, Nils (1984), *Brotten. Häfte 1, Grundbegrepp och Brotten mot person*. Stockholm: Norstedt

Jareborg, Nils (1995), "Vilken sorts straffrätt vill vi ha? Eller om defensiv och offensiv straffrättspolitik". I: *Varning för straff. Om vådan av den nyttiga straffrätten*. (red.) Dag Victor. Stockholm: Fritze

Jareborg, Nils (2006), *Inkast i straffområdet*. Uppsala: Iustus

Jareborg, Nils och Friberg, Sandra (2010), *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*. Uppsala: Iustus

Jareborg, Nils och Nelson, Alvar (1975), *Brotten mot person*. Uppsala: Iustus

Jareborg, Nils och Zila, Josef (2007), *Straffrättens påföljdslära*. Stockholm: Norstedts juridik

Jarl, Bengt och Stolt, Eleonora (2010), "Mellan normalitet och avvikelse. Forskning om sexualförövare och framväxten av praktisk behandling". I: *Antologi. Sju perspektiv på våldtäkt*. Uppsala: Nationellt centrum för kvinnofrid

Jönhill, Jan Inge (1997), *Samhället som system och dess ekologiska omvärld*. Lund: Sociologiska institutionen, Lunds universitet

Kaldal, Anna och Lainpelto, Katrin (2009), "Nya sexualbrottsprejudikat". *Juridisk Tidskrift*, nr. 1 s. 95-103

Kelly, Liz (1988), *Surviving Sexual Violence*. Oxford: Polity Press

King, Michael och Thornhill, Chris (2003), *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. New York: Palgrave MacMillan

Kneer, Georg och Nassehi, Armin (2000), *Niklas Luhmann. Introduktion til teorien om sociale systemer*. Köpenhamn: Hans Reitzels Forlag

Kritzman, Lawrence D., red. (1988). *Michel Foucault. Politics, philosophy, culture: interviews and other writings*, 1977-1984

Lacey, Nicola (1998a), "Unspeakable Subjects, Impossible Rights. Sexuality, Integrity and Criminal Law". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (11) nr. 1 s. 47-68

Lacey, Nicola (1998b), *Unspeakable Subjects. Feminist Essays in Legal and Social Theory*. Oxford: Hart

Lacey, Nicola (1998c), "Contingency, Coherence and Conceptualism. Reflections on the Encounter between 'Critique' and 'the Philosophy of the Criminal Law'". I: *Philosophy and the Criminal Law. Principle and Critique*. (red.) Anthony Duff. Cambridge: Cambridge University Press

Lahelma, Elina, Palmu, Tarja och Gordon, Tuula (2000), "Intersecting Power Relations in Teachers' Experiences of Being Sexualized or Harassed by Students". *Sexualities*, (3) nr. 4 s. 463-481

Leijonhufvud, Madeleine (2006), "HD prövar den nya regleringen av sexualbrott mot barn". *Juridisk Tidskrift*, nr. 4 s. 900-902

Leijonhufvud, Madeleine (2008), *Samtyckesutredningen. Med förslag till skydd för den sexuella integriteten*. Stockholm: Thomson Förlag

Leijonhufvud, Madeleine och Wennberg, Suzanne (2009), *Straffansvar*. Stockholm: Norstedts Juridik

Lennerhed, Lena (2002), *Sex i folkhemmet. RFSUs tidiga historia*. Hedemora: Gidlund

Lernestedt, Claes (2003), *Kriminalisering. Problem och principer*. Uppsala: Iustus

Lernestedt, Claes (2004), "Sexualitet är i betraktarens öga? Tendenser i svensk sexualstraffrätt, sedda bl a genom ett rättsfall och debatten kring det". *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, nr. 3-4 s. 398-434

Lernestedt, Claes (2010), *Dit och tillbaka igen. Om individ och struktur i straffrätten*. Uppsala: Iustus

Lernestedt, Claes (2013), *Straffrättens karta och landskap. Uppsatser i straffrätt och straffrättsfilosofi*. Stockholm: Norstedts juridik

Lernestedt, Claes och Hamdorf, Kai (2000), "Sexköpskriminaliseringen - till skydd av vad? Del 1". *Juridisk Tidskrift*, nr. 4 s. 846-858

Lernestedt, Claes och Tham, Henrik, red. (2011). *Brottsoffret och kriminalpolitiken*. Stockholm: Norstedts juridik

Liliequist, Jonas (1991), "Peasants against Nature. Crossing the Boundaries between Man and Animal in Seventeenth- and Eighteenth-Century Sweden". *Journal of the History of Sexuality*, (1) nr. 3 s. 393-423

Liliequist, Jonas (1998), "State Policy, Popular Discourse, and the Silence on Homosexual Acts in Early Modern Sweden". I: *Scandinavian Homosexualities: Essays on Gay and Lesbian Studies*. (red.) Jan Löfström. New York, N.Y.: Haworth Press

Lindstedt Cronberg, Marie (2002a), "Från målsägare till brottsoffer. Målsäganderätten i ett historiskt perspektiv". I: *Offer för brott. Våldtäkt, incest och barnamord i Sveriges historia från reformationen till nutid 2002*. (red.) Eva Bergenlöv, Marie Lindstedt Cronberg och Eva Österberg. Lund: Nordic Academic Press

Lindstedt Cronberg, Marie (2002b), "Lag, moral och samhällsdiskurs". I: *Offer för brott. Våldtäkt, incest och barnamord i Sveriges historia från reformationen till nutid 2002*. (red.) Eva Bergenlöv, Marie Lindstedt Cronberg och Eva Österberg. Lund: Nordic Academic Press

Listerborn, Carina, Molina, Irene & Mulinari, Diana, red. (2011). *Våldets topografier. Betraktelser över makt och motstånd*. Stockholm: Atlas

Livholts, Mona (2007), *"Vanlig som vatten". Manlighet och normalitet i mediernas berättelser om våldtäkt*. Malmö: Gleerup

Luhmann, Niklas (1987), *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Verlag

Luhmann, Niklas (1988), "Law as a Social System". *Northwestern University Law Review*, (83) nr. 1-2 s. 136-150

Luhmann, Niklas (1990), "Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem". *Rechtsteorie*, (21) s. 459-473

Luhmann, Niklas (1995a), *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag

Luhmann, Niklas (1995b), *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press

Luhmann, Niklas (2003), *Kärlek som passion. Om kodifieringen av intimitet*. Malmö: Liber

Luhmann, Niklas (2004), *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press

Lundgren, Eva, Heimer, Gun, Westerstrand, Jenny och Kalliokoski, Anne-Marie (2001), *Slagen dam. Mäns våld mot kvinnor i jämställda Sverige – en omfångsundersökning*. Umeå: Brottsoffermyndigheten

MacKinnon, Catharine, A. (1982), "Feminism, Marxism, Method, and the State. An Agenda for Theory". *Signs*, (7) nr. 3 s. 515-544

MacKinnon, Catharine, A. (1983), "Feminism, Marxism, Method, and the State. Toward Feminist Jurisprudence". *Signs*, (8) nr. 4 s. 635-658

MacKinnon, Catharine A. (2005), *Women's lives, men's laws*. Cambride/London: Harvard University Press

Moran, Leslie och Skeggs, Beverly (2004), *Sexuality and the politics of violence and safety*: London: Routledge

Naffine, Ngaire (1994), "Possession. Erotic Love in the Law of Rape". *The Modern Law Review*, (57) nr. 1 s. 10-37

Naffine, Ngaire (2009), "Moral Uncertainties of Rape and Murder. Problems at the Core of Criminal Law Theory". I: *Regulating Deviance. The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*. (red.) Bernadette McSherry, Alan William Norrie och Simon Bronitt. Oxford: Hart

Nelken, David, red. (1996). *Law as Communication. Issues in Law and Society*. Aldershot: Dartmouth Publishing

Niemi-Kiesiläinen, Johanna (2004), "The Reform of Sex Crime Law and the Gender-Neutral Subject". I: *Nordic Equality at a Crossroads. Feminist Legal Studies Coping with Difference*. (red.) Eva-Maria Svensson, Anu Pylkkänen och Johanna Niemi-Kiesiläinen. Aldershot: Ashgate

Niemi, Johanna, Honkatukia, Päivi och Ruuskanen, Minna (2008), "Juridikens texter som som diskurser". I: *57°53'10.25"/11° Marstrandseminariet 10 år 1998-2007*. (red.) C. Martinson, A. Moberg och E-M. Svensson. Göteborg: Juridiska institutionens skriftserie

Nilsson, Gabriella (2009), *Könsmakt eller häxjakt? Antagonistiska föreställningar om mäns våld mot kvinnor*. Lund: Media Tryck

Nilsson, Göran (2012/2014), *Brottsbalk (1962:700) Lexino* (4 kap. 7 § respektive 6 kap. 10 §): Karnov Group

Nobles, Richard och Schiff, David (2004), "Introduction". I: *Law as a Social System*. Niklas Luhmann. Oxford: Oxford University Press

Nobles, Richard och Schiff, David (2006), *A sociology of jurisprudence*. Oxford: Hart

Nobles, Richard och Schiff, David (2013), *Observing law through systems theory*. Oxford: Hart

Norrie, Alan W. (2001), *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*. London: Butterworths

Norrie, Alan W. (2002), "From Criminal Law to Legal Theory. The Mysterious Case of the Reasonable Glue Sniffer". *The Modern Law Review*, (65) nr. 4 s. 538-555

Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas (2010), *Niklas Luhmann. Law, Justice, Society*. Oxfordshire: Routledge

Plaza, Monique (1981), "Our damages and their compensation". *Gender Issues*, (1) nr. 2 s. 25-35

P:son Wetter, Folke (1925), "Anmälan av N. Stjernberg: Kommentar till strafflagen kap. 17-18". *Svensk Juristtidning*, s. 44-53

Přib, Ji (2010), "Review of Niklas Luhmann: Law, Justice, Society by Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos". *Modern Law Review*, (73) nr. 5 s. 893-897

Robinson, Kerry H. (2005), "Reinforcing hegemonic masculinities through sexual harassment. Issues of identity, power and popularity in secondary schools". *Gender and Education*, (17) nr. 1 s. 19-37

Romero, Adam P. (2009), "Methodological Descriptions. Feminist and Queer Legal Theories". I: *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*. (red.) Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson och Adam P. Romero. Surrey: Ashgate

Rubin, Gayle (1993), "Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality". I: *The Lesbian and Gay Studies Reader*. (red.) Henry Abelove, Michéle Aina Barale och David M. Halperin. New York: Routledge

Rumney, Philip N. S. (2008), "Gender Neutrality, Rape and Trial Talk". *International Journal for the Semiotics of Law*, (21) s. 139-155

Rydström, Jens (1997), "Panoptikon. Övervakning och kontroll av manlig homosexualitet i Sverige på 1930- och 1940-talet". I: *Seklernas sex. Bidrag till sexualitetens historia* (red.) Åsa Bergenheim och Lena Lennerhed. Stockholm: Carlsson

Rydström, Jens (2003), *Sinners and Citizens. Bestiality and Homosexuality in Sweden 1880-1950*. Chicago: The University of Chicago Press

Schultz, Vicki (2009), "The Sanitized Workplace Revisited". I: *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*. (red.) Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson och Adam P. Romero. Surrey/Burlington: Ashgate

Simester, A. P. och von Hirsch, Andreas (2011), C*rimes, harms, and wrongs. On the principles of criminalisation*. Oxford: Hart

Skeggs, Beverley (2000), *Att bli respektabel. Konstruktioner av klass och kön*. Göteborg: Daidalos

Smart, Carol (1989), *Feminism and the Power of Law*. London: Routledge

Smart, Carol (1995), *Law, Crime and Sexuality*. Essays in Feminism. London: Sage

Stang-Dahl, Tove (1994), *Pene piker haiker ikke. Artikler om kvinnerett, strafferett og velferdsstat*. Oslo: Universitetsforlaget

Stjernberg, Nils (1922), *Kommentar till strafflagen kap. 17-18*. Uppsala: Almqvist & Wiksell

Strahl, Ivar (1976), *Allmän straffrätt i vad angår brotten*. Stockholm: Norstedt

Strömholm, Stig (1992), *Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära*. Lund: Norstedts juridik

Sundkvist, Maria (1997), ""Hon är på väg utför 'det sluttande planet'". Norrköpings barnavårdsnämnd och barn med sexuella erfarenheter 1903-1925". I: *Seklernas sex. Bidrag till sexualitetens historia*. (red.) Åsa Bergenheim och Lena Lennerhed. Stockholm: Carlsson

Sutorius, Helena och Kaldal, Anna (2003), *Bevisprövning vid sexualbrott*. Stockholm: Norstedts juridik

Sutorius, Helena och Diesen, Christian (2014), *Bevisprövning vid sexualbrott*. Stockholm: Norstedts juridik

Svensson, Eva-Maria (1997), *Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten*. Uppsala: Iustus förlag

Svensson, Eva-Maria (2011), "Formering och transformering av ett kunskapsfält". I: *På vei. Kjønn og rett i norden*. (red.) Eva-Maria Svensson, Ulrika Andersson, Hege Brækhus et al. Göteborg: Makadam

Teubner, Gunther (1992), "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism". *Cardozo Law Review*, (13) nr. 5 s. 1443-1462

Thyrén, Johan C. W. (1912), *Principerna för en strafflagsreform. 2, Brottsbegreppets objektiva sida*. Lund: Gleerup

Tollin, Katharina (2011), *Sida vid sida. En studie av jämställdhetspolitikens genealogi 1971-2006*. Stockholm: Atlas Akademi

Träskman, Per Ole (1998), "Går det att tygla lustan? Om straffbar pornografi, pedofili och prostitution". *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, s. 352-373

Träskman, Per Ole (2009), "Sexuella och andra (farliga) förbindelser samt försök därtill. Legalitetsprincipen och köp av sexuella tjänster". I: *Festskrift till Suzanne Wennberg*. (red.) Lars Heuman, Madeleine Leijonhufvud och Annika Norée. Stockholm: Norstedts juridik

Träskman, Per Ole (2010), *Miljöstraffrätten. Miljökontroll, miljöbrott och brottspåföljder*. Stockholm: Norstedts juridik

Tuori, Kaarlo (1999), "Från ideologikritik till kritisk positivism". *Retfærd*, (22) nr. 85 s. 5-18

Tuori, Karlo (2002), *Critical Legal Positivism*. Aldershot: Ashgate

Utriainen, Terttu (1985), "Rättsdogmatiska konstruktioner av skuldbegreppet i skilda system". I: *Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*. (red.) Nils Jareborg och Per Ole Träskman. Uppsala: Iustus

Wacquant, Loïc J. D. (2009), *Punishing the Poor. The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham, N.C: Duke University Press

Wandall, Rasmus (2008), *Decisions to Imprison. Court Decision-Making Inside and Outside the Law*. Aldershot: Ashgate

Weeks, Jeffrey (2000), *Making sexual history*. Cambridge: Polity

Weeks, Jeffrey (2003), *Sexuality*. London ; New York: Routledge

Wegerstad, Linnéa (2011), "Om erotik, makt och sexualbrottens sexualitet". I: *På vei. Kjønn og rett i norden*. (red.) Eva-Maria Svensson, Ulrika Andersson, Hege Brækhus et al. Göteborg: Makadam

Wegerstad, Linnea (2012), "Befriar leken från ansvar? Om BDSM, samtycke och social adekvans". *Juridisk Publikation*, nr. 2 s. 239-261

Wendt Höjer, Maria (2002), *Rädslans politik. Våld och sexualitet i den svenska demokratin*. Malmö: Liber

Wendt, Maria (2010), "Våldtäkt som demokratiproblem. Förändring och stabilitet i politik och debatt". I: *Antologi. Sju perspektiv på våldtäkt*. Uppsala: Nationellt centrum för kvinnofrid (NCK), Uppsala universitet

Wennberg, Suzanne (2004), "Våldtäkt - med eller mot kvinnans vilja?". *Juridisk Tidskrift*, nr. 1 s. 113-131

Wennstam, Katarina (2002), *Flickan och skulden. En bok om samhällets syn på våldtäkt*. Stockholm: Bonnier

Westerstrand, Jenny (2008), *Mellan mäns händer. Kvinnors rättssubjektivitet, internationell rätt och diskurser om prostitution och trafficking*. Uppsala: Uppsala universitet

Widerberg, Karin (1980), *Kvinnor, klasser och lagar 1775-1980*. Stockholm: LiberFörlag

Widerberg, Karin (1995), *Kunskapens kön. Minnen, reflektioner och teori*. Stockholm: Norstedt

Witkowska, Eva (2005), *Sexual harassment in schools. Prevalence, structure and perceptions*. Stockholm: Arbetslivsinstitutet

Young, Iris Marion (2005), *On Female Body Experience. "Throwing Like a Girl" and Other Essays*. New York: Oxford University Press

Åkerstrøm Andersen, Niels (2003), *Discursive Analytical Strategies. Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*. Bristol: Policy Press

Offentligt tryck

Direktiv

Kommittédirektiv 1998:48 *Översyn av lagstiftningen om sexualbrott*

Kommittédirektiv 2008:94 *Utvärdering av 2005 års sexualbrottsreform, m.m.*

Kommittédirektiv 2014:74 *Ett modernt och starkt straffrättsligt skydd för den personliga integriteten*

Kommittédirektiv 2014:123 *Översyn av våldtäktsbrottet*

Kommittédirektiv 2014:144 *Tilläggsdirektiv till 2014 års sexualbrottsutredning (Ju 2014:21)*

Departementsskrivelser

Ds Ju 1978:8 *Barnpornografi*

Ds 2007:13 *Vuxnas kontakter med barn i sexuella syften*

Ds 2011:1 *Olovlig fotografering*

Statens offentliga utredningar

SOU 1935:68 *Promemoria angående ändringar i strafflagen beträffande straffsatserna för särskilda brott m.m.*

SOU 1937:37 *Efterlämnade anteckningar till förberedande utkast till strafflag, av Johan C. W. Thyrén*

SOU 1939:25 *Förslag till lag om arbetsfostran m.m. Avgivet av 1937 års lösdriverilagstiftningskommitté*

SOU 1941:32 *Strafflagberedningens utlåtande med förslag till lagstiftning angående åtgärder mot homosexualitetens samhällsfarliga yttringar*

SOU 1949:4 *Förslag om lösdrivarlagens upphävande m.m. Avgiven av 1948 års lösdriveriutredning*

SOU 1953:14 *Förslag till brottsbalk avgivet av straffrättskommittén*

SOU 1969:38 *Yttrandefrihetens gränser. Sårande av tukt och sedlighet. Brott mot trosfrid. Avgivet av Kommittén för lagstiftningen om yttrande- och tryckfrihet*

SOU 1974:59 *Utredningen rörande sexual- och samlevnadsfrågor i undervisnings- och upplysningsarbetet*

SOU 1976:9 *Sexuella övergrepp. Förslag till ny lydelse av brottsbalkens bestämmelser om sedlighetsbrott avgivet av sexualbrottsutredningen*

SOU 1982:61 *Våldtäkt och andra sexuella övergrepp. Betänkande avgivet av 1977 års sexualbrottskommitté*

SOU 1988:7 *Frihet från ansvar. Om legalitetsprincipen och om allmänna grunder för ansvarsfrihet. Slutbetänkande av Fängelsestraffkommittén*

SOU 1992:61 *Ett reformerat åklagarväsende. Del A. Betänkande av Åklagarutredningen-90*

SOU 1995:60 *Kvinnofrid. Huvudbetänkande av Kvinnovåldskommissionen*

SOU 2001:14 *Sexualbrotten. Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor. Betänkande av 1998 års Sexualbrottskommitté*

SOU 2007:22 *Skyddet för den personliga integriteten. Kartläggning och analys*

SOU 2008:3 *Skyddet för den personliga integriteten. Bedömningar och förslag*

SOU 2008:81 *Stalkning – ett allvarligt brott*

SOU 2010:71 *Sexualbrottslagstiftningen - utvärdering och reformförslag. Betänkande av 2008 års sexualbrottsutredning*

SOU 2013:38 *Vad bör straffas? Betänkande av Straffrättsanvändningsutredningen*

Propositioner

Prop. 1910 nr 223 *Förslag till lag om ändrad lydelse af 18 kap. 13 § strafflagen*

Prop. 1918 nr 154 *Förslag till lag angående åtgärder mot utbredning av könssjukdomar*

Prop. 1918 nr 155 *Förslag till lag om ändring i vissa delar av 14 och 18 kap. strafflagen*

Prop. 1937 nr 187 *Förslag till lag om ändring i vissa delar av strafflagen, m.m.*

Prop. 1944 nr 13 *Förslag till lag om ändring i 18 och 25 kap. strafflagen, m.m.*

Prop. 1962 nr 10 *Förslag till brottsbalk*

Prop. 1970:125 *Förslag till ändring i tryckfrihetsförordningen*

Prop. 1978/79:179 *Om ändring i tryckfrihetsförordningen m.m.*

Prop. 1983/84:105 *Om ändring i brottsbalken m.m. (sexualbrotten)*

Prop. 1992/93:141 *Om ändring i brottsbalken m.m.*

Prop. 1994/95:2 *Ökat skydd för barn. Ytterliggare åtgärder mot sexuella övergrepp m.m.*

Prop. 1997/98:55 *Kvinnofrid*

Prop. 2004/05:45 *En ny sexualbrottslagstiftning*

Prop. 2008/09:149 *Vuxnas kontakter med barn i sexuella syften*

Prop. 2010/2011:45 *Förbättrat skydd mot stalkning*

Prop. 2012/13:69 *Kränkande fotografering*

Prop. 2012/13:111 *En skärpt sexualbrottslagstiftning*

Prop. 2013/14:47 *Några ändringar på tryck- och yttrandefrihetens område*

Utskottsbetänkanden

Lagutskottets betänkande 1863 no. 35 *Betänkande i anledning af dels Kongl. Maj:ts nådiga Proposition med förslag till ny Straff-Lag, dels ock enskilda motioner rörande brottmålslagstiftningen*

1LU 1944 nr 12 *Första lagutskottets utlåtande nr 12 i anledning av dels Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i 18 och 25 kap. strafflagen, m.m.*

1LU 1962:42 *Första lagutskottets utlåtande i anledning av dels Kungl. Maj:ts proposition med förslag till brottsbalk*

Bet. 1983/84:JuU25 *Om sexualbrotten*

Bet. 1997/98:JuU13 *Kvinnofrid*

Bet. 2004/05:JuU16 *Sexualbrotten*

Bet. 2012/13:JuU20 *En skärpt sexualbrottslagstiftning*

Övrigt offentligt tryck

Högsta domstolens protocoll (1839) *Granskningen af förslaget till allmän criminallag den 7 september 1839*

Lagberedningen (1844) *Förslag till straff-balk*. Stockholm: N&S

Lagkommittén (1832) *Förslag till allmän criminallag*. Stockholm: Johan Hörberg

Regleringskommitténs betänkande (1910) *Underdånigt betänkande angående åtgärder för motarbetande af de smittosamma könssjukdomarnas spridning. 1, Förslag och motiv*

Riksdagens protokoll 2012/13:109 §12 *En skärpt sexualbrottslagstiftning*

Riksdagsskrivelse 1944 nr 102, *Riksdagens skrivelse till Konungen i anledning av dels Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i 18 och 25 kap. strafflagen, m.m., dels ock i ämnet väckta motioner*

Publicerade domstolsavgöranden

Högsta domstolen

NJA 1897 s. 447
NJA 1901 s. 440
NJA 1914 s. 18
NJA 1921 s. 273
NJA 1926 s. 203
NJA 1931 s. 132
NJA 1931 s. 499
NJA 1937 s. 378
NJA 1938 s. 332
NJA 1940 s. 593
NJA 1942 s. 420
NJA 1943 s. 541
NJA 1945 s. 698
NJA 1946 s. 456
NJA 1946 s. 593
NJA 1948 s. 333
NJA 1948 s. 687
NJA 1949 s. 612
NJA 1950 s. 263
NJA 1952 s. 413
NJA 1988 s. 40
NJA 1989 s. 374
NJA 1990 s. 361
NJA 1991 s. 228
NJA 1992 s. 585
NJA 1992 s. 594
NJA 1993 s. 616
NJA 1994 s. 557
NJA 1994 s. 637

NJA 1996 s. 418
NJA 1996 s. 461
NJA 1997 s. 359
NJA 1999 s. 725
NJA 2000 s. 661
NJA 2003 s. 144
NJA 2004 s. 331
NJA 2005 s. 712
NJA 2005 s. 732
NJA 2005 s. 738
NJA 2006 s. 79
NJA 2006 s. 221
NJA 2007 s. 201
NJA 2008 s. 482 I och II
NJA 2008 s. 946
NJA 2008 s. 1096 I och II
NJA 2009 s. 636
NJA 2012 s. 564
NJA 2013 s. 397
NJA 2013 s. 548

Rättsfall från hovrätterna
RH 1981:82
RH 1983:58
RH 1984:82
RH 1992:70
RH 1997:52
RH 1997:91
RH 1997:114
RH 1999:51
RH 1999:119
RH 2004:40
RH 2006:57
RH 2006:133-136
RH 2008:40
RH 2009:11

RH 2009:40
RH 2009:45
RH 2010:9
RH 2010:79

Europadomstolen
Europadomstolens dom 2013-11-12 Söderman mot Sverige

Opublicerade domstolsavgöranden

Göta Hovrätt (HGO)
Göta Hovrätt dom 2008-02-12, mål nr B 2397-07
Göta Hovrätt dom 2008-02-25, mål nr B 1087-07
Göta Hovrätt dom 2008-05-27, mål nr B 2790-07
Göta Hovrätt dom 2008-07-16, mål nr B 1728-08
Göta Hovrätt dom 2008-09-10, mål nr B 779-08
Göta Hovrätt dom 2008-10-07, mål nr B 840-08
Göta Hovrätt dom 2008-10-22, mål nr B 1416-08
Göta Hovrätt dom 2008-10-22, mål nr B 2498-08
Göta Hovrätt dom 2008-11-10, mål nr B 2536-08
Göta Hovrätt dom 2008-12-19, mål nr B 94-08

Hovrätten för Nedre Norrland (HNN)
Hovrätten för Nedre Norrland dom 2008-03-31, mål nr B 392-07
Hovrätten för Nedre Norrland dom 2008-04-23, mål nr B 1317-07
Hovrätten för Nedre Norrland dom 2008-05-05, mål nr B 1242-07
Hovrätten för Nedre Norrland dom 2008-10-03, mål nr B 365-08
Hovrätten för Nedre Norrland dom 2008-10-30, mål nr B 535-08
Hovrätten för Nedre Norrland dom 2008-11-24, mål nr B 395-08
Hovrätten för Nedre Norrland dom 2008-12-18, mål nr B 461-08
Hovrätten för Nedre Norrland dom 2008-12-18, mål nr B 561-08

Hovrätten för Västra Sverige (HVS)
Hovrätten för Västra Sverige dom 2008-02-12, mål nr B 3905-07
Hovrätten för Västra Sverige dom 2008-02-18, mål nr B 1145-08
Hovrätten för Västra Sverige dom 2008-02-18, mål nr B 4107-07

Hovrätten för Västra Sverige dom 2008-05-22, mål nr B 4780-07
Hovrätten för Västra Sverige dom 2008-06-03, mål nr B 1040-08 & B 1042-08
Hovrätten för Västra Sverige dom 2008-06-12, mål nr B 3978-07
Hovrätten för Västra Sverige dom 2008-09-11, mål nr B 3102-08
Hovrätten för Västra Sverige dom 2008-09-17, mål nr B 3376-08
Hovrätten för Västra Sverige dom 2008-10-07, mål nr B 1974-08
Hovrätten för Västra Sverige dom 2008-12-29, mål nr B 2877-08

Hovrätten över Skåne och Blekinge (HSB)

Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-01-30, mål nr B 884-07
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-03-13, mål nr B 1878-07
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-03-25, mål nr B 2797-07
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-05-07, mål nr B 2329-06
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-05-12, mål nr B 1650-07
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-05-15, mål nr B 2599-07
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-05-22, mål nr B 2165-07
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-05-30, mål nr B 581-08
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-06-12, mål nr B 861-08
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-07-02, mål nr B 2447-07
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-07-08, mål nr B 2623-07
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-10-07, mål nr B 2733-07
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-11-10, mål nr B 2319-08
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-11-12, mål nr B 38-08
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2008-11-17, mål nr B 2210-07

Hovrätten för Övre Norrland (HÖN)

Hovrätten för Övre Norrland dom 2008-03-04, mål nr B 88-08
Hovrätten för Övre Norrland dom 2008-04-15, mål nr B 930-07
Hovrätten för Övre Norrland dom 2008-11-25, mål nr. B 184-08

Svea Hovrätt (HSV)

Svea Hovrätt dom 2007-10-16, mål nr B 1831-06
Svea Hovrätt dom 2008-02-22, mål nr B 213-07 & B 5245-07
Svea Hovrätt dom 2008-03-05, mål nr B 9122-06
Svea Hovrätt dom 2008-03-20, mål nr B 831-07
Svea Hovrätt dom 2008-04-10, mål nr B 2153-07
Svea Hovrätt dom 2008-04-23, mål nr B 7713-07

Svea Hovrätt dom 2008-05-09, mål nr B 5679-07
Svea Hovrätt dom 2008-05-21, mål nr B 2540-08
Svea Hovrätt dom 2008-09-04, mål nr B 3868-08
Svea Hovrätt dom 2008-09-10, mål nr B 9087-07
Svea Hovrätt dom 2008-09-15, mål nr B 3242-08
Svea Hovrätt dom 2008-09-16, mål nr B 7334-07
Svea Hovrätt dom 2008-09-22, mål nr B 2962-07
Svea Hovrätt dom 2008-09-23, mål nr B 5062-07
Svea hovrätt dom 2008-10-03, mål nr B 376-08
Svea Hovrätt dom 2008-10-10, mål nr B 3392-07
Svea Hovrätt dom 2008-10-10, mål nr B 6917-08
Svea Hovrätt dom 2008-10-17, mål nr B 2191-08
Svea Hovrätt dom 2008-10-21, mål nr B 5961-07
Svea Hovrätt dom 2008-10-27, mål nr B 5149-08
Svea Hovrätt dom 2008-11-04, mål nr B 3119-07
Svea Hovrätt dom 2008-11-18, mål nr B 2025-08
Svea Hovrätt dom 2008-12-01, mål nr B 2477-08
Svea Hovrätt dom 2008-12-01, mål nr B 5021-08
Svea Hovrätt dom 2008-12-17, mål nr B 216-08

Tingsrättsavgörande
Solna Tingsrätt dom 2003-01-24, mål nr B 2217-02

Övriga referenser

Brå (2012), *Brottsutvecklingen i Sverige år 2008-2011*. Rapport 2012:13
Brå (2011), *Hatbrott 2010. Statistik över polisanmälningar med identifierade hatbrottsmotiv*. Rapport 2011:08
http://statistik.bra.se/solwebb/action/index. Hämtad 2014-10-16
www.dn.se/blogg/etikettfragan/2013/03/04/sexskamt. Hämtad 2013-03-06

Printed by Media-Tryck, Lund University 2015

Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar

I den här doktorsavhandlingen undersöker Linnea Wegerstad hur sexualbrott urskiljs från andra typer av våld och kränkningar i straffrätten. Författaren utforskar hur sedlighetsbrott blev till sexualbrott under första hälften av 1900-talet och hur ett särskilt skyddsvärt intresse då skapades: den sexuella integriteten. Genom att också undersöka lagstiftningsreformer från brottsbalkens tillkomst år 1965 till 2013 års sexualbrottsreform synliggör avhandlingen motstridigheter kring vad som bör rymmas i den sexuella integriteten. Vidare utforskar författaren hur sexualbrotten skapas genom att ta utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande. En analys av domstolsavgöranden rörande sexuellt ofredande visar att en handlings *sexuella* karaktär ofta är något som är underförstått i straffrätten. Men när frågan ställs på sin spets är det gärningspersonens motiv och avsikt som blir avgörande för om en handling är ett *sexuellt* ofredande.

LUNDS UNIVERSITET

LUNDS UNIVERSITET

Juridiska fakulteten
ISBN 978-91-7623-247-7