



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Matilda Nilson

Provocerat agerande eller agerande med bakomliggande hatmotiv?

– en studie av domstolars bedömning av gärningar begångna
efter ett homosexuellt närmande

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Andersson

Termin för examen: VT2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Problemformulering	8
1.2.1 Syfte och frågeställning	8
1.2.2 Avgränsningar	9
1.3 Metod och teoretisk utgångspunkt	9
1.4 Material	12
1.5 Disposition	13
2 HATBROTT	14
2.1 Situationen för hbt-personer	14
2.1.1 Stärkta rättigheter	14
2.1.2 Psykisk ohälsa och utsatthet	14
2.1.3 Regeringens arbete för hbt-personers rättigheter	15
2.2 Vad är ett hatbrott?	16
2.3 Vem utsätts, vem är förövare och hur ser ett hatbrott ut?	18
2.3.1 Inledning	18
2.3.2 Polisanmälda brott	18
2.3.3 Offerundersökningar	19
2.4 Hatbrott som försvårande omständighet	20
2.4.1 Syftet med en försvårande omständighet avseende hatbrott	20
2.4.2 Tillämpningsproblem	22
2.5 Rättsväsendets arbete mot hatbrott	23
2.6 Regeringens hbt-strategi	24
3 NÖDVÄRN OCH PROVOKATION	25
3.1 Nödvärn och nödvärnsexcess	25
3.1.1 Nödvärnssituationen	25
3.1.2 Försvarlighetsbedömningen	26
3.1.3 Nödvärnsexcess	27
3.1.4 Bevisbörderegler	27

3.2	Provokation	28
3.2.1	Inledning	28
3.2.2	Provokation vid olika straffrättsliga bedömningar	28
3.2.3	Grunden till provokations mildrande inverkan	29
4	STRAFFVÄRDEBEDÖMNINGEN	32
4.1	Tankarna bakom straffvärde	32
4.2	Definition av straffvärde och förhållande till andra begrepp	33
4.3	Tillämpningen av straffvärde	33
4.3.1	Utgångspunkt	33
4.3.2	Försvårande och förmildrande omständigheter	34
4.3.2.1	Inledning	34
4.3.2.2	Ökat genomslag för försvårande och förmildrande omständigheter	35
4.3.2.3	Straffskärpningsregeln avseende hatbrott	36
4.3.2.4	Provokation som förmildrande omständighet	37
5	HOMOSEXUAL PANIC DEFENSE	39
5.1	Definition och ursprung	39
5.2	Provokationsmodellen i common law	40
5.3	Kritik mot homosexual panic defense	41
5.3.1	Försvarsstrategin privilegierar män	41
5.3.2	Försvarsstrategin förstärker och drar fördel av heteronormativa föreställningar	42
5.3.3	Bemötande av kritiken	43
5.3.4	Risk för missbruk	44
5.3.5	Konflikt med hatbrott	44
6	RÄTTSFALL	46
6.1	Inledning	46
6.2	Nödvärn	46
6.3	Provokation och hatmotiv	48
6.3.1	Inledning	48
6.3.2	Rättsfall där den tilltalade ansetts provocerad	50
6.3.2.1	Vilka beteenden anses provocerande?	50
6.3.2.2	Hur påverkar provokationen bedömningen?	52
6.3.2.3	Hur resonerar domstolen kring ett eventuellt hatmotiv?	54
6.3.3	Rättsfall där den tilltalade inte ansetts provocerad	56
6.3.3.1	Vad sägs om offrets beteende?	56
6.3.3.2	Hur resonerar domstolen kring ett eventuellt hatmotiv?	58
7	ANALYS	63
7.1	Syftet bakom bestämmelserna om hatbrott och provokation	63
7.2	Rättsliga förutsättningar	64
7.3	Domstolarnas bedömning	66

7.3.1	Nödvärn	66
7.3.2	Provokation	66
7.3.3	Hatbrott	68
7.3.4	Avslutning	70

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	73
--	-----------

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	77
------------------------------	-----------

Summary

Hate crimes are receiving increasing attention in Sweden and a number of measures have been taken to combat and prevent these crimes. Homo- and bisexual persons are considered a particularly vulnerable group in society and when a perpetrator, motivated by hate or bias, targets a person because of his or her sexual orientation he will receive a greater punishment. At the same time the Supreme Court has ruled, in a case from the middle of the 1990s, that a homosexual advance is considered a relatively severe provocation and therefore the perpetrator received a lesser punishment.

When a homosexual advance has preceded a criminal act the court can rule in three different ways; the defendant's act can be justified if he acted in self-defense, the defendant can receive a lesser punishment because he was provoked by the victim's behavior and the defendant can receive a greater punishment if his act was motivated by hate or bias. The purpose of this essay is to study how the courts argue in these cases and in which way the fact that a homosexual advance preceded the criminal act affects the verdict. When does it result in a lesser punishment? How do the courts argue regarding a possible hate motive? The essay mainly focuses on provocation and hate motives since there are only a few cases where the defendant claimed self-defense. The cases are being analyzed in the view of heteronormativity and a key aspect is if these norms are reflected in the courts rulings.

In the introductory and theoretical part of the essay current law regarding self-defense, provocation and hate crime is presented. In the later part of the essay a more practical approach is applied and this part consists of a case study where 22, mainly lower court, decisions has been processed.

The courts are relatively independent when determining whether the defendant has been provoked or whether a hate motive is present, while the legislator has provided more guidelines regarding the application of self-defense, and therefore there is a risk that other factors, than those that are strictly legal, are taken into account. The most important conclusions I have reached are the following. It appears as if the courts prioritize provocation above hate crimes which results in the court ruling that a hate motive is not present, or that the presence of a possible hate motive is not considered, if the perpetrator has been provoked. The courts are also demonstrating a disinclination to consider circumstances which indicate that the act constitutes a hate crime, such as the perpetrator not providing a credible statement of the events that occurred, the brutality of the act and circumstances indicating that the perpetrator had a previously settled intention to assault the victim. This expresses heteronormativity since behavior which deviates from the norm is considered a reasonable explanation to the perpetrator's reaction. The motives of the perpetrator are not questioned since he belongs to the norm and his values are considered

neutral. Thus, there is a risk that criminal acts which the legislator has determined to be more blameworthy receive a lesser punishment instead of a more severe.

These crimes do not fit the image of the typical hate crime, provided by the media, and the perpetrator's violence can be partly explained by the fact that he was the subject of a homosexual advance. Still, if the perpetrator was motivated by hate or bias he should received an enhanced penalty. Therefore it is important that possible hate motives are noticed and investigated during the preliminary investigation and that the prosecutor invokes these motives and emphasizes the importance of the victim's sexual orientation during the trial.

Sammanfattning

Hatbrotten uppmärksammas i allt större utsträckning i Sverige och flera åtgärder har vidtagits för att dessa brott ska bekämpas och förebyggas. Homo- och bisexuella personer anses vara en särskilt utsatt grupp i samhället och när ett brott begås med motiv att kränka offret på grund av dennes sexuella läggning ska gärningsmannen dömas strängare. Samtidigt finns det ett prejudicerande avgörande från mitten av 1990-talet där HD ansåg att ett homosexuellt närmande var en förhållandevis allvarlig provokation och därmed dömdes gärningsmannen lindrigare.

När en gärning föregåtts av ett homosexuellt närmande kan tre olika bedömningar aktualiseras; den tilltalade kan gå fri från ansvar eftersom han handlat i nödvärn, den tilltalade kan straffas lindrigare eftersom han provocerats av offrets beteende och den tilltalade kan straffas strängare eftersom hans motiv varit att kränka offret på grund av dennes sexuella läggning. Syftet med uppsatsen är att utreda hur domstolarna resonerar i dessa fall och på vilket sätt domstolarna beaktar den omständigheten att gärningen föregåtts av ett homosexuellt närmande. När medför detta en mildare bedömning för den tilltalade? Hur resonerar domstolen kring ett eventuellt hatmotiv? Fokus ligger främst på resonemang om provokation och hatmotiv eftersom nödvärn endast åberopats i ett fåtal fall. Rättsfallen analyseras även med heteronormativitet som teoretisk utgångspunkt och en viktig aspekt är om heteronormativa föreställningar kommer till uttryck i domskälen.

I uppsatsens inledande och teoretiska del redogörs för gällande rätt avseende nödvärn, provokation och hatbrott. Uppsatsens senare del är av mer praktisk karaktär och består av en rättsfallsstudie där 22 avgöranden, majoriteten från tingsrätt och hovrätt, behandlas.

Domstolarna är relativt fria vid bedömningen av om den tilltalade provocerats och om det föreligger ett hatmotiv, medan det finns fler riktlinjer i förarbetena kring hur nödvärn ska bedömas, och det finns därmed en risk att utomrättsliga faktorer påverkar besluten. De viktigaste slutsatserna jag kom fram till är följande. Domstolarna tycks prioritera provokation framför hatbrott vilket leder till att något hatmotiv inte anses föreligga, alternativt att någon diskussion kring ett eventuellt hatmotiv inte förs, när gärningsmannen provocerats. Domstolarna visar även en obenägenhet att reflektera över omständigheter som kan tyda på att gärningen utgör ett hatbrott, till exempel att gärningsmannen inte lämnat en trovärdig version av händelseförloppet, att gärningen karakteriseras av övervåld och omständigheter som tyder på att gärningsmannen sedan tidigare haft en avsikt att begå våld mot offret. Detta ger uttryck för heteronormativa föreställningar där beteenden som avviker från normen ses som rimliga förklaringar till gärningsmännens reaktioner. Gärningsmannens motiv ifrågasätts inte eftersom denne tillhör normen och hans värderingar

ses därmed som neutrala. Det finns därför en risk att gärningar som lagstiftaren angivit ska anses mer klandervärda straffas lindrigare istället för svårare.

Även om dessa brott inte följer den typiska mediebilden av hur ett hatbrott ska se ut och gärningsmannens våld delvis kan förklaras av att han utsattes för ett sexuellt närmande ska gärningsmannen straffas svårare om ett motiv för gärningen varit att kränka offret på grund av dennes sexuella läggning. Det är därför viktigt att eventuella hatmotiv uppmärksammas och utreds under förundersökningen samt att åklagaren åberopar sådana motiv och lyfter fram betydelsen av den sexuella läggningen.

Förord

Med detta examensarbete når jag nu slutet av min studietid i Lund. Jag vill tacka alla som bidragit till att göra de här åren fantastiskt roliga och minnesvärda.

Jag vill även tacka min handledare Ulrika Andersson för värdefulla kommentarer.

Slutligen vill jag tacka min familj för att ni stöttat och hjälpt mig under min studietid.

Lund, maj 2014

Matilda Nilson

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
Brå	Brottsförebyggande rådet
EU	Europeiska unionen
FHI	Statens folkhälsoinstitut
FN	Förenta nationerna
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights
Hbt	Homosexuella, bisexuella och transpersoner
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NTU	Nationella trygghetsundersökningen
RFSL	Riksförbundet för homosexuellas, bisexuellas, transpersoners och queeras rättigheter
Prop.	Regeringens proposition
Sida	Styrelsen för internationellt utvecklingssamarbete
SOU	Statens offentliga utredningar
TR	Tingsrätt

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I ett rättsfall¹ från mitten av 1990-talet dömdes en gärningsman som tilldelat offret 64 knivhugg till dråp istället för mord eftersom HD:s majoritet ansåg att han utsatts för en förhållandevis allvarlig provokation. Provokationen bestod i att offret hade gjort ett homosexuellt närmande. En fråga som väckts är om brottet istället borde ha bedömts som ett hatbrott, det vill säga att ett motiv för brottet var att kränka offret på grund av hans sexuella läggning. HD diskuterade inte huruvida något sådant motiv gick att utläsa, detta trots att gärningsmannen själv uttalade att han tyckte illa om homosexuella och att dessa demoraliserade samhället.

Hbt-personers rättigheter har gradvis stärkts i Sverige, till exempel genom införande av diskrimineringsförbud och stärkta rättigheter inom familjerätten, och detta har bidragit till en positiv förändring när det gäller synen på till exempel homosexualitet i samhället. Även om situationen för hbt-personer i Sverige är bra i jämförelse med andra länder i världen är detta fortsatt en utsatt grupp i samhället.² Hbt-personer är betydligt mer utsatta för våld och hot om våld än heterosexuella. I en undersökning från Statens folkhälsoinstitut uppgav 48 procent av de homosexuella att de någon gång utsatts för våld eller trakasserier på grund av sin sexuella läggning.³ Flera åtgärder har vidtagits för att bekämpa och förebygga hatbrott i Sverige.⁴ Även internationellt har Sverige verkat för att hbt-personers rättigheter uppmärksammas och varit pådrivande bland annat för att direktiv och rekommendationer på området ska antas inom EU och Europarådet.⁵ I mars i år antog regeringen för första gången en hbt-strategi, vilken syftar till att främja lika rättigheter och möjligheter oavsett sexuell läggning, könsidentitet eller könsuttryck.⁶ En av ambitionerna med strategin är att minska hbt-personers utsatthet för våld, diskriminering och andra kränkningar.⁷ Som ett led i detta arbete gavs i uppdrag till Rikspolisstyrelsen att utveckla polisens arbete mot hatbrott.⁸

Samtidigt som hbt-personers rättigheter och vikten av att arbeta mot hatbrott lyfts fram allt mer finns ett avgörande från HD, som även om det har några år på nacken fortfarande är prejudicerande, där ett homosexuellt närmande

¹ NJA 1995 s. 464.

² Regeringskansliet, 2014, *En strategi för lika rättigheter och möjligheter oavsett sexuell läggning, könsidentitet eller könsuttryck*, s. 14-16.

³ FHI 2006:08, s. 73.

⁴ Regeringskansliet, 2014, s. 25f.

⁵ A.a., 2014, s. 12f.

⁶ A.a., 2014, s. 3.

⁷ A.a., 2014, s. 22.

⁸ Pressmeddelande, Uppdrag till Rikspolisstyrelsen att utveckla arbetet mot hatbrott, <http://www.regeringen.se/sb/d/18499/a/235947> (2014-05-15).

sågs som en allvarlig provokation och där gärningsmannen dömdes mildare. Detta trots att en bedömning i andra riktningen, att gärningen skulle dömas strängare eftersom gärningsmannens motiv varit att kränka offret på grund av dennes sexuella läggning, även låg nära till hands. Jag har därför valt att undersöka hur domstolarna resonerat i liknande rättsfall där frågan om en mildare bedömning på grund av provokation aktualiserats samtidigt som en bedömning i försvårande riktning, eftersom gärningsmannens motiv varit att kränka offret på grund av dennes sexuella läggning, kunnat vara aktuell.

1.2 Problemformulering

1.2.1 Syfte och frågeställning

Jag kommer i förevarande uppsats att utreda hur domstolarna resonerat i fall där gärningen föregåtts av någon form av homosexuellt närmande. I dessa fall kan tre olika bedömningar aktualiseras; den tilltalade kan gå fri från ansvar eftersom han handlat i nödvärn, den tilltalade kan straffas lindrigare eftersom han provocerats av offrets beteende och den tilltalade kan straffas strängare eftersom hans motiv varit att kränka offret på grund av dennes sexuella läggning.⁹ I uppsatsen kommer jag dock främst att fokusera på provokation och hatmotiv eftersom nödvärn endast åberopats i en handfull av fallen.

Syftet med att analysera rättsfallen är att se om domstolarnas resonemang följer tanken bakom bestämmelserna i BrB 29 kap. 2 § 7 p. och BrB 29 kap. 3 § 1 p. Dessa bestämmelser reglerar vad som brukar kallas hatbrott eller hatmotiv respektive provokation, vilka i sin tur är en försvårande respektive förmildrande omständighet vid straffvärdebedömningen. En viktig aspekt är även vilka föreställningar som kommer till uttryck i domskälen och därmed påverkar utgången i fallen. Utifrån syftet har jag formulerat följande frågeställningar:

- På vilket sätt beaktar domstolarna ett homosexuellt närmande i sin bedömning?
 - När medför denna omständighet en mildare bedömning för den tilltalade?
 - Hur resonerar domstolarna kring ett eventuellt hatmotiv?
 - Vilka föreställningar kommer till uttryck i domstolarnas domskäl?

För att kunna besvara dessa frågeställningar kommer jag även att undersöka regleringen avseende provokation och hatbrott samt syftet bakom dessa bestämmelser. Även regleringen kring nödvärn kommer att undersökas.

⁹ Den tilltalade eller gärningsmannen kommer genomgående att benämnas ”han” i uppsatsen eftersom samtliga tilltalade i de rättsfall som behandlas är män.

Därmed har även tre bakomliggande frågeställningar formulerats:

- Vad är grunden till att se provokation som en förmildrande omständighet?
- Vad är grunden till att se hatbrott som en försvårande omständighet?
- Hur är bestämmelserna om nödvärn, provokation och hatbrott avsedda att tillämpas?

1.2.2 Avgränsningar

Uppsatsen fokuserar på den försvårande omständigheten i BrB 29 kap. 2 § 7 p. och den förmildrande omständigheten i BrB 29 kap. 3 § 1 p., som reglerar hatbrott respektive provokation. Övriga förmildrande och försvårande omständigheter behandlas inte. Jag har valt att fokusera på kränkingsgrunden sexuell läggning i BrB 29 kap. 2 § 7 p. och övriga kränkingsgrunder kommer inte att behandlas närmare. Mot bakgrund av mitt syfte kommer inte brott med heterofobiska motiv att behandlas utan endast brott med homo- eller bifobiska motiv.

För tydlighetens skull kan även klargöras att inte heller transfobiska brott kommer att behandlas eftersom transsexualism och transvestism inte omfattas av begreppet sexuell läggning i lagstiftningssammanhang.¹⁰

I viss mån kommer kritik som kan riktas mot grunden till att se provokation som en förmildrande omständighet att beröras. Det ingår dock inte i uppsatsens syfte att utreda huruvida provokation bör ses som en förmildrande omständighet eller inte.

1.3 Metod och teoretisk utgångspunkt

Rättsdogmatisk metod används för att ta fram gällande rätt avseende nödvärn, provokation och hatbrott. Metoden inbegriper rättskällevärdet som består av lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin.¹¹ De rättsfall jag sedan valt att undersöka för att besvara uppsatsens primära frågeställningar är, undantaget tidigare nämnt fall från HD, fall från underrätterna och används inte i syfte att fastställa gällande rätt utan för att kunna problematisera tillämpningen av BrB 29 kap. 2 § 7 p. och BrB 29 kap. 3 § 1 p. Domarna kommer att analyseras dels för att undersöka om de följer syftet bakom dessa bestämmelser, dels för att undersöka vilka föreställningar som kommer till uttryck i dem. Jag kommer därför även att använda mig av rättssociologisk metod.

Rättssociologi handlar om relationen mellan rätt och samhälle och det övergripande intresset är inriktat mot frågor som rör samspelet mellan

¹⁰ Prop. 2001/02:59, s. 40.

¹¹ Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, Juridisk metodlära, 2013, s. 21.

rättsliga regler och beslut och övriga samhällsstrukturer.¹² Inom rättssociologin används samhällsvetenskapliga teorier för att undersöka rättsliga företeelser. Rättssociologin intresserar sig för rättens orsaker och dess konsekvenser medan rättsdogmatiken fokuserar på reglernas tillämpning.¹³ En klassisk distinktion inom rättssociologin är rätten på pappret och rätten i verkligheten, en viktig aspekt är därmed i vilken kontext rätten appliceras. När rätten på pappret inte överensstämmer med rätten i verkligheten kan rättsociologin tillhandahålla konkurrerande förklaringar till det rättsliga beslutsfattandet.¹⁴ Rättsociologin kompletterar därmed rättsdogmatiken genom att ställa andra frågor till rätten, samtidigt som metoderna konkurrerar eftersom rättsociologin hävdar att utomrättsliga faktorer kan bestämma rättens tillämpning i det enskilda fallet. Inom rättsociologin ryms frågan om domstolen låtit sig påverkas av andra faktorer, vilken inte ryms inom rättsdogmatiken. Därför är det intressant att inom rättsociologins ramar även undersöka underrättens domar.¹⁵

Genom att använda rättsociologisk metod när jag analyserar rättsfallen avser jag att undersöka om samhällliga normer om sexualitet och det faktum att rätten appliceras i ett samhälle där majoriteten är av heterosexuell läggning kommer till uttryck i de rättsliga besluten. Till viss del kommer även beröras vilka konsekvenser de rättsliga besluten får genom att undersöka huruvida fördomar om personer som avviker från normen förstärks. Heteronormativitet är därmed ett centralt begrepp för uppsatsen och används som teoretisk utgångspunkt. Den samhällsvetenskapliga teori jag kommer att använda för att undersöka rättsfallen är därför queerteori.

Queerteorin är ingen enhetlig teoribildning utan snarare ett antal olika perspektiv på kultur, samhälle och identitet. Gemensamt är dock att alla intresserar sig för föreställningar om normalitet och avvikelse. Ett av queerteorins centrala områden är processer av normalisering, framför allt den normerande heterosexualiteten.¹⁶ Kritiken av heteronormativitet är centralt för teorin. Heteronormativitet innebär ett antagande om att alla är heterosexuella och att detta är det naturliga och mest åtråvärda sättet att leva. Allt som faller utanför stämplas som avvikande och är eller blir därmed fel. Föreställningen om heterosexualitet som något enhetligt, naturligt och allomfattande upprätthålls av institutioner, lagar, strukturer, relationer och handlingar.¹⁷ Heteronormativiteten kan ta sig olika uttryck beroende på tid och plats. För fyrtio år sedan synliggjordes den genom att homosexualitet fortfarande sågs som ett sjukdomstillstånd medan den idag exempelvis tydliggörs genom hatbrott mot hbt-personer.¹⁸ Heteronormativiteten bärs upp av två principer. Den första innebär en uteslutning av avvikelser ur normen som leder till en uppdelning mellan

¹² Hydén, *Rättssociologi: Om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle*, Juridisk metodlära, 2013, s. 207; Baier och Svensson, *Om normer*, 2009, s. 17.

¹³ Hydén, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, 2002, s. 15f.

¹⁴ Hydén, 2013, s. 208; s. 228.

¹⁵ Hydén, 2002, s. 18f; Hydén, 2013, s. 228.

¹⁶ Ambjörnsson, *Vad är queer*, 2006, s. 51.

¹⁷ Rosenberg, *Queerfeministisk agenda*, 2002, s. 100f; Ambjörnsson, 2006, s. 51f.

¹⁸ Ambjörnsson, 2006, s. 52.

”vi” och ”de”, där den ena gruppen privilegieras på bekostnad av den andra. Eftersom den heterosexuella normen framstår som naturlig och vanlig blir den önskvärd medan den som avviker från normen framstår som problematisk och homosexualitet blir något som ständigt måste förklaras. Detta skapar en klyfta mellan ”vi” och ”de” och normen förblir naturaliserad och ifrågasätts inte. Den andra principen är assimilering genom införlivandet av avvikelser i normen. Det rör sig om ett slags förment erkännande där det eller den avvikande inte omtalas eller synliggörs och genom detta förlorar sin egenart. De tidigare uteslutna grupperna ska ansluta sig till den dominerande kulturen, men på grund av de faktiska olikheterna har dessa ofta svårt att leva upp till de dominerande gruppernas krav, förväntningar och normer. Genom att den dominerande gruppen gör sig blind för olikhet kan den upprätthålla sin dominans, gruppens värderingar presenteras som neutrala och goda för alla och sätter normen för hur alla bör vara och bete sig. Detta gör att de som avviker från de påstått neutrala normerna uppfattas som speciella och annorlunda.¹⁹

Dessa föreställningar om att heterosexualitet är det naturliga sättet att leva samtidigt som homo- och bisexualitet är något avvikande kommer att användas som bakgrund när rättsfallen analyseras, dels för att undersöka om dessa föreställningar kommer till uttryck i domstolarnas beslut, dels för att undersöka om dessa föreställningar upprätthålls av domstolarnas beslut. Jag kommer även att undersöka om det faktum att den dominerande gruppens värderingar ses som neutrala och sätter normen för hur alla bör vara och bete sig kan leda till att domstolen prioriterar provokation framför hatmotiv och inte uppmärksammar gärningens homofobiska inslag och gärningsmannens homofobi. En fråga som även kommer att beröras är om det faktum att avvikelser från normen inte synliggörs påverkar besluten.

Sammanfattningsvis kommer jag att analysera domarna utifrån den samhälleliga kontext de utarbetats i, detta görs för att undersöka om heteronormativa föreställningar kommer till uttryck däri. För att belysa detta kommer domstolarnas resonemang kring nödvärn, provokation och hatbrott att presenteras och analyseras. En rad olika aspekter av domstolarnas resonemang kommer att behandlas. En första central fråga är vilka beteenden som anses provocerande, i vilken mån provokationen påverkar domstolens bedömning samt om det har någon betydelse att det sexuella närmandet är av homosexuell natur. En annan grundläggande fråga är i vilka situationer ett hatmotiv anses styrkt. Jag försöker även utreda om det faktum att gärningsmannen provocerats utesluter att han även agerat med bakomliggande hatmotiv alternativt resulterar i att ett resonemang kring ett eventuellt hatmotiv inte förs. Jag kommer även att analysera domstolarnas bedömning av händelseförloppet och vilka omständigheter som läggs vikt vid för att undersöka om det i vissa fall där den tilltalade straffas lindrigare på grund av provokation i själva verket kan röra sig om ett hatbrott.

¹⁹ Rosenberg, 2002, s. 102f.

1.4 Material

Rättsfallen som behandlas i uppsatsen har delvis tagits fram genom att göra fritextsökningar i databasen Infotorg. Det framgår inte alltid uttryckligen i domen att någon av de förmildrande eller försvårande omständigheterna åberopats. Därtill kan ett sexuellt närmande från någon av samma kön, att någon provocerats samt att ett motiv för gärningen varit att kränka någon på grund av dennes sexuella läggning formuleras på en rad olika sätt. Åtskilliga olika sökord i olika kombinationer har därför använts vid sökningarna, som exempel kan nämnas ”provo*” i kombination med ”sexuell läggning”, ”homo*” eller ”sexuellt närmande”. För att utöka underlaget använde jag mig även av andra källor, exempelvis hämtades flera fall från RFSL:s rapport ”... *det var bara en bögdjäväl’, På väg mot en strategi att förebygga och motverka homofientligt våld.*”. Dessa fall rekviderades sedan från respektive domstol. För att få ett tillräckligt stort underlag av fall har inte någon närmare definition av ”sexuellt närmande” gjorts, i vissa fall rör det sig om närmanden som uppfyller rekvisiten för ett sexuellt ofredande medan vissa närmanden är betydligt mer harmlösa. Gemensamt för alla fall är att offret på något sätt visat intresse för gärningsmannen eller att gärningsmannen uppfattat situationen så. Sammanlagt resulterade dessa två insamlingsmetoder i 22 rättsfall som är relevanta för uppsatsens frågeställning och samtliga behandlas i uppsatsen.

Som tidigare nämnts utgörs underlaget av domar från tingsrätt och hovrätt, med undantag för avgörandet från HD. Jag vill återigen påpeka att jag därför genom analysen av rättsfallen inte gör anspråk på att fastställa gällande rätt utan endast avser att problematisera tillämpningen av BrB 29 kap. 2 § 7 p. och BrB 29 kap. 3 § 1 p. samt att ur ett rättssociologiskt perspektiv undersöka om domstolarna påverkats av utomrättsliga faktorer.

I övrigt kan tilläggas att visst material från USA även kommer att användas. I USA och vissa andra länder förekommer begreppet ”homosexual panic defense”, eller ”gay panic defense” som det även kallas, vilket är ett försvar den tilltalade kan åberopa om hans gärning föregåtts av ett homosexuellt närmande, oftast som en speciell form av provokation. Detta försvar har ingen motsvarighet i Sverige, men paralleller kan ändå dras till svenska rättsfall där provokation på grund av ett homosexuellt närmande aktualiseras. Jag gör dock inte anspråk på att göra någon komparativ undersökning utan dessa källor används endast för att ytterligare penetrera uppsatsens frågeställningar. Homosexual panic defense är något som flitigt diskuterats i bland annat USA och det finns därmed många artiklar som behandlar denna rättsliga företeelse. Dessa kommer att användas för att belysa vilka föreställningar och fördomar som kan komma till uttryck och förstärkas när ett homosexuellt närmande godtas som en rättsligt relevant provokation samt på vilket sätt detta kan stå i konflikt med regleringen om hatbrott.

1.5 Disposition

I uppsatsens andra kapitel behandlas hatbrott. Förutom syftet bakom en försvårande omständighet avseende hatmotiv redogörs i kapitlet även för bland annat statistik avseende hatbrott och vilka insatser som vidtagits för att bekämpa sådan brottslighet, detta för att belysa i vilken utsträckning hatbrott utgör ett samhällsproblem samt hur allvarligt myndigheterna ser på dessa brott. I kapitel tre kommer framför allt provokation och grunden till dess strafflindrande inverkan att behandlas. Kapitlet inleds dock med en kortare översikt om förutsättningarna för nödvärn och nödvärnsexcess. I kapitel fyra kommer sedan att redogöras för gällande rätt avseende provokation och hatbrott. Regleringen och syftet kring straffvärdebedömningen kommer då att behandlas och sedan kommer att redogöras specifikt för tillämpningen av hatbrott och provokation som försvårande respektive förmildrande omständighet. I kapitel fem kommer homosexual panic defense att behandlas och framför allt den kritik som har riktats mot detta försvar. I kapitel sex behandlas rättsfallen och fokus ligger på domstolarnas resonemang kring provokation och hatbrott. Slutligen utgörs det sjunde kapitlet av en sammanfattande analys.

2 Hatbrott

2.1 Situationen för hbt-personer

2.1.1 Stärkta rättigheter

Homosexuella handlingar var kriminaliserade fram till år 1944 och homosexualitet som sjukdomsdiagnos avskaffades inte förrän år 1979. Därefter har hbt-personers rättigheter gradvis stärkts i Sverige. På familjerättens område trädde först lagen om homosexuella sambor och lagen om registrerat partnerskap i kraft, i slutet av 1980-talet respektive mitten av 1990-talet, för att sedan ersättas av könsneutrala författningar på 2000-talet. Under samma period gavs samkönade par möjlighet att prövas som adoptivföräldrar och tillgång till assisterad befruktning. Ett antal lagändringar har även genomförts för att motverka diskriminering på grund av sexuell läggning och brotten olaga diskriminering och hets mot folkgrupp har ändrats till att även omfatta sexuell läggning. Ett utökat grundlagsskydd mot diskriminering som har samband med sexuell läggning infördes år 2011.²⁰

2.1.2 Psykisk ohälsa och utsatthet

I takt med att hbt-personers rättigheter stärkts i Sverige har det skett en positiv förändring när det gäller synen på till exempel homosexualitet i samhället. Hbt-personer drabbas dock fortfarande av diskriminering och andra kränkningar.²¹ Andelen homo- och bisexuella personer som anger att de har nedsatt psykiskt välbefinnande är dubbelt så stor som andelen heterosexuella. Att någon gång ha övervägt att ta sitt liv är även det dubbelt så vanligt bland homo- och bisexuella.²² Enligt flera rapporter är den troliga orsaken till gruppens psykiska ohälsa kränkande bemötande, trakasserier, diskriminering, hot om våld och våld.²³ I en undersökning från Statens folkhälsoinstitut uppgav 40 procent av de homo- och bisexuella att de avstått från att gå ut ensamma av rädsla för att bli överfallna, rånade eller ofredade på annat sätt. I övriga befolkningen var motsvarande siffra 24 procent.²⁴ Ungefär hälften av de homosexuella uppgav att de var rädda för att bli utsatta för våld eller trakasserier.²⁵ Knappt hälften har någon gång dolt sin homosexualitet för att inte utsättas för brott, enligt en annan undersökning.²⁶ I en undersökning från FRA uppgav 24 procent att homo-

²⁰ Regeringskansliet, 2014, s. 14f.

²¹ A.a., 2014, s. 16.

²² FHI 2006:08, s. 26; s. 34.

²³ Regeringskansliet, 2014, s. 17.

²⁴ FHI 2006:08, s. 66.

²⁵ A.a., s. 69.

²⁶ Tiby, *Hatbrott? Homosexuella kvinnors och mäns berättelser om utsatthet för brott*, 1999, s. 200.

och transfobi är vanligt eller mycket vanligt i Sverige.²⁷

2.1.3 Regeringens arbete för hbt-personers rättigheter

Arbetet i Sverige för lika rättigheter och möjligheter för hbt-personer har skett och sker genom en rad insatser inom olika delar av samhället. Trots detta utsätts hbt-personer fortfarande för våld, hot om våld, diskriminering och andra kränkningar och är fortsatt en utsatt grupp i samhället. Enligt regeringen är detta oacceptabelt och arbetet för lika rättigheter och möjligheter för hbt-personer är en viktig fråga. Arbetet med att motverka diskriminering och intolerans har till syfte att värna principen om alla människors lika värde och säkerställa respekt för den enskilda människans frihet och värdighet såsom dessa principer kommer till uttryck i Regeringsformen. Regeringen ser allvarligt på förekomsten av hatbrott och att motverka dessa är en viktig del av regeringens insatser för att värna dessa principer.²⁸

Även internationellt har Sverige verkat för att stärka hbt-personers rättigheter i såväl FN, EU och Europarådet. Sverige har bland annat bidragit med expertis på området inom FN, påtalat behovet av en sammanhållen strategi gällande hbt-personers rättigheter inom EU och haft en pådrivande roll i arbetet för att ta fram och slutligt anta en rekommendation om skydd mot diskriminering på grund av sexuell läggning och könsidentitet inom ramen för samarbetet i Europarådet.²⁹

Sverige verkar aktivt för att alla länder ska avkriminalisera sexuella kontakter och kärleksrelationer mellan vuxna personer av samma kön och för att lagar som omfattar skydd mot diskriminering på grund av sexuell läggning och könsidentitet införs. I utvecklingsarbetet ingår hbt-personers rättigheter i de prioriterade områden som regeringen uppmärksammar. Det övergripande målet är att hbt-personer ska kunna förbättra sina levnadsvillkor i de länder där Sverige bedriver utvecklingsarbete och en rad olika åtgärder genomförs i detta syfte. Även Sidas stöd för riktade insatser på området har ökat väsentligt under senare år. Sveriges arbete för att driva frågan i olika sammanhang har väckt uppmärksamhet och andra givare visar nu ett ökat intresse och vill ofta ta del av Sidas erfarenheter på området.³⁰

²⁷ Regeringskansliet, 2014, s. 12.

²⁸ Regeringskansliet, 2014, s. 9; s. 23.

²⁹ A.a., s. 11-13.

³⁰ A.a., s. 62.

2.2 Vad är ett hatbrott?

Begreppet hatbrott brukar användas som ett samlingsnamn för rasistiska, främlingsfientliga och homofobiska brott och inkluderar olika typer av minoritetsförtryck.³¹ Begreppet hatbrott introducerades i Sverige av kriminologen Eva Tiby och är en översättning av det amerikanska begreppet hate crimes. Tiby använde begreppet i sin forskning om homosexuell utsatthet för brott på grund av att de är just homosexuella.³² Det finns ingen entydig och allmänt vedertagen definition av hatbrott. Definitionen varierar mellan olika länder och även mellan rättsväsendets myndigheter i Sverige. Även om oenighet råder kring vad som bör inkluderas i termen hatbrott, och om det överhuvudtaget bör heta hatbrott, råder det internationell enighet om att händelsen är ett resultat av bristande respekt för mänskliga rättigheter och människors lika värde.³³ Kännetecknande för hatbrott kan även sägas vara att individen utsätts för en dubbel kränkning eftersom brottet utgör ett angrepp mot hans eller hennes identitet eller värdighet, gärningen förstärks av ett bakomliggande hat eller gärningsmannens bristande respekt för människors lika värde. Hatbrott utgör även en dubbel kränkning i den meningen att ett enskilt brott inte endast skapar otrygghet och rädsla hos den utsatta personen, utan även i den grupp som personen tillhör.³⁴ Ett sätt att bedöma om det rör sig om ett hatbrott kan vara att försöka fastställa om brottet begåtts mot bakgrund av gärningsmannens uppfattningar, värderingar eller ideologier som strider mot principen om alla människors lika värde. Avgörande kan även vara huruvida offret upplever att brottet motiverats av vem han eller hon är. Vid hatbrott styrs valet av offer av dess tillhörighet till en viss grupp.³⁵ En testfråga kan också ställas; skulle brottet ha begåtts om offret hade haft samma ras, etnicitet eller religion som gärningsmannen? Det förekommer dock att gärningsmän med homosexuell läggning attackerar personer med homosexuell läggning just för att offren definieras som homosexuella. Dessa fall skulle då exkluderas från begreppet hatbrott.³⁶

I Sverige är hatbrott inget juridiskt begrepp och förutom olaga diskriminering, hets mot folkgrupp och straffskärpningsregeln finns inga lagrum som reglerar den typ av brott som brukar betecknas som hatbrott.³⁷

³¹ Brå 2002:9, s. 12.

³² Tiby, 1999, s. 5.

³³ Brå 2013:16, s. 9.

³⁴ Brå 2002:9, s. 11; Brå 2013:16, s. 9.

³⁵ Brå 2002:9, s. 12.

³⁶ Tiby, 1999, s. 223.

³⁷ Se BrB 16 kap. 9 §, 16 kap. 8 § och 29 kap. 2 § 7 p.

Straffskärpningsregeln är den lagregel som ligger närmast begreppet hatbrottslagstiftning.³⁸ Den återfinns i BrB 29 kap. 2 § och den del som är relevant lyder:

Som försvårande omständigheter vid bedömningen av straffvärdet ska, vid sidan av vad som gäller för varje särskild brottstyp, särskilt beaktas

7. om ett motiv för brottet varit att kränka en person, en folkgrupp eller en annan sådan grupp av personer på grund av ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse, sexuell läggning eller annan liknande omständighet

Brå definierar i sin tur hatbrott som:

Brott mot person, grupp, egendom, institution eller representant för dessa, som motiveras av rädsla för, fientlighet eller hat mot den utsatta grundat på hudfärg, nationalitet eller etniskt ursprung, trosbekännelse, sexuell läggning samt könsöverskridande identitet eller uttryck som gärningspersonen tror, vet eller uppfattar att personen eller gruppen har.³⁹

Definitionen av vem som kan utsättas för och vara gärningsman vid ett hatbrott utökades år 2008, vilket innebär att även personer som kan uppfattas representera gruppen eller olika frågor som berör hatbrott kan utsättas, till exempel journalister eller politiker. Gärningsmannen behöver inte heller tillhöra en majoritetsgrupp i befolkningen och den utsatta en minoritetsgrupp, vilket överensstämmer med straffskärpningsregelns utformning.⁴⁰ Brå:s definition ger dock även uttryck för en vid tolkning av hatbrottsbegreppet eftersom det är tillräckligt att gärningsmannen uppfattar offret som tillhörande en viss grupp, vilket innebär att vem som helst, oavsett sexuell läggning, kan falla offer för exempelvis ett homofobiskt hatbrott. Åklagare och domare åtar sig och lagför däremot endast homofobiska hatbrott mot homosexuella personer.⁴¹

Homo- och bifobiska hatbrott kan ta sig flera uttryck, från kränkande öknamn till grova misshandelsfall. Gemensamt är att gärningen lett till att en person, en grupp individer eller grupperna homo- eller bisexuella i allmänhet blivit kränkta på grund av sin sexuella läggning.⁴²

Brå:s definition av homo- och bifobiska hatbrott lyder:

Brott som begås på grund av rädsla för, fientlighet eller hat mot en person, grupp, egendom eller institution, på grund av sexuell läggning och som aktiverar en reaktion mot den eller dem som är, eller uppfattas vara, homo- och bisexuella eller representanter för homo- och bisexuella.⁴³

³⁸ Tiby, 1999, s. 222.

³⁹ Brå 2013:16, s. 15.

⁴⁰ Brå 2013:16, s. 10; Brå 2009:10, s. 16.

⁴¹ Brå 2007:17, s. 14; Forum för levande historia, *En studie av homofoba hatbrott i Sverige*, 2006, s. 11.

⁴² Brå 2013:16, s. 64.

⁴³ A.a., s. 64f.

2.3 Vem utsätts, vem är förövare och hur ser ett hatbrott ut?

2.3.1 Inledning

Den stereotypa mediebilden av homofobiska hatbrott är bögen som misshandlas av ett gäng nazister utanför en gaykrog, angriparen är ond och utövar våld mot en oskyldig, främmande person på grund av dennes grupptillhörighet.⁴⁴ Det kan dock sägas finnas fyra olika typfall av brott mot homosexuella. *Det första typfallet* är att gärningsmannen och den utsatta har eller har haft någon slags relation. Dessa fall kan delas in i två kategorier, den första är att exempelvis en partner eller en före detta partner är gärningsman och dessa fall torde inte ses som hatbrott. Den andra kategorin är att den utsatta tar med sig någon hem som utger sig för att vilja ha sexuellt umgänge och sedan utsätts för brott. *Det andra typfallet* är att gärningsmannen inriktar sig på homosexuella eftersom dessa uppfattas som lämpliga offer, angreppet behöver då inte motiveras av att gärningsmannen vill kränka offret på grund av dennes sexuella läggning. *Det tredje typfallet* är att gärningsmannen provoceras när han uppmärksammar den homosexuella personen och i *det fjärde typfallet* är gärningsmannen inriktad på att utsätta just homosexuella för brott, dessa gärningar är ofta planerade eller upprepade. I många fall kan det dock vara svårt att avgöra om gärningen ska kategoriseras som typfall tre eller fyra.⁴⁵

2.3.2 Polisanmälda brott

Enligt Brå:s statistik över anmälda hatbrott är de rasistiska eller främlingsfientliga motiven vanligast och den i särklass största kategorin. Under år 2012 identifierades ett hetero-, homo- eller bifobiskt motiv i 13 procent av de anmälda hatbroten, vilket gör ett sådant motiv till det näst vanligaste.⁴⁶ Anmälningarna minskade jämfört med föregående år, men nivån är fortfarande högre idag än för tio år sedan. Detta förklaras dock, åtminstone till viss del, av ändrade insamlingsmetoder samt tidigare nämnda utvidgning av hatbrottsbegreppet. Under de senaste åren har rättsväsendet utbildat personal i syfte att uppmärksamma fler hatbrott och arbetat för att öka anmälningsbenägenheten samtidigt som en ökad acceptans av homo- och bisexuella kan skönjas i samhället. Detta kan tyda på att utsattheten, i jämförelse med föregående år, faktiskt minskat.⁴⁷

Av de 713 anmälningarna rörde 694 homofobiska hatbrott.⁴⁸ De vanligaste brottstyperna var olaga hot eller ofredande och våldsbrott, andelen våldsbrott var jämförelsevis högre än vid övriga motiv. Vanligast är dock

⁴⁴ Forum för levande historia, 2006, s. 13.

⁴⁵ Tiby, 1999, s. 147f.

⁴⁶ Brå 2013:16, s. 28.

⁴⁷ A.a., s. 65.

⁴⁸ A.a., s. 29. Det framgår dock i få anmälningar uttalat att den utsatta är bisexuell varför flera bifobiska hatbrott kan identifieras som homofobiska hatbrott i statistiken, s. 64.

numera att brottet begås på distans, exempelvis via internet eller sms, tätt följt av brott direkt mot person utan fysisk kontakt.⁴⁹ Brotten sker oftast på allmän plats, medan antalet hatbrott begångna i eller i nära anslutning till det egna hemmet minskar.⁵⁰ Vid drygt hälften av brotten är gärningsmannen obekant för den utsatta och i en tredjedel av fallen en ytligt bekant. Det är dock vanligare att utsättas av en närstående än vid de flesta andra hatbrottsmotiv.⁵¹

2.3.3 Offerundersökningar

Statistiken över polisanmälningar med identifierade hatbrottsmotiv säger dock inte så mycket om förekomsten av hatbrott i samhället. Skillnaden mellan faktiskt och anmäld brottslighet är stor och det finns även en annan typ av mörkertal i form av hatbrott som anmäls till polisen men där motivet inte uppmärksammas i anmälan.⁵² Därför redovisar Brå även utsatthet enligt NTU, där förekomsten av hatbrott uppskattas genom att människor tillfrågas om huruvida de anser sig ha blivit utsatta för ett sådant brott. Endast enskilda personers utsatthet undersöks medan polisanmälningarna även innefattar händelser riktade mot föreningar, företag eller andra personer. Det är den utsattas egen upplevelse av händelsen som avgör om den klassas som ett hatbrott eller inte, utan att någon ytterligare granskning görs, men dessa undersökningar anses ändå ge förhållandevis tillförlitliga resultat och de ger i flera avseenden en bättre bild av utsattheten i samhället än studier av polisanmälningar.⁵³ Frågorna ställs till den generella befolkningen och är inte riktade mot grupper som kan utsättas för det hatbrottsmotiv som ingår i statistiken. Antalet svarande för hatbrott är lågt, i synnerhet för bland annat homofobiska hatbrott, varför statistiken ska tolkas med viss försiktighet.⁵⁴ Resultaten visade att uppskattningsvis 13 000 personer i befolkningen utsatts för homofobiska hatbrott under år 2011, vilket var ungefär samma nivå som tidigare år. Antalet brotts handlingar med homofobiskt motiv uppskattades till 21 000.⁵⁵ Av brotten uppgavs 21 procent vara polisanmälda, vilket är lägre i jämförelse med befolkningen i stort där 31 procent av brotten av samma typ anmäls.⁵⁶ Något fler män än kvinnor uppgav att de utsatts för homofobiska hatbrott och det är främst unga personer, i åldersgruppen 16-24 år, som utsätts och andelen utsatta minskar sedan för varje åldersgrupp.⁵⁷

Två andra undersökningar som publicerats är Tibys avhandling från 1999 som bygger på offerundersökningar riktade endast till personer med homosexuell läggning, till skillnad från i NTU, som utförts år 1995-1999

⁴⁹ Brå 2013:16, s. 65-67.

⁵⁰ A.a., s. 68.

⁵¹ A.a., s. 68f.

⁵² A.a., s. 21; s. 15f.

⁵³ A.a., s. 20.

⁵⁴ A.a., s. 21.

⁵⁵ A.a., s. 22.

⁵⁶ A.a., s. 23. Att anmälningsbenägenheten är låg bekräftas även i Tibys avhandling där en fjärdedel av de utsatta anmälde händelsen till polisen, se Tiby, 1999, s. 207.

⁵⁷ A.a., s. 24f.

och en rapport från Statens folkhälsoinstitut från 2006 där homo- och bisexuell situation jämfördes med den övriga befolkningen.⁵⁸ En femtedel av de tillfrågade kvinnorna i Tibys undersökning och drygt en fjärdedel av de tillfrågade männen hade någon gång utsatts för brott på grund av deras homosexualitet.⁵⁹ Enligt Folkhälsoinstitutets rapport var siffran ännu högre, 48 procent av de homosexuella och 32 procent av de bisexuella hade någon gång i livet blivit utsatta för trakasserier eller våld på grund av sin sexuella läggning.⁶⁰ I rapporten framkom även att utsatthet för våld och hot om våld under det senaste året var vanligare bland homo- och bisexuella, framför allt bland unga män, än i den övriga befolkningen.⁶¹ Utsatthet för hot och våld var det vanligast förekommande i Tibys undersökning och även här bekräftades att männen var mer utsatta.⁶² Ett antal faktorer var mer frekvent förekommande hos de utsatta än de icke utsatta; de levde inte i en relation, hade flera sexuella kontakter, var öppna med sin sexuella läggning för alla och hade ett mer frekvent uteliv.⁶³ I Tibys undersökning ställdes även frågor om gärningsmannen, denna var i en klar majoritet av fallen män, ofta 15-25 år, och obekant för offret. Dessa faktorer var än mer framträdande när den utsatta var en man.⁶⁴

2.4 Hatbrott som försvårande omständighet

2.4.1 Syftet med en försvårande omständighet avseende hatbrott

Hatbrotten har uppmärksammats i allt högre utsträckning sedan Sverige år 1971 ratificerade FN:s konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering, men först sedan 1990-talet föreligger en mer uttalad fokusering på hatbrott. Brott med rasistiska, främlingsfientliga och homofobiska inslag uppmärksammades då allt mer i samhällsdebatten. Mest uppmärksamhet fick den grova brottsligheten, som ofta begicks av personer med anknytning till ”vit makt”-världen. Dessa började då agera mer synligt och flera brutala våldsbrott med rasistiska kopplingar ägde rum under denna period. Detta föranledde att myndigheterna vidtog fler aktiva insatser mot brottsligheten. En ytterligare orsak var det ökade intresset för brottsofferfrågor. Särskilt utsatta grupper, till exempel offer för rasistiska och homofobiska brott, uppmärksammades allt mer.⁶⁵

År 1994 infördes ytterligare en försvårande omständighet som skulle beaktas vid straffvärdebedömningen i BrB genom en proposition som

⁵⁸ Tiby, 1999, s. 13; FHI 2006:08, s. 13.

⁵⁹ Tiby, 1999, s. 86.

⁶⁰ FHI 2006:08, s. 73.

⁶¹ A.a., s. 66.

⁶² Tiby, 1999, s. 99-101.

⁶³ A.a., s. 88-92.

⁶⁴ Tiby, 1999, s. 153-156.

⁶⁵ Brå 2002:9, s. 11; s. 14.

syftade till att genomföra lagstiftningsåtgärder som skulle motverka dels brottslighet med rasistiska eller liknande motiv, dels etnisk diskriminering i arbetslivet.⁶⁶ Som en försvårande omständighet vid straffvärdebedömningen skulle då enligt BrB 29 kap. 2 § 7 p. särskilt beaktas om ett motiv för brottet varit att kränka en person, en folkgrupp eller en annan sådan grupp av personer på grund av ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse eller annan liknande omständighet.⁶⁷ Ledningen för vilken personkrets som skulle skyddas av bestämmelsen hämtades från bestämmelsen om hets mot folkgrupp. Bestämmelsen omfattade dock även diskriminerande motiv av jämförligt slag, till exempel fall där ett motiv varit att kränka någon på grund av dennes sexuella läggning.⁶⁸

I motiven uttalade regeringen att vårt samhällskick bygger på att alla människor har ett lika värde oavsett ras, hudfärg och etniskt ursprung samt att rasism och liknande yttringar som tar sig uttryck i förakt eller förtryck av utsatta grupper är oförenliga med grundläggande värderingar och kan därför aldrig accepteras.⁶⁹ Dessa yttringar måste bekämpas med kraft, inte bara som reaktion på den enskilda händelsen, utan även för att visa att dessa överhuvudtaget inte är acceptabla i ett demokratiskt samhälle. Regeringen uttalade även att gärningar med rasistiska eller liknande motiv utgör ett allvarligt hot mot rättstryggheten och att det därför är ytterst viktigt att sådan brottslighet bekämpas av det allmänna.⁷⁰ Även om det redan tidigare fanns möjlighet att beakta sådana motiv vid straffvärdebedömningen enligt BrB 29 kap. 1 § ansåg regeringen att en särskild straffskärpningsgrund skulle införas eftersom regeln är allmänt hållen samt att sådana motiv är av stor principiell betydelse. Det markerar även att sådana motiv ska ägnas särskild uppmärksamhet vid straffvärdebedömningen, vilket bidrar till att detta uppmärksammas av åklagare och domstol samt att bevisning härom säkras redan på förundersökningsstadiet.⁷¹

År 2002 infördes sexuell läggning uttryckligen som en av kränkingsgrunderna i BrB 29 kap. 2 § 7 p. I propositionen betonades återigen alla människors lika värde samt att arbetet för att motverka rasism, främlingsfientlighet och homofobi är en av de viktigaste samhällsfrågorna.⁷² Även bestämmelsen om hets mot folkgrupp ändrades då till att omfatta sexuell läggning.⁷³ Ändringen av lagtexten gjordes därmed dels för att den skyddade kretsen i bestämmelsen skulle motsvara den i bestämmelsen om hets mot folkgrupp, men även i förtydligande syfte. Bedömningen baserades på samma skäl som avseende utformningen av brottet hets mot folkgrupp vilka bland annat var att homosexuella var en särskilt utsatt grupp i samhället.⁷⁴

⁶⁶ Prop. 1993/94:101, s. 1.

⁶⁷ A.a., s. 6.

⁶⁸ A.a., s. 22.

⁶⁹ Prop. 1993/94:101, s. 20f.

⁷⁰ A.a., s. 21.

⁷¹ A.a., s. 21f.

⁷² Prop. 2001/02:59, s. 11.

⁷³ A.a., s. 36.

⁷⁴ A.a., s. 57; s. 33.

2.4.2 Tillämpningsproblem

Ett första centralt problem avseende hatbrott är att åklagaren inte endast ska bevisa uppsåt till brottet utan dessutom bevisa motivbilden bakom uppsåtet, åklagaren måste gå ett steg längre och ett sådant motiv kan vara svårt att bevisa.⁷⁵

I en rapport från 2002 följde Brå upp anmälda hatbrott genom rättskedjan. Av de anmälda hatbrotten från år 2000 prövades 291 gärningar⁷⁶ i domstol och åklagaren åberopade straffskärpande motiv i 42 av fallen, vilket motsvarar ett av sju fall där straffskärpningsgrunden kunde komma i fråga. Av dessa brott var 17 homofobiska och åklagaren åberopade straffskärpning för drygt hälften av dessa brott. Motivet följdes alltså oftare upp i dessa fall, vilket dock kan bero på att dessa brott var särskilt allvarliga eller innehöll ett tydligt hatbrottsmotiv. Generellt sett var de homofobiska brotten som ledde till åtal grövre än hatbrotten i övrigt.⁷⁷

Domstolarna prövade hatmotivet i 58 fall. Anledningen till att så inte skedde oftare var främst att åklagaren inte åberopat straffskärpande motiv och ofta var också bevisningen otillräcklig. I tolv fall ansåg rätten att motivet inte kunde styrkas. I de 46 fall där straffet skärptes hade åklagaren i hälften av fallen åberopat straffskärpande motiv. I hälften av de fall där straffet skärptes utan att åklagaren åberopat straffskärpning gick det ur stämningansökan att utläsa ett rasistiskt, främlingsfientligt eller homofobiskt motiv.⁷⁸ Straffskärpningsgrunden tillämpades i förhållandevis liten utsträckning, av de 291 hatbrott som rätten haft att ta ställning till prövades motivet i 58 fall. I majoriteten av dessa fall påverkade detta straffmätningen.

I en liknande studie över polisanmälda homofobiska hatbrott i Sverige år 2004 hade 35 av de 367 polisanmälningarna som undersöktes gått vidare till Åklagarmyndigheten. Slutligen undersöktes 24 domar och i tio av dessa fanns överhuvudtaget ingen antydning om att det kunde röra sig om ett hatbrott. I resterande fall kunde en hatbrottskoppling skönjas, men i majoriteten av fallen behandlades inte motivet. Straffskärpningsregeln tillämpades endast i två fall.⁷⁹

Ett problem som påtalats av åklagare är att även om de yrkar att straffskärpande motiv ska beaktas fokuserar domarna istället ofta på förmildrande omständigheter. Domarna menar i sin tur att det är svårt att generellt ange hur försvårande och förmildrande omständigheter vägs mot varandra och om ett hatmotiv vägs in som en av flera omständigheter vid straffvärdebedömningen redovisas den sällan särskilt. Brå anser därför att det är av särskild vikt att domstolarna redogör för vilka avvägningar som

⁷⁵ Tiby, 1999, s. 226.

⁷⁶ Hets mot folkgrupp undantaget eftersom straffskärpning ej kan åberopas.

⁷⁷ Brå 2002:9, s. 29.

⁷⁸ A.a., s. 30.

⁷⁹ Forum för levande historia, 2006, s. 10.

ligger till grund för domsluten när det finns både försvårande och förmildrande omständigheter som påverkar bedömningen.⁸⁰ Det saknas även en enhetlig praxis för hur domstolarna ska ange att straffmätningen påverkas när det är fråga om ett hatbrott. För att öka tydligheten och rättssäkerheten bör tillämpningen av straffskärpningsgrunden enligt Brå bli mer enhetlig.⁸¹ Det finns inte heller någon skyldighet att explicit ange lagrummet i domslutet, vilket gör det svårt att följa upp i vilken utsträckning straffskärpningsregeln används och hur den tillämpas.⁸²

2.5 Rättsväsendets arbete mot hatbrott

Inom rättsväsendet pågår ett kontinuerligt arbete mot hatbrott.⁸³ Sedan mitten av 1990-talet utgör rasistiska och främlingsfientliga brott prioriterade brottstyper och sedan år 2000 gäller detta även de homofobiska brotten. Myndighetspersonal har utbildats för att öka kunskapen om hatbrott och myndigheter har även tagit fram olika handlingsprogram och strategidokument för dessa brott.⁸⁴ Rikspolisstyrelsen ska, tillsammans med Åklagarmyndigheten, säkerställa att eventuella hatbrottsmotiv identifieras och utreds så tidigt som möjligt i brottsutredningen. Till följd av detta har ett obligatoriskt markeringsystem införts på alla polismyndigheter i landet, vilket innebär att en polisanmälan måste innehålla information om huruvida brottet är ett misstänkt hatbrott eller inte.⁸⁵ Det har även utsetts kontaktpersoner för hatbrott på polismyndigheterna.⁸⁶

Så snart någon skäligen misstänkt identifierats för ett hatbrott ska förundersökningen ledas av en åklagare och på varje åklagarkammare ska det finnas en åklagare som är specialiserad på att handlägga hatbrottsrelaterade ärenden. Ett av Åklagarmyndighetens tre utvecklingscentrum har hatbrott inom sitt ansvarsområde.⁸⁷

Regeringen anser att de brottsbekämpande myndigheternas insatser är viktiga och att deras arbete mot hatbrott måste utvecklas löpande. Det är angeläget att det finns ett enhetlig och tydligt förhållningssätt gentemot hatbrott inom rättsväsendets alla delar och att kompetensen om hatbrott säkras.⁸⁸ Regeringen anser att fler aktörer inom den offentliga sektorn bör vidta utbildningsinsatser som syftar till att öka hbt-kompetensen och år 2014-2016 avser regeringen att avsätta drygt sex miljoner kronor till detta.⁸⁹

⁸⁰ Brå 2002:9, s. 29f.

⁸¹ A.a., s. 31f.

⁸² A.a., s. 33f.

⁸³ Regeringskansliet, 2014, s. 23.

⁸⁴ Brå 2002:9, s. 15f.

⁸⁵ Regeringskansliet, 2014, s. 25.

⁸⁶ Brå 2002:9, s. 7.

⁸⁷ Regeringskansliet, 2014, s. 25f. Utvecklingscentrumens uppgift är att bedriva metod- och rättsutveckling inom olika brottsområden och svara för den samlade kunskapen inom sina ansvarsområden.

⁸⁸ A.a., s. 26.

⁸⁹ A.a., s. 58.

2.6 Regeringens hbt-strategi

Regeringens ambition är att skapa ett öppet och inkluderande samhälle där alla människors lika värde, rättigheter och möjligheter respekteras. Ingen ska behöva dölja sin sexuella läggning, könsidentitet eller könsuttryck på grund av rädsla för att utsättas för diskriminering, våld eller andra kränkningar. De insatser som krävs för att säkerställa detta handlar till stor del om ökad kunskap och kompetens om hbt-personers levnadsvillkor och hur heteronormativa föreställningar kan utgöra hinder för hbt-personers delaktighet i samhället.⁹⁰

Hbt-personers utsatthet för våld, diskriminering och andra kränkningar ska minska. Sverige ska vara ett tryggt land för människor att leva i oavsett sexuell läggning, könsidentitet eller könsuttryck. Denna utsatthet handlar i grunden om en intolerans som drabbar människor som uppfattas bryta mot normer om sexuell läggning, könsidentitet eller könsuttryck. Av grundläggande betydelse är därför arbetet med kunskaps- och medvetandehöjande insatser. En del av det arbetet handlar om att förändra människors föreställningar, attityder och beteenden.⁹¹

I detta kapitel har syftet med en bestämmelse om hatbrott, som är en försvårande omständighet för den tilltalade, redogjorts för och kapitlet har även belyst i vilken utsträckning hatbrott utgör ett samhällsproblem och vilka insatser som vidtagits för att bekämpa sådan brottslighet. I nästa kapitel behandlas istället de omständigheter som kan åberopas till den tilltalades fördel när gärningen föregåtts av ett homosexuellt närmande. Den tilltalade kan åberopa att han handlat i nödvärn eller att han provocerats av offrets beteende och kan därmed gå fri från ansvar alternativt straffas lindrigare.

⁹⁰ Regeringskansliet, 2014, s. 18.

⁹¹ A.a., s. 22.

3 Nödvärn och provokation

3.1 Nödvärn och nödvärnsexcess

3.1.1 Nödvärnssituationen

Enligt BrB 24 kap. 1 § utgör en gärning som någon begår i nödvärn inte brott, förutsatt att gärningen inte är uppenbart oförsvarlig med hänsyn till omständigheterna. För att gärningen ska anses rättfärdigad krävs dels att den företagits i en nödvärnssituation, dels att den värderas som godtagbar med hänsyn till den intressekonflikt som aktualiseras i situationen.⁹² Rätt till nödvärn föreligger bland annat mot ett påbörjat eller överhängande brottsligt angrepp på person eller egendom.⁹³ Angreppet måste då uppfylla rekvisiten för ett brott.⁹⁴ Det brott som i första hand är aktuellt i förevarande uppsats är sexuellt ofredande.

Det saknas anledning att närmare bestämma när ett angrepp ska anses påbörjat, eftersom det räcker att ett angrepp är överhängande. Ett angrepp kan vara överhängande även om det inte är omedelbart förestående, ett relativt lindrigt ingrepp på ett något tidigare stadium kan därmed likställas med ett kraftigt ingripande senare.⁹⁵ Är ett angrepp däremot avslutat samtidigt som något nytt angrepp inte är överhängande föreligger inte längre någon nödvärnsrätt. Så är exempelvis fallet om angriparen är försvarslös.⁹⁶ En hämndaktion utgör inte en nödvärnshandling.⁹⁷

För att kunna åberopa nödvärnsrätt krävs inte att personen insett att han befann sig i en nödvärnssituation vid tillfället.⁹⁸ Nödvärn är en objektiv ansvarsfrihetsgrund vilket innebär att den som handlar i en nödvärnssituation utan att vara medveten om detta går fri från ansvar, förutsatt att hans gärning inte är uppenbart oförsvarlig.⁹⁹ Personen måste inte ha haft ett visst syfte med sin handling och även om personen exempelvis endast handlade i syfte att skada kan gärningen vara rättsenlig om det visar sig att det förelåg ett överhängande brottsligt angrepp.¹⁰⁰ För att ansvarsfrihet ska inträda krävs att handlingen objektivt *eller* subjektivt sett är ägnad att avvärja en nödvärnssituation, men det krävs inte både objektiv och subjektiv täckning.¹⁰¹ Om en person felaktigt tror att han befinner sig i en nödvärnssituation är därmed en sådan villfarelse relevant

⁹² Asp, Ulväng och Jareborg, *Kriminalrättens grunder*, 2013, s. 210.

⁹³ BrB 24 kap. 1 § 1 p.

⁹⁴ Prop. 1993/94:130, s. 28.

⁹⁵ Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 211.

⁹⁶ Prop. 1993/94:130 s. 28f; Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 212.

⁹⁷ Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 212.

⁹⁸ A.a., s. 215.

⁹⁹ Prop. 1993/94:130, s. 31.

¹⁰⁰ Prop. 1993/94:130, s. 69; Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 215.

¹⁰¹ Prop. 1993/94:130, s. 69.

och kan utesluta uppsåt. Den som begått en gärning måste, om fråga är om ett uppsåtligt brott, haft insikt om att han inte befann sig i en nödvärnssituation för att kunna hållas ansvarig.¹⁰² Är gärningen straffbar redan vid oaktsamhet krävs att villfarelsen inte varit oaktsam.¹⁰³ Dessa situationer brukar kallas putativsituationer. Den tilltalades uppfattning av situationen utgör då utgångspunkt för bedömningen om han befunnit sig i en nödvärnssituation samt om hans gärning varit uppenbart oförsvarlig.¹⁰⁴

3.1.2 Försvarlighetsbedömningen

Nödvärnsrätten är relativ, vilket innebär att den alltid är beroende av en avvägning mellan intresset av att en person som blir angripen ska ha möjlighet att försvara sig, vilket är starkt, och intresset av att rättssystemet inte bidrar till en upptrappning av våldet i samhället. Detta markeras av att en nödvärnshandling inte får vara uppenbart oförsvarlig och innebär i sin tur att nödvärnsrätten inte är knuten till vad som i det enskilda fallet kan behövas göra för att avvärja det brottsliga angreppet. I vissa fall tillåts den angripne göra mer än vad som krävs för att förhindra den brottsliga gärningen, medan det i andra fall kan vara uppenbart oförsvarligt att göra vad som behövs. Vägledande är att gärningen inte klart får avvika från vad som varit behövligt samt att det inte får råda ett uppenbart missförhållande mellan nödvärnsgärningen och den skada som hotar genom angreppet.¹⁰⁵ Det lämnas dock en relativt bred marginal till förmån för den som handlar i nödvärn vid bedömandet om han hållit sig inom gränserna för nödvärnsrätten, gärningen får inte vara *uppenbart* oförsvarlig. En oförsvarlig gärning kan därmed vara tillåten så länge den inte är uppenbart oförsvarlig.¹⁰⁶ I praxis har tämligen generösa bedömningar av försvar med knytnävar gjorts.¹⁰⁷ HD har dock uttalat sig restriktivt angående bruk av livsfarliga vapen i nödvärnssituationer. Det kan endast i utpräglade undantagsfall accepteras att en person uppsåtligen brukat livsfarligt vapen för att försvara sig.¹⁰⁸ Det kan dock vara tillåtet att döda en människa i en nödvärnssituation.¹⁰⁹

Vid försvarlighetsbedömningen ska hänsyn tas till angreppets beskaffenhet, det angripnas betydelse och omständigheterna i övrigt. Under angreppets beskaffenhet kan beaktas till exempel angriparens egenskaper, såsom kroppskrafter och annat som påverkar hans farlighet, och huruvida angreppet kommer plötsligt eller oväntat samt de yttre omständigheterna vid angreppet, till exempel om angreppet sker på en plats där ingen kan tänkas ingripa till hjälp.¹¹⁰ Är en angripare berusad kan det innebära att det är lättare att avvärja angreppet, samtidigt som det kan göra angriparen farligare

¹⁰² Prop. 1993/94:130, s. 47; Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 343.

¹⁰³ Prop. 1993/94:130, s. 72.

¹⁰⁴ Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 345.

¹⁰⁵ Prop. 1993/94:130, s. 29; Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 216f.

¹⁰⁶ Prop. 1993/94:130, s. 69; Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 217.

¹⁰⁷ Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 217.

¹⁰⁸ NJA 1994 s. 48.

¹⁰⁹ Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 218.

¹¹⁰ A.a., s. 217.

eftersom han är mer aggressiv, oberäknelig, svårare att påverka och mindre mottaglig för smärta.¹¹¹ Hänsyn ska även tas till den angripnes egenskaper, främst hans kroppskrafter. Användande av tillhygge kan till exempel vara uppenbart oförsvarligt om den angripne är stark men inte om han är svag.¹¹² Med det angripnas betydelse avses främst det intresse som angrips och en viktig skillnad är om det är ett angrepp på liv och hälsa eller angrepp på egendom.¹¹³ Dock ska en helhetsbedömning göras av samtliga relevanta omständigheter, det lämnas därmed i viss utsträckning öppet vilka omständigheter som kan beaktas.¹¹⁴

3.1.3 Nödvärnsexcess

Om nödvärnsrätt föreligger men personen gjort mer än vad som är medgivet kan han ändå vara fri från ansvar om omständigheterna varit sådana att han svårligen kunnat besinna sig. Detta brukar kallas nödvärnsexcess och regleras i BrB 24 kap. 6 §. För att regeln ska vara tillämplig krävs därmed att personen haft rätt att till exempel tillgripa våld, annars kan han inte ursäktas oavsett om han haft svårt att besinna sig. Gärningen anses inte försvarlig i dessa situationer utan gärningsmannen ursäktas istället med hänsyn till omständigheterna. Vid bedömningen av om gärningsmannen svårligen kunnat besinna sig beaktas enligt praxis dels farans art och den tid som stått till förfogande för en adekvat reaktion, dels gärningsmannens individuella egenskaper, såsom nervositet, lättskrämdhet och häftigt lynne, och mer tillfälliga subjektiva tillstånd, exempelvis akut rädsla eller panikkänsla. Särskild vikt läggs vid om faran var stor eller överhängande och om ett angrepp kom plötsligt eller på ett oväntat sätt, om gärningsmannen snabbt måste fatta ett beslut om hur han ska agera kan inte lika mycket begäras av honom som om han hade tid till eftertanke.¹¹⁵

3.1.4 Bevisbörderegler

Åklagaren måste styrka att den tilltalade inte handlat i nödvärn, vilket följer av allmänna regler om åklagarens bevisbörda i brottmål. Det krävs att åklagaren förebär så mycket bevisning att nödvärnsinvändningen framstår som obefogad.¹¹⁶ Eftersom åklagaren ska bevisa att något inte förelegat krävs att den tilltalade gjort en invändning om nödvärn. Om den tilltalades invändning överhuvudtaget inte konkretiserats eller är så orimlig att den kan lämnas utan avseende har åklagaren fullgjort sin bevisbörda.¹¹⁷

¹¹¹ Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 218.

¹¹² Prop. 1993/94:130, s. 31f.

¹¹³ Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 217.

¹¹⁴ Prop. 1993/94:130, s. 69; Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 218.

¹¹⁵ Prop. 1993/94:130, s. 45f; Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 376f.

¹¹⁶ Prop. 1993/94:130, s. 30; NJA 1990 s. 210.

¹¹⁷ Prop. 1993/94:130, s. 30; Asp, Ulväng och Jareborg, 2013, s. 268.

3.2 Provokation

3.2.1 Inledning

Förhållandena vid nödvärn och nödvärnsexcess liknar ofta de vid provokation. Om domstolen finner att den tilltalade inte befunnit sig i en nödvärnssituation eller om en sådan situation förelegat men förutsättningarna för ansvarsfrihet inte är uppfyllda är det möjligt att han ändå blivit provocerad. Till skillnad från vid nödvärn och nödvärnsexcess krävs inte att gärningsmannen vid provokation handlat för att avvärja en fara. Någon fara behöver överhuvudtaget inte ha förelegat och om så varit är den redan förbi och en eventuell skada har redan tillfogats den provocerade.¹¹⁸

3.2.2 Provokation vid olika straffrättsliga bedömningar

Provokation kan påverka den straffrättsliga bedömningen på olika sätt. Provokation kan inverka vid gradindelningen av ett brott, vilket är särskilt tydligt vid rubriceringen av uppsåtligt dödande som mord eller dråp. Dödande som provocerats genom misshandel, förolämpningar eller liknande bedöms ofta som dråp.¹¹⁹ Provokation kan även leda till att misshandel döms som ringa, även om skadan inte är ringa, vilket är relativt vanligt.¹²⁰ I rättsfallet NJA 1975 s. 594 dömdes den tilltalade för dråp istället för mord eftersom han handlat i stark affekt som delvis föranletts av offrets beteende. I rättsfallet NJA 1990 s. 776 dömdes den tilltalade för misshandel av normalgraden istället för grov misshandel eftersom misshandeln inte kunde anses vittna om sådan särskild hänsynslöshet eller råhet på grund av att den varit provocerad.

Även vid påföljdsvalet kan provokation inverka. Exempelvis uttalas i förarbetena att presumtionen för fängelse på grund av brottets art är stark vid en oprovocerad gatumisshandel medan det vid så kallade dansbaneslagsmål mellan två berusade personer ofta inte framstår som påkallat med någon mer ingripande påföljd än villkorlig dom och böter.¹²¹ I rättsfallet NJA 1972 s. 654 dömdes den tilltalade till en icke frihetsberövande påföljd efter en misshandel bland annat med hänsyn till att gärningen begåtts i ett psykiskt insufficiensstillstånd med starkt nedsatt självkontroll orsakat av offrets beteende.

¹¹⁸ von Hirsch och Jareborg, *Provokation*, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, 1986, s. 436.

¹¹⁹ Jareborg och Zila, *Straffrättens påföljdslära*, 2010, s. 108; Jareborg, *Brotten I – Grundbegrepp. Brotten mot person.*, 1984, s. 186.

¹²⁰ Jareborg och Zila, 2010, s. 116; Jareborg, 1984, s. 191.

¹²¹ Prop. 1997/98:96, s. 121.

Slutligen kan provokation även påverka bedömningen av straffvärdet i förmildrande riktning. Detta regleras i BrB 29 kap. 3 § och den del som är relevant lyder:

Som förmildrande omständigheter vid bedömningen av straffvärdet ska, vid sidan av vad som är föreskrivet för vissa fall, särskilt beaktas

1. om brottet föranletts av någon annans uppenbart kränkande beteende

Denna bestämmelse tar sikte på vad som brukar benämnas provokation.¹²² Provokation som förmildrande omständighet belyses senare i uppsatsen.

3.2.3 Grunden till provokations mildrande verkan

Det har länge setts som självklart att provokation ska påverka den straffrättsliga bedömningen i förmildrande riktning. von Hirsch och Jareborg har försökt utreda de legitimerande grunderna till att se provokation som en förmildrande omständighet.

Författarnas definition av provocerat handlande är att ”någon i vrede förövar en brottslig gärning därför att han anser, att den som gärningen riktar sig mot har kränkt honom i ord eller handling”. Den provocerade gärningen kan inte anses rättfärdigad, eftersom gärningsmannens intresse av att få utlopp för sin vrede inte är ett intresse som förtjänar rättsordningens skydd. Gärningen kan inte heller anses rättsenlig på grund av att den provocerande förtjänar en reaktion. Om han ska bestraffas för sitt kränkande beteende är det i så fall en angelägenhet för statliga myndigheter. Istället kan sägas att provokation är en delvis ursäktande omständighet, gärningsmannen är i viss mån klandervärd men bör samtidigt inte gå helt fri från ansvar, han förtjänar inte lika mycket klander som någon som agerar oprovocerad.¹²³

En möjlighet till varför gärningsmannen inte förtjänar lika mycket klander är att hänvisa till konformitetsprincipen, det vill säga att vederbörande inte bör klandras om han saknade tillfälle eller förmåga att rätta sig efter lagen. Förklaringen till varför provokation minskar gärningsmannens skuld skulle då vara en nedsatt förmåga att följa lagen som beror på att han inte har full kontroll över sitt handlande eftersom han provocerats. Författarna anser dock att en sådan förklaring är problematisk eftersom det avgörande då tycks vara gärningsmannens tillstånd, han är så uppretad att hans förmåga till självkontroll är nedsatt, och det borde då inte ha någon betydelse varför han är så uppretad. Men provokation måste ha föranletts av någon annans kränkande beteende och gärningsmannens skäl för att agera är därmed av betydelse.¹²⁴ Författarna anser inte heller att en argumentation som utgår från att gärningsmannen agerar för att skydda något fundamentalt eller sekundärt intresse, oberoende av huruvida han har full kontroll över sig

¹²² Prop. 1987/88:120, s. 85.

¹²³ von Hirsch och Jareborg, 1986, s. 436f.

¹²⁴ A.a., s. 438.

själv, kan förklara varför provokation minskar gärningsmannens skuld. Kränkningen har redan inträffat och han kan därför inte handla för att skydda något fundamentalt intresse. Det ligger i så fall närmare till hands att gärningsmannen agerar för att skydda ett sekundärt intresse, exempelvis att han genom att inte bemöta en kränkning förlorar sitt sociala anseende. Skadan uppstår då inte genom kränkningen, utan genom att han avstår från att reagera. Även om detta intresse inte är lika viktigt som liv och hälsa kan det anses vara av någon vikt och därför delvis ursäkta gärningsmannen.¹²⁵ Denna argumentation kan ha en viss bärkraft om det i samhället finns en konvention som exempelvis innebär att en man som inte reagerar med våld när en annan man gör ett sexuellt närmande mot honom utsätts för omgivningens förakt. Även om en sådan konvention kan kritiseras är den etablerad i samhället och om mannen inte handlar på förväntat sätt förlorar han sitt sociala anseende. Han står därmed inför ett hot mot ett beaktansvärt intresse.¹²⁶ Men författarna menar att i normala fall av provokation agerar inte den provocerade i syfte att skydda något intresse, utan just för att han är kränkt. Hans situation försämras inte av att han inte agerar och förklaringen till varför provokation minskar gärningsmannens skuld måste således härledas från att han blivit kränkt.¹²⁷

Det krävs en mer komplex förklaring för provokations mildrande inverkan där hänsyn tas till både gärningsmannens handlingsskäl och hans psykiska tillstånd. Författarna utgår från tillståndet ”harm”, vilket innebär att gärningsmannen inte bara är arg utan han har även goda skäl att vara arg på den han angriper. För det första krävs att han företar sin gärning för att offret genom sitt beteende gjort honom arg. Detta kan enligt författarna vara ett mer intellektuellt än känslomässigt tillstånd och gärningsmannen måste därmed inte nödvändigtvis vara upprörd. Det innefattar snarare en benägenhet att vid tillfälle visa fientlighet, vilken även kan förstärkas med tiden. För det andra krävs att offret gjort något illa mot gärningsmannen. När vreden kvalificeras som harm är det alltid tillåtet att låta den få utlopp på något sätt. Vid en kränkning kan då ett vredesutbrott vara den från moralisk synpunkt riktiga reaktionen och det kan således vara i sin ordning eller till och med önskvärt att den kränkte demonstrerar sin harm, men vissa känsloutlopp kan inte tillåtas och det blir svårt för den provocerade att inte gå över den gränsen. Etiska skäl drar därmed åt olika håll och det är detta som enligt författarna är förklaringen till varför provokation minskar gärningsmannens skuld. Handlandet sker delvis på grund av, och inte i strid mot, en moraliskt godtagbar impuls. Avgörande är inte att förmågan till självbehärskning är nedsatt, utan att kraven på självbehärskning i dessa fall sätts lägre.¹²⁸

Jareborg och Zila instämmer i princip till den här definitionen än idag och menar att grunden för att se provokation som förmildrande normalt inte är

¹²⁵ von Hirsch och Jareborg, 1986, s. 438f.

¹²⁶ Jfr. a.a., s. 439f.

¹²⁷ A.a., s. 440.

¹²⁸ A.a., s. 440-442.

att den provocerade inte kan kontrollera sitt handlande, utan snarare att denne haft moraliskt godtagbar anledning att kraftigt reagera på vad den andre gjort, dock inte på det sätt som skett. Det finns således en likhet med excessituationer i fall av nödvärn.¹²⁹ Grunden till att se provokation som en förmildrande omständighet är enligt doktrinen med andra ord att det uppstår en moralisk konflikt för gärningsmannen. Det krävs inte bara att offrets beteende gjort gärningsmannen arg, utan gärningsmannen måste även haft goda skäl för att bli arg.

Enligt doktrinen ska prövningen delas upp i två steg, en faktisk som relaterar till gärningsmannens psykiska tillstånd och en normativ som fokuserar på gärningsmannens skäl för att bli provocerad och huruvida dessa ska godkännas som rättsligt relevanta.¹³⁰ För att pröva om gärningsmannen blivit kränkt på ett relevant sätt och om en moralisk konflikt föreligger får en bedömning göras mot bakgrund av generella normer och moraluppfattningar.¹³¹

I nästa kapitel kommer gällande rätt för straffvärdebedömningen att behandlas. Bestämmelserna om straffvärde är centrala för uppsatsen eftersom det är här provokation som försvärande omständighet och hatmotiv som förmildrande omständighet regleras.

¹²⁹ Jareborg och Zila, 2010, s. 116.

¹³⁰ Lernestedt, *Dit och tillbaka igen. Om individ och struktur i straffrätten.*, 2010, s. 109; Burman, *Provokation – förnuft eller känsla?*, Festskrift till Per Ole Träskman, 2011, s. 102.

¹³¹ Burman, 2011, s. 112f.

4 Straffvärdebedömningen

4.1 Tankarna bakom straffvärde

När BrB utarbetades låg allmän- och individualpreventiva teorier till grund för straffsystemet. De straffrättsliga ingripandena skulle ha brottspreventiv verkan på människor i allmänhet och det enskilda straffet preventiv effekt på den dömda.¹³² Någon allmän bestämmelse om straffmätning saknades men en sådan bedömning skedde väsentligen efter brottets svårhet eller klandervärdhet, det fanns dock ett visst utrymme för domstolen att väga in allmän- och individualpreventiva hänsyn.¹³³ Genom 1989 års påföljdsreform infördes nya bestämmelser om straffmätning och påföljdsval. Fängelsestraffkommittén menade i betänkandet att preventiva hänsyn inte borde tillmätas någon självständig betydelse vid straffmätningen i det enskilda fallet. Bedömningen skulle istället ske efter brottets klandervärdhet med beaktande av de anvisningar lagstiftaren givit genom exempelvis straffskalor.¹³⁴ Det skulle därmed vara lagstiftarens uppgift att utforma straffsystemet så att preventionsaspekterna tillgodosågs utan att gå utöver kraven på legalitet och enhetlig rättstillämpning. Kommittén menade att enskilda domar sällan kunde antas vara av betydelse för allmänpreventionen utan att det viktiga var att det fanns en upprätthållen och konsekvent praxis som visade att lagens straffhot inte var tomt. Det stred även mot kravet på likhet inför lagen att i det enskilda fallet göra avvikelser från sedvanlig påföljdsbestämning på grund av allmänpreventiva skäl.¹³⁵ Kommittén föreslog därför att straffmätningen skulle utgå från brottets straffvärde, vilket bestämdes av brottets svårhet.¹³⁶ Departementschefen anslöt sig i huvudsak till kommitténs resonemang.¹³⁷ Att straffvärdet sattes i centrum innebar att principer som proportionalitet, ekvivalens och rättslig likabehandling betonades. Departementschefen menade dock att detta inte hindrade att allmänpreventiva hänsyn beaktades vid straffvärdebedömningen.¹³⁸ När bestämmelserna om straffvärde ändrades år 2010 begränsades vilka faktorer domstolarna kunde ta hänsyn till och någon möjlighet att beakta allmänpreventiva hänsyn finns inte längre. Principerna om ekvivalens och proportionalitet betonades därmed ytterligare.¹³⁹

¹³² SOU 1986:14, s. 66.

¹³³ A.a., s. 69.

¹³⁴ A.a., s. 70-72.

¹³⁵ SOU 1986:13, s. 15.

¹³⁶ SOU 1986:13, s. 22; SOU 1986:14, s. 422.

¹³⁷ Prop. 1987/88:120, s. 35.

¹³⁸ A.a., s. 37.

¹³⁹ Prop. 2009/10:147, s. 13.

4.2 Definition av straffvärde och förhållande till andra begrepp

Begreppet straffvärde definieras inte i lagtexten. Med ett brotts straffvärde kan avses två skilda begrepp och det är därför viktigt att skilja på abstrakt och konkret straffvärde. Det abstrakta straffvärdet utgörs av brottets straffskala i jämförelse med straffskalorna för andra brott och återspeglar lagstiftarens syn på hur allvarlig en viss typ av brott är i relation till andra brott. Det konkreta straffvärdet kan istället sägas vara ett uttryck för graden av gärningens förkastlighet i förhållande till andra gärningar med samma brottsrubricering och detta bestäms av de rättstillämpande myndigheterna. Brottsens konkreta straffvärde uttrycker hur allvarlig en konkret begången gärning är och bedömningen sker inom ramen för den för det aktuella brottet fastställda straffskalan, det abstrakta straffvärdet, och i förhållande till andra brott som faller under samma brottsbeskrivning.¹⁴⁰ Det konkreta straffvärdet utgör i princip en funktion av gärningens skadlighet eller farlighet och den brottsliga skuld, sådan den kommit till uttryck i gärningen.¹⁴¹ Begreppet straffvärde måste även skiljas från begreppet straffmättningsvärde. Efter att det konkreta straffvärdet fastställts tas det vid straffmätningen hänsyn till även andra bestämmelser, bland annat reglerna om påföljdsval, och det straff eller den påföljd som domstolen dömer ut behöver inte motsvara det fastställda straffvärdet.¹⁴² I fortsättningen avses med straffvärde det konkreta straffvärdet.

4.3 Tillämpningen av straffvärde

4.3.1 Utgångspunkt

Straffvärdet fastställs med utgångspunkt i BrB 29 kap. 1-3 §§ och utgör grund för efterföljande straffmätning.¹⁴³ Enligt BrB 29 kap. 1 § ska straff bestämmas inom ramen för den tillämpliga straffskalan efter brottet eller den samlade brottslighetens straffvärde. Detta ger uttryck för den vikt som bör läggas på principerna om ekvivalens och proportionalitet; lika svåra brott ska ge lika stränga straff och svårare brott ska straffas strängare än lindrigare brott.¹⁴⁴ Målsättningen med bestämmelsen är en rättslig likabehandling, men samtidigt betonas i förarbetena att denna målsättning inte får innebära att straffmätningen blir schematisk eller förenklad. Flera faktorer påverkar straffvärdet i det enskilda fallet och såväl försvårande som förmildrande omständigheter ska återspeglas i straffmätningen, till exempel kan två fall av misshandel som medfört lika svåra skador ha högst olika straffvärde med hänsyn till övriga omständigheter.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Jareborg och Zila, 2010, s. 103f; Zila, *Det straffrättsliga påföljdssystemet*, 1998, s. 39f.

¹⁴¹ Jareborg och Zila, 2010, s. 103.

¹⁴² A.a., s. 104.

¹⁴³ A.a., s. 104.

¹⁴⁴ Prop. 1987/88:120, s. 77f.

¹⁴⁵ A.a., s. 78f.

I BrB 29 kap. 1 § 2 st. anges vilka omständigheter som ska beaktas vid straffvärdebedömningen. Dessa är 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 haft. Det ska även särskilt beaktas om gärningen inneburit ett allvarligt angrepp på någons liv eller hälsa eller trygghet till person. De objektiva omständigheterna vid brottet utgör utgångspunkten för bedömningen, vilket markeras genom uppräkningsav "skada, kränkning eller fara", men de subjektiva omständigheterna är oftast av större betydelse i detta avseende.¹⁴⁶ Hänsyn tas endast till omständigheter som täcks av gärningsmannens uppsåt eller oaktsamhet.¹⁴⁷ Vilken form av uppsåt som föreläggat och hur grov oaktsamheten har varit är också av stor betydelse och även bakgrunden till gärningsmannens handlande är av väsentlig betydelse. En impulshandling har normalt sett ett lägre straffvärde än en övervägd handling och även det bakomliggande motivet kan resultera i att två likartade gärningar bedöms olika.¹⁴⁸ Det är alltid omständigheterna vid brottet som är avgörande för straffvärdet och exempel på sådana omständigheter ges i BrB 29 kap. 2-3 §§.¹⁴⁹

4.3.2 Försvårande och förmildrande omständigheter

4.3.2.1 Inledning

I samband med påföljdsreformen infördes omständigheter som skulle anses särskilt försvårande eller förmildrande vid straffvärdebedömningen i lagtexten. Uppräkningsavsaget att inrymma de vanligaste och mest betydelsefulla omständigheterna som återopats i tidigare praxis. Uppräkningsavsaget är dock exemplifierande och utesluter inte att andra omständigheter tillmäts lika stor eller större betydelse i ett enskilt fall, detta i större utsträckning avseende förmildrande än försvårande omständigheter, eftersom samtliga omständigheter ska beaktas vid straffmätningen.¹⁵⁰ Föreligger en eller flera förmildrande omständigheter, eller om det annars krävs för att vid straffmätningen ta hänsyn till brottets straffvärde, kan lindrigare straff än vad som är stadgat för brottet utdömas. Motsvarande gäller dock inte för de försvårande omständigheterna, det är aldrig möjligt att utdöma ett strängare straff än vad som är stadgat för brottet.¹⁵¹

De förmildrande och försvårande omständigheterna i BrB 29 kap. 2-3 §§ kallas ibland brottsexterna straffvärdefaktorer och kommer in på ett ganska sent stadium vid straffvärdebedömningen. Först ska brottsinterna straffvärdefaktorer som kan verka i förmildrande eller försvårande riktning beaktas, det vill säga sådana omständigheter som är avgörande för brottsrubricering och gradindelning, även vid straffvärdebedömningen.

¹⁴⁶ Prop. 1987/88:120, s. 80f.

¹⁴⁷ A.a., s. 81. Detta bör dock endast avse försvårande omständigheter enligt Jareborg och Zila, 2010, s. 109.

¹⁴⁸ A.a., s. 81.

¹⁴⁹ A.a., s. 80.

¹⁵⁰ A.a., s. 81f; s. 85.

¹⁵¹ Prop. 1987/88:120, s. 82; s. 85; Jareborg och Zila, 2010, s. 118.

Brottsinterna faktorer kan i princip jämföras med faktorer som utgör brottsrekvisit och för de flesta brott bestäms straffvärdet av dessa faktorer. Skada är i regel en brottsintern faktor, likaså uppsåt och oaktsamhet. Straffvärdet påverkas då inte av exempelvis huruvida brottet är ett uppsåtligt eller culpöst brott, men uppsåtet eller oaktsamhetens kvalitet eller intensitet kan påverka straffvärdet.¹⁵² De brottsexterna straffvärdefaktorerna utgör omständigheter som inte ingår i brottsbeskrivningen men som ändå kan sägas karakterisera gärningens beskaffenhet, till exempel anses det mer förkastligt om en person rånar en gammal människa än om offret är en mindre utsatt person. Denna omständighet omfattas inte av rekvisiten i stöldbestämmelsen men i den mån den anses relevant vid straffvärdebedömningen utgör den en brottsextern faktor. De brottsexterna faktorerna påverkar främst gärningsmannens skuld.¹⁵³ Flera av de försvårande och förmildrande omständigheterna kan ha betydelse även för gradindelningen. Huvudregeln är då att en omständighet inte kan användas både vid gradindelningen och vid straffvärdebedömningen till den tilltalades nackdel. Det är inte heller rimligt att den tilltalade ska kunna tillgodoräkna sig en förmildrande omständighet två gånger. Om en omständighet beaktas i tillräcklig utsträckning vid gradindelningen kan den inte mer beaktas, men om ett rekvisit har uppfyllts med en sådan intensitet att inte gradindelningen uttrycker brottets straffvärde fullt ut kan omständigheten beaktas även vid straffvärdebedömningen.¹⁵⁴

4.3.2.2 Ökat genomslag för försvårande och förmildrande omständigheter

I de äldre förarbetena uttalades att de försvårande omständigheterna och vissa av de förmildrande omständigheterna, däribland provokation, skulle tillämpas med stor försiktighet.¹⁵⁵ För att ytterligare betona proportionalitetsprincipen ändrades reglerna avseende straffvärde år 2010. Regeringen ansåg att de försvårande och förmildrande omständigheterna inte fick tillräckligt genomslag vid straffvärdebedömningen, dels på grund av att det i flera fall krävdes att dessa var av kvalificerat slag, dels eftersom lagstiftaren förutsatt en restriktivitet i tillämpningen av framför allt de försvårande omständigheterna. Regeringen ansåg att detta inte överensstämde med principen om att svårare brott ska straffas strängare än lindrigare brott även inom en viss brottstyp. Straffvärdet måste kunna bedömas på ett mer nyanserat sätt med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Utrymmet att beakta försvårande och förmildrande omständigheter skulle därför vidgas för att öka spännvidden vid straffvärdebedömningen.¹⁵⁶

¹⁵² Jareborg och Zila, 2010, s. 111; Zila, 1998, s. 43; Borgeke, *Att bestämma påföljd för brott*, 2012, s. 154.

¹⁵³ Jareborg och Zila, 2010, s. 116; Zila, 1998, s. 43.

¹⁵⁴ Prop. 1987/88:120, s. 82; Jareborg och Zila, 2010, s. 111f; Zila, 1998, s. 44f.

¹⁵⁵ Prop. 1987/88:120, s. 84f.

¹⁵⁶ Prop. 2009/10:147, s. 27f.

4.3.2.3 Straffskärpningsregeln avseende hatbrott

Bestämmelsen om hatbrott är inte endast tillämplig på brottslighet som riktar sig mot minoritetsgrupper utan den kan tillämpas oavsett vem som är offer eller gärningsman om gärningen innefattar ett diskriminerande motiv, offret kan därmed exempelvis ha kränkts på grund av sin heterosexuella läggning.¹⁵⁷ Motivet behöver inte ha varit det enda eller ens det huvudsakliga motivet till brottet för att bestämmelsen ska kunna tillämpas. Den eller dem som kränkningen riktas mot behöver inte heller ha ställning som målsägande, vilket exempelvis kan vara fallet om en brand anlagts i en av RFSL:s lokaler. Det räcker dock inte att brottet haft exempelvis ett homofobiskt inslag utan det krävs ett sådant motiv.¹⁵⁸ Enligt utredningens förslag skulle även rasistiska moment i gärningen kunna beaktas, även om rasism inte varit det avgörande motivet för brottet. Exempelvis skulle en misshandel som inte i sin upprinnelse påverkas av rasism men som åtföljs av rasistiska tillmälen omfattas av bestämmelsen.¹⁵⁹ Regeringen ansåg att detta kunde leda till att regeln blev för allmänt hållen och tappade i precision. Rasistiska eller homofobiska inslag kan dock med tillämpning av de allmänna straffvärdereglerna påverka straffvärdet.¹⁶⁰

Åklagaren har bevisbördan för att en försvårande omständighet föreligger. För att en försvårande omständighet ska kunna beaktas av domstolen krävs inte att åklagaren åberopar detta i sin stämningsansökan, det är dock av värde för den tilltalade och dennes försvar.¹⁶¹ Omständigheterna måste dock aktualiseras vid rättegången för att den tilltalade på ett rimligt sätt ska kunna försvara sig. Några för den tilltalade överraskande moment får inte läggas honom till last vid straffvärdebedömningen.¹⁶²

Riksåklagaren har dock angivit att syftet eller motivet bakom ett brott ska beaktas vid utformningen av åtalet. Åklagaren ska i relevanta fall yrka att straffskärpningsgrunden tillämpas och yrkandena ska upptas i samtliga led genom hela rättsprocessen. Ett sådant yrkande kan ske explicit genom att lagrummet åberopas eller genom att motiven anges i gärningsbeskrivningen. Gärningsbeskrivningen kan även innehålla en mer allmän beskrivning av gärningens homofobiska inslag utan att något motiv särskilt åberopas.¹⁶³

¹⁵⁷ Jfr. prop. 1993/94:101., s. 22.

¹⁵⁸ Jfr. a.a., s. 22f.

¹⁵⁹ SOU 1991:75, s. 130f.

¹⁶⁰ Prop. 1993/94:101, s. 23.

¹⁶¹ Prop. 1987/88:120, s. 84.

¹⁶² Borgeke, 2012, s. 156.

¹⁶³ Brå 2002:9, s. 28f.

4.3.2.4 Provokation som förmildrande omständighet

Provokation definieras i förarbetena som ”situationer då någon retas eller hetsas till att begå brott”. När bestämmelsen infördes krävdes att brottet föranletts av någon annans grovt kränkande beteende.¹⁶⁴ År 2010 ändrades bestämmelsen om provokation, rekvisitet ”grovt” ersattes med ”uppenbart”. Syftet med denna ändring var att även provokationer av mindre styrka än vad som tidigare förutsatts skulle kunna beaktas vid bedömningen, vilket låg i linje med ett av propositionens övergripande mål som tidigare nämnts; att öka spännvidden mellan straffen för brott.¹⁶⁵ Enligt förarbetena ska en provokation beaktas oavsett graden av kränkning, dock är inte avsikten att varje form av provokation ska föranleda en sänkning av brottets straffvärde. Det måste krävas att beteendet objektivt sett utgjort en provokation.¹⁶⁶ Hur mycket straffvärdet bör reduceras beror på med vilken styrka omständigheterna har förelegat, eller med andra ord omfattningen av provokationen, och i undantagsfall bör straffvärdet inte påverkas alls. En ”svag” provokation får i vissa fall inget genomslag vid straffvärdebedömningen.¹⁶⁷

Rekvisitet ”uppenbart” har införts för att markera att bedömningen ska ske på objektiva grunder och inte mot bakgrund av vad gärningsmannen själv anser är en kränkning.¹⁶⁸ Det skulle annars finnas en risk att gärningsmannens upplevelse av att vara provocerad tillmäts för stor betydelse. Formuleringen klargör att det ankommer på rätten att avgöra om det beteende som har föregått gärningen är att betrakta som en provokation.¹⁶⁹ Bedömningen ska ske utifrån vad som typiskt sett utgör ett klart kränkande beteende i ett sådant sammanhang som det varit fråga om i det enskilda fallet. Vid en objektiv bedömning av omständigheterna ska det framstå som förståeligt att den tilltalade agerat som han gjort. Hänsyn ska då tas till exempelvis de inblandades bakgrund och relation till varandra.¹⁷⁰ Ett beteende kan därmed vara att bedöma som en provokation i en viss situation och mellan vissa personer, men inte i en annan situation eller mellan andra personer.¹⁷¹ Det framhålls även att beteendet måste ha riktat sig mot gärningsmannen, det är inte tillräckligt att beteendet i sig uppfattas som kränkande.¹⁷²

Tilläggs kan också att det kan förekomma vissa handlingar som både kan anses föranledda av någon annans uppenbart kränkande beteende och av att den tilltalade handlat i affekt, det vill säga att han till följd av sinnesrörelse haft nedsatt förmåga att kontrollera sitt handlande, vilket också är en

¹⁶⁴ Prop. 1987/88:120, s. 85.

¹⁶⁵ Prop. 2009/10:147, s. 1; s. 29.

¹⁶⁶ A.a., s. 29; SOU 2008:85, s. 393.

¹⁶⁷ Prop. 2009/10:147, s. 44; SOU 2008:85, s. 393f.

¹⁶⁸ SOU 2008:85, s. 394.

¹⁶⁹ A.a., s. 286.

¹⁷⁰ Prop. 2009/10:147, s. 44.

¹⁷¹ SOU 2008:85, s. 287.

¹⁷² A.a., s. 394.

förmildrande omständighet. Om sinnesrörelse uppstår efter provokation faller det primärt under bestämmelsen om provokation.¹⁷³

Beträffande bevisbördan för om en provokation föregått den tilltalades handlande eller inte gäller samma förhållande som för till exempel nödvärn, vilket i princip innebär att åklagaren har bevisbörda för att en sådan omständighet inte förelegat. Har det inte gjorts någon invändning om att en sådan omständighet förekommit och har det inte heller framkommit att någon sådan förelegat anses åklagaren ha fullgjort sin skyldighet, men det är även tillräckligt om en sådan invändning med hänsyn till övriga omständigheter inte framstår som trovärdig eller befogad. Om det är fråga om ett blankt påstående eller om den tilltalades berättelse är helt verklighetsfrämmande kan den påstådda omständigheten lämnas utan avseende. Om det inte kan uteslutas att den tilltalades berättelse är riktig gäller i princip huvudregeln om åklagarens bevisbörda. Härmed avses dock ett något lägre beviskrav än vad som annars gäller i brottmål eftersom det föreligger stora svårigheter att föra bevisning om att en omständighet, som skulle kunna ha betydelse för bedömningen, inte förelegat.¹⁷⁴

De rättsliga förutsättningarna vid bedömningen av en gärning som begåtts efter ett homosexuellt närmande har nu redogjorts för. I nästa kapitel kommer ämnet istället att problematiseras genom en utblick i amerikansk doktrin på området.

¹⁷³ Prop. 1987/88:120, s. 85; Se BrB 29 kap. 3 § 2 p. om sinnesrörelse.

¹⁷⁴ Prop. 1987/88:120, s. 86f; Borgeke, 2012, s. 164.

5 Homosexual panic defense

5.1 Definition och ursprung

Likt hatbrott är inte homosexual panic defense eller gay panic defense, som det även kallas, något juridiskt begrepp. Termen brukar användas som ett samlingsnamn för försvarsstrategier som baseras på att den tilltalade ska anses ursäktad eller att hans gärning ska anses rättfärdigad för att han reagerade på ett homosexuellt närmande. Ett sådant försvar kan användas i olika sammanhang, till exempel vid åberopande av sinnesförvirring, självförsvar eller provokation.¹⁷⁵ I denna uppsats kommer att fokuseras på homosexual panic defense i kombination med provokation.

Begreppet ”homosexual panic” myntades år 1920 och syftade då på latent homosexualitet som en psykisk störning. Patienterna som led av denna störning identifierade sig som heterosexuella men var latent homosexuella. Detta utmynnade i en intern konflikt hos patienten mellan dennes attraktion för personer av samma kön och de känslor denne upplevde var socialt accepterade. Till följd av denna konflikt blev patienterna ängsliga i samkönade miljöer. De blev även deprimerade och ibland självmordsbenägna för att de inte klarade av att ha en heterosexuell relation. Något som däremot inte ingick i störningen var att panikkänslor uppkom på grund av ett homosexuellt närmande.¹⁷⁶

På 1960-talet började advokater i USA, med denna teori som bakgrund, använda homosexual panic som ett argument i domstol och hävdade att den tilltalade gripits av panik och dödat offret på grund av att denne gjort ett homosexuellt närmande.¹⁷⁷ De försvarsstrategier som används idag saknar till stor del likheter med den ursprungliga teorin om homosexual panic, även om det finns stöd för att män som identifierar sig som heterosexuella och uttrycker fientlighet mot homosexuella själva kan vara latent homosexuella. Numer ses dock inte latent homosexualitet som en psykisk störning och negativa attityder mot homosexuella anses snarare härstamma från fördomar och konservativa åsikter om sexualitet.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Lee, *The Gay Panic Defense*, 42 U.C. Davis L. Rev. 471, 2008, s. 475.

¹⁷⁶ A.a., s. 482f.

¹⁷⁷ Lee, *Masculinity on Trial: Gay Panic in the Criminal Courtroom*, 42 Sw. L. Rev. 817, 2013, s. 818.

¹⁷⁸ Lee, 2008, s. 483-485.

5.2 Provokationsmodellen i common law

Vanligast är att homosexual panic defense används för att stödja ett åberopande av provokation.¹⁷⁹ Om offret provocerat den tilltalade kan denne fällas till ansvar för ”voluntary manslaughter”, vilket i Sverige har sin närmaste motsvarighet i dråp, istället för mord.¹⁸⁰ Till skillnad från i Sverige kan provokation bara användas vid bedömningen av om en gärning ska ses som mord eller dråp och inte vid andra brott. Det är inte heller en omständighet som tas hänsyn till vid straffvärdebedömningen eller påföljdsbestämningen.

Provokation ses, precis som i Sverige, som en delvis ursäktande omständighet.¹⁸¹ För att en gärningsman ska anses rättsligen provocerad krävs att han faktiskt provocerats, vilket innebär att det måste finnas ett orsakssamband mellan provokationen, gärningsmannens vrede och gärningen. Om gärningsmannen agerat under en i förväg bestämd avsikt att döda ska han inte anses ha agerat provocerat.¹⁸² Provokationen måste även ha varit adekvat, vilket innebär att gärningsmannen rimligen provocerats. För att avgöra om en provokation varit adekvat jämförs gärningsmannen med den objektiva standarden ”the reasonable person”, vilket normalt förstås som den genomsnittliga eller typiska personen.¹⁸³ Denna standard är central i provokationsmodellen och kan enkelt sägas innebära att den tilltalade ska jämföras med en vanlig person.

Om provokationen hade förmått en vanlig person att förlora sin självkontroll är den adekvat.¹⁸⁴ Gärningen ska ha skett ”in the heat of passion”, vilket dels innebär att gärningsmannen ska ha befunnit sig i ett visst emotionellt tillstånd, dels att gärningsmannen ska ha agerat innan han besinnade sig. Den senare delen ska ses som ett omedelbarhetskrav, gärningen ska ha efterföljt provokationen innan den tilltalade hunnit besinna sig, och innebär inte att det sker någon bedömning kring huruvida den tilltalade borde besinnat sig. Detta är den viktigaste faktorn i provokationsmodellen. Hade en vanlig person inte provocerats under omständigheterna är det dock oväsentligt om gärningen skett i stundens hetta.¹⁸⁵ Den tilltalades vrede får inte heller vara kraftigt oproportionerlig i förhållande till provokationen. Vissa provokationer är så obetydliga att även om folk kan bli arga borde de inte bli så arga att de förlorar självkontrollen.¹⁸⁶ Sammantaget ska den

¹⁷⁹ Lee, 2013, s. 822.

¹⁸⁰ Lee, 2008, s. 499.

¹⁸¹ A.a., s. 490.

¹⁸² McCoy, *The Homosexual-Advance Defense and Hate Crime Statutes: Their Interaction and Conflict*, 22 Cardozo L. Rev. 629, 2001, s. 637f; Mison, *Homophobia in Manslaughter: The Homosexual Advance as Insufficient Provocation*, 80 Cal. L. Rev. 133, 1992, s. 140.

¹⁸³ Lee, 2008, s. 499f; s. 505.

¹⁸⁴ McCoy, 2001, s. 637.

¹⁸⁵ Mison, 1992, s. 140-142.

¹⁸⁶ Dressler, *When "Heterosexual" Men Kill "Homosexual" Men: Reflections on Provocation Law, Sexual Advances and the "Reasonable Man" Standard*, 85 J. Crim. L. & Criminology Rev. 726, 1995, s. 748.

tilltalade jämföras med ”the reasonable person”, vilket innebär att denne, precis som alla människor, besitter vissa mänskliga svagheter.¹⁸⁷

5.3 Kritik mot homosexual panic defense

5.3.1 Försvarsstrategin privilegierar män

Homosexual panic defense används i princip enbart av manliga tilltalade, medan kvinnor inte drabbas av panik och reagerar med våld mot ett homosexuellt närmande i tillnärmelsevis samma utsträckning. Förklaringen till männens agerande tycks därför baseras på en konstruktion av manlighet som värderar heterosexualitet och våld som manliga karaktärsdrag och underförstått förkastar homosexuella begär.¹⁸⁸

Mildare bedömningar i dessa fall kan reflektera dominerande normer av maskulinitet. Ett homosexuellt närmande hotar den heterosexuella mannens identitet eftersom denne, enligt normen, ska vara intresserad av kvinnor. Män ska också vara den som gör det sexuella närmandet och inte tvärtom. Att mannen reagerar med rädsla och avsky ses därför som rimligt i det heteronormativa samhället. Heterosexuella män kan även känna en rädsla för att andra ska tro att han är homosexuell om han inte gör något som klart uttrycker hans heterosexualitet vid ett homosexuellt närmande.¹⁸⁹ Detta kan jämföras med von Hirsch och Jareborgs resonemang om att mannen agerar för att skydda intresset av att inte förlora sitt sociala anseende.¹⁹⁰

Det rimliga i våld mot homosexuella baseras på en kultur där heterosexuellt manligt våld privilegieras framför andra typer av våld. Mannen påstår att han agerat som en typisk heterosexuell man hade gjort i samma situation. Att en kvinna skulle reagera på ett sexuellt närmande från en man med dödligt våld är däremot inte alls typiskt, varför en kvinna som skulle hävda samma typ av försvar kan få det svårt. Den heterosexuella mannen privilegieras båda över kvinnor och över homosexuella män. Hans reaktion presumeras vara rimlig, han ska bli äcklad och förbannad vid ett homosexuellt närmande. Om en homosexuell man reagerade på samma sätt mot ett heterosexuellt närmande, som han kan tycka är lika motbjudande som en heterosexuell man tycker att ett homosexuellt närmande är, hade denna reaktion troligen inte setts som rimlig eftersom män ska uppskatta att en kvinna är intresserad av dem.¹⁹¹

Dock har inte män en fördel enbart vid provokation på grund av sexuella närmanden utan provokationsmodellen som helhet privilegierar män. En kraftig förlust av självkontroll är framför allt en manlig svaghet och på den

¹⁸⁷ Dressler, 1995, s. 753.

¹⁸⁸ Lee, 2008, s. 488.

¹⁸⁹ A.a., s. 507-509.

¹⁹⁰ Se avsnitt 3.2.3.

¹⁹¹ Lee, 2008, s. 510f.

grunden kan hela modellen kritiseras.¹⁹² Män är mer benägna att använda våld än kvinnor, vilket bland annat brottsstatistik visar på. Män och kvinnor reagerar också olika på provokationer, män har lättare för att se sig själva som offer för orättvisa eller att anse att deras värdighet har attackerats och reagerar därför aggressivt. Det är huvudsakligen manliga reaktioner på kränkningar som erhåller mildare bedömningar och bestämmelser om provokation tillgodoser därför manliga intressen. Dock är män oftare tilltalade för mord än kvinnor och är därför de som drar mest fördel av alla typer av försvar.¹⁹³

5.3.2 Försvarsstrategin förstärker och drar fördel av heteronormativa föreställningar

Homosexual panic-strategier är problematiska eftersom de syftar till att dra fördel av medvetna och omedvetna fördomar om homosexuella, till exempel att de är sexuellt avvikande och påstridiga i sitt sökande efter sexuella kontakter. Därtill förstärks dessa fördomar när sådana försvar accepteras.¹⁹⁴ I över hälften av fallen av våld mot homosexuella är gärningsmannen under 29 år och då aktualiseras även stereotypen av den homosexuella mannen som påstridigt söker sexuella kontakter med unga pojkar, vilket kan påverka bedömningen om det samtidigt rör sig om ett äldre offer.¹⁹⁵

Mison menar att det är omoraliskt att acceptera homosexual panic defense vid icke-våldsamma homosexuella närmanden. Detta förstärker uppfattningen om att homosexuella inte är lika mycket värda och att avsky och fientlighet är naturliga reaktioner mot homosexuellt beteende.¹⁹⁶ Dessa försvarsstrategier syftar till att utnyttja de samhälleliga och individuella reaktionerna som rädsla, avsky och hat avseende homosexuella. Homofobi och heteronormativitet påverkar hur ”the reasonable person” uppfattas och detta har en direkt påverkan på tillämpningen av provokation. Ett homosexuellt närmande presumeras vara skrämmande och motbjudande och den tilltalades reaktion är endast en reflektion av de samhälleliga reaktionerna. Homofobi och heterosexism verkar därmed orättvist till den tilltalades fördel.¹⁹⁷ Att döda någon som en reaktion på ett homosexuellt närmande är oproportionerligt och därmed en orimlig reaktion. Ingen vanlig person, åtminstone inte en som inte är homofobisk, skulle reagera med att döda provokatören på grund av ett homosexuellt närmande.¹⁹⁸ Samhället håller på att förändras och framsteg har gjorts både vad gäller juridiska rättigheter och socialt accepterade av homosexuella personer. Provokation och ”the reasonable person” borde utvecklas med samhället och de normativa ambitioner som de har för avsikt att reflektera.¹⁹⁹ Att reagera med

¹⁹² Dressler, 1995, s. 729.

¹⁹³ A.a., s. 735f.

¹⁹⁴ Lee, 2013, s. 817; s. 827.

¹⁹⁵ Lee, 2008, s. 502.

¹⁹⁶ Mison, 1992, s. 135f.

¹⁹⁷ A.a., s. 158-160.

¹⁹⁸ A.a., s. 172-174.

¹⁹⁹ A.a., s. 174-176.

våld mot homosexuella borde ses som ett irrationellt och egenartat karaktärsdrag hos den tilltalade och borde inte få stödja den påstådda rimligheten i dennes gärning. Domstolarnas acceptering av homosexual panic defense är en oacceptabel juridisk bekräftelse av homofobi. En sådan våldsamt reaktion på icke-våldsamma beteenden kan inte överses av domstolarna eller samhället. Detta vidmakthåller det heteronormativa samhällets syn på vad som är accepterade beteenden.²⁰⁰

5.3.3 Bemötande av kritiken

Dressler är enig med Mison om att våld mot homosexuella är ett allvarligt problem eftersom detta kommunicerar det felaktiga budskapet att dessa inte förtjänar att behandlas med värdighet och respekt. Misons oro att föreställningen om att homosexualitet är ett klandervärdigt beteende och att homosexuella inte förtjänar rättssystemets respekt och skydd förstärks när den tilltalade straffas lindrigare på grund av ett homosexuellt närmande ska därför inte bortses från.²⁰¹

Mison kritiserar dock inte provokationsmodellen som sådan och genom att acceptera ett sådant försvar, som i huvudsak tillgodoser manliga intressen och därmed medför att män delvis ska ursäktas för att de agerar som män, stödjer det att manliga tilltalade även ska kunna åberopa provokation vid homosexuella närmanden. Sådana närmanden borde inte behandlas annorlunda i ett straffsystem där provokation accepteras.²⁰²

Det är även viktigt att komma ihåg att gärningen inte anses rättfärdig på grund av att gärningsmannen provocerats. Självklart borde inte människor döda i reaktion på ett homosexuellt närmande, vilket de inte heller borde vid andra provokationer. Detta är självklart också oproportionerligt vid alla former av provokationer. Eftersom gärningen ses som helt orättfärdig är budskapet inte omoraliskt, det innebär inte att offret förtjänade mindre respekt eller att hans död var mer acceptabel än om han varit heterosexuell.²⁰³

Vid bedömningen av en provokation är det relevant att fråga sig hur de flesta människor skulle ha agerat under omständigheterna. Initialt är det alltså möjligt att argumentera för att om de flesta människor är homofobiska så bör detta påverka uppfattningen om "the reasonable person". Men provokationen har även en normativ sida vilket innebär att gärningsmannens moraliska brister som medför att denne är ovanligt sannolik att provoceras och förlora självkontrollen inte tas hänsyn till. Därför ska inte homofobi påverka bedömningen.²⁰⁴ Det är därför viktigt att betydelsen av den sexuella läggningen görs tydlig vilket gör att domstolen kan fundera över och avvisa

²⁰⁰ Mison, 1992, s. 177f.

²⁰¹ Dressler, 1995, s. 727.

²⁰² A.a., s. 737.

²⁰³ A.a., s. 749f.

²⁰⁴ A.a., s. 757f.

de stereotypiska fördomarna om homosexuella män.²⁰⁵ Det är viktigt att heterosexuella mäns känslor om homosexuella diskuteras istället för att låtsas som om några fördomar inte finns. Domstolen får då också en möjlighet att tänka över sina attityder mot homosexuella.²⁰⁶ Det är även viktigt att domstolen funderar över om bedömningen blivit annorlunda om det varit en homosexuell man som utsatts för ett heterosexuellt närmande eller en kvinna som utsatts för ett sexuellt närmande av en man. Om detta inte anses provocerande bör domstolen fundera över risken att medvetna eller omedvetna fördomar påverkar dess beslut.²⁰⁷ Fördomar eller rädsla mot homosexuella eller homosexualitet ska inte påverka bedömningen och ett homosexuellt närmande ska inte bedömas annorlunda än ett heterosexuellt närmande.²⁰⁸

5.3.4 Risk för missbruk

Det finns en stor risk att homosexual panic defense missbrukas. Den tilltalade kan med framgång hävda ett sådant försvar även om de inte agerade i stundens hetta och även när det finns starka bevis för att den tilltalades avsikt var att våldföra sig på en homosexuell person.²⁰⁹ Offret är inte heller närvarande för att motbevisa den tilltalades påståenden.²¹⁰ Det är därför viktigt att urskilja de fall som i själva verket är hatbrott eller rån som försöker att maskeras som ett fall av provokation.²¹¹

Det är exempelvis relativt vanligt att den tilltalade försatt sig i en situation i vilken ett homosexuellt närmande är sannolikt, till exempel genom att fortsätta umgås med någon som redan gjort en homosexuell invit eller genom att först samtycka till sex. Detta borde underminera den tilltalades påstående om provokation.²¹²

5.3.5 Konflikt med hatbrott

McCoy tar sin utgångspunkt i två rättsfall där de tilltalade åberopade homosexual panic defense men morden dömdes som hatbrott. Han menar att sådana fall för samman två oförenliga idéer inom straffrätten, idén om högre straff för hatbrott och doktrinen om provokation, baserat på homosexual panic defense, där den tilltalade åberopar en mildare bedömning eftersom han provocerats av ett homosexuellt närmande.²¹³ I dessa fall går motivet bakom brottet inte att skilja från gärningsmannens homofobi och hans reaktion baseras på den homosexuella naturen av närmandet.²¹⁴ Samtidigt som lagstiftaren försöker förhindra och reagera mot hatbrott legitimeras

²⁰⁵ Lee, 2008, s. 531.

²⁰⁶ A.a., s. 533f.

²⁰⁷ A.a., s. 564f.

²⁰⁸ Dressler, 1995, s. 761.

²⁰⁹ Mison, 1992, s. 167f.

²¹⁰ A.a., s. 171.

²¹¹ Dressler, s. 760.

²¹² Lee, 2008, s. 504f.

²¹³ McCoy, 2001, s. 633.

²¹⁴ A.a., s. 634; s. 656.

homofobiskt våld genom att samma homofobiska intolerans och trångsynthet ses som en rimlig och acceptabel mänsklig svaghet när straff lindras på grund av homosexuella närmanden.²¹⁵ Möjligheten att använda sig av homosexual panic defense motsäger och motverkar målet att tillförsäkra proportionerligt högre straff för brott som beslutats vara mer klandervärda. När dessa används i ett och samma rättssystem är det möjligt att en tilltalad kan få ett betydligt högre straff genom hatbrottslagstiftningen och att en annan kan få ett betydligt lägre straff för ett homofobiskt brott. Det verkliga problemet med den tilltalades fördomar bortses från när hans klandervärdhet bestäms och samhället får inte adekvat vedergällning för brott som det har bekräftat orsakar speciell skada.²¹⁶

Dressler menar att det inte är nödvändigt att en person som dödar någon efter ett homosexuellt närmande gör detta baserat på intolerans, trångsynthet eller homofobi. Denne är självklart medveten om provokatörens sexuella läggning, men detta behöver inte vara motivet för gärningen. Att bli upprörd av ett sexuellt närmande, oavsett av vilken natur, är en befogad reaktion och det finns därmed en giltig, icke-homofobisk grund för att delvis ursäkta den tilltalade i många fall av sexuella närmanden.²¹⁷

Detta betyder dock inte att en heterosexuell man reagerar på ett homosexuellt närmande på ett könsneutralt sätt. Det faktum att närmandet är av homosexuell natur kan vara anledningen till dennes ilska. Det betyder inte heller att reaktionen inte ofta förvärras av det faktum att vissa män finner tanken på att delta i en homosexuell akt fysiskt, till skillnad från moraliskt, motbjudande. En persons avsky vid tanken på att delta i en homosexuell akt är inte alltid ett bevis på homofobi, denne kan finna homosexuellt beteende motbjudande utan att hata homosexuella eller vilja skada dem. Vad som realistiskt kan göras är att mäta den tilltalades reaktion, som kan men inte behöver ha homofobiska drag, mot hur en vanlig person agerat i hans situation.²¹⁸

²¹⁵ McCoy, 2001, s. 657.

²¹⁶ A.a., s. 658f.

²¹⁷ Dressler, 1995, s. 754f.

²¹⁸ A.a., s. 755f.

6 Rättsfall

6.1 Inledning

I uppsatsens föregående kapitel har de rättsliga förutsättningarna för bedömningen av en gärning som begåtts efter ett homosexuellt närmande samt kritik och diskussioner i amerikansk doktrin om bedömningen av sådana gärningar redogjorts för. Med detta som bakgrund ska de 22 rättsfallen i förevarande kapitel behandlas. Rättsfallen kommer till viss del att analyseras löpande i detta kapitel och i kapitel sju följer sedan en sammanfattande analys.

Att det är främst män som reagerar med våld på homosexuella närmanden, vilket konstaterats i de amerikanska artiklarna, bekräftas av mitt rättsfallsmaterial. Samtliga gärningsmän är män. Majoriteten är också unga män, av totalt 25 gärningsmän är 19 under 30 år och nio av dem är under 20 år. I samtliga 22 fall, utom ett där målsäganden utsatts för ett rån, rör det sig om våldsbrott. Det är sex fall av misshandel, fyra fall av grov misshandel, ett försök till mord och i tio fall har den tilltalade uppsåtligt berövat offret livet. Majoriteten av dödsfallen har föregåtts av övervåld, till exempel genom ett mycket stort antal knivhugg eller genom kraftigt våld som pågått under ett utdraget händelseförlopp. Tio av gärningarna har begåtts i offrets eller målsägandens hem.

I det första avsnittet behandlas de rättsfall där den tilltalade åberopat nödvärn. I det andra avsnittet kommer domstolarnas resonemang kring provokation och hatbrott behandlas.

6.2 Nödvärn

I fem av de 22 fallen åberopade den tilltalade att han befunnit sig i en nödvärnssituation. En sådan invändning godtogs i ett av dessa fall. Utgångspunkten för bedömningen i det fallet var att den tilltalade vid det aktuella tillfället vaknade och upptäckte att han utsattes för en våldtäkt, det var fråga om ett pågående brottsligt angrepp. Den tilltalade slog då en flaska i huvudet på målsäganden. Domstolen fann att våldet varit uppenbart oförsvarligt men att omständigheterna varit sådana att den tilltalade svårligen kunnat besinna sig med hänsyn till att han endast haft någon bråkdel av en sekund att avgöra hur han skulle handla. Åtalet ogillades därmed.²¹⁹

I de fyra övriga fallen, där den tilltalade åberopade nödvärn, bestod de sexuella närmandena i första hand av sexuella ofredanden eller försök till

²¹⁹ B 16155-13.

sexuella ofredanden.²²⁰ Vid bedömningen av nödvärnsinvändningen lade domstolarna vikt vid de objektiva omständigheterna såsom angriparens egenskaper, till exempel att denne varit alkoholpåverkad, äldre och svagare och inte fysisk överlägsen den tilltalade.²²¹ Våldet som de tilltalade använt, vilket bestod av dödligt våld genom ett mycket stort antal knivhugg eller grov misshandel eller misshandel genom upprepade slag, ansågs ha varit uppenbart oförsvarligt.²²² Omständigheterna ansågs inte heller ha varit sådana att den tilltalade svårligen kunnat besinna sig. I de fall detta motiverades ansågs situationen inte ha varit tillräckligt hotfull eller svårbedömd och den tilltalade hade även haft möjlighet att undvika situationen.²²³

Ett utförligt resonemang kring nödvärn vid ett sexuellt ofredande fördes i ett av de fall, som diskuterats ovan, där nödvärnsinvändningen inte godtogs. Domstolen jämförde den aktuella situationen med om det istället varit en kvinna som utsatts för ett sexuellt ofredande av en man och uttalade:

”Eftersom det i målet har argumenterats kring hur domstolen skulle ha resonerat om det hade varit en kvinna som hade blivit sexuellt ofredad av en man tar tingsrätten tillfället att bemöta dessa argument. Beklagligt nog hör det inte till ovanligheterna att en kvinna blir utsatt för sexuella ofredanden; kvinnor riskerar att få ta emot sexuella anspelningar och olämpliga kommentarer på tunnelbanan, på sin arbetsplats, i skolan, på krogen och i en rad andra sammanhang. Det förekommer tyvärr också, inte helt sällan, att kvinnor blir handgripligen antastade, tafsade på eller ofrivilligt får se personer blotta sig inför dem. Om en kvinna i alla dessa sammanhang hade en rätt att tillgripa våld för att freda sig, skulle många personer bli slagna. Det sätt som dessa oacceptabla beteenden vanligtvis hanteras på är istället att markera att det är fråga om just ett olämpligt och kränkande beteende, gå från platsen eller be den person som ofredar att avlägsna sig. Naturligtvis kan det även i dessa situationer finnas utrymme för en rätt att freda sig med våld, en bedömning måste förstås ske utifrån angreppets beskaffenhet och våldets försvarlighet.”²²⁴

Sammanfattningsvis ogillades åtalet på grund av den tilltalades nödvärnsinvändning endast i ett av fallen, i vilket den tilltalade utsattes för en våldtäkt. Det är intressant att domstolen i ett fall uttryckligen jämförde den aktuella situationen, som bestod av ett homosexuellt närmande, med ett heterosexuellt närmande. Detta är något som tyvärr ingen av domstolarna resonerat kring i fallen som avser provokation, vilket hade varit än mer intressant. Men även om denna jämförelse inte görs i övriga fall där nödvärn aktualiserats verkar det inte som om domstolarna lägger någon vikt vid att närmandet varit av homosexuell natur. Det faktum att det rör sig om ett homosexuellt närmande hade annars kunnat vara lätt att se som en ”ursäkt” till varför den tilltalade hade svårt att besinna sig. Domstolarna verkar istället fokusera på de objektiva omständigheterna, såsom angriparens

²²⁰ B 2796-05, B 3622-11 och B 10803-12. I B 2559-02 utgick domstolen från att offret sökt tilltvinga sig sexuellt umgänge med den tilltalade när den tilltalade inte längre velat ha sexuellt umgänge med denne.

²²¹ B 2559-02, B 2796-05 och B 3622-11.

²²² B 3622-11, B 10803-12, B 2796-05 och B 2559-02.

²²³ B 2559-02 och B 10803-12.

²²⁴ TR i B 10803-12.

egenskaper och det våld som använts, och de tilltalade tillerkänns ingen bredare marginal av nödvärnsrätten till deras förmån på grund av att det rör sig om ett homosexuellt närmande.

I de fyra fall där nödvärnsinvändningen inte godtogs aktualiserades istället frågan om den tilltalade provocerats. Dessa fall kommer därför behandlas även i nästa avsnitt där domstolarnas resonemang kring provokation och hatmotiv behandlas. Med andra ord kommer samtliga 22 fall, undantaget det rättsfall där nödvärnsinvändningen godtogs, behandlas i fortsättningen.

6.3 Provokation och hatmotiv

6.3.1 Inledning

I 21 av de 22 fallen aktualiserades frågan om provokation, antingen genom att den tilltalade åberopade provokation eller uppgav att hans gärning framkallats av offrets beteende, eller genom att domstolen diskuterade provokation utan att det åberopats. Offrens beteende har bestått av ett homosexuellt närmande eller någon form av homosexuell invit, det kan röra sig om allt från att offret givit den tilltalade sitt telefonnummer eller flirtat med denne till mer allvarliga sexuella närmanden där offret handgripligen antastat den tilltalade.

Inledningsvis ska det prejudicerande avgörandet NJA 1995 s. 464 behandlas. I det fallet hade offret dragit ner den tilltalade mot sitt mellangärde och sagt ”vill du suga min kuk?”. Den tilltalade började då hugga med en kniv mot offret som föreföll opåverkad av huggen och fortsatte komma emot honom. Den tilltalade berövade offret livet genom att tilldela denne 64 knivhugg. Den tilltalade uppgav även att han tyckte illa om homosexuella, eftersom han menade att dessa demoraliserade samhället. Åklagaren hävdade att den tilltalade, sedan han fått offrets homosexuella läggning klar för sig, under inverkan av sin berusning och sin hatiska inställning till homosexuella beslutat sig för att utnyttja tillfället och bringa det närmast redlöst berusade offret om livet. TR menade att ”graden av provocerande uppträdande och våldsutövning från [offrets] sida kan ha överdrivits av [den tilltalade], särskilt i beaktande av att [offret] haft en sådan alkoholkoncentration i blodet att han torde ha varit närmast redlös och inkapabel att utföra ett allvarligare våldsamt angrepp” men att ett närmande i form av att offret lagt armen runt den tilltalades axlar och hals och tagit ett relativt kraftigt grepp om denne ”[kan] ha förekommit”. Påståendet om provokation godtogs därför liksom att provokationen ”åtminstone inledningsvis utlöste det våld som [den tilltalade] utövade.” Det förhållande att den tilltalade tilldelat offret ett mycket stort antal knivhugg var inte ensamt tillräckligt för att kvalificera gärningen som mord. Gärningen bedömdes därmed som dråp och även vid straffvärdebedömningen beaktades att den tilltalade provocerats. Även frågan om ett eventuellt hatmotiv berördes. TR menade att ”[den tilltalades] handlande i vart fall inte inledningsvis - influerats av hans uttalat negativa inställning till homosexuella. Möjligen

kan så ha varit fallet under det senare skedet, när [den tilltalade] utdelat ett stort antal hugg i ryggen på [offret], men då har [offret] redan tillfogats de dödande skadorna i bröstet.”

HovR gjorde samma bedömning.

HD fann att den tilltalades uppgifter om händelseförloppet, som av domstolen beskrevs som att offret dragit ner den tilltalade mot sitt mellangärde och uppmanat honom till en homosexuell handling, väsentligen måste godtas. Domstolen ansåg att den tilltalade därmed fick anses ha blivit utsatt för en ”förhållandevis allvarlig provokation”. Offrets beteende hade försatt den tilltalade ”i ett tillstånd av okontrollerat ursinne” och dödsmisshandeln hade ”i sin helhet förövats medan [den tilltalade] alltjämt var i stark affekt framkallad genom [offrets] beteende.” HD ansåg att gärningen skulle betecknas som dråp ”[ä]ven om den synnerligen omfattande misshandeln kan ge anledning till viss tvekan i rubriceringsfrågan”.

Två justitieråd var skiljaktiga och ansåg att provokationen ”inte [kan] anses ha varit av allvarligare slag”. De ansåg att den tilltalade skulle dömas för mord eftersom denne hade utsatt offret för ”en omfattande och synnerligen allvarlig misshandel trots att denne till följd av sin kraftiga berusning får antas ha varit i det närmaste försvarslös. Även i betraktande av att [den tilltalade] av allt att döma handlat i stark affekt har dödsmisshandeln karakteriserats av en sådan utpräglad hänsynslöshet att gärningen vid en samlad bedömning inte kan anses som mindre grov.”

Samtliga instanser ansåg att den provokation som den tilltalade utsatts för föranledde att gärningen borde betecknas som dråp. De berörde även frågan om huruvida det övervåld som den tilltalade använt borde föranleda en annan bedömning, men fann att så inte var fallet. HD menade också att den tilltalade varit i stark affekt under hela gärningen. De skiljaktiga ledamöterna i HD ansåg däremot inte att provokationen varit av allvarligare slag. TR uttalade sig även kring om huruvida ett hatmotiv förelegat men menade att så inte varit fallet, åtminstone inte inledningsvis. Under det senare skedet menade domstolen däremot att ett sådant motiv kunde ha förelegat, men att detta var oväsentligt eftersom offret då redan tillfogats de dödande skadorna i bröstet.

Träskman har kommenterat fallet och konstaterar att det vid första tanken kan förefalla vara helt riktigt att en gärning som någon provocerats till straffas lindrigare, även när gärningen består av ett uppsåtligt dödande. Samtidigt är det vanligt att gärningsmannen i sådana fall själv anser att hans handlande är en direkt följd av en provokation.²²⁵ Han frågar sig i vilken utsträckning domstolen ska acceptera gärningsmannens värderingar och i vilken mån den i sitt domslut ska förkasta dem på grund av att de inte överensstämmer med de värderingar som mer allmänt accepteras i

²²⁵ Träskman, ”Normalfall eller dödande med förmildrande särdrag – gränsen mellan mord och dråp”, JT nr 2, 1995/96, s. 442.

samhället. Som exempel använder han scenariot att en man med starkt rasistiska värderingar berövar en invandrare livet på grund av att han provocerats av att invandraren (berättigat) kritiserat honom. Träskman frågar sig om detta är något domstolen ska acceptera; när är det berättigat för domstolen att underkänna gärningsmannens egen uppfattning om ”vad som är en tillräckligt god orsak för att döda” och när är det oberättigat?²²⁶

Träskman kopplar den tilltalades syn på homosexuella till varför han ansåg sig starkt provocerad av den homosexuella inviten och detta försvar accepterades i domstolen. Han tror vidare att det faktum att offret var en homosexuell man påverkade domstolens bedömning. Domstolen accepterade på sätt och vis att ett närmande av detta slag utgjorde en provokation som resulterade i att gärningsmannens emotionella tillstånd var förståeligt. Detta trots att det är allmänt accepterat att homosexuella och heterosexuella ska behandlas lika i samhället. Han frågar sig slutligen om bedömningen hade blivit en annan om det istället hade varit en kvinna som gjort ett motsvarande närmande mot en man och mannen, provocerad av detta, hade dödat henne. Även här hade motivet kunnat vara att han anser att kvinnor som kommer med detta slag av närmanden ”demoraliserar samhället”.²²⁷

Även Burman har kommenterat fallet i en artikel om provokation. Hon menar att inte bara gärningsmannens bedömning av kränkningen ska prövas utan även hans val av handling. Det sägs inte explicit att någon sådan bedömning ska göras i svensk rätt och doktrin och Burman anser att det är orimligt att alla på en kränkning följande handlingar ska kvalificera sig som provocerade handlingar.²²⁸

6.3.2 Rättsfall där den tilltalade ansetts provocerad

6.3.2.1 Vilka beteenden anses provocerande?

Utöver NJA 1995 s. 464 ansågs offrets beteende ha varit provocerande i elva av fallen.²²⁹ De beteenden från offrens sida som domstolarna ansåg utgjorde en provokation är av vitt skilda karaktärer. Det kan röra sig om allvarliga typer av sexuella närmanden, till exempel att offret företagit eller försökt företa vissa sexuella handlingar med den tilltalade mot dennes vilja eller tagit på den tilltalades könsorgan, eller vad som snarare kan karakteriseras som verbala närmanden, till exempel att offret sagt att han ville företa sexuella handlingar med den tilltalade, sagt att han var tänd på

²²⁶ Träskman, 1995/96, s. 443.

²²⁷ A.a., s. 443.

²²⁸ Burman, 2011, s. 110.

²²⁹ Jag har valt att här även inkludera rättsfallet B 3622-11 där domstolen dock tillämpade BrB 29 kap. 3 § 5 p. och inte BrB 29 kap. 3 § 1 p. Straffvärdet påverkades därmed i mildrande riktning eftersom den tilltalade befunnit sig i en nödvärnssituation och inte för att han provocerats. Omständigheterna i fallet är dock jämförbara med övriga fall och det förefaller mer vara en tillfällighet att punkt 5 har tillämpats istället för punkt 1.

denne eller frågat om denne ville ha en puss.²³⁰ Ett av de elva fallen, i vilket den tilltalade och offret haft sexuellt umgänge, utmärker sig dock något. Ingenting i utredningen tydde på att samtycke inte förelegat från bådas sidor och den tilltalade mindes inte händelseförloppet, men ur den rättspsykiatriska undersökningen hämtade domstolen följande uppgifter:

”Det kan inte uteslutas att den andre mannen tagit initiativ till en homosexuell kontakt och det kan inte uteslutas att [den tilltalade] känt sig våldsamt kränkt och äcklad. [...] Bland annat dessa faktorer [...] ingår i de psykologiska möjliga tolkningarna av bakgrunden till den plötsliga, våldsamma aggressiva urladdningen.”²³¹

Utmärkande för detta fall är också att det uttryckligen lades vikt vid att det rörde sig om en homosexuell kontakt. Det faktum att det sexuella närmandet var av homosexuell natur ges uttryckligen relevans i ytterligare ett av de elva fallen. Domstolen uttalade:

”Detta innebär att [den tilltalade] kan ha utsatts för ett ovanligt påfluet närmande och det av homosexuell natur. Det är känt att detta kan väcka starka känslor och upplevas mycket obehagligt för den som utsätts för detta. [målsägandens] handlande kan därmed anses utgöra ett grovt kränkande beteende som får beaktas som förmildrande vid bestämmande av påföljd. Tingsrätten vill dock notera att det inte är självklart att [målsägandens] handlande var av homosexuell art. Han var mycket berusad och kan av misstag ha agerat som han gjorde.”²³²

I de övriga nio av de elva fallen där offrets beteende ansågs provocerande användes istället neutrala uttryck som till exempel sexuellt närmande istället för homosexuellt närmande eller närmande av homosexuell natur.

Gemensamt för flera av de elva fallen är att domstolen inte fann den tilltalades uppgifter om händelseförloppet helt trovärdiga, men ändå lade dem till grund för bedömningen. Domstolarna uttalade till exempel att det var sannolikt att påståendena om sexuella närmanden var en efterhandskonstruktion eller att den tilltalade överdrivit offrets provokativa beteende.²³³ I ett fall fann domstolen det visat att den tilltalade besökt offret i avsikt att ha sex med denne, medan den tilltalade hävdade att han uppsökt offret angående ett jobberbjudande och att denne sedan företagit vissa sexuella handlingar med honom mot hans vilja samt uppträtt kränkande mot honom. Trots att den tilltalade, enligt domstolen, ljugit om avsikten med besöket ansåg domstolen att ”det inte kan uteslutas att brottet förgåtts av en provokation från [offrets] sida”.²³⁴ Omständigheterna var snarlika även i ett annat fall. Den tilltalade hävdade att offret tvingat honom till sexuellt umgänge, men domstolen ansåg att övrig bevisning talade starkt för att ytterligare sexuell samvaro, som den tilltalade inte berättat om, förevarit mellan parterna. Trots detta ansåg domstolen att ”det inte kan uteslutas att [den tilltalade] i något läge inte velat ha sexuellt umgänge med [offret] och

²³⁰ B 753-10, B 2559-02, B 878-10, B 3622-11, B 3414-11 och B 4689-09 (allvarligare närmanden); B 2796-05, B 7952-00, B 10803-12 och B 18501-11 (verbala närmanden).

²³¹ TR i B 163-01.

²³² TR i B 4689-09.

²³³ HovR i B 878-10, B 2796-05 och B 3622-11.

²³⁴ TR i B 753-10.

givit klart uttryck för detta, samt att [offret], troligen i ett sexuellt upphetsat tillstånd, då sökt tilltvinga sig sexuellt umgänge med denne [...]”²³⁵.

I de två sistnämnda fallen hade de tilltalade, som identifierade sig som heterosexuella, enligt domstolen antingen besökt offret i avsikt att ha sex med denne eller först haft samtyckande sex med offret. De båda tilltalade uppgav även att de tidigare hade utsatts för sexuella övergrepp av män. Jag anser att det finns två alternativa förklaringar till de tilltalades våldsanvändning, som består av kraftigt våld under ett utdraget händelseförlopp respektive ett sextiotal knivhugg vilket i båda fallen lett till offrens död. Den första är att de tilltalade själva hade vissa homosexuella dragningar och därför sökte upp offren i syfte att utöva våld mot dem om de gjorde närmanden. De tilltalade kan ha känt ett behov av att uttrycka fientlighet mot homosexuella eftersom de ville manifesteras sin heterosexualitet.²³⁶ Den andra alternativa förklaringen är kopplad till de tilltalades tidigare utsatthet för sexuella övergrepp av män. De tilltalade kan ha sökt upp offren i syfte att denne skulle göra ett närmande, vilket då skulle rättfärdiga deras våldsanvändning och ge utlopp för deras känslor kring homosexuella som grundar sig på tidigare erfarenheter. Dessa två alternativa förklaringar innebär att den tilltalade medvetet satt sig i en situation för att bli provocerad och med tanke på bakgrunden i fallet anser jag att domstolarna borde funderat mer kring de tilltalades påståenden om provokation.²³⁷

6.3.2.2 Hur påverkar provokationen bedömningen?

Även om offrets beteende utgjort en provokation påverkade detta inte bedömningen alls eller endast i viss mån i majoriteten av de elva fallen. När offrets provokation bestått av ett verbalt närmande uttalade domstolen att provokationen inte varit av allvarligare slag, antingen uttryckligen eller underförstått genom att detta endast ansågs ha viss betydelse för straffvärdet eller att målsäganden endast ansågs ha varit provocerande i viss mån.²³⁸ En annan anledning till att provokationen inte beaktades eller inte tillmättes någon större betydelse var att domstolen ansåg att den tilltalades våldsanvändning varit oproportionerlig, även i förhållande till vissa allvarligare sexuella närmanden. I ett av dessa fall uttalade TR:

”Att [tilltalad A] efter knuffen fortsatt att misshandla den liggande och försvarslöse [målsäganden] kan inte ursäktas av ett eventuellt föregående handlande från [målsägandens] sida med sexuella undertoner. [tilltalad A] kan alltså inte till sitt fredande åberopa att [målsäganden] inledningsvis skulle ha gjort sexuella närmanden mot honom vid bedömningen av ansvaret för det fortsatta händelseförloppet, när [målsäganden] legat på köksgolvet utan möjligheter att försvara sig.”²³⁹

²³⁵ B 2559-02.

²³⁶ Jfr. resonemanget om latent homosexualitet i avsnitt 5.1.

²³⁷ Jfr. avsnitt 5.3.4.

²³⁸ B 2796-05, B 7952-00, B 10803-12 och B 18501-11.

²³⁹ TR i B 878-10.

Även HovR gjorde samma bedömning:

”[även] om det skulle ha förekommit sexuella närmanden av det slag som [de tilltalade] berättat om har de självfallet inte haft rätt att misshandla [målsäganden] på det sätt som nu skett. Ansvar för den mycket grova misshandel som de gjort sig skyldiga till kan alltså enligt hovrättens mening inte påverkas av påståendena om att de utsatts för en sexuell provokation.”²⁴⁰

Andra exempel på liknande proportionalitetsbedömningar är att domstolen uttalade att ”den misshandel som därefter följt inte stått i någon som helst rimlig proportion till vad [den tilltalade] utsatts för”²⁴¹, att ”[ä]ven om [den tilltalade] känt sig provocerad av [offrets] sexuella närmande framstår det närmast besinningslösa våld han använt [...] som helt oförklarligt”²⁴² och att ”[d]en provokation eller kränkning som [offret] kunde ha gjort sig skyldig till kunde därför på intet sätt innebära att det brutala våld [den tilltalade] med dödlig utgång utövade mot [offret] i dennes egna hem ska anses som mindre grovt.”²⁴³ Även i ytterligare ett fall, där straffvärdet påverkades marginellt, tycks detta ha berott på den tilltalades övervåld.²⁴⁴

Domstolarna gjorde i dessa fall, till skillnad från i NJA 1995 s. 464, en proportionalitetsbedömning, vilken kan jämföras med försvarlighetsbedömningen vid nödvärn, och därmed sågs inte provokationen som en godtagbar förklaring när den tilltalade använt någon allvarligare form av våld. Detta står i överensstämmelse med den standpunkt Burman framfört, nämligen att alla på en kränkning följande handlingar inte ska kvalificera sig som provocerade handlingar utan att även gärningsmannens val av agerande ska prövas.

Det kraftiga våldet förklarades inte heller av ett affektillstånd, till skillnad från i NJA 1995 s. 464. Ett resonemang som kan kopplas till affekt fördes endast i ett av fallen där den tilltalade provocerats, men ansågs inte heller kunna ursäktas allvarligare former av våld. Domstolen uttalade att ”[e]tt initialt mindre kontrollerat beteende kan till följd av beteendet bli förklarligt och i viss mån ursäktligt men knappast våld av mer kvalificerat slag”.²⁴⁵

I tre av de elva fallen var offrets provokation en av grunderna till att gärningen bedömdes som dråp istället för mord eller att den tilltalade dömdes till ett tidsbestämt straff istället för livstids fängelse.²⁴⁶ I dessa fall rörde det sig dock om allvarliga sexuella närmanden där det enligt domstolen inte kunde uteslutas att offret företagit eller försökt företa sexuella handlingar med den tilltalade mot dennes vilja.

²⁴⁰ HovR i B 878-10.

²⁴¹ TR i B 4689-09.

²⁴² B 2796-05.

²⁴³ TR i B 753-10.

²⁴⁴ B 3622-11.

²⁴⁵ TR i B 4689-09.

²⁴⁶ B 2559-02, B 3414-11 och B 163-01. I B 163-01 beaktades att gärningen synes ha orsakats av en plötsligt och häftigt uppkommen aggression och offrets beteende sågs som en av de möjliga orsakerna till detta.

6.3.2.3 Hur resonerar domstolen kring ett eventuellt hatmotiv?

I de fall där domstolen ansåg att offrets beteende utgjort en provokation diskuterades ett eventuellt hatmotiv endast i tre fall. I de övriga åtta fallen diskuterades således inte något hatmotiv överhuvudtaget.

För att en gärning ska kunna anses innefatta ett homo- eller bifobiskt motiv krävs att offret eller målsäganden varit homo- eller bisexuell.²⁴⁷ I flera av de åtta fall²⁴⁸ där något hatmotiv inte diskuterades framgår det inte klart huruvida offret eller målsäganden var homo- eller bisexuell och det är därmed inte säkert att straffskärpningsregeln hade kunnat tillämpas. I ett av dessa fall²⁴⁹ kom inte den tilltalades våldsanvändning som en direkt reaktion på det homosexuella närmandet utan den verkar snarare ha orsakats av att offret även försatte honom i en utpressningsliknande situation. Något hatmotiv verkar således inte föreligga.

I fem²⁵⁰ av dessa åtta fall ansågs de tilltalades berättelser om händelseförloppet inte helt trovärdiga²⁵¹ och de tilltalade hade genom kraftigt och upprepat våld, i två av fallen med hjälp av kniv, gjort sig skyldiga till antingen uppsåtliga dödanden eller grova misshandelsbrott. De tilltalade hade även följt med offret hem, besökt denne i hans bostad eller bjudit med denne hem till sig. Offret var i samtliga fall betydligt äldre än den tilltalade och i alla fall utom ett var den tilltalade i 20-årsåldern.

Trots att de tilltalade inte ansågs trovärdiga diskuterade inte domstolarna huruvida några andra motiv kunde ha legat bakom deras våld, möjligheten att det funnits en avsikt att begå våld sedan tidigare berördes dock i två av fallen. Jag anser att både det kraftiga övervåldet och det faktum att de tilltalade valt att åka hem till offren eller bjudit med dem hem kan tyda på att andra eller ytterligare motiv ligger bakom gärningarna. Det kan även tyckas märkligt att de unga männen följde med en äldre man, som de nyligen träffat, hem eller bjöd med denne hem till sig. Det kan vara så att något närmande överhuvudtaget inte förekommit och att gärningsmannen försökt maskera ett hatbrott genom att åberopa provokation. Det är även möjligt att gärningsmannen, som jag tidigare diskuterat, medvetet försökt sätta sig i en situation där ett homosexuellt närmande var sannolikt och att gärningen i själva verket varit planerad. Istället sågs offrens beteenden som den utlösande faktorn till de tilltalades, som identifierar sig som heterosexuella, våld.²⁵²

Åklagaren åberopade straffskärpningsregeln i tre av de elva fallen där domstolen ansåg att offret varit provocerande. Motivet ansågs inte styrkt i

²⁴⁷ Se avsnitt 2.2.

²⁴⁸ B 3414-11, B 163-01, B 4689-09, B 878-10, B 3622-11, B 753-10, B 2796-05 och B 2559-02.

²⁴⁹ B 3414-11.

²⁵⁰ B 878-10, B 3622-11, B 753-10, B 2796-05 och B 2559-02.

²⁵¹ Se brödtext tillhörande fotnot 233-235.

²⁵² Jfr. avsnitt 5.3.4.

två av dessa fall. I det första fallet uppgav den tilltalade att han åkt med offret hem, efter att denne gjort vissa harmlösa närmanden, i syfte att på något sätt misshandla honom utan några vittnen. Den tilltalade berövade sedan offret livet genom att skära denne över halsen med en kniv och därefter hålla en kudde över dennes ansikte. Enligt den medtilltalade, som inte dömdes för brottet, hade den tilltalade under gärningen sagt ”du ska dö din bögjävel”. Efteråt hade han även sagt ”det är ingen fara, det var bara en bögjävel”. Domstolen ansåg att det inte ”[kan] anses utrett att [den tilltalade] bragt [offret] om livet på grund av dennes sexuella läggning i allmänhet utan fastmer som en följd av att [offret] gjort oönskade närmanden mot honom.”²⁵³

I det andra fallet, där motivet inte ansågs styrkt, hade den tilltalade tilldelat målsäganden flera knytnävsslag så att denne förlorade medvetandet efter att målsäganden fällt kommentarer med anspelning på att han och den tilltalade skulle ha sex. Domstolen uttalade:

“Genom utredningen är det visat att [den tilltalade] precis innan han slog [målsäganden] skrek ’böggjävle’ eller ’din jävla bögg’, alltså direkt nedsättande kommentarer. Uttalandena synes emellertid ha berott på situationen och att [den tilltalade] kände sig kränkt och förolämpad av [målsägandens] kommentarer. Det är inte visat att [den tilltalade] genom att använda detta uttryckssätt eller på annat sätt har misshandlat [målsäganden] just på grund av dennes sexuella läggning.”²⁵⁴

Provokationen tillmättes inte någon större betydelse i något av dessa två fall²⁵⁵, men offrens beteende sågs som den utlösande faktorn till gärningsmannens våldsanvändning. Därmed ansågs inte heller ett motiv för gärningen ha varit att kränka offret på grund av dennes sexuella läggning. Domstolarna verkar här utgå från att det rör sig om en ”antingen eller-situation”; antingen har den tilltalade provocerats till sitt agerande eller så har hans motiv varit att kränka målsäganden och det ena utesluter det andra. Det är dock viktigt att komma ihåg att motivet att kränka någon på grund av dennes sexuella läggning inte behöver ha varit det enda eller ens det huvudsakliga motivet.²⁵⁶ Till skillnad från de fall där något hatmotiv inte diskuterades har de tilltalade i dessa två fall uttalat nedsättande kommentarer med koppling till offrens sexuella läggning i samband med gärningarna. Detta är dock inte tillräckligt för att det ska ses som ett hatbrott.²⁵⁷ Däremot kan det tyda på att offrens sexuella läggning har haft betydelse vid gärningen. Detta behöver dock inte enligt Dressler betyda att den sexuella läggningen utgjort motivet för gärningen.²⁵⁸ Även om det inte finns något uttalat omedelbarhetskrav vid provokation i svensk rätt anser jag ändå att det faktum att den tilltalade i det första av dessa två fall väntade med sin reaktion på offrets närmande, till dess att han kunde utöva våld mot denne utan några vittnen, tyder på att det även funnits ett hatmotiv. I det

²⁵³ B 7952-00.

²⁵⁴ TR i B 10803-12.

²⁵⁵ Se brödtext tillhörande fotnot 238.

²⁵⁶ Se avsnitt 4.3.2.3.

²⁵⁷ Se avsnitt 4.3.2.3.

²⁵⁸ Se avsnitt 5.3.5.

andra fallet rörde det sig om en relativt kraftig reaktion i förhållande till ett någorlunda harmlöst närmande, varför jag anser att det är tveksamt om det inte även i det fallet funnits ett bakomliggande hatmotiv.

Slutligen ansågs ett hatmotiv styrkt i ett av de elva fall där offrets beteende utgjort en provokation. Motivet ansågs styrkt trots att domstolen menade att en av målsägandena kunde ha varit provocerande i viss mån genom att fråga om någon i de tilltalades sällskap ville ha en puss. Provokationen togs dock ingen hänsyn till vid bedömningen eftersom det inte varit befogat med någon form av våld. Omständigheterna var i korthet att de tilltalade och målsägandena hamnade i en dispyt och att en diskussion uppstod kring huruvida målsägandena var homosexuella, vilket de bekräftade att de var. De tilltalade misshandlade sedan målsägandena genom att slå och sparka dem. Domstolen uttalade:

“Såväl [tilltalad A] som [tilltalad B] har således känt till målsägandenas sexuella läggning. Det är tydligt att den sexuella läggningen har stått i fokus för de tilltalades intresse, och det har framkommit att ordet bög har upprepats flertalet gånger. Något rimligt skäl till detta har inte framkommit. Det finns inte heller någon anledning att ifrågasätta vad [vittnet] har uppgett om vad som skreks i vänthallen, vilket visar att det fanns en starkt nedsättande attityd mot målsägandena på grund av deras sexuella läggning. Sammantaget kan det hållas för visst att ett av motiven för att angripa målsägandena har varit deras sexuella läggning.”²⁵⁹

Domstolen ansåg därmed att ett hatmotiv kunde föreligga trots att de tilltalade provocerats. Jag tolkar domstolens resonemang som att detta antingen beror på att de tilltalades våld både kan vara provocerat och ha ett bakomliggande hatmotiv eller att våldet i sin helhet motiveras av ett hatmotiv eftersom den provokation som de tilltalade utsattes för inte motiverat någon form av våld. Oavsett vilket av dessa resonemang som är det korrekta anser jag att båda kan ha bäring i liknande fall och leda till att ett hatmotiv kan föreligga samtidigt som den tilltalade provocerats.

6.3.3 Rättsfall där den tilltalade inte ansetts provocerad

6.3.3.1 Vad sägs om offrets beteende?

I nio av de 21 fallen ansåg domstolen att offrets beteende inte varit provocerande. I majoriteten av dessa fall rörde det sig om mindre allvarliga sexuella närmanden, snarare inviter, till exempel att offret flirtat med den tilltalade eller på något annat sätt visat intresse för denne, medan det i några fall rörde sig om allvarligare sexuella närmanden.²⁶⁰

I sju av de nio fallen förde domstolarna inget resonemang kring om offrets beteende utgjort en provokation. Domstolarna konstaterade endast att

²⁵⁹ B 18501-11.

²⁶⁰ B 2184-12, B 7053-01, B 349-00, B 7330-02, B 922-98, B 3207-01 och B 3235-13 (inviter); B 342-06 och B 79-13 (allvarligare närmanden).

gärningen varit oprovocerad, ansåg att påståendena om sexuella närmanden inte var trovärdiga eller berörde inte offrets beteende överhuvudtaget.²⁶¹

I de två övriga av de nio fallen, där offrets beteende inte ansågs provocerande, fördes dock ett något utförligare resonemang kring provokation. I det första fallet hävdade den tilltalade att han inte provocerats av offrets närmanden. TR uttalade:

”[den tilltalade] har med bestämdhet förnekat att han skulle känt sig kränkt eller upprörd över de sexuella närmanden som han berättat att [offret] gjorde under natten. ... han valde inte heller att avvika från platsen, något som hade varit naturligt om han känt sig kränkt. [...] Sammantaget kan tingsrätten mot bakgrund av [den tilltalades] egen berättelse konstatera att dödandet av [offret] skett utan någon föregående provokation.”²⁶²

I HovR menade försvararen att den tilltalade kunde ha känt sig kränkt vid tillfället utan att minnas det, på grund av en personlighetsstörning denne led av, och att detta varit den utlösande faktorn till brottet. HovR uttalade:

”Den av försvararen framlagda hypotesen saknar enligt hovrättens uppfattning stöd av utredningen i målet. Tvärtom framgår det att [den tilltalade] efter händelsen inne på urinoaren, som var det avgjort mest kraftfulla av de sexuella närmandena från [offrets] sida, frivilligt valde att spendera flera timmars tid i dennes sällskap.”²⁶³

Domstolarna ansåg att någon provokation inte förekommit dels på grund av den tilltalades egen inställning, dels på grund av att denne fortsatt spendera tid med offret efter närmandena.

I det andra fallet, där ett utförligare resonemang kring provokation fördes, berövade den tilltalade offret livet efter att denne givit honom en lapp med sitt telefonnummer. Den tilltalade uppgav att han ”blivit starkt provocerad och ifrågasatt som heterosexuell” av denna händelse. Domstolen uttalade:

”I den mån den händelse som [den tilltalade] hänfört sig till över huvud taget kan sägas innefatta någon provokation i egentlig mening, kan denna i vart fall inte åberopas till stöd för en mildare bedömning av en gärning som inträffat på en helt annan plats och långt senare.”²⁶⁴

Domstolen uttryckte en viss osäkerhet kring huruvida offrets beteende utgjort en provokation, men eftersom gärningen inträffat på en annan plats och långt senare kunde den inte åberopas till stöd för en mildare bedömning. Domstolen resonerade snarare utifrån ett omedelbarhetskrav än utifrån om offrets agerande utgjorde en rättsligt relevant provokation. Domstolen lämnade därmed i viss mån frågan öppen om det faktum att den tilltalade mottagit en lapp med offrets telefonnummer kan utgöra en förmildrande omständighet vid ett uppsåtligt dödande. Den tilltalades upplevelse av att detta var starkt provocerande och ifrågasatte honom som heterosexuell

²⁶¹ B 349-00, B 3235-13, B 7053-01, B 79-13, B 922-98, B 2184-12 och B 3207-01.

²⁶² TR i B 342-06.

²⁶³ HovR i B 342-06.

²⁶⁴ HovR i B 7330-02.

godtogs därmed som rimligt till viss del. Detta rättsfall skulle därmed egentligen kunna ha kategoriserats som ett av de fall där offrets beteende utgjort en provokation, även om detta inte påverkade bedömningen.

6.3.3.2 Hur resonerar domstolen kring ett eventuellt hatmotiv?

Huruvida något hatmotiv funnits med i bilden diskuterades i samtliga nio fall, där offrets beteende inte ansågs provocerande, utom ett. Hatmotiv ansågs föreligga i sex av de nio fallen.

I det fall där något hatmotiv inte diskuterades inledde domstolen med att konstatera följande:

”[offret] har varit efterhängsen och velat prata om satanism med [de tilltalade]. Han har under färden gjort homosexuella närmanden mot i vart fall [tilltalad A]. Såväl [tilltalad A] som [tilltalad B] har varit mycket trötta och irriterade på [offret] och flera gånger på ett kraftfullt sätt sagt åt honom att ge sig iväg och lämna dem ifred. De ville hem och sova. Enligt [tilltalad A] var han som en ’fästing’ och tog inte till sig avvisningarna. Det framgår av deras uppgifter att de upplevde honom som mycket jobbig och efterhängsen.”²⁶⁵

Enligt min mening finns det flera omständigheter i fallet som tyder på att motivet till gärningen varit offrets sexuella läggning. De tilltalade hade tagit med sig offret till en plats för att på något sätt våldföra sig på denne, vilket sedan utmynnade i vad TR benämnde som ”en brutal avrättning”. Den ena av de tilltalade hade i inledande förhör sagt att mordet var planerat för att han inte ”[ville] dra in det homosexuella eftersom det är så vanhedrande att bli utsatt för sånt”. Han berättade även att han, när offret tog honom i handen, ”blev mycket upprörd. Han ’kokade’ och tyckte att det var vidrigt. Det var nära att han då slagit till [offret].” En av de tilltalade hade också, enligt vad dennes flickvän uppgivit i tidigare förhör, sagt ”det var vi som mördade bögen” när de gick förbi en löpsedel om mordet. Domstolen använde även de tilltalades egen terminologi i domskälen och refererar till offret som ”den efterhängsne ’bögdjäveln’” vid ett tillfälle. Domstolen uppmärksammade alltså de tilltalades negativa inställning till offret och fann att dessa hade en avsikt att begå våld mot denne men ändå diskuterades inte om ett motiv till brottet var dennes sexuella läggning. Något som däremot diskuterades utförligt i domen var att de tilltalade var satanister och tidigare hade pratat om människooffer, det är möjligt att detta flyttat fokus från ett eventuellt hatmotiv. En annan möjlighet är att offrets beteende, utan att ha ansetts provocerande, sågs som förklaringen till de tilltalades våldsanvändning. Domstolen uttalade att offret gjort ”homosexuella närmanden”, denne hade sagt att den ena av de tilltalade var snygg och tagit honom i handen, vilket måste ses som väldigt harmlösa närmanden. Även om offrets beteende inte ansågs provocerande verkar domstolen ha ansett att det faktum att denne varit efterhängsen och gjort närmanden av homosexuell natur förklarade varför de tilltalade brutalt avrättade offret och något hatmotiv diskuterades därmed inte. Intressant är även att en av de tilltalade i

²⁶⁵ TR i B 922-98.

TR förnekade att de haft en avsikt att begå våld mot offret och hävdade att gärningen föregåtts av att offret återigen gjort sexuella närmanden. I HovR tog han dock tillbaka dessa uppgifter och uppgav att han medvetet lämnat felaktiga uppgifter för att måla upp en nödvärnssituation. Den tilltalade försökte med andra ord att dölja att det fanns en avsikt genom att åberopa att offret gjort närmanden.²⁶⁶ Senare i detta avsnitt kommer sådana situationer att diskuteras ytterligare.

I de resterande åtta fallen där offrets beteende inte ansågs provocerande diskuterade domstolen ett eventuellt hatmotiv. I två av dessa fall ansågs motivet inte styrkt. I det ena fallet uttalade domstolen:

”[den tilltalade] har förvisso skrivit orden gay och bög till [målsäganden] på dennes Facebook innan misshandeln ägde rum. [målsäganden] samt [vittnena A och B] har även uppgett att [den tilltalade] under det aktuella tillfället skrikit ordet böggjävvel. Vittnena har dock uppgett sig vara osäkra på om tillmälet skreks under själva misshandeln eller efter. [målsäganden] har inte heller under förundersökningen uppgett att ordet böggjävvel skreks vid gärningstillfället. [...] Vidare har det framkommit att [den tilltalade] precis innan misshandeln frågat efter en cigarett som han sedan blev nekad till av [målsäganden]. Vid en sammantagen bedömning finner inte tingsrätten att åklagaren förmått bevisa att [den tilltalades] avsikt med misshandeln har varit att kränka [målsäganden] på grund av dennes sexuella läggning. 29 kap. 2 § sjunde punkten brottsbalken är således inte tillämplig.”²⁶⁷

Den tilltalade uppgav själv att upprinnelsen till misshandeln var att målsäganden flirtat med honom, vilket han tyckte var äckligt. Domstolen ansåg dock inte att den tilltalades påståenden om målsägandens beteende var trovärdiga.²⁶⁸ Jag anser att dessa uttalanden tyder på att ett motiv för gärningen varit att kränka målsäganden på grund av dennes sexuella läggning. Den tilltalade har även skrikit böggjävvel, i vart fall efter misshandeln, vilket också stöder denna tes. Domstolen verkar istället finna det mer sannolikt att motivet till misshandeln var att målsäganden inte bjudit den tilltalade på en cigarett.

I det andra fallet, där något hatmotiv inte ansågs styrkt, hade den tilltalade, efter att ha berövat offret livet genom omfattande och kraftigt våld mot dennes huvud med hjälp av olika tillhyggen, avlägsnat offrets huvud och

²⁶⁶ Jfr. avsnitt 5.3.4.

²⁶⁷ B 2184-12.

²⁶⁸ Se brödtext tillhörande fotnot 261.

ställt det i en vas på bordet och ristat in ”BÖG 1” i bordsskivan. Domstolen uttalade:

“Vad sedan gäller frågan om ett motiv för själva dödandet varit att kränka LM för dennes sexuella läggning finns det omständigheter som talar i olika riktningar och som tingsrätten ser det kan det därför inte anses klarlagt huruvida ett sådant motiv föreläggat.”²⁶⁹

Det är något oklart vilka omständigheter som talade i olika riktningar, den tilltalade uppgav att han inte blev kränkt av offrets närmanden och det förefaller vara detta som utgjorde de omständigheter som talade mot att den tilltalade haft något sådant motiv.²⁷⁰ Detta kan jämföras med tidigare fall där det faktum att gärningsmannen blivit kränkt och provocerad av närmandena tycks utesluta att något hatmotiv föreläggat.²⁷¹

I sex av de nio fall där offrets beteende inte ansågs provocerande ansågs hatmotivet styrkt. I ett av dessa fall hade den tilltalade under gärningen sagt ”jävla böger” och skrikit ”det här gör vi för att sådana som du inte ska få adoptera barn”. Domstolen ansåg att det ”är uppenbart att [den tilltalades] motiv för våldet var att kränka [offret] på grund av dennes sexuella läggning”.²⁷²

I två av fallen, där motivet ansågs styrkt, bidrog de tilltalades versioner av händelseförloppet till att gärningarna bedömdes som hatbrott och domstolarna lade uttryckligen vikt vid vad den tilltalade uppgav för att avgöra om något hatmotiv förelåg. I det ena fallet hade den tilltalade givit målsäganden en spark för att markera att han inte var intresserad av dennes försök till kontakt. Han uppgav även att han inte hade något emot homosexuella, ”bara de inte antastar honom”. Målsäganden och ett vittne uppgav att den tilltalade ständigt kränkt och retat målsäganden med fula tillmälen på grund av att han var homosexuell. Domstolen fann ”genom vad både [målsäganden] och [vittnet] berättat och för övrigt [den tilltalade] själv tillstått, att [målsägandens] sexuella läggning haft betydelse vid förövädet av misshandeln” och detta ansågs vara en försvårande omständighet.²⁷³ I det andra av dessa två fall hade den tilltalade upplevt att målsäganden glodde på honom och förföljde honom. Den tilltalade uppgav att han ansåg att homosexuella var avvikande och onaturliga och innan misshandeln hade han enligt målsäganden sagt ”du ska inte komma här och hålla på med dina bögerier”. Domstolen fann ”[a]v vad som framkommit genom förhören med såväl [den tilltalade] som [målsäganden] [...] att det är ställt utom allt rimligt tvivel att slaget utdelats för att kränka [målsäganden] på grund av dennes sexuella läggning.”²⁷⁴

²⁶⁹ TR i B 342-06. Den tilltalade dömdes även för griftefridsbrott och denna gärning ansågs ha inneburit en kränkning av offrets sexuella läggning.

²⁷⁰ Se brödtext tillhörande fotnot 262-263.

²⁷¹ Se avsnitt 6.3.2.3.

²⁷² B 349-00.

²⁷³ B 7053-01.

²⁷⁴ TR i B 3235-13.

I tre av fallen, där motivet ansågs styrkt, hade den eller de tilltalade lurat offret i avsikt att begå våld mot denne. I ett av dessa fall hade den tilltalade spelat intresserad av offret samt försökt locka med sig denne från det uteställe de befann sig på. Den tilltalade hade även berättat för ett vittne att en ”böj jävel hade stött på honom” och sagt att han kunde få en sådan person att försvinna. TR uttalade:

“[det] måste anses utrett att [den tilltalade] ringaktade, såg ned på, [offret] som han då visste var homosexuell. Det kan därför inte uteslutas att den omständigheten att [offret] ’stötte’ på [den tilltalade] på [utestället] har utgjort ett tillräckligt motiv för [den tilltalade] att ta livet av [offret].”²⁷⁵

HovR uttalade:

“utredningen, främst de uppgifter som lämnats av [vittnen] och det faktum att [offret] vid tillfället då han bragtes om livet hade byxor och kalsonger neddragna till knäna, ger stöd för slutsatsen att gärningen innefattat ett homofobiskt inslag där ett motiv för gärningen varit att skada [offret] på grund av dennes homosexuella läggning.”²⁷⁶

TR konstaterade inte uttryckligen att något hatmotiv förelåg, även om ett resonemang kring detta fördes i citatet ovan. Den tilltalade dömdes visserligen till livstids fängelse i både TR och HovR, något högre straff hade således inte kunnat utdömas av TR även om gärningen bedömts som ett hatbrott. Jag anser dock att gärningsmannens motiv borde framkomma i domen för att ytterligare betona allvarligheten i brottet. Tilläggas kan att åklagaren inte heller uttryckligen åberopade straffskärpningsregeln utan endast angav att gärningen ”bl.a. inrymt ett bakomliggande homosexuellt motiv” i gärningsbeskrivningen.

I det andra fallet²⁷⁷, i vilket den tilltalade lurat offret i avsikt att begå våld mot denne, gick den tilltalade och målsäganden iväg till en avskild plats. Enligt målsäganden var avsikten att de skulle ha sex. Den tilltalade tilldelade sedan målsäganden två slag och sa, enligt målsäganden, ”din jävla böj”. Den tilltalade hävdade istället att misshandeln skett efter att målsäganden gjort ett sexuellt närmande. Domstolen fann att hatmotivet var styrkt, vilket jag uppfattar som att den lade målsägandens berättelse till grund för bedömningen och därmed ansåg att den tilltalade lurat med sig målsäganden för att sedan misshandla denne.

I det tredje fallet, där den tilltalade lurat offret i avsikt att begå våld mot denne, hade de tilltalade åkt hem till målsäganden som hade uppfattningen att de skulle ha sex. De tilltalade förnekade att detta var avsikten och hävdade att de rånat målsäganden efter att de provocerats av sexuella närmanden. Under gärningen sade de tilltalade att de hatade bögar och att de skulle döda målsäganden för att han var böj. De tvingade honom även att

²⁷⁵ TR i B 7330-02.

²⁷⁶ HovR i B 7330-02.

²⁷⁷ B 79-13.

lova att han inte skulle ha sex med killar mer. Domstolen uttalade:

”De [tilltalade] har från början intagit rollen av – med [målsägandens] egen terminologi – ’bögknackare’ och i syfte att råna [målsäganden] på pengar och egendom har ... besöket hos denne i [orten] skett. De har utnyttjat [målsägandens] sexuella läggning och det risktagande i form av kontakter med andra män denne varit benägen till. I samband med utförandet av rånet har [målsäganden] förhånats och hotats just på grund av sin sexuella läggning och tingsrätten finner detta var en försvårande omständighet.”²⁷⁸

I dessa tre fall ansågs det visat, genom uppgifter från målsäganden eller från vittnen, att de tilltalade medvetet lurat målsäganden och givit denne falska intentioner. I de två sistnämnda fallen ansågs invändningarna om provokation inte trovärdiga och dessa fall kan därmed sägas utgöra hatbrott som försökt maskeras som fall där målsäganden provocerat den tilltalade.

²⁷⁸ TR i B 3207-01.

7 Analys

7.1 Syftet bakom bestämmelserna om hatbrott och provokation

De senaste årtiondena har hbt-personers rättigheter stärkts i Sverige och en positiv förändring gällande synen på homosexualitet har även skett i samhället. Olika insatser har skett och sker i samhället för att hbt-personer ska tillerkännas lika rättigheter och möjligheter. I mars i år antog regeringen för första gången en hbt-strategi för att främja detta mål. Sverige verkar även aktivt för att stärka hbt-personers rättigheter internationellt. Hbt-personer är dock fortfarande en utsatt grupp i samhället och de drabbas av våld och andra kränkningar. Detta är ett stort samhällsproblem och enligt Folkhälsoinstitutets rapport hade nästan hälften av de homosexuella och en tredjedel av de bisexuella någon gång utsatts för trakasserier eller våld på grund av sin sexuella läggning. Mest utsatta är de som är öppna med sin sexuella läggning för alla, har ett mer frekvent uteliv och flera sexuella kontakter. Denna utsatthet påverkar gruppens psykiska hälsa och vardagliga liv, många är rädda för att bli utsatta för brott och undviker därför att gå ut ensamma eller döljer sin sexuella läggning.

Hatbrotten uppmärksammas i allt högre utsträckning i Sverige och det är tydligt att regeringen ser allvarligt på dessa brott och att det är viktigt att dessa motverkas. Hatbrott prioriteras inom rättsväsendet och personal har utbildats för att kunskapen om dessa brott ska öka. Åtgärder har vidtagits för att eventuella hatbrottsmotiv ska identifieras och utredas så tidigt som möjligt och en förundersökning vid ett misstänkt hatbrott ska leda av en åklagare. Ett hatbrott är ett resultat av bristande respekt för mänskliga rättigheter och människors lika värde. Brottet utgör ett angrepp mot den utsatta individens identitet och skapar även rädsla i den grupp personen tillhör. Dessa brott måste därför bekämpas med kraft, dels som en reaktion mot den dubbla kränkning som ett sådant brott innebär för individen men även för att visa att sådana brott inte är acceptabla i ett demokratiskt samhälle. Det är därför viktigt, både ur ett samhällsperspektiv och ur individens perspektiv, att straffen skärps när någon begår ett brott med bakomliggande hatmotiv. Detta ger uttryck för proportionalitetsprincipen, svårare brott ska straffas strängare än lindrigare brott.

Proportionalitetsprincipen ger dock även uttryck för att gärningsmannen ska straffas lindrigare om hans gärning anses mindre klandervärd och därför tas det även hänsyn till om gärningsmannen provocerats. Det är viktigt att komma ihåg att en provocerad gärning inte anses rättfärdigad, gärningen anses vara helt orättfärdig även om gärningsmannen provocerats. Gärningsmannen går inte fri från ansvar på grund av att han provocerats, han ursäktas endast delvis eftersom han inte förtjänar lika mycket klander som någon som agerat oprovocerat. Oavsett vad provokationen bestått av

anses gärningen orättfärdig och offret förtjänar inte mindre respekt på grund av att denne provocerat gärningsmannen.

För att en provokation ska anses rättsligt relevant räcker det inte att gärningsmannen är arg, han måste även ha goda skäl att vara arg på den han angriper. Ett vredesutbrott kan då vara en moraliskt riktig reaktion medan vissa känsloutlopp inte tillåts och det blir svårt för den provocerade att inte gå över den gränsen. Grunden till att se provokation som en förmildrande omständighet är därmed att etiska skäl drar åt olika håll och det uppstår en moralisk konflikt för gärningsmannen. Denne har haft en moraliskt godtagbar anledning att kraftigt reagera på vad den andre gjort, men inte på det sätt som skett, och kraven på självbehärskning sätts då lägre.

7.2 Rättsliga förutsättningar

En gärning som någon begår i nödvärn anses rättfärdigad om den inte varit uppenbart oförsvarlig med hänsyn till omständigheterna. Gärningsmannen kan även gå fri från ansvar om han i en sådan situation gjort mer än vad som medges om han svårligen kunnat besinna sig. För att ett sexuellt närmande ska försätta den tilltalade i en nödvärnssituation måste det uppfylla rekvisiten för ett brott, till exempel ett sexuellt ofredande. Det brottsliga angreppet måste vara påbörjat eller överhängande, det föreligger ingen nödvärnsrätt mot ett avslutat angrepp. Nödvärnsrätten är alltid beroende av en avvägning mellan intresset av att en person ska ha möjlighet att försvara sig och att rättssystemet inte bidrar till en upptrappning av våldet i samhället. Gärningen får inte klart avvika från vad som varit behövligt för att avvärja angreppet och det får inte heller råda ett uppenbart missförhållande mellan gärningen och den skada som hotar genom angreppet. Det lämnas dock en relativt bred marginal till förmån för den tilltalade vid bedömningen om denne hållit sig inom gränserna för nödvärnsrätten, men det finns samtidigt tämligen klara direktiv om vilka omständigheter som ska tillmätas betydelse vid bedömningen.

Vid provokation krävs det inte att gärningsmannen handlat för att avvärja en fara, någon fara behöver inte ha förelegat och om så varit har en eventuell skada redan tillfogats den provocerade. Till skillnad från bedömningen av nödvärn och nödvärnsexcess finns det inte lika klara direktiv vid bedömningen av provokation; det sexuella närmandet behöver inte uppfylla rekvisiten för ett brott, det finns egentligen inga begränsningar för vilka beteenden som ska anses provocerande, och det finns inte heller något stöd i lagstiftning eller förarbeten för att någon proportionalitetsbedömning ska göras. Det finns inte heller något uttryckligt omedelbarhetskrav likt i amerikansk rätt där det krävs att gärningen efterföljt provokationen innan den tilltalade hunnit besinna sig. von Hirsch och Jareborg menar istället att gärningsmannens tillstånd kan vara mer intellektuellt än känslomässigt och förstärkas med tiden, och verkar därmed inte förespråka något omedelbarhetskrav. Domstolen är friare i sin bedömning av provokation än nödvärn och nödvärnsexcess vilket leder till att prövningen blir mer beroende av de enskilda domarna.

Enligt doktrinen ska prövningen av en provokation ske i två steg, en faktisk prövning som relaterar till gärningsmannens psykiska tillstånd och en normativ som fokuserar på om gärningsmannens skäl för att bli provocerad ska godkännas som rättsligt relevanta. Avgörande vid prövningen av huruvida gärningsmannen blivit kränkt på ett rättsligt relevant sätt är om det, som tidigare nämnts, förelegat en moralisk konflikt och denna bedömning får göras mot bakgrund av generella normer och moraluppfattningar.

Enligt den senaste propositionen²⁷⁹ ska en provokation beaktas oavsett graden av kränkning. En ”svag” provokation får dock i vissa fall inget genomslag vid straffvärdebedömningen. Vad som menas med en ”svag” provokation förklaras dock inte närmare. Det krävs även att beteendet objektivt sett utgjort en provokation. Detta innebär att bedömningen sker på objektiva grunder och inte mot bakgrund av vad gärningsmannen själv upplever är en kränkning. Det ska framstå som förståeligt att den tilltalade agerat som han gjort och beteendet ska typiskt sett utgöra ett klart kränkande beteende i det sammanhang det varit fråga om. Det ankommer på rätten att avgöra om beteendet är att betrakta som en provokation. Att även gärningsmannens skäl för att agera ska prövas framgår numer även i förarbetena. Det kan dock konstateras att det inte ges några närmre direktiv för vad som objektivt sett utgör en provokation.

Hur prövningen av huruvida gärningsmannens motiv varit att kränka offret på grund av dennes sexuella läggning ska gå till ges det ännu färre direktiv om i förarbetena. Det räcker inte att gärningen haft homofobiska inslag utan det krävs ett sådant motiv, det behöver dock inte ha varit det enda eller det huvudsakliga motivet. I övrigt sägs ingenting om hur de olika rekvisiten i förarbetena ska tolkas, till exempel begreppen ”motiv”, ”kränka” och ”på grund av”. Även här kan därmed sägas att domstolen är relativt fri i sin bedömning.

Vad som dock framgår i förarbetena är att straffvärdebedömningen ska användas för att differentiera mellan olika gärningars klandervärdhet. Brottets straffvärde är centralt för straffmätningen och detta bestäms av brottets svårhet eller klandervärdhet. Det framhålls i båda propositionerna²⁸⁰, även om det görs ännu tydligare i den senaste, att både försvårande och förmildrande omständigheter ska återspeglas i straffvärdet. Om en gärningsman har provocerats eller agerat med bakomliggande hatmotiv ska detta således beaktas vid bedömningen.

Något som är viktigt att ha i åtanke är även bevisbörderegler avseende hatmotiv och provokation. Åklagaren har bevisbördan för att ett motiv till gärningen varit att kränka offret på grund av dennes sexuella läggning och att gärningen inte föregåtts av en provokation. Att bevisa att en gärningsman haft ett visst motiv är naturligtvis svårt, likaså är det förenat med svårigheter att bevisa att en omständighet inte förelegat. Det är med andra ord betydligt

²⁷⁹ Prop. 2009/10:147.

²⁸⁰ Prop. 1987/88:120 och prop. 2009/10:147.

svårare för åklagaren att bevisa ett hatmotiv än för den tilltalade att vinna framgång med en invändning om provokation. Vid provokation räcker det dock att den tilltalades påstående inte framstår som trovärdigt eller befogat och även när det inte kan uteslutas att den tilltalades berättelse är riktig avses ett något lägre beviskrav än vad som vanligtvis gäller i brottmål.

7.3 Domstolarnas bedömning

7.3.1 Nödvärn

I ett av rättsfallen gick den tilltalade fri från ansvar eftersom han handlat i nödvärn medan domstolen ansåg att den tilltalade i övriga fall, där nödvärn åberopades, använt våld som varit uppenbart oförsvarligt samt att omständigheterna inte varit sådana att denne svårligen kunnat besinna sig. Som nämndes tidigare framgår det tydligt i förarbetena vilka omständigheter som ska vägas in vid bedömningen av den tilltalades handlande i en nödvärnssituation och det är dessa omständigheter domstolarna lagt vikt vid i sina bedömningar. Eftersom det uttryckligen framgår i förarbetena vilka omständigheter som i första hand är relevanta vid bedömningen minskar risken för att utomrättsliga faktorer påverkar domstolens beslut. Vid bedömningen av om den tilltalade svårligen kunnat besinna sig beaktas bland annat gärningsmannens subjektiva tillstånd, exempelvis akut rädsla eller panikkänsla. Domstolarna skulle därmed ha kunnat resonera kring att det faktum att det sexuella närmandet var av homosexuell natur föranledde att gärningsmannen greps av panik, vilket kan jämföras med grundtanken bakom homosexual panic defense.²⁸¹ Detta är dock inte heller något som berörs och sammanfattningsvis tycks inte det faktum att det rört sig om ett homosexuellt närmande ha påverkat domstolarnas bedömning av nödvärnssituationerna. Några heteronormativa föreställningar kommer således inte till uttryck i dessa bedömningar.

7.3.2 Provokation

I NJA 1995 s. 464 angavs det provocerande beteendet bland annat vara att den tilltalade uppmanats till en homosexuell handling. I de övriga 21 fallen berördes den homosexuella naturen av det sexuella närmandet endast i tre fall och detta beskrevs i två av dessa fall som något som kan göra en person våldsamt kränkt och äcklad eller väcka starka känslor och upplevas som mycket obehagligt. I övriga fall använde domstolen neutrala uttryck, exempelvis använde domstolarna sexuellt närmande istället för homosexuellt närmande, vilket ger uttryck för att domstolarna, i vart fall inte medvetet, lagt någon vikt vid att det sexuella närmandet var av homosexuell natur.

I flera av fallen satte domstolen inte full tilltro till den tilltalades berättelse men menade ändå att det inte kunde uteslutas att offret gjort ett sexuellt närmande. Detta kan påvisa och förstärka fördomar om att homosexuella är

²⁸¹ Se avsnitt 5.1.

påstridiga i sitt sökande efter sexuella kontakter.²⁸² Jag anser även att domstolarna visar en obenägenhet att resonera kring alternativa förklaringar till den tilltalades våldsanvändning, något som rimligtvis borde göras när den tilltalades version av händelseförloppet inte anses helt trovärdig. Att domstolen i dessa fall istället endast konstaterat att det inte kan uteslutas att det förekommit sexuella närmanden från offrets sida anser jag ger uttryck för heteronormativa föreställningar. Det homosexuella närmandet avviker från normen och ses som en rimlig förklaring till gärningsmannens, ofta brutala, våld utan att något resonemang förs kring andra möjliga förklaringar, trots att gärningsmannen, som tillhör normen, inte på ett korrekt sätt redogjort för händelseförloppet. Förklaringen kan vara, som tidigare nämnts, att den tilltalade redan i förväg haft en avsikt att begå våld och därför medvetet försatt sig i en situation där ett homosexuellt närmande är sannolikt eller att den tilltalade försöker maskera ett hatbrott som en gärning han provocerats till. Detta kommer att diskuteras mer i nästa avsnitt.

I elva fall ansåg domstolen att offret provocerat den tilltalade. När dessa domslut analyseras måste det självklart göras en skillnad mellan allvarigare sexuella närmanden och harmlösa närmanden. Att allvarigare former av sexuella närmanden kan utgöra provokationer, oavsett om de är av homosexuell natur eller inte, ifrågasätts inte. Om ett sådant närmande kvalificeras som ett sexuellt ofredande kan det till och med föranleda en nödvärnssituation. Vad som är mer problematiskt är att även verbala närmanden och harmlösa inviter anses utgöra provocerande beteenden, i alla fall om de är av homosexuell natur. Jag anser att det är tveksamt om sådana närmanden kan ses som goda skäl att bli arg. När det är fråga om sådana närmanden har dock domstolarna i majoriteten av fallen inte berört offrets beteenden överhuvudtaget eller funnit att gärningen varit oprovocerad. I en del fall har dock sådana närmanden ansetts utgöra provokationer, dock med endast viss eller ingen betydelse för bedömningen. Men att offrets beteende godkänns som en rättsligt relevant provokation sänder ändå signaler om att det är rimligt att bli upprörd över harmlösa homosexuella närmanden. Att domstolen överhuvudtaget uppehållit sig vid sådana närmanden, som till exempel i rättsfallet där offret givit gärningsmannen en lapp med sitt telefonnummer, anser jag ger uttryck för heteronormativa föreställningar där heterosexualitet är naturligt och homosexualitet är avvikande.

Mison hävdar att heteronormativitet påverkar "the reasonable person" och på motsvarande sätt kan heteronormativitet påverka vad som utgör en moralisk konflikt.²⁸³ I ett heteronormativt samhälle kan somliga anse att det är moraliskt riktigt att kraftigt reagera på ett homosexuellt närmande. Precis som "the reasonable person" ska utvecklas med samhället kan även vad som ska anses provocerande förändras över tid beroende på vilka samhällliga normer som råder. Den växande acceptansen av homosexualitet bör därför innebära att harmlösa homosexuella närmanden inte ses som provocerande. Att reagera kraftigt på ett sådant närmande ska därmed inte objektivt sett ses som ett provocerat agerande, i sådant fall utgår rätten från vad

²⁸² Jfr. avsnitt 5.3.2.

²⁸³ Se avsnitt 5.3.2.

gärningsmannen själv upplever är en kränkning vilket inte är avsikten. Det korrekta sättet att hantera den tilltalades invändning om provokation i sådana fall bör vara att, som domstolarna också gjort i många av fallen, inte beröra offrets beteende överhuvudtaget eller klart avfärda invändningen. Detta för att inte reproducera synen på vad som enligt heteronormen är accepterade beteenden.

Även när det rör sig om mer allvarliga närmanden har dock provokationen i flera fall inte påverkat bedömningen alls eller endast i viss mån eftersom domstolarna gjort en proportionalitetsbedömning, något som inte uttryckligen ska göras men som lagstiftaren inte heller uttalat ska göras. Som tidigare nämnts följer detta Burmans resonemang om att varje reaktion på en kränkande handling inte ska anses vara ett provocerat agerande. Jag anser att detta är ett rimligt resonemang med utgångspunkt i den moraliska konflikten som grund för provokations mildrande verkan. Gärningsmannen vet att han ur moralisk synpunkt har rätt att agera men samtidigt är inte alla reaktioner tillåtna och han har därvid svårt att dra gränsen. Det bör därför kunna sättas krav att gärningsmannen inte går alltför långt över denna gräns. Han bör i situationen kunna inse att vissa reaktioner inte är moraliskt riktiga och om han ändå reagerar på dessa sätt bör inte hans agerande bedömas mildare. Att domstolarna tillämpat dessa resonemang när det rör sig om allvarligare homosexuella närmanden tyder på att de skiljt på i vilken mån det är rimligt att bli provocerad av ett sexuellt närmande och i vilken mån gärningsmannens reaktion snarare kan antas bero på att närmandet var av homosexuell natur.

Sammantaget verkar domstolarna i vissa fall ha påverkats av heteronormativa föreställningar vid bedömningen av det provocerande beteendet, men samtidigt verkar det sexuella närmandet ha bedömts neutralt i majoriteten av fallen.

7.3.3 Hatbrott

I majoriteten av fallen där offrets beteende ansetts provocerande diskuterades inte ett eventuellt hatmotiv.²⁸⁴ Endast i ett av fallen där den tilltalade provocerats har även ett hatmotiv ansetts styrkt. När offrets beteende inte ansetts provocerande diskuterades ett eventuellt hatmotiv dock i princip alla fall. Det verkar således som att möjligheten att ett eventuellt hatmotiv föreligger till viss del är beroende av huruvida offret varit provocerande.

Jag är enig med Dressler om att våldsamma reaktioner på homosexuella närmanden inte behöver grundas i homofobi eller en negativ syn på homosexuella.²⁸⁵ Samtidigt tror jag även, precis som bland annat Träskman skriver, att gärningsmannens syn på homosexuella kan påverka dennes

²⁸⁴ Som tidigare nämnts är det dock möjligt att offret inte var homo- eller bisexuell i samtliga fall.

²⁸⁵ Se avsnitt 5.3.5.

reaktion.²⁸⁶ Jag ser därför vissa problem med hur domstolarna resonerat kring hatbrott när gärningsmannen provocerats av ett homosexuellt närmande.

Domstolarna tycks prioritera provokation framför hatbrott och när domstolen ansett att offret provocerat den tilltalade verkar det utesluta möjligheten att det även rört sig om ett hatbrott. När domstolarna ansett att offret varit provocerande resulterade detta, i samtliga fall utom ett, i att hatmotiv inte ansågs styrkt eller att något resonemang kring ett eventuellt hatmotiv inte fördes. Detta trots att dessa offer anses ha ett särskilt skyddsvärde. Den eventuella betydelsen av den sexuella läggningen diskuteras inte och genom att avvikelser från normen inte synliggörs upprätthålls heteronormen. Till skillnad från vid bedömningen av provokation, där domstolarna bör hålla sig neutrala till offrets sexualitet, krävs det vid bedömningen av gärningsmannens motiv att offrets sexuella läggning synliggörs.

Som nämndes ovan accepterades inte de tilltalades våldsanvändning som provocerat agerande i samma utsträckning som den gjordes i NJA 1995 s. 464 i övriga rättsfall. Något som däremot inte diskuteras är huruvida något annat motiv kan ligga bakom deras övervåld, att kränka någon på grund av dennes sexuella läggning behöver inte ha varit det enda eller ens det huvudsakliga motivet för brottet. Ett sådant resonemang berördes faktiskt av TR i NJA 1995 s. 464 som menade att gärningsmannens våld åtminstone inte inledningsvis motiverats av hans hatiska inställning till homosexuella.

Orsaken till att någon sådan diskussion inte förs kan vara att gärningsmannens reaktion, utan att den i helhet ses som provocerad, ändå i helhet anses kunna förklaras av offrets beteende. Även om de heteronormativa föreställningarna om hur en man ska reagera på ett homosexuellt närmande inte tycks påverka domstolarnas bedömning av provokationen i någon större utsträckning, som konstaterats ovan, verkar ändå dessa påverka bedömningen av huruvida ett hatmotiv föreligger. Domstolarna visar en oförmåga att sammankoppla gärningsmannens handlingar med ett eventuellt hatmotiv och verkar istället godta offrets beteende som förklaringen till gärningsmannens handlande, även om denne inte straffas lindrigare på grund av provokationen. Detta kan ha sin grund i queerteorins idé om att den dominerande gruppens värderingar ses som neutrala och sätter normen för hur alla bör vara och bete sig, de värderingar som kan ligga till grund för gärningsmannens handlande ses som neutrala medan offrets beteende avviker från normen.

Några fall utmärker sig dock. I B 18501-11 ansågs målsäganden ha varit provocerande i viss mån, men domstolen ansåg ändå att det rörde sig om ett hatbrott. Även rättsfallen B 7053-01 och B 3235-13 är intressanta i sammanhanget, även om målsäganden inte ansågs ha varit provocerande i dessa fall, eftersom det lades vikt vid det faktum att de tilltalade upplevt

²⁸⁶ Se avsnitt 6.3.1.

målsägandens beteende som provocerande när hatmotivet diskuterades. I dessa tre fall har domstolarna sammankopplat gärningsmannens handlingar med ett hatmotiv istället för att se offrets beteende som den enda förklaringen. I fallet B 342-06 var det istället så att det faktum att den tilltalade inte provocerats av offrets sexuella närmanden resulterade i att han inte heller agerat med bakomliggande hatmotiv. Med detta resonemang i bakgrunden borde det då ligga nära till hands att den omständigheten att gärningsmannen provocerats av ett homosexuellt närmande även kan tyda på att han agerat med bakomliggande hatmotiv.

Som nämnts tidigare satte domstolen inte full tilltro till den tilltalades berättelse i flera av fallen samtidigt som den tilltalade även använt kraftigt övervåld och följt med offret hem eller bjudit med denne hem till sin lägenhet, något som kan tyda på att det redan fanns en avsikt att begå våld mot offret. Denna tes stöds även av att det i ett antal andra fall, där den tilltalade själv uppgivit detta eller där det fanns uppgifter från vittnen eller målsäganden som styrkte detta, ansågs visat att en sådan avsikt funnits. När domstolen inte resonerar kring alternativa förklaringar och inte lägger vikt vid de omständigheter som tyder på att den tilltalade sedan tidigare haft en avsikt att begå våld mot offret finns det en risk att gärningar som motiveras av homofobi eller fientlighet mot homosexuella straffas lindrigare istället för strängare.

Något som dock inte ska bortses från när domsluten analyseras är bevisproblematiken. För att en gärning ska utgöra ett hatbrott måste åklagaren visa på att gärningsmannen haft ett visst motiv med gärning, vilket är svårt, medan det är tillräckligt att den tilltalade som åberopar provokation presenterar en berättelse som inte kan uteslutas vara riktig och som åklagaren inte kan motbevisa. Domstolen måste självklart följa de beviskrav som gäller, men samtidigt bör den vara uppmärksam för att inte heteronormativa föreställningar påverkar dess beslut.

7.3.4 Avslutning

I föregående avsnitt har jag visat på vilka olika sätt heteronormativa föreställningar kan komma till uttryck i domstolarnas bedömning. För att heteronormativa föreställningar inte ska påverka domsluten anser jag att det är viktigt att domstolarna funderar på vad som ligger bakom männens reaktioner och varför det kan finnas en risk att dessa ses som rimliga. Precis som i USA verkar det i Sverige vara manliga tilltalade som åberopar att de provocerats av ett homosexuellt närmande medan kvinnor inte verkar reagera med våld mot ett homosexuellt närmande, jag har inte hittat något rättsfall där en kvinnlig tilltalad blivit provocerad av ett homosexuellt närmande. Hur heteronormativiteten påverkar normen av maskulinitet verkar därför vara centralt för att förklara dels varför män provoceras av homosexuella närmanden, dels varför domstolen i vissa fall anser det rimligt att en man provoceras av ett homosexuellt närmande. Mannens reaktion kan ses som rimlig eftersom han enligt normen ska vara intresserad av kvinnor och ett homosexuellt närmande hotar därmed hans identitet. Det är därför

viktigt att domstolen funderar över sådana strukturer och huruvida dessa normer påverkar bedömningen samt förstärks genom domsluten. Att fundera över hur situationen hade bedömts om det var en kvinna eller en homosexuell man som reagerade på samma sätt mot ett heterosexuellt närmande är även viktigt. Framför allt jämförelsen med en homosexuell man är relevant, eftersom han kan finna ett heterosexuellt närmande lika motbjudande som en heterosexuell man finner ett heterosexuellt närmande. Det faktum att vi lever i ett heteronormativt samhälle där kvinnor förväntas vara attraherade av män och män av kvinnor bör inte ge en heterosexuell man större rätt att bli provocerad av ett homosexuellt närmande än en homosexuell man av ett heterosexuellt närmande. Det heteronormativa samhällets syn på vad som är accepterade beteenden ska inte vara avgörande. Fördomar eller rädsla mot homosexuella ska inte påverka bedömningen utan ett homosexuellt närmande ska bedömas på samma sätt som om det varit ett heterosexuellt närmande.

Gärningar motiverade av bakomliggande hatmotiv anses enligt lagstiftaren vara mer klandervärda än gärningar som inte begåtts med sådana motiv. Homo- och bifobiska offer anses vara en särskilt skyddsvärd grupp och dessa gärningar innebär ett angrepp på personens integritet. Mot bakgrund av detta är det anmärkningsvärt att domstolarna överhuvudtaget inte diskuterar ett eventuellt hatmotiv i många fall. Jag tror att den största anledningen till att dessa rättsfall kan vålla problem är att gärningarna inte är konstruerade som det typiska hatbrottet utan gärningen kan, i vissa fall, delvis förklaras av att gärningsmannen utsatts för ett sexuellt närmande. När en kritisk ståndpunkt intas för att analysera domstolarnas bedömning är det lätt att, precis som Mison och McCoy gör, hävda att dessa fall alltid motiveras av homofobi. Jag tror dock inte att gärningsmannen i alla dessa fall agerat med bakomliggande hatmotiv, men det är viktigt att ett eventuellt hatmotiv uppmärksammas och diskuteras, annars kommer inga gärningsmän som provocerats av ett homosexuellt närmande kunna dömas för hatbrott även om de motiverats av homofobi. Mot bakgrund av det heteronormativa samhället vi lever i verkar det finnas en stor risk att domstolen inte i tillräcklig mån reflekterar över bakgrunden till gärningsmannens handlande utan endast godtar offrets sexuella närmande som hela förklaringen till gärningsmannens beteende. Detta innebär även att omständigheter som kan tyda på att det i själva verket rör sig om ett hatbrott inte beaktas, till exempel att gärningsmannens version av händelseförloppet inte är trovärdig, att gärningen karakteriseras av övervåld och att den tilltalade medvetet försatt sig i en situation där ett homosexuellt närmande är sannolikt. Det finns därmed en risk att gärningar som anses mer klandervärda straffas lindrigare istället för svårare. Det är därför viktigt att eventuella hatmotiv uppmärksammas och utreds under förundersökningen samt att åklagaren åberopar ett eventuellt hatmotiv och lyfter fram betydelsen av den sexuella läggningen. Det är särskilt viktigt att fundera över sådana motiv om offret berövats livet och inte själv kan ge sin version av händelseförloppet. Ett av syftena med att införa hatmotiv som en försvårande omständighet var just att detta skulle ägnas särskild uppmärksamhet vid straffvärdebedömningen

och att domare och åklagare skulle uppmärksamma dessa samt att bevisning härom skulle säkras i ett tidigt stadium.

Frågan som ställs i uppsatsens titel; ”Provocerat agerande eller agerande med bakomliggande hatmotiv?”, har visat sig inte helt lätt att svara på. Vad som rimligen kan göras är att öka kunskapen om vilka samhällliga konstruktioner och normer som kan ligga bakom dessa brott och att aktörerna inom rättsväsendet uppmärksammar eventuella hatmotiv även vid brott mot homosexuella som inte passar in i den stereotypiska bilden av ett hatbrott. Detta tror jag är en viktig del i regeringens mål att skapa ett samhälle där ingen behöver dölja sin sexuella läggning och där hbt-personers utsatthet för våld minskar.

Käll- och litteraturförteckning

Författningar

Brottsbalk (1962:700)

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1987/88:120, Om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval m.m.).

Prop. 1993/94:101, Åtgärder mot rasistisk brottslighet och etnisk diskriminering i arbetslivet.

Prop. 1993/94:130, Ändringar i brottsbalken m.m. (ansvarsfrihetsgrunder m.m.).

Prop. 1997/98:96, Vissa reformer av påföljdssystemet.

Prop. 2001/02:59, Hets mot folkgrupp m.m.

Prop. 2009/10:147, Skärpta straff för allvarliga våldsbrott m.m.

Statens offentliga utredningar

SOU 1986:13–14, Påföljd för brott – Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning m.m.

SOU 1991:75, Organiserad rasism – EDU:s delbetänkande om åtgärder mot rasistiska organisationer.

SOU 2008:85, Straff i proportion till brottets allvar.

Litteratur

Ambjörnsson, Fanny, *Vad är queer*, Natur & Kultur, Stockholm 2006.

Asp, Petter, Ulväng, Magnus, Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder* (2 uppl.), Iustus Förlag, Uppsala 2013.

Baier, Matthias, Svensson, Måns, *Om normer*, Liber AB, Malmö 2009.

Borgeke, Martin, *Att bestämma påföljd för brott* (2 uppl.), Norstedts Juridik AB, Stockholm 2012.

Burman, Monica, ”Provokation – förnuft eller känsla?”, I: Andersson, Ulrika, Wong, Christoffer, Örnemark Hansen, Helén (red.), *Festskrift till Per Ole Träskman*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2011.

Dressler, Joshua, ”When ”Heterosexual” Men Kill ”Homosexual” Men: Reflections on Provocation Law, Sexual Advances, and the ”Reasonable Man” Standard”, I: *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85 no. 3, 1995, s. 726-763.

Hirsch, Andrew von, Jareborg, Nils, ”Provokation”, I: *Nordisk Tidskrift for Kriminalvedenskap*, 1986, s. 436-443.

Hydén, Håkan, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur AB, Lund 2002.

Hydén, Håkan, ”Rättssociologi: Om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle”, I: Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur AB, Lund 2013.

Jareborg, Nils, *Brotten I – Grundbegrepp. Brotten mot person*. (2 uppl.), Norstedts Juridik AB, Stockholm 1984.

Jareborg, Nils; Zila, Josef, *Straffrättens påföljdlära* (3 uppl.), Norstedts Juridik AB, Stockholm 2010.

Kleineman, Jan, ”Rättsdogmatisk metod”, I: Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur AB, Lund 2013.

Lee, Cynthia, ”The Gay Panic Defense”, I: *University of California, Davis Law Review*, vol. 42, 2008, s. 471-566.

Lee, Cynthia, ”Masculinity on Trial: Gay Panic in the Criminal Courtroom”, I: *Southwestern Law Review*, vol. 42, 2013, s. 817-831.

Lernestedt, Claes, *Dit och tillbaka igen. Om individ och struktur i straffrätten.*, Iustus Förlag, Uppsala 2010.

McCoy, Scott D., ”The Homosexual-Advance Defense and Hate Crime Statutes: Their Interaction and Conflict”, I: *Cardozo Law Review*, vol. 22, 2001, s. 629-663.

Mison, Robert B., ”Homophobia in Manslaughter: The Homosexual Advance as Insufficient Provocation”, I: *California Law Review*, vol. 80 iss. 1, 1992, s. 133-178.

Rosenberg, Tiina, *Queerfeministisk agenda*, Bokförlaget Atlas, Stockholm 2002.

Tiby, Eva, *Hatbrott? Homosexuella kvinnors och mäns berättelser om utsatthet för brott*, Kriminologiska institutionen Stockholms universitet, Stockholm 1999.

Träskman, Per Ole, ”Normalfall eller dödande med förmildrande särdrag – gränsen mellan mord och dråp”, I: *Juridisk Tidskrift*, nr. 2, 1995/96, s. 434-443.

Zila, Josef, *Det straffrättsliga påföljdssystemet* (2 uppl.), Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998.

Rapporter

Brå 2002:9, Hatbrott – en uppföljning av rättsväsendets insatser.

Brå 2007:17, Hatbrott 2006. En sammanställning av polisanmälningar med främlingsfientliga, islamofobiska, antisemitiska och homofobiska motiv.

Brå 2009:10, Hatbrott 2008. Polisanmälningar där det i motivbilden ingår etnisk bakgrund, religiös tro, sexuell läggning, könsöverskridande identitet eller könsuttryck.

Brå 2013:16, Hatbrott 2012. Statistik över självrapporterad utsatthet för hatbrott och polisanmälningar med identifierade hatbrottsmotiv.

FHI 2006:08, Hälsa på lika villkor? Hälsa och livsvillkor bland hbt-personer.

Forum för levande historia, En studie av homofoba hatbrott, 2006, författare: Tiby, Eva, Sörberg, Anna-Maria.

RFSL Rådgivningen Skåne, Rapportserie 2003:1, ”... det var bara en böggjävvel” På väg mot en strategi att förebygga och motverka homofientligt våld., författare: Knutagård, Hans.

Övrigt

Regeringskansliet, En strategi för lika rättigheter och möjligheter oavsett sexuell läggning, könsidentitet eller könsuttryck, 2014.

Elektroniska källor

Pressmeddelande, Uppdrag till Rikspolisstyrelsen att utveckla arbetet mot hatbrott, <http://www.regeringen.se/sb/d/18499/a/235947> (2014-05-15).

Rättsfallsförteckning

Nytt juridiskt arkiv

NJA 1972 s. 654

NJA 1975 s. 594

NJA 1990 s. 210

NJA 1990 s. 776

NJA 1994 s. 48

NJA 1995 s. 464

Rättsfall från hovrätterna

Hovrätten för västra Sverige, B 922-98

Göta hovrätt, B 163-01

Hovrätten över Skåne och Blekinge, 3207-01

Falu tingsrätt, B 2559-02

Svea hovrätt, B 7330-02

Hovrätten för övre norrland, B 342-06

Svea hovrätt, B 4689-09

Svea hovrätt, B 753-10

Hovrätten för nedre norrland, B 878-10

Hovrätten för västra Sverige, B 3622-11

Svea hovrätt, B 10803-12

Hovrätten för västra Sverige, B 3235-13

Rättsfall från tingsrätterna

Mora tingsrätt, B 349-00

Göteborgs tingsrätt, B 7952-00

Stockholms tingsrätt, B 7053-01

Stockholms tingsrätt, B 2796-05

Sundsvalls tingsrätt, B 3414-11

Stockholms tingsrätt, B 18501-11

Nacka tingsrätt, B 2184-12

Kalmar tingsrätt, B 79-13

Södertörns tingsrätt, B 16155-13