



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ellen Forsblad

Straffrättslig reglering av diskriminering? Hatbrott och strukturer

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Andersson

Termin för examen: Period 1 VT 2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Teoretiska utgångspunkter	6
1.3.1 Socialkonstruktionism	7
1.3.2 Intersektionalitet	7
1.4 Metod	9
1.4.1 Övergripande om metodvalet	9
1.4.2 Genusrättsvetenskaplig metod	9
1.4.3 Rättsdogmatisk metod	10
1.4.4 Diskursanalytisk metod	10
1.4.5 Diskursanalytisk metod i uppsatsen	12
1.5 Material	13
1.6 Forskningsläge	13
1.7 Avgränsningar	14
1.8 Disposition	15
2 DISKRIMINERING OCH HATBROTT	16
2.1 Introduktion	16
2.2 Hatbrott och förklaringsmodeller	16
2.2.1 Begreppet och problem	16
2.2.2 Förklaringsmodeller till hatbrott	17
2.3 Begreppet diskriminering	18
2.3.1 Strukturell diskriminering	19
2.3.2 Tolkningsföreträde vid diskriminering	20
2.3.3 Diskrimineringslagen och dess diskrimineringsgrunder	22
2.3.4 Multipel diskriminering	23
2.4 Rättskyddssubjekt och ansvarssubjekt	25

3	HATBROTT I SVENSK STRAFFRÄTT	26
3.1	Introduktion	26
3.1.1	Straffvärde och gradindelning av brott	26
3.1.2	Straffvärde – bedömningen	27
3.1.3	Försvårande omständigheter	28
3.2	Straffskärpningsregeln	29
3.2.1	Bakgrund	29
3.2.2	Innebörd	31
3.2.3	Kritik	32
3.3	Hets mot folkgrupp	33
3.3.1	Bakgrund	33
3.3.2	Innebörd och kritik	33
3.4	Olaga diskriminering	35
3.4.1	Bakgrund	35
3.4.2	Innebörd och kritik	35
3.5	Vem (bör) skyddas av hatbrottsbestämmelserna?	36
3.6	De skyddade grupperna i svensk straffrätt	38
3.6.1	Straffskärpningsregeln	38
3.6.2	Hets mot folkgrupp	39
3.6.3	Olaga diskriminering	40
3.6.4	Kommande förändringar	42
4	ANALYS	43
4.1	Diskursanalys av domar	43
4.2	Diskurser	44
4.2.1	Diskursen om det neutrala motivet	44
4.2.2	Diskursen om det typiska hatbrottsmotivet	45
4.2.3	Diskursen om offrets inställning	47
4.2.4	Diskursen om gärningspersonens inställning	50
4.2.5	Diskursen om konfliktens eller den brottsliga gärningens upprinnelse	52
4.2.6	Diskursen om kategoritillhörighet	53
4.3	Sammanfattande kommentar	55
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	58
	Källor	58
	Offentligt tryck	58
	Statens offentliga utredningar	58
	Propositioner	58
	Övrigt offentligt tryck	58
	Litteratur	59
	Juridiska databaser	61
	Artiklar och rapporter	61

Internetkällor

61

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING

63

Summary

Hate crimes are predicated on different motives than ‘other’ criminal offenses. Hate crimes are based on social categories in a negative sense, where the offense is committed due to the perpetrator’s prejudice or bias against a group of people. This type of prejudice reflects underlying social structures. This thesis aims primarily to investigate and review hate crime as a legal construction in a Swedish criminal context, but also to investigate which groups of individuals who are regarded to be worthy of protection, as well as the legal discourse of hate crime. The emphasis is laid on the so-called *straffskärpningsregel* in Chapter 29, section 2 of the Penal Code. It stipulates that the punishment for any crime should be more severe if it is shown that a person was motivated by prejudice when committing the crime. In order to gain a nuanced understanding of hate crime in Swedish criminal law, an intersectional theory is applied throughout the thesis. Intersectionality is a way of understanding how social identities and systems of oppression intersect.

There is no explicit ‘hate crime’ provision in Swedish criminal law, but there are three provisions that are known as the hate crime provisions. They consist of: hate speech, unlawful discrimination and the *straffskärpningsregel*. The provisions have been added primarily to combat racist crime, and all three protect the same groups: people of race, colour, national or ethnic origin, religious belief and sexual orientation. To describe the way in which the court talks about victims of hate crime, perpetrator and perpetrator’s motives, I have used a critical discourse analysis. Discourse analysis is based on social constructionist theory and argues that legal discourse creates and reinforces social norms, relationships, and power structures. In my study of eleven judgements involving hate or bias as a criminal motive I have identified six different discourses.

Among these is what I call *the discourse of the neutralized motive*, which describes how the court defines the course of events in such a way that makes it impossible to link the subject to the act. A second discourse, *the discourse of the typical hate crime*, makes it easier for the court to identify a hate crime if it meets the stereotypical expectations of what constitutes a hate crime. A third discourse is when the court identifies a motive beyond the hate crime motive, or identifies an alternative explanation for why a particular offense has been committed which compels the court to ignore the hate crime motive. It is referred to as *the discourse on how the criminal offense originated*. Overall, the discourse analysis deconstructs the court’s position and its starting points. The court assumes that every criminal offense is committed by an autonomous individual who is unaffected by surrounding social structures. Crimes, which can be connected to an underlying structure, are therefore hard to address in the dynamic matter as would be preferred in the criminal justice system.

Sammanfattning

Ett hatbrott är något utöver andra brottsliga gärningar. Hatbrott bygger på sociala kategoriseringar i negativ bemärkelse, där gärningspersonens uppfattning om rättsskyddsobjektet som normbrytande leder till ett brottsligt angrepp. Sociala kategoriseringar speglar bakomliggande samhällsstrukturer, och gärningen drabbar indirekt hela den grupp som individen anses tillhöra. Den här uppsatsen syftar främst till att utreda och problematisera hatbrottets rättsliga konstruktion i en svensk straffrättslig kontext, men i uppsatsen utreds också vem som är att anse som skyddsvärd och hur den rättsliga diskursen om hatbrott ser ut. Tyngdpunkten ligger på *straffskärpningsregeln* i 29 kap. 2 § 7 p. BrB. Regeln innebär att straffvärdet för en gärning ska höjas om det förelegat ett hatbrottsmotiv. För att kunna problematisera och nyansera förståelsen av hatbrott i svensk straffrätt tillämpas intersektionell teori.

I svensk rätt hanteras hatbrott som motivbrottslighet genom det som i dagligt tal kallas för hatbrottsbestämmelserna. Hatbrottsbestämmelserna består av hets mot folkgrupp 16 kap. 8 § BrB, olaga diskriminering 16 kap. 9 § BrB och straffskärpningsregeln. Till följd av reglernas utformning som motivbrott är de svårtillämpade eftersom det är svårt att bevisa att en specifik gärning har begåtts på grund av ett visst motiv. Rättssystemet är således inte rustat för att hantera brottslighet som kan kopplas till bakomliggande strukturer, särskilt inte om personen blir kränkt för att hen uppfattas tillhöra mer än en skyddsvärd grupp.

För att beskriva hur domstolen talar om personen som utsatts för ett hatbrott, gärningspersonen och gärningspersonens motiv används kritisk diskursanalys. En diskurs är ett sätt att tala om något, som ger betydelse åt upplevelser utifrån ett bestämt perspektiv. Diskursanalys har gjorts av elva domar där hatbrottsmotiv har aktualiserats och sex diskurser har identifierats. Bland dessa framkom bland annat hur domstolen avgränsar beskrivningar av händelseförloppen på ett sådant sätt att det inte går att koppla motivet till gärningen. Det kallar jag *diskursen om det neutrala motivet*. Vidare handlar *diskursen om det typiska hatbrottsmotiv* om att domstolen har lättare att identifiera ett hatbrott om det uppfyller stereotypa förväntningar på vad ett hatbrott är. Om domstolen identifierar ett motiv utöver hatbrottsmotiv, eller en alternativ förklaring till varför en viss gärning har begåtts, bortser domstolen från hatbrottsmotiv. Det benämns som diskursen om konflikten eller den brottsliga gärningens upprinnelse. Sammantaget visar diskursanalysen att domstolen döljer sin position och sina utgångspunkter. Utgångspunkterna består i att gärningar begås av autonoma individer opåverkade av strukturer och att brottslighet som kan kopplas till strukturer svårigen kan hanteras i det straffrättsliga systemet.

Förord

Den här uppsatsen markerar ett slut, och en början på något annat bortom Juridicum. Det är varken för tidigt eller för sent att lämna Lilla Gråbrödersgatan 4, och jag tar med mig mycket på vägen.

*Tänk om vi istället
För att ta bort den andre
Tog fram oss själva*

Tänk om vi hållit det så enkelt.

- Bob Hansson

24 maj 2016,

Ellen

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
Brå	Brottsförebyggande rådet
DL	Diskrimineringslagen (2008:567)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
LOB	Lagen om omhändertagande av berusade personer m.m. (1976:511)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NTU	Nationella trygghetsundersökningen
Prop.	Regeringens proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105)
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Vårterminen 2014 gjorde jag praktik på Malmö Mot Diskriminering, en antidiskrimineringsbyrå i Malmö. Byråns uppgift är att bekämpa förtryckande strukturer som leder till att individer diskrimineras. Under min praktik fick jag på nära håll uppleva hur förgiftande denna typ av särbehandling kan vara. Jag började intressera mig för hur gärningar bortom diskrimineringslagens räckvidd hanteras, det vill säga brottsliga gärningar som har inslag av diskriminerande motiv eller i dagligt tal kallat *hatbrott*.

År 2014 anmäldes fler hatbrott än någonsin, 6270 stycken. Samtidigt rapporterade den Nationella trygghetsundersökningen (NTU) att 196 000 personer uppgett att de utsatts för sammanlagt 371 000 (!) främlingsfientliga, antireligiösa och homofobiska hatbrott. I linje med tidigare år är främlingsfientliga motiv det vanligast förekommande med nästan 70 %. De flesta hatbrotten anmäls inte, men i NTU:s undersökningar är det den utsatte själv som avgör om hen blivit utsatt för ett hatbrott eller inte.¹ En förklaring till diskrepansen mellan antalet anmälda gärningar och antalet självupplevda hatbrott kan vara att vad som är hatbrott i polisiär och juridisk mening, är något helt annat för den individ som upplever sig trakasserad.²

Hatbrottsbestämmelserna existerar under premissen att det finns strukturer som genererar diskriminerande praktiker. Rättssystemet å andra sidan tar sin utgångspunkt i den autonoma individen, oberoende diskriminerande strukturer. Det är i denna skärningspunkt som uppsatsen kommer att befinna sig. Jag förhåller mig till hatbrott som en process, från lagstiftningen som pekar ut vem som är skyddsvärd vid vissa typer av motivbrott till rättstillämpningen, där domstolen bearbetar och systematiserar händelser för att de ska kunna bli igenkännbara som hatbrott. Denna process kan ses som en typ av maktutövning. Min målsättning är att problematisera den rättsliga hanteringen av gärningar som definieras som hatbrott och skapa en typ av helhetsförståelse för hatbrott, från lagstiftning till rättstillämpning men också i förhållande till den omgivande samhällskontexten.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att kritiskt granska hur den svenska rättsordningen hanterar brottslighet som sätts i ett explicit samband med samhällsstrukturer och samverkande maktordningar. Detta görs för att kunna placera hatbrott i en svensk, rättslig kontext sett ur ett kritiskt perspektiv. Det kritiska perspektivet utgörs av mina teoretiska utgångspunkter och det metodval som jag redogör för i kommande avsnitt.

¹ Brå rapport 2015:3 s. 8.

² SOU 2012:74 s. 134.

Jag undersöker hur det *diskriminerade subjektet* skapas och reproduceras i svensk straffrätt. Med detta avser jag både hur rätten talar om den hatbrottsliga gärningen men också hur personen som utsätts omnämns. Undersökningen är centrerad till de bestämmelser som i vardagligt tal benämns *hatbrott*, vilket omfattar hets mot folkgrupp 16 kap. 8 § BrB, olaga diskriminering, 16 kap. 9 § BrB och straffskärpningsregeln 29 kap. 2 § 7 p. BrB, hädanefter straffskärpningsregeln. Mitt främsta fokus är att granska straffskärpningsregeln, vilken avser höja straffvärdet för gärningar där ett visst, kränkande motiv har föregått gärningen. Genom straffskärpningsregeln kan brottsliga gärningar kategoriseras som hatbrott om det föreligger ett kränkande motiv som kan kopplas till någon av bestämmelsens skyddsgrunder. Bestämmelsen är alltså inte beroende av en viss gärningsbeskrivning.

Utifrån syftet ska följande frågeställningar undersökas:

- Vad är hatbrott sett i en svensk straffrättslig kontext?
 - o Hur kan definitionen förstås utifrån intersektionell teori?
- Vilka grupper omfattas av straffrättsligt skydd mot kränkningar med ett visst motiv och varför?
- Hur konstrueras det diskriminerade subjektet i svensk straffrätt?

1.3 Teoretiska utgångspunkter

Genom att presentera teoretiska utgångspunkterna kan kunskap som produceras också relateras och värderas i förhållande till annan kunskap.³ Jag har valt att behandla rätten och mitt övriga material utifrån en socialkonstruktivistisk teori och en intersektionell hållning. Centralt är också språket och dess relation till individen, rätten och den omgivande kontexten. Språket har en viktig roll för hur vi uppfattar, men också konstruerar, vår omvärld. Det är därför intressant att undersöka hur synen på diskriminerande strukturer återspeglas i förarbeten och rättsfall som behandlar hatbrott.

Traditionell straffrättsteori utgår från ansvarssubjektet, det vill säga den person som står anklagad för brott. Den anklagade ska tillförsäkras en rättssäker process, och straffrättslig teori har som främsta funktion att skydda det presumtiva ansvarssubjektet från det statliga maktingripandet. Rättsskyddssubjektet saknar en tydlig position och i doktrin ligger fokus på praktiska processfrågor snarare än den straffrättsliga hanteringen av subjektet.⁴ Med rättsskyddssubjekt avses det subjekt eller den individ som

³ Gunnarsson & Svensson 2009, s. 122.

⁴ Andersson 2004, s. 15.

genom straffbud innehar straffrättsligt skydd.⁵ För att undersöka hur det diskriminerande subjektet, men också gärningsmotivet, konstrueras i den dömande verksamheten har jag därför valt ett alternativt angreppssätt. Jag har inspirerats av kritisk diskursanalys i detta avseende vilket jag utvecklar närmare nedan.

1.3.1 Socialkonstruktionism

Socialkonstruktionism är en samlad beteckning för flera kunskaps- perspektiv. Den gemensamma nämnaren består av hur de olika perspektiven alla betraktar relationen mellan verkligheten och språket, där den *sociala verkligheten* ses som konstruerad av det omgivande språkbruket. Detta står i motsats till den positivistiska kunskapssynen, där forskaren anses kunna ha en neutral och oberoende position i förhållande till sitt forskningsobjekt. Den positivistiska kunskapssynen kan liknas vid den rättsdogmatiska synen på rätten.⁶

I den socialkonstruktionistiska teorin betraktas subjekt och objekt som socialt konstruerade. Teorin utgör därmed ett perspektiv vilket, i förhållande till straffrätten, beskriver rätten som en konstruktion som ska förstås i förhållande till sin omgivande kontext.⁷ Den hatbrottsliga gärningen ska alltså förstås som en social konstruktion, och målsättningen för uppsatsen är att synliggöra och problematisera delar av den straffrättsliga hatbrottskonstruktionen.

1.3.2 Intersektionalitet

“Intersektion - föreningen eller genomskärningen av två eller flera linjer eller ytor.”⁸

Intersektionalitet kan beskrivas som ett instrument för att analysera maktutövning utifrån flera positioner samtidigt. Ojämlighet, dess uppkomst och maktutövning anses inte vara möjligt att förklara genom ensidiga modeller som fokuserar på enbart könsmaktsordningen, klass eller etnicitet.⁹ Jag använder intersektionalitet för att kartlägga och beskriva de komplexa orsakerna bakom diskriminering, och i förlängningen hatbrott, på en strukturell nivå i samhället. Det är en *analysmodell* som genom att beakta flera sociala strukturer samtidigt har målsättningen att förklara strukturell diskriminering.¹⁰ För den här uppsatsen innebär det en reflektion kring de kategorier som lagstiftaren har bestämt ska vara skyddsvärda. Det intersektionella perspektivet betonar att det inte går att utgå från enbart en diskrimineringsgrund utan att det är samspelet dem emellan som skapar

⁵ Andersson 2004, s. 15.

⁶ Gunnarsson & Svensson 2009, s. 173.

⁷ Burman 2007, s. 32.

⁸ SAOB <http://g3.spraakdata.gu.se/saob/show.phtml?filenr=1/108/157.html> hämtad 2016-04-05.

⁹ SOU 2005:41 s. 233.

¹⁰ Hornscheidt 2015, s. 73

delvis privilegierade positioner.¹¹ Det intersektionella perspektivet upplöser gränserna mellan sociala kategorier och kan visa hur dessa interagerar, transformerar och konstruerar varandra.¹² I uppsatsen avser det intersektionella perspektivet problematisera föreställningen om hatbrott och den språkliga behandlingen av dessa i en rättslig kontext.

Centralt för den intersektionella analysen är dess förståelse av makt. Makt beskrivs som något sammansatt och kontextberoende som består av olika sociala praktiker vilka skapar sociala kategorier, gruppidentiteter eller diskrimineringsgrunder. Maktordningar agerar och existerar inte oberoende av varandra och en maktanalys bör ske på premisserna att kategorierna inte är fixerade i homogena och hierarkiska ordningar. Maktutövning är snarare en process där hierarkier skapas kontinuerligt och de olika kategorierna (exempelvis kön, klass och etnicitet) utgör sociala positioner vilkas betydelse beror på individens handlingar i förevarande historisk och institutionell kontext. Det går inte att på förhand säga vilken maktordning som är hierarkiskt överordnad i ett visst sammanhang.¹³ Inga forskningsfrågor är allmängiltiga utan utgör alltid ett positionerat och situerat perspektiv vilket naturligtvis gäller även denna uppsats.¹⁴

Ett *interdependent* synsätt är en vidareutveckling av intersektionalitetsbegreppet och beskriver det beroendeförhållande olika delar av en identitet hos en person har. Kritik som kan riktas mot intersektionalitet är att analysen riskerar att inte ta in hur olika kategorier i sin tur skapar villkor för varandra. Interpendens som verktyg strävar efter att inkludera personens eller gruppens alla förutsättningar. Utifrån detta synsätt är diskriminering något som sker baserat på samhällsstrukturer och de olika processerna kan enbart urskiljas genom analytiska och språkliga processer. Interpendens används för att visa att olika personer drabbas olika av ”samma” typ av förtryck, exempelvis sexism. Jag använder indirekt ett interdependent angreppssätt i min avslutande analys genom diskursanalysen i kombination med intersektionell teori.

Kritik som har lyfts mot det intersektionella perspektivet är att det fäster allt för mycket vikt vid skillnader mellan grupper – vilket i sig riskerar att förstärka skillnader. Fokus bör läggas på individen då variationerna inom grupperna sannolikt är lika stora eller större som variationerna mellan grupperna.¹⁵ Det intersektionella perspektivet är av vikt för uppsatsen av flera anledningar. Denna aspekt saknas i den rättsliga kontexten och vissa tendenser är enbart möjliga att påvisa om generaliseringar i viss mån tillåts.

¹¹ Hornscheidt 2015, s. 75 (Intersektionalitet som analytiskt perspektiv i konstruktivistisk språkforskning – metod och metodologi).

¹² Nationalencyklopedin, intersektionalitet.

¹³ SOU 2005:41 s. 233.

¹⁴ Hornscheidt 2015, s. 74 (Intersektionalitet som analytiskt perspektiv i konstruktivistisk språkforskning – metod och metodologi).

¹⁵ Granström, Mellgren och Tiby 2016, s. 110.

1.4 Metod

1.4.1 Övergripande om metodvalet

Då frågeställningarna har delvis olika karaktär kommer olika angreppssätt krävas för att besvara frågeställningarna. Kunskapssynen i uppsatsen är som påtalat inspirerad av förhållningssätt där kunskap betraktas som kontextuell och socialt konstruerad vilket också har inflytande på metodvalet. Uppsatsen kan metodologiskt sett delas in i tre delar.

Den första delen består av en presentation av min syn på diskriminering och hatbrott utifrån intersektionell- och socialkonstruktionistisk teori. Den andra delen utgörs av en granskning av gällande rätt avseende de så kallade hatbrotten med fokus på straffskärpningsregeln. Detta gör jag utifrån främst rättsdogmatisk metod. Den tredje delen är en diskursanalys av rättsfall där straffskärpningsregeln aktualiserats. Jag tittar på den språkliga behandlingen av hatbrottsmotivet, gärningspersonen och rättsskyddsobjektet.

1.4.2 Genusrättsvetenskaplig metod

Övergripande sorterar jag in mitt metodval under den genusrättsvetenskapliga inriktningen. Genusrättsvetenskap avser en samlad beteckning forskningsperspektiv som alla tar utgångspunkt i att kunskap inte är objektiv utan formad av människan. Den kunskapsproducerande människan anses alltid finnas i ett sammanhang av exempelvis kön, klass, etnicitet och sexuell läggning. Det är faktorer som alla präglar kunskapens utformande. Genom denna typ av kunskapsteoretisering kan rätten, och rättsvetenskapen som disciplin, granskas kritiskt i större utsträckning än genom att tillämpa enbart traditionell rättsdogmatisk metod.¹⁶

Vetenskapssynen inom detta forskningsfält kritiserar rättsdogmatikens anspråk på objektivitet och ser kunskap som kontextuell och konstruerad av människan.¹⁷ Därtill ifrågasätts den rättsliga argumentationens neutralitet och fokus ligger på att synliggöra rättens bakomliggande värderingar genom att dekonstruera de rättsliga konstruktionerna. Den genusrättsvetenskapliga forskningen innehåller flertalet forskningsmetoder, vilka också kan vara interdisciplinära, där teori och metod integreras. Socialkonstruktivism och dess förgreningar utgör den mest framträdande kunskapssynen inom forskningsfältet.¹⁸ Detta märks genomgående i uppsatsen då förklaringsmodellerna till hatbrott och diskriminering är inspirerade av socialkonstruktionism precis som den intersektionella teorin har rötterna i denna kunskapssyn.

¹⁶ Gunnarsson & Svensson 2009, s. 31.

¹⁷ Gunnarsson & Svensson 2009, s.109.

¹⁸ Gunnarsson & Svensson 2009, s. 116-117.

1.4.3 Rättsdogmatisk metod

I främst kapitel tre och fyra har den rättsdogmatiska metoden utgjort ett viktigt verktyg. Den rättsdogmatiska metoden avser fastslå *lex lata*, det vill säga gällande rätt. Detta sker genom att rätten beskrivs och systematiseras utifrån praktiska, rättsliga problem.¹⁹ Det ska poängteras att syftet med uppsatsen inte är att presentera vad som utgör gällande rätt på området, utan att problematisera den rättsliga hanteringen av hatbrott och att granska den rättsliga diskursen. För att uppnå syftet krävs att uppsatsen delvis redogör för delar av det straffrättsliga ramverket och för detta används den rättsdogmatiska metoden som ett verktyg.

Den rättsdogmatiska metoden söker svaren på rättsliga frågeställningar med hjälp av den normativa rättskällevärdet, det vill säga de auktoritativa rättskällorna. De utgörs traditionellt av lag, förarbeten praxis och doktrin, även om denna ordning inte är oomstridd.²⁰ Materialet systematiseras och tolkas sett i förhållande till det aktuella rättsliga problemet – och detta är i grund och botten att utröna gällande rätt.²¹ Kleineman menar att ordet dogmatik sänder felaktiga signaler eftersom rättsdogmatiken inte är dogmatisk utan utgör en analytisk tolkningslära där resultatet avser spegla eller gestalta hur en viss rättsregel ska uppfattas i ett visst, konkret sammanhang. Rekonstruktionen av rättsregeln tillerkänns sedan självständig auktoritet. I analysen av en viss rättsregel ställs höga krav på öppenhet och transparens, för att skapa insikt i den rättsliga argumentationens struktur. Detta ökar också kontrollbarheten av den rättsliga argumentationen.²² Rättsdogmatisk tolkning av texter kan kortfattat beskrivas som att synen på fakta och begrepp anses existera oberoende av den omgivande diskursen eller omgivande sammanhanget.²³

1.4.4 Diskursanalytisk metod

*”My view is that ‘discourse’ is use of language seen as a form of social practice, and discourse analysis is analysis of how texts work within sociocultural practice”*²⁴

Diskursanalys utvärderar samhällsfenomen, i det här fallet den dömande verksamheten, genom en typ av språkförståelse. En diskurs är ”ett sätt att tala som ger betydelse åt upplevelser utifrån ett bestämt perspektiv”.²⁵ Diskursanalys kan beskrivas som både teori och metod.²⁶

¹⁹ Sandgren 2015 s. 43.

²⁰ Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 157.

²¹ Andersson 2004, s. 39.

²² Kleineman 2013, s. 30-34.

²³ Andersson 2004, s. 40.

²⁴ Fairclough 1995 s. 7.

²⁵ Jørgensen & Phillips 2000, s. 72.

²⁶ Burman 2007, s 31.

Det finns olika typer av diskursanalys. Gemensamt för de olika riktningarna är att språket inte anses kunna återge verkligheten direkt, utan medverkar till att forma den sociala verkligheten. Språket ses inte som neutralt utan som förmedlande av olika värderingar.²⁷ Jag har utgått och hämtat inspiration från främst tre källor avseende min diskursanalys. Dels en analysmodell som analyserar diskriminering i språk som kallas den konstruktivistiska pragmatiken, dels Faircloughs kritiska diskursanalys. Slutligen har även Ulrika Anderssons avhandling i straffrätt fungerat som inspiration och vägledning, främst eftersom Andersson tillämpar diskursanalysen i en juridisk kontext. Som utgångspunkt för textanalysen anses språket både kunna bidra till diskriminering, och samtidigt utgöra ett verktyg för att motarbeta diskriminering.

Faircloughs diskursanalys utgår från två dimensioner. Den ena dimensionen är den kommunikativa händelsen som består av själva språkbruket, exempelvis en text. Den andra dimensionen är diskursordningen som utgörs av olika diskurser som används inom en viss domän, exempelvis inom domstolsväsendet. Sammantaget ses flera kommunikativa händelser som mönster av språkbruk i form av diskurstyper.²⁸ Enligt Fairclough skapar och reproducerar diskursen identiteter, kunskap och maktrelationer, samtidigt som diskursen samspelar med andra sociala relationer.²⁹ Faircloughs kritiska diskursanalysen kan beskrivas som ett instrument för att blottlägga och identifiera dolda maktstrukturer.³⁰ Kritisk diskursanalys har uttalat syftet att bidra till att skapa social förändring. Detta sker genom att ojämlika maktförhållanden blottläggs och ifrågasätts, både inom kommunikationsprocessen men även i samhället.³¹

Den konstruktivistiska pragmatiken är ett sätt att analysera språk, men även diskriminerande strukturer. Kärnan i analysmodellen är att språket ses som en *handling*, och språkhandlingens innebörd avgörs av den omgivande kontexten. Språkhandlingen är inte en direkt beskrivning av ett skeende, utan skapar en bild av ett skeende. Kontexten utgörs av de positioner där talare och lyssnare befinner sig. Det är inte bara effekten eller avsikten av det som sägs som omfattas, utan även språkets betydelseskapande funktion är av vikt.³² Teorin bygger vidare på socialkonstruktivismen och är en kombination av en analys av sociala språkhandlingar och människors sätt att uppfatta sin omvärld. Enligt den konstruktiva pragmatiken inträffar inte den diskriminerande handlingen vanligen genom ordval utan genom språkhandlingen i sig. Språkhandlingar kan därför reproducera underliggande strukturer som förverkligas, bekräftas och upprepas. Diskriminerande strukturer beskrivs ha uppstått genom språkhandlingar, och de upprätthålls genom språkhandlingar.³³

²⁷ Bergström & Boréus 2000, s. 353.

²⁸ Jörgensen & Phillips 2000, s. 72.

²⁹ Jörgensen & Phillips 2000, s. 72.

³⁰ Bergström & Boréus 2000, s. 373.

³¹ Jörgensen & Phillips 2000, s. 69.

³² Hornscheidt & Landqvist 2014, s. 55.

³³ Hornscheidt & Landqvist 2014, s. 36.

Andersson menar att vid diskursanalys på straffrättens område är maktbegreppet centralt. Andersson förstår makt som något vilket existerar och präglar samhället som helhet. Då makten inte innehas av en bestämd individ och inte heller av staten kan den beskrivas komma inifrån. I en straffrättslig kontext innebär detta att makten verkar både genom lagstiftaren och rättstillämparen. Genom att använda detta maktbegrepp möjliggörs en utvärdering av den producerande maktutövningen.³⁴ Det maktbegrepp som jag utgår från i uppsatsen kan beskrivas vara en sammanfogning av den intersektionella förståelsen av makt och Anderssons beskrivning av makt på straffrättens område.

1.4.5 Diskursanalytisk metod i uppsatsen

Jag har undersökt elva fall, varav ett togs upp av HD, nio i hovrätten och ett stannade i tingsrätten. Det vanligast förekommande kränkande motivet är ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung som är föremål för prövning i tio av de elva fallen, i olika varianter. I ett av fallen är det sexuell läggning som aktualiseras. Jag redogör för de delar av domarna som jag anser vara centrala för hur rätten talar om gärningsmotivet, rättsskyddsobjektet och gärningspersonen.

Faircloughs analysmodell utgörs av textgranskning på tre nivåer. Jag har använt modellen som inspiration men har inte tillämpat den direkt. Den kommunikativa händelsen, som språkbruk utgör, analyseras på tre nivåer. De tre nivåerna utgörs av texten i sig, den diskursiva praktiken och den sociala praktiken. Först granskar jag textnivån, textens formella karaktär och dess egenskaper. Språkbruket, den kommunikativa händelsen, utgörs i mitt fall av de domar som analyseras. Här identifieras de olika diskurserna. Jag tittar på domarnas utformning rent skriftligt, ordval, textens sammanhang med mera.

Den diskursiva praktiken, nivå två, utgörs av produktions- och konsumtionsprocesser av tal och skrift. Det handlar här om att se hur text produceras men även hur existerande diskurser utvecklas och hur textmottagaren tolkar texten. Detta kommer inte vara föremål för analys, men genom att jag presenterar gällande rätt rörande straffvärdesbedömningen rör jag mig i anslutning till den diskursiva praktikens nivå.³⁵

Det tredje steget i analysmodellen är den sociala praktikens nivå. Det granskade textmaterialet kommer sedan att placeras in i ett bredare perspektiv och här kommer också uppsatsens teoretiska utgångspunkter in i bilden. De identifierade diskurserna sätts in i en social kontext genom att relationen mellan rätten och sättet att prata om hatbrott klarläggs.

³⁴ Andersson 2004, s. 32.

³⁵ Jörgensen & Phillips 2000, s. 69.

Nästa steg därefter är att icke-diskursiva strukturer och relationer som skapar villkor för den diskursiva praktiken relateras till diskursen. Det är på denna nivå det går att diskutera om en diskursiv praktik exempelvis förstärker maktordningar.³⁶ Här har jag också nytta av mina teoretiska utgångspunkter, och främst den intersektionella teori som används för att analysera hatbrott i en svensk rättslig kontext.

1.5 Material

Att uppsatsen inte har ett traditionellt rättsvetenskapligt syfte påverkar också valet av material. I de delar av uppsatsen vilka ändå kan beskrivas som rättsdogmatiska har material vilket kan betecknas som förhärskande juridiskt källmaterial använts, det vill säga lagtext förarbeten och doktrin. Den rättsdogmatiska delen av uppsatsen utgör kartläggningen av framförallt straffskärpningsregeln men även olaga diskriminering och hets mot folkgrupp.

För att kunna uppfylla syftet och besvara uppsatsens frågeställningar har jag därtill utgått från tvärvetenskapligt forskningsmaterial om hatbrott, då exempelvis David Brax och Eva Tiby tillsammans med Görel Granström kan nämnas som viktiga inspirationskällor. Brax är verksam postdoktor i filosofi och tittar på hatbrottslighet ur ett filosofiskt perspektiv. Tiby och Granström förenar ett juridisk perspektiv på hatbrott med kriminologiska aspekter.

Då diskriminering och intersektionalitet ofta behandlas ur ett mer civilrättsligt perspektiv bortom hatbrott, har jag också använd mig av studier som är mer inriktade på just civilrättslig, strukturell diskriminering men vars resonemang har kunnat lyftas till ett straffrättsligt perspektiv. Exempel på material i detta avseende är *Bortom vi och dom – teoretiska reflektioner om makt, integration och strukturell diskriminering*, SOU 2005:41 och *Språk och diskriminering* av Lann Hornscheidt och Mats Landqvist. Den senare publikationen har också varit värdefull för mitt diskursanalytiska avsnitt. I diskursanalysen har jag valt ett mindre antal domar. Jag fokuserar på rättens bedömning av om en gärnings straffvärde bör skärpas på grund av gärningsmotivet eller inte men också på den språkliga behandlingen av både gärningspersonen och offret.

1.6 Forskningsläge

Utanför den traditionellt rättsvetenskapliga disciplinen återfinns ett större forskningsurval om hatbrott. Problemet är främst att det saknas enhetliga begreppsdefinitioner och fältets tvärvetenskapliga karaktär leder till att sociologi, kriminologi och juridik kommer att ge olika svar på samma fråga: *Vad är hatbrott och vad beror dess uppkomst på?* I Sverige är Eva Tiby och Görel Granström framträdande gällande hatbrottsforskning i en juridisk

³⁶ Jørgensen & Phillips 2000, s. 90.

kontext, och deras senaste verk *Hatbrott? En introduktion*, som de skrivit tillsammans med Caroline Mellgren, ger en utmärkt överblick över det juridiska och kriminologiska problemområdet.

Diskursanalys som metodverktyg är allt mer vanligt förekommande i rättsliga undersökningar. I detta sammanhang kan Anderssons och Burmans avhandlingar nämnas, vilka har utgjort värdefulla källor för metodkapitlet och som tidigt introducerade diskursanalysen i svensk juridisk forskning.³⁷

1.7 Avgränsningar

Jag har valt att lägga tyngdpunkten på straffskärpningsregeln men jag lyfter också olaga diskriminering och hets mot folkgrupp kortfattat. Anledningen till att jag ändå har valt att ta med olaga diskriminering och hets mot folkgrupp, trots att min redogörelse för dessa bestämmelser kan upplevas som väldigt kortfattad är att de tre bestämmelserna delar samma skyddsvärda grupper. När straffskärpningsregeln infördes hämtades ledning från bestämmelsen om hets mot folkgrupp avseende skyddsgrupper. Slutligen kan också nämnas att de skyddsvärda grupperna har också samma innebörd i de tre bestämmelserna. Civilrättslig diskriminering kommer lyftas i den mån det krävs för att ge en heltäckande bild av den straffrättsliga regleringen.

Diskursanalysen behandlar enbart rättsfall där straffskärpningsregeln aktualiserats då det hade blivit för omfattande att granska rättsfall avseende hets mot folkgrupp och olaga diskriminering också. Då straffskärpningsregeln bygger på att det finns grupper som är särskilt utsatta, hade en det varit meningsfullt att undersöka de bakomliggande maktordningarna mer ingående, exempelvis genom *critical race theory* eller utifrån teorier könsmaktsordningen – men istället har jag av utrymmesskäl enbart valt att ha ett övergripande teoretiskt perspektiv genom att titta på hur intersektionalitet och diskriminering förhåller sig till lagstiftning om hatbrott.

Det straffprocessuella ramverket är i mångt och mycket det som definierar, och sätter gränserna för, den rättsliga processen. Domstolen hämtar sin legitimitet och objektivitet utifrån principer om legalitet, rättssäkerhet och det omgivande regelverk som styr aktörerna i processen. I en större undersökning hade det varit relevant att undersöka på vilket sätt och hur rättens objektivitet och perspektiv formas, men det har av utrymmesskäl inte varit möjligt i denna uppsats, men indirekt berör jag delar av problematiken. Uppsatsen kommer inte gå in på hatbrott i förhållande till yttrandefrihet, även om detta område uppställer mycket intressanta avgränsningsproblem mellan de skyddsvärda grupperna och yttrandefrihet. Ärekränkingsbrottet förolämpning, 5 kap. 3 § BrB kan också aktualiseras i hatbrotts-sammanhang, vid exempelvis rasistiska uttalanden. Denna bestämmelse har också avgränsats bort av utrymmesskäl.

³⁷ Andersson, 2004 & Burman, 2011.

1.8 Disposition

I inledningskapitlet presenteras bakgrunden till ämnet och de teoretiska och metodologiska utgångspunkter som har format uppsatsen.

I uppsatsens redogörande del görs i viss mån en löpande analys, när det är påkallat. Det framgår av texten när det rör sig om mina egna iakttagelser och slutsatser.

Kapitel två utgör en form av introduktion till diskriminering, hatbrott och vad denna brottslighet består i. Jag presenterar den syn på diskriminering och hatbrott som präglat uppsatsen, det vill säga en konstruktivistisk syn. Kapitlet tar också upp några av de problem som lagstiftare och rättstillämpare står inför vid hantering av så kallad motivbrottslighet och avslutas med ett avsnitt om synen på rättsskyddsobjekt och ansvarssubjekt i svensk straffrätt.

I kapitel tre återfinns en presentation av det rättsliga ramverket som krävs för att förstå hur och när straffskärpningsregeln tillämpas. Här presenterar jag hatbrotten i svensk straffrätt med avsikten att identifiera bakgrund, funktion och roll för de så kallade hatbrotten i den svenska rättsordningen. Här presenteras förarbetena till främst straffskärpningsregeln men också till olaga diskriminering och hets mot folkgrupp. Jag för också en diskussion om vem som bör skyddas av hatbrottsbestämmelserna, och varför.

I kapitel fyra presenteras uppsatsens diskursanalytiska avsnitt, där valda domar granskas och analyseras. Jag diskuterar de diskurser som framkommit löpande. Här ligger tonvikten på lagstiftningens normreproducerande funktion. Slutligen återfinns ett sammanfattande analysavsnitt i kapitel fem där uppsatsens frågeställningar diskuteras och summeras.

2 Diskriminering och hatbrott

2.1 Introduktion

Det finns olika sätt att förstå diskriminering, både inom och utom juridiken. När en jurist pratar om diskriminering går tankarna främst till den civilrättsliga diskrimineringslagen. Min utgångspunkt är att negativ särbehandling av människor på grund av deras grupptillhörighet, eller tillskriven grupptillhörighet, utgör diskriminering. Hatbrott kan beskrivas som en allvarlig form av diskriminering som ofta tar uttryck i form av våld eller kränkande tillmälen. Denna särbehandling härstammar från bakomliggande strukturer och maktförhållanden. När diskriminering tar sig uttryck genom ett hatbrott sker gärningen på individnivå, men för att få ökad förståelse kring varför hatbrott sker och varför det kan beskrivas vara särskild skadligt och/eller klandervärt, presenterar jag nedan teorier om hatbrott, diskriminering och strukturell diskriminering.

I det här avsnittet problematiserar jag hatbrottsbegreppet och pekar på några av de problem som lagstiftaren och rättstillämparen står inför vid utformande och tillämpning av hatbrottslagstiftning. Jag ger också exempel på en förklaringsmodell till hatbrottslighetens orsaker som kopplas till strukturell diskriminering. Jag redogör även kortfattat för diskrimineringslagen, då jag menar att viktiga resonemang kan hämtas från civilrätten i detta avseende.

Avsnittet avser också problematisera föreställningen om rätten som ett neutralt system och jag beskriver därför hur rätten som system uttrycker, upprätthåller och reproducerar normer. Jag vill belysa att det finns en genomgående syn på individen rationell, autonom individ. Detta får konsekvenser när brottslighet med rötterna i förtryckande strukturer ska bemötas.

2.2 Hatbrott och förklaringsmodeller

2.2.1 Begreppet och problem

Det saknas en vedertagen definition av hatbrott trots att begreppet är väletablerat inom forskning, media och politik. Detta gäller även den offentliga sektorn där olika myndigheter tillämpar olika definitioner av begreppet.³⁸ Straffskärpningsregeln kan beskrivas som det närmaste det går att komma en legaldefinition, eller en straffrättslig definition av hatbrott. Det finns inget ”hatbrott” i BrB, det är inte ett uttalat begrepp från lagstiftarens sida.³⁹ Mycket forskningen om hatbrott och dess orsaker

³⁸ BRÅ Rapport 2015:2 s. 14.

³⁹ Granström, 2012 s. 312.

bygger på otydliga definitioner. Det är svårt att dra gränsen mellan brottslighet som är hatmotiverad och brottslighet som inte är det. Detta leder också till att det är svårt att skapa trovärdiga förklaringsmodeller, då det saknas forskningsunderlag om brottsligheten i sig.⁴⁰ Då hatbrott kan utgöra vilken gärning som helst, där kopplingen till ett hatmotiv kan vara mer eller mindre tydlig står forskningen inför många utmaningar och det är kanske varken möjligt eller önskvärt att sammanfatta orsakerna i en enda teori.⁴¹ Detta ska ställas mot att en tydlig begreppsdefinition är nödvändig för lagstiftningsprocesser, handlingsplaner, eller rättsprocesser för att kunna vinna legitimitet, rättssäkerhet och transparens.⁴²

Begreppet hatbrott introducerades på svenska genom Eva Tibys avhandling: *Hatbrott? Homosexuella kvinnors och mäns berättelser om utsatthet för brott*. Tiby identifierar den historiska och kulturella kontexten vid straffskärpningslagstiftningens tillkomst på 1990-talet som en period där minoritetsgrupper i Sverige utsattes för hot och våld från så kallade vitmaktgrupper, samtidigt som kriminalpolitiken intog ett mer brottsofferinriktat perspektiv och ”särskilt utsatta grupper” blev ett vedertaget begrepp. Straffskärpningsregeln kan sammantaget beskrivas vara en produkt av flera parallella skeenden.⁴³ Den svenska hatbrottskonstruktionen bygger på att hatbrott strider mot grundläggande värderingar för ett demokratiskt samhälle, och därför ska de bestraffas hårdare.⁴⁴ Det svenska hatbrottsbegreppet har kritiserats för att vara otydligt, och att de förarbeten som behandlar hatbrottsbestämmelserna inte resonerar kring mångfalden av hatbrottsbegrepp.⁴⁵

2.2.2 Förklaringsmodeller till hatbrott

Gemensamt för teorierna till varför hatbrott uppkommer är att det kan kopplas till *andrafiering*. Andrafiering innebär en social kategorisering av människor i ”vi” och ”dom”.⁴⁶ Detta begrepp är centralt även för strukturell diskriminering.⁴⁷ Hatbrottslighet kan i generella termer beskrivas som en gärning där gärningspersonen har någon typ av negativ fördom eller diskriminerande attityd gentemot en grupp vilket kan länkas till en viss individ och att denna attityd på något sätt kan förklara, eller spela roll för skeendet.⁴⁸

Hatbrottens särskilda karaktär återfinns i gärningspersonens särskiljande motiv.⁴⁹ Individen angrips på grund av att hen anses representera en grupp eller en struktur, och därför är kopplingen mellan struktur och individ

⁴⁰ Perry, 2009 s. 1.

⁴¹ Tiby, 2010 s. 191.

⁴² Brax, 2016 s. 1.

⁴³ Tiby, 2011 s. 205.

⁴⁴ Granström, 2012 s. 312.

⁴⁵ Brax, 2014 s. 181.

⁴⁶ Granström, Mellgren och Tiby, 2016 s.10.

⁴⁷ Granström, Mellgren och Tiby, 2016 s.19.

⁴⁸ Brax & Munthe s. 5.

⁴⁹ Granström, Mellgren och Tiby, 2016 s.11.

säregen vid hatbrott. Hatbrottet kan delas upp i två delar, dels den straffrättsliga gärningen, exempelvis en misshandel, dels motivet till angreppet, det vill säga att gärningspersonen begår gärningen på grund av en koppling mellan individ och struktur.⁵⁰ Att individen, ur gärningspersonens perspektiv, får representera ett kollektiv leder också till att den här typen av brottslighet anses orsaka större skada genom att den grupp som individen anses representera blir indirekt angripen.⁵¹

Barbara Perry analyserar hatbrott och dess orsaker utifrån klassiska kriminologiska teorier men hämtar också inspiration från poststrukturalismen. Enligt Perry utgör hatbrott en gestaltning i form av våld av de, under många århundraden, etablerade strukturella och institutionella diskrimineringen gentemot minoriteter avseende etnicitet, ras, religion eller sexualitet.⁵² Identitetsskapande, det vill säga att människor grupperar sig efter uppfattad ”tillhörighet”, sker inom ramarna för olika strukturella och institutionella normer. De olika grupperingarna kommer oundvikligen att rangordnas i hierarkiska ordningar och hegemonier.⁵³ När den performativa akten, exempelvis kön eller sexualitet, inte stämmer med de sociokulturella normerna riskerar den avvikande individen att få repressalier. Dessa ”tillrättavisningar” kan ske genom våldshandlingar. Ett hatbrott är således ett sätt för gärningspersonen att återställa den hegemoni som hen menar att offret, *The Other*, har överträtt, genom att påminna offret om sin rättmätige plats och återställa sin egen, överordnade position.⁵⁴ Med detta synsätt är hatbrott inte ett avvikande beteende utan enbart ett uttryck för dolda värderingar. Hatbrotten kan därmed tolkas som en indikator på en bakomliggande maktordning.

2.3 Begreppet diskriminering

Semantiskt kan ordet *diskriminera* härledas till ”att urskilja” i betydelsen att denna urskiljning görs på ett negativt sätt vilket medför att en viss person eller grupp behandlas eller bemöts sämre än vad hen/de annars skulle ha behandlats eller bemötts.⁵⁵

Utifrån en konstruktivistisk syn på diskriminering beror kategoriseringen på bakomliggande diskriminerande strukturer, eller med andra ord så föregås kategorisering av diskriminerande strukturer. Med detta avses att när en kvinna blir utsatt för sexism så blir hon det, inte för att hon ”är” kvinna, utan för att sexism existerar på strukturell nivå.⁵⁶ Det handlar inte främst om att undersöka det individuella ansvaret för diskriminerande handlingar utan att se till sociala grupper och den sammantagna sociala positioneringen i ett samhällssystem. Strukturell diskriminering handlar sammanfattningsvis om

⁵⁰ Granström, Mellgren och Tiby 2016, s.13.

⁵¹ Granström, Mellgren och Tiby 2016, s.71.

⁵² Perry, 2001, s. 110.

⁵³ Perry, 2009 s. 72 & Tiby 2010 s. 189.

⁵⁴ Perry, 2009 s. 66.

⁵⁵ Hornscheidt & Landqvist 2014, s. 7.

⁵⁶ Ericsson, 2015 s. 14

relationen mellan subjekt och samhälle.⁵⁷ Diskriminering utgör inte ett individuellt handlingsbeslut, utan något som ingår i den samhälleliga strukturen. Det är därför inte tillräckligt att bara se till rättsskyddssubjektets upplevelse och gärningspersonens intention, utifrån ett social-konstruktivistiskt sätt att se på språk och diskriminering.⁵⁸ Detta synsätt är enligt mig oförenligt med den straffrättsliga hanteringen av hatbrott då den rättsliga processen inte har som syfte att erkänna den utsattes upplevelse av det inträffade utan att fastställa ett händelseförlopp utifrån rättsregler.

Förståelsen att diskriminering är en social struktur medför att diskriminering utgör en latent företeelse som i en viss situation kan få ett konkret uttryck. Den abstrakta, latent, strukturen är svår att definiera och observera. Diskriminering kan beskrivas som ett ”komplex hierarkiskt system, som består av en rad olika sociala och institutionella praktiker, diskurser, synsätt vanor och traditioner”.⁵⁹ Jag menar att detta kan ställas i kontrast till lagstiftning om diskriminering och hatbrott, vilken fokuserar på en enskild gärning. Å ena sidan uppfattar rättsväsendet fenomenen som strukturella problem men å andra sidan kan gärningar enbart hanteras som en enskild isolerad händelse vid en rättsprocess.

2.3.1 Strukturell diskriminering

Vid strukturell diskriminering missgynnas vissa grupper inom samhällsordningen och det institutionella ramverket. Inom ramverket existerar sociala strukturer som härstammar från kategoriseringar och konstruerade skillnader bland kategorier av individer tillhörande exempelvis ett visst kön, sexualitet eller liknande.⁶⁰ Själva diskrimineringen kan beskrivas som att en individ tillskrivs en identitet som utgår från föreställningar om ett kollektiv. Strukturell diskriminering skapar och reproducerar identitetskategorier. De sociala kategorierna tillskrivs egenskaper som uppfattas som en del av individens identitet och detta påverkar också individens självuppfattning.⁶¹

Diskriminering som en strukturell företeelse kan spåras till Foucaults syn på makt. Enligt detta synsätt är strukturell diskriminering en förutsättning för att en maktsituation ska kunna uppstå, då makten är relationell. Maktförhållandet skapar i sin tur subjekt och identiteter, snarare än att utgöra en repressiv kraft. Makten är inte kopplad till individen, utan skapar individens handlingsutrymme genom ett system av normer, handlingar och mer eller mindre privilegierade positioner.⁶² Detta maktbegrepp känns även igen från det jag presenterat inledningsvis och som företräds av intersektionella teoretiker och Andersson.

⁵⁷ Hornscheidt, 2015 s. 75.

⁵⁸ Hornscheidt & Landqvist 2014, s. 42.

⁵⁹ Hornscheidt & Landqvist 2014, s. 61.

⁶⁰ Hornscheidt & Landqvist 2014, s. 60.

⁶¹ SOU 2005:41 s. 244.

⁶² Hornscheidt & Landqvist 2014, s. 69.

Effekten av systematisk diskriminering är att en diskrimineringshandling aldrig utgör en isolerad händelse utan är en del av ett strukturellt sammanhang.⁶³ Strukturell diskriminering är alltså inte i första hand något som kan knytas till en hatbrottsrelaterad gärning, utförd av en individ gentemot en annan. *Förståelsen* av strukturell diskriminering är nödvändig för att kunna relatera intersektionalitetsbegreppet till diskriminering, och för att kunna se till hur olika gruppers maktpositioner. Om enbart monolitisk diskriminering diskuteras, det vill säga diskriminering utifrån *en* diskrimineringsgrund förbises beroendeförhållandet mellan olika samspelande kategorier. Detta påverkar i stort sett alla konkreta fall av diskriminering.⁶⁴ Monolitisk syn på diskriminering präglar generellt den offentliga diskursen om diskriminering.⁶⁵

Den straffrättsliga strukturen utgår från ett normalitetsbegrepp. Ett brott definieras som en överträdelse av en lagfäst norm. Prövningen utgår ifrån det *normala*. Den avvikande riskerar att inte bli hörd eller få samma behandling, eftersom normprövningen som avser enskilda subjekt tar utgångspunkt, principiellt, i en medelålders mans perspektiv. När fakta ska värderas och fastställas får denna kategori tolkningsföreträde. Det är ett uttryckt för makt, och motmedlet är politiska åtgärder.⁶⁶ Ur gärningspersonens perspektiv är det dennes agerande som prövas och inte bakomliggande strukturer vilket får effekten att den samhälleliga kontexten som helt eller delvis är orsak till en handling bortkonceptualiseras.⁶⁷

2.3.2 Tolkningsföreträde vid diskriminering

För att kunna benämna den diskriminerande handlingen måste diskriminering också förstås som något vilket kan benämnas och avgränsas. Det är sedan upp till domstolen att avgöra om individens erfarenhet faller inom ramen för den institutionaliserade förståelsen för vad ett hatbrott består i. Intersektionalitet kan användas för att ifrågasätta påståendet om att det är *möjligt* för domstolen att ha en neutral position och hur deras tolkningsföreträde gällande andra personers upplevelser, erfarenheter och integritet påverkar och reproducerar diskriminerande strukturer. När intersektionalitet appliceras på diskriminerande strukturer utmanas den diskriminerande ordningen. Den diskriminerande ordningen betraktas inte längre bestå av oberoende aktörer, normer och handlingar, där diskriminering utgör ett avvikande beteende som praktiseras av någon annan, främmande grupp människor. Istället utgör den en integrerad del av samhällskroppen.⁶⁸ När detta sedan kopplas samman med Perrys förklaringsmodell, där hatbrott beskrivs vara ett symptom på förtryckande samhällsstrukturer, så kan ett mer dynamiskt förhållningssätt skapas till rätten och strukturer.

⁶³ SOU 2005:41 s. 15.

⁶⁴ Hornschieidt & Landqvist 2014, s. 113.

⁶⁵ Hornschieidt & Landqvist 2014, s. 116.

⁶⁶ Diesen 2005, s. 382.

⁶⁷ Hornschieidt 2015, s. 75.

⁶⁸ SOU 2005:41 s. 247.

Diskrimineringslagen (2008:567), hädanefter DL, förbjuder sexuella trakasserier vilket definieras som ett uppträdande av sexuell natur som kränker någons värdighet. Det är den person som upplever sig ha blivit sexuellt trakasserad som avgör om en kränkning föreligger eller inte.⁶⁹ Diana Mulinari, professor i genusvetenskap, menar att denna lagtekniska konstruktion tillerkänner den utsatte makt att själv få definiera händelseförloppet. Det gör det svårare för andra aktörer att förminska eller bortförklara det inträffade.⁷⁰

Mulinari menar att genom att lyssna till de utsattas berättelse och peka ut dem som kunskapsbärande om hur samhället är organiserat, skapas viktiga verktyg för att desarmera den förnekelse som är påtaglig i den offentliga diskursen om diskriminering.⁷¹ Diskriminerande ordningar kännetecknas av att ansvariga individer förnekar förekomsten av diskriminering. Personer som själva drabbats kan visa stark ovilja att beskriva sina erfarenheter på grund av att deras tidigare erfarenheter inte tagits på allvar eller ignorerats. Diskriminering innebär alltså en risk för en dubbel kränkning, först genom den diskriminerande handlingen och sedan genom att erfarenheterna inte tas på allvar. Den offentliga diskursordningen definierar vem som har tolkningsföreträde i diskrimineringsfrågor, vem som talar och vem som blir omtalad. Genom att lyssna på den utsatte minskar risken att berättelser och erfarenheter av diskriminering förnekas eller förringas. Detta leder också till maktordningar som reducerar grupper till passiva föremål vilka definieras och kategoriseras av de privilegierade blickarna ifrågasätts i större utsträckning.⁷²

Jag lyfter exemplet om sexuella trakasserier eftersom det utgör ett utmärkt exempel på hur det annars passiviserade rättsskyddssubjektet (här i förhållande till den civilrättsliga diskrimineringslagen) får definiera vad som är problematiskt. Det går av naturliga skäl inte att ge den utsatte tolkningsföreträde i en brottmålsrättegång men det är värt att uppmärksamma och arbeta för att utsatta personer ges rätt till sin egen berättelse, oavsett om det sker inom- eller utomrättsligt. I ett straffrättsligt sammanhang är det viktigt att lyfta att den som upplever sig ha fallit offer för ett hatbrott, kommer ha fallit offer för ett hatbrott oavsett utgången i processen. För att få rättsväsendets erkännande av denna upplevelse måste personen (och händelsen) genomgå brottmålsprocessen. Domstolens förmåga att (neutralt) identifiera ett hatbrottsmotiv måste problematiseras i större utsträckning för att de dolda utgångspunkterna och premisserna om autonoma individer inte ska fortsätta reproduceras vilket leder till att strukturer ignoreras.

⁶⁹ Se 1 kap. 4 § DL.

⁷⁰ SOU 2005:41 s. 246.

⁷¹ SOU 2005:41 s. 248.

⁷² SOU 2005:41 s. 18.

2.3.3 Diskrimineringslagen och dess diskrimineringsgrunder

DL infördes år 2009 och samlade dåvarande sju olika diskrimineringslagarna i en lag. DL:s inledande portalparagraf är en programförklaring mot diskriminering och deklarerar lagstiftningens två syften: att motverka diskriminering och samtidigt främja lika rättigheter och möjligheter.⁷³

Den civilrättsliga diskrimineringslagstiftningen benämner de skyddsvärda kategorierna som *diskrimineringsgrunder*. Lagen har till skillnad från de straffrättsliga bestämmelserna om hatbrott sju skyddsgrunder. Sex av de skyddade kategorierna definieras explicit i lagtexten genom 1 kap. 5 § DL, men religion eller annan trosuppfattning definieras inte. Förarbetena uppgav att religion eller annan trosuppfattning inte *bör* definieras i DL, men inte varför detta var olämpligt.⁷⁴ I lagkommentaren från Zeteo behandlas diskrimineringslagens legaldefinitioner av skyddskategorierna. De pekar bland annat på att olika definitioner har olika språklig karaktär, och olika syften. Könsoverskridande identitet eller uttryck tas som exempel på en öppen och inkluderande definition och sexuell läggning tas som exempel på en exkluderande, normativ definition. De ifrågasätter att lagstiftaren har utelämnat definitionen av religion eller annan trosuppfattning och menar att detta är klart olämpligt.⁷⁵

Definitionerna av diskrimineringsgrunderna i DL lyder enligt 1 kap. 5 § DL såhär:

I denna lag avses med

1. *kön*: att någon är kvinna eller man,
2. *könsoverskridande identitet eller uttryck*: att någon inte identifierar sig som kvinna eller man eller genom sin klädsel eller på annat sätt ger uttryck för att tillhöra ett annat kön,
3. *etnisk tillhörighet*: nationellt eller etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande,
4. *funktionsnedsättning*: varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller en sjukdom fanns vid födelsen, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå,
5. *sexuell läggning*: homosexuell, bisexuell eller heterosexuell läggning, och
6. *ålder*: uppnådd levnadslängd.

Även den som avser att ändra eller har ändrat sin könstillhörighet omfattas av diskrimineringsgrunden kön.

⁷³ 1 kap. 1 § DL.

⁷⁴ Prop. 2007/08:95 s. 120.

⁷⁵ Fransson & Stüber: Kommentaren till 1 kap 1 § DL.

När DL skulle införas diskuterades olika möjligheter till vem som ska omfattas av skyddet, men det fördes ingen diskussion kring varför en viss grupp bör skyddas (eller inte skyddas) av diskrimineringslagstiftning. Regeringen hade en öppen inställning inför möjligheten att utöka listan till fler än sju grunder. Ett alternativ som diskuterades var att införa en så kallad öppen lista. Detta skulle innebära att ett generellt förbud mot all typ av diskriminering skulle införas, för att skapa ett så brett diskrimineringskydd som möjligt. Denna form av öppen lista återfinns redan idag i Europakonventionen, hädanefter EKMR, art. 14 om förbud mot diskriminering där åtnjutande av fri- och rättigheter som anges i EKMR ska tillförsäkras utan åtskillnad på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt. Regeringen ansåg att det inte fanns tillräckligt mycket underlag för att skapa en lagstiftning med en öppen lista diskrimineringsgrunder. Eftersom Europakonventionen har en dylik lista och konventionen gäller som svensk lag finns det en öppning för att genomföra detta i svensk diskrimineringslagstiftning i framtiden.⁷⁶

Könsöverskridande identitet eller uttryck föreslogs ändras till könsidentitet eller könsuttryck i slutet av förra året. Bakgrunden var att utredningen ansåg att diskrimineringsgrunden skulle få en utformning i större samklang med övriga grunder om ändringen genomfördes. Därtill har kritik riktats mot nuvarande utformning för att inta ett avvikarperspektiv, och detta ska undvikas.⁷⁷ Se avsnitt 3.6.4. för motsvarande förslag på straffrättens område.

2.3.4 Multipel diskriminering

Multipel diskriminering är fall av diskriminering där den utsatte diskrimineras utifrån mer än en diskrimineringsgrund. Det finns inget uttryckligt förbud mot multipel diskriminering i svensk diskrimineringslagstiftning. Svenska domstolar har huvudsakligen ägnat sig åt att pröva enskilda diskrimineringsgrunder, men det finns enstaka mål från Arbetsdomstolen där mer än en grund har berörts.⁷⁸ Fransson och Stüber har, i Zeteos lagkommentar till DL, identifierat tre *operationaliserbara begrepp* vilka kan användas i rättsvetenskapen, och som potentiellt kan ge ledning till domaren i de fall då diskriminering omfattar mer än bara en diskrimineringsgrund.

Det första begreppet är *ackumulerade diskrimineringsgrunder* vilket beskrivs som att en diskrimineringsgrund förstärker nästa diskrimineringsgrund – och så vidare. En alternativ benämning vore samverkande skadeorsaker. Det andra begreppet benämns *adderade diskrimineringsgrunder* där en person blir diskriminerad på grund av flera egenskaper denne har, exempelvis på grund av både sitt kön, sin etnicitet och sin ålder.

⁷⁶ Prop. 2007/08:95 s. 110.

⁷⁷ SOU 2015:103 s. 194.

⁷⁸ Se bland annat AD 2009 nr 11, AD 2006 nr 96 och AD 2010 nr 91.

Det tredje begreppet är *intersektionalitet*.⁷⁹ När multipel diskriminering beskrivs utifrån ett intersektionalitetsperspektiv klarläggs den sammanlagda diskrimineringseffekten. Ett exempel på detta är kvinnor som bär slöja. Kvinnor tillhör det kön som generellt är det mest utsatta och löper därtill risk för etnisk eller religiös diskriminering på grund av att de bär en yttre markör för sin religion. Diskrimineringseffekten ackumuleras när grunderna samverkar och skapar en mer än dubbelt så stor diskrimineringseffekt.⁸⁰ Eva Schömer menar att DL är en missriktad åtgärd där underordnade grupper ställs mot varandra som separata kategorier i stället för att fokusera på gruppernas underordnade position för att på så sätt kunna beakta den multipla diskrimineringens ackumulerade effekt.⁸¹

I förhållande till hatbrott kan det beskrivas som att det straffrättsliga systemet är inriktat på att lösa konflikter mellan individer, men då en individ utsätts för ett hatbrott finns det en koppling till en större grupp och en bakomliggande struktur vilket blir problematiskt för rättssystemet att hantera. Det är heller inte domstolens uppgift att i ett enskilt fall ta sig an multidimensionella problem som rör mänskliga rättigheter.⁸² Hatbrottet uppkommer, i den straffrättsliga kontexten, först när den inträffade händelsen har passerat de rättsliga aktörer som har rätt att definiera det inträffade. Den utsatta personen, polisen och domstolen ska uppfatta och bedöma det inträffade som något vilket kan placeras inom det straffrättsliga regelverket, och därtill ska gärningspersonen ha motivet.⁸³

Intersektionalitetsproblematiken lyfts sällan i straffrättsliga sammanhang. Anmälningssstatistiken från BRÅ hanterar inte samverkande diskrimineringsorsaker. När flera motiv förekommer i en anmälan väljs det som är mest framträdande. Det går alltså inte att få fram hur vanligt förekommande samverkande hatbrottsmotiv är genom statistik, och i stort saknas kunskap om hur och när olika motivbilder samspelar. Det finns indikationer på att främlingsfientliga motiv ofta förekommer i kombination med antireligiösa och homofoba hatbrott förknippas ofta med missaktning gentemot den utsattas könsuttryck eller könsidentitet.⁸⁴ Som jag tidigare har påtalat bör hatbrott studeras som en process och häri bör det också finnas medvetenhet om att brottsligheten har en dynamisk och föränderlig karaktär där det kan finnas samspelande sociala kategorier närvarande i ett och samma händelseförlopp. Dessa sociala kategorier kan också förändras över tid.

⁷⁹ Fransson & Stüber: Kommentaren till DL.

⁸⁰ Schömer, 2011 s. 134.

⁸¹ Schömer, s. 2011 138.

⁸² Granström, Mellgren och Tiby 2016, s.14.

⁸³ Granström, Mellgren och Tiby 2016, s. 86.

⁸⁴ Granström, Mellgren och Tiby 2016, s. 111-112.

2.4 Rättskyddssubjekt och ansvarssubjekt

Rätten utövar makt då den definierar vad som är rättsligt relevant. Häri görs ett anspråk på att den rättsliga metoden kan finna sanningen genom att icke-relevant, icke-rättslig fakta sorteras bort. Kvar ska det sedan finnas enbart objektiv fakta om ett visst händelseförlopp.⁸⁵ Anna-Maria Svensson formulerar i sin avhandling hur rättens anspråk på objektivitet i sig utgör en norm såhär:

*”Rätten definierar verkligheten genom begrepp och redskap för att hantera konflikter i det vardagliga livet. Den rättsliga tankeramens funktion som självklar, som objektiv norm döljer att det just är en norm”.*⁸⁶

Centralt för straffrättsvetenskaplig teori och praktik är det subjekt som kan erhålla rättigheter och skyldigheter. Traditionellt har det straffrättsliga subjektet ansett utgöras av en rationell, könsneutral och autonom individ. Diskussionen förs utifrån en individ som är opåverkad av maktstrukturer och kategoritillhörighet såsom kön etnicitet och klass, det vill säga att det autonoma subjektet används alltid som utgångspunkt. Att subjekt-perspektivet är förankrat inom den rättsvetenskapliga teoribildningen kan spåras till den förhärskande, liberala rättsstatsideologin. Individen och dennes förväntade självständiga, rationella agerande står modell för teorin om subjektet när exempelvis rättsregler utformas. Inom straffrätten får det effekten att både ansvarssubjektet och rättsskyddssubjektet anses ha agerat utan inflytande av strukturella aspekter.⁸⁷ Denna grundsats har sedermera börjat ifrågasättas. Forskning har också visat att subjektet inte är neutralt, och att rätten både reproducerar och producerar subjektet.⁸⁸

Ett intersektionellt förhållningssätt till diskriminerande strukturer och dess orsaker kommer därför möta motstånd i den straffrättsliga konstruktionen. Det rättsliga subjektet är i enlighet med den liberala rättsstatsideologin en enskild individ som uppbar rättigheter och skyldigheter. Rättsreglers utformning kan härledas till individens rationella agerande eller förväntade rationella agerande.⁸⁹ Jag menar att den rättsliga föreställningen av vem som utgör rättsskyddssubjekt och ansvarssubjekt utgör en dold norm. Då intersektionalitet är ett instrument som kan användas för att visa på maktstrukturernas komplexitet lämpar det sig bra för att illustrera diskriminerande strukturer som tar sig uttryck i hatbrott. Det innebär diskriminering som i förlängningen tar sig uttryck i en brottslig gärning. Instrumentet kan också användas för att dekonstruera ansvars- och rättsskyddssubjektet och påvisa att individen inte är den autonoma opåverkade individen hen förutsätts vara.

⁸⁵ Svensson, 1997 s. 227.

⁸⁶ Svensson 1997, s. 227.

⁸⁷ Andersson, 2011 s. 32.

⁸⁸ Andersson 2004, s. 26.

⁸⁹ Andersson 2011, s. 27.

3 Hatbrott i svensk straffrätt

3.1 Introduktion

Det som i dagligt tal benämns som hatbrott utgörs av två självständiga bestämmelser; hets mot folkgrupp och olaga diskriminering. Därtill ingår också straffskärpningsregeln i hatbrottsbegreppet. Nedan presenterar jag valda delar av förarbetena till hatbrottsbestämmelserna, med fokus på straffskärpningsregeln, för att illustrera och ringa in bakomliggande övervägandena och i den mån det är möjligt, den historiska kontext som bestämmelserna tillkom i. Avsnittet inleds med en beskrivning av straffskärpningsregelns rättsliga inramning och straffvärdebegreppet samt hur bedömningen av straffvärdet ska göras.

De tre hatbrottsbestämmelserna förenas i att de infördes som skydd och medel mot främst rasistisk brottslighet.⁹⁰ Successivt har bestämmelserna utökats genom att skyddade kategorier lagts till och idag omfattas samma kategorier av alla tre bestämmelser. Vidare förenas bestämmelserna av att de alla lider av samma tillämpningsproblem, då det är svårt att bevisa motivbrottslighet och det därtill inte är helt klarlagt vad som konstituerar ett hatbrott.⁹¹ Jämfört med ”vanliga” brottmål där åklagarens uppgift är att visa på gärningspersonens uppsåt ska åklagaren i mål med hatbrottsmotiv både visa på gärningspersonens uppsåt *och* motiv.⁹²

När det inte räcker att samla bevis för att bevisa att en viss gärning är begången utan därtill även måste bevisa det subjektiva motivet hos gärningspersonen står utredande poliser för en mycket större utmaning.⁹³ En effekt av detta är att mindre än tio procent av de anmälda hatbrotten leder vidare till åtal. Tillämpningsproblem visar sig också i rätts-tillämpningen och domstolarna har enligt BRÅ:s egna uppgifter ingen enhetlig praxis för hur och när straffskärpningsregeln tillämpas.⁹⁴ BRÅ efterfrågar en enhetlig definition för hatbrott som gäller genom hela rättskedjan och uppmärksammade behovet av en praxissammanställning över hur domstolarna dömt i hatbrottsärenden.⁹⁵

3.1.1 Straffvärde och gradindelning av brott

Då rätten konstaterat att brott föreligger, det vill säga när rekvisiten för otillåten gärning och personligt ansvar är uppfyllda, har rätten i uppgift att bestämma påföljd för brottet eller den samlade brottsligheten. Detta görs genom att gärningens straffvärde först bestäms inom den tillämpliga

⁹⁰ Granström 2012, s. 299.

⁹¹ Granström 2012, s. 299.

⁹² Granström, Mellgren & Tiby s. 12.

⁹³ Tiby 2011, s. 208.

⁹⁴ Brå rapport 2015:3 s. 14.

⁹⁵ Brå rapport 2015:3 s. 118.

straffskalan.⁹⁶ Därefter utgör straffvärdet utgångspunkt för straffmätning och påföljdsval, som sammantaget benämns påföljdsbestämning. Påföljdsbestämningen regleras i 29-30 kap. BrB.⁹⁷ De brottsinterna faktorerna utgörs av omständigheter vilka omnämns direkt i straffbestämmelsen och ska påverka till vilken grad av ett brott en viss gärning hör. Brottsexterna faktorer är faktorer som generellt ska påverka bedömningen av en gärnings straffvärde. De återfinns i 29 kap. 1-3 §. Här ska uppmärksammas att en omständighet aldrig får beaktas både som brottsintern och brottsextern omständighet, det vill säga att en omständighet inte får beaktas både vid gradindelning av en gärning och som försvärande omständighet via 29 kap. 2 §.⁹⁸ Enbart omständigheter som täcks av gärningspersonens uppsåt eller oaktsamhet ska beaktas vid straffvärdesbedömningen, i enlighet med den så kallade täckningsprincipen.⁹⁹

Det förekommer att brott eller brottstyper är uppdelade i svårhetsgrader, med egna straffskalor. De olika gradindelningarna speglar brottets abstrakta straffvärde.¹⁰⁰ Varje grad, två eller tre, räknas för sig som en egen brottstyp. När gradindelningen görs ska domstolen ta hänsyn till samtliga omständigheter vid brottet.¹⁰¹ Straffvärdesbedömningen och bedömningen av svårhetsgrad hos en gärning går huvudsakligen hand i hand, men enligt förarbetena skiljer sig bedömningen av ett brotts svårhetsgrad från straffvärdesbedömningen på detta sätt:

*”Avgörande för till vilken svårhetsgrad ett brott är att hänföra är i allmänhet omständigheter vid brottet av objektiv betydelse. Vid straffmätningen inom en given straffskala är däremot ofta omständigheter av subjektiv betydelse av avgörande vikt”.*¹⁰²

3.1.2 Straffvärde – bedömningen

Det går att prata om straffvärde på två nivåer genom att skilja mellan det abstrakta straffvärdet, det vill säga det straffvärde som framgår av straffskalan för en viss brottslighet, och det konkreta straffvärdet vilket är det straffvärde som tillmäts en viss, konkret gärning.¹⁰³ Det konkreta straffvärdet har sedan betydelse för påföljdsbestämningen. Ett högt straffvärde talar bland annat för att välja fängelse som straff.¹⁰⁴ Det är det konkreta straffvärdet som skärps om domstolen konstaterar att det föreligger ett hatbrottsmotiv bakom en gärning.

Straffvärdebedömningen sker i steg. Utgångspunkten är definition av det konkreta straffvärdet i 29 kap. 1 § 2 st. Vid den allmänna bedömningen ska

⁹⁶ Borgeke 2012, s. 37-38.

⁹⁷ Borgeke 2012, s. 528.

⁹⁸ Borgeke 2012, s. 38.

⁹⁹ Asp, Ulväng & Jareborg 2013, s. 298.

¹⁰⁰ Burman 2007, s. 131.

¹⁰¹ Prop. 1987/88:120 s. 79.

¹⁰² Prop. 1987/88:120 s. 79.

¹⁰³ Borgeke 2012, s. 527.

¹⁰⁴ Burman 2007 s. 132.

gärningens skada, kränkning eller fara, vad den tilltalade insett eller borde ha insett samt de avsikter eller motiv som han eller hon haft. Därtill ska intresset av en enhetlig rättstillämpning beaktas.¹⁰⁵ Därefter ska de förmildrande och försvårande omständigheterna i 29 kap. 2-3 §§ beaktas, och härigenom om kan straffvärdet antingen skärpas alternativt mildras beroende på vilka omständigheter som föreligger i det enskilda fallet.

Domstolen har å ena sidan frihet i att straffvärdet ”fritt” får placeras in på den tillämpliga straffskalan. Domstolen måste dock beakta intresset av en enhetlig rättstillämpning vilket innebär att domstolen ska ta ledning av i första hand HD,² och i andra hand hovrätternas straffvärdesbedömning i liknande fall.¹⁰⁶ Det kan påtalas att enbart ett fall där hatbrottsmotiv har aktualiserats har tagits upp av HD, det så kallade *Klippanfallet* som finns omnämnt i diskursanalysen i avsnitt 4.2.

3.1.3 Försvårande omständigheter

29 kap. 2 § BrB beskriver vad som vid sidan av varje brottstyp särskilt ska beaktas som försvårande och utgör omständigheter som ska påverka straffvärdet i en skärpande riktning.¹⁰⁷ Med brottstyp avses huvudsakligen aktuell straffbestämmelses ordalydelse men även andra rättskällor kan användas, exempelvis förarbeten och rättspraxis. Då paragrafen enbart är exemplifierande kan även andra försvårande omständigheter förekomma. Exempel på försvårande omständigheter är om den tilltalade visat stor hänsynslöshet, om den tilltalade avsett att brottet skulle få allvarigare följder än det faktiskt fått eller om den tilltalade utnyttjat någon annans skyddslösa ställning eller svårigheter att värja sig.

När straffvärdet bestäms ska en bedömning göras om den ifrågavarande gärningen är svårare eller lindrigare än andra gärningar tillhörande samma brottstyp.¹⁰⁸ Åklagaren har bevisbördan för om en försvårande omständighet föreligger. Det är möjlighet för domstolen att ta hänsyn till försvårande omständigheter oavsett om åklagaren åberopat den försvårande omständigheten i stämningsansökan eller om det aktualiseras först under huvudförhandlingen. Enligt förarbetena är det dock gynnsamt för den tilltalade och dennes försvar om det framkommer redan i stämningsansökan om åklagaren väljer att påtala en försvårande omständighet.¹⁰⁹

Tiby menar att domstolen har relativt stort utrymme att ta ställning till om en försvårande omständighet bör leda till att straffet skärps, och att det inte finns något absolut krav på straffskärpning när det föreligger försvårande omständigheter.¹¹⁰ Enligt lagtextens ordalydelse *ska* dock domstolen särskilt beakta om det föreligger någon i 29 kap. 2 § uppräknad omständighet.

¹⁰⁵ Prop. 1987/88:120 s. 42.

¹⁰⁶ Borgeke 2012, s 124.

¹⁰⁷ Zila & Jareborg 2014, s. 108.

¹⁰⁸ Prop. 2001/02:59 s. 55.

¹⁰⁹ Prop 1987/88:120 s. 84.

¹¹⁰ Granström, Mellgren & Tiby 2016, s. 36.

År 2008 utreddes *Stalking*, eller olaga förföljelse. Utredningen menade att ett alternativ till införandet av en ny bestämmelse om olaga förföljelse hade varit att införa ett tillägg i 29 kap. 2 § BrB, det vill säga en ny försvårande omständighet i de fall då brottet varit ett led i en systematisk förföljelse som varit ägnad att upprepat kränka och allvarligt skada den förföljda personens självkänsla. Detta avfärdades, eftersom en ny straffskärpningsregel inte ansågs utgöra en tillräckligt kraftig markering från samhällets sida.¹¹¹ Detta menar jag säger en del om lagstiftarens syn på den lagtekniska utformningen av försvårande omständigheter – en symbolisk markering som inte förväntas få genomslag i någon större utsträckning.

3.2 Straffskärpningsregeln

Vid sidan av olaga diskriminering och hets mot folkgrupp är det möjligt att vid all typ av brottslighet ta hänsyn till hatbrottsmotiv vid straffmätningen. Detta sker genom den så kallade straffskärpningsregeln som återfinns i 29 kap. 2 § 7 p BrB. Bestämmelsen har följande lydelse:

”Som försvårande omständigheter vid bedömningen av straffvärdet ska, vid sidan av vad som gäller för varje särskild brottstyp, 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, sexuell läggning eller annan liknande omständighet.”

3.2.1 Bakgrund

Straffskärpningsregeln infördes 1994 genom prop. 1993/04:101 och baserades på utredningen *Organiserad Rasism*, SOU 1991:75. Lagstiftningsåtgärden tillkom i samband med att regeringen tog krafttag mot rasistisk brottslighet och etnisk diskriminering.¹¹² I den bakomliggande propositionen fastslogs allmänna utgångspunkter för de lagförslag som skulle motverka brottslighet med rasistiska eller liknande motiv och etnisk diskriminering i arbetslivet, varav straffskärpningsregeln utgjorde ett av förslagen. Rasistiskt våld och etnisk diskriminering pekades ut som något vilket i förlängningen hotar det demokratiska samhället.¹¹³

*”Vi kan alla i något sammanhang pekats ut som ”annorlunda” och bli intoleransens offer.”*¹¹⁴

Det demokratiska samhället ansågs inte vara moraliskt neutralt. Det krävs medvetenhet kring värden som öppenhet, tolerans och mångfald. Detta är en

¹¹¹ SOU 2008:81 s. 124.

¹¹² Granström 2012, s. 301.

¹¹³ Prop. 1993/94:101 s. 15.

¹¹⁴ Prop. 1993/94:101 s. 15.

konsekvens av att varje individ har rätt att behandlas med lika mycket hänsyn och respekt. Erfarenheterna i Nazityskland nämndes som en lärdom att humanitet, tolerans och öppenhet aktivt måste försvaras. De rasistiska dåden i sig behöver inte utgöra det största hotet utan en gradvis tillvänjning, likgiltighet och uppfattning om att rasistiska uttryck kan utgöra ett naturligt samhällsinslag kan vara minst lika farligt eller skadligt.¹¹⁵

Rasismens främsta vapen var enligt förarbetena en öppen debatt, då detta kan påverka rasistiska åsikter i motsatt riktning. Rasistiska yttringar ska bemötas med kraft, sett både utifrån att yttringen i sig är en oacceptabel enskild händelse, men de ska också ses som en del i en oacceptabel struktur. Staten har ett ansvar som sträcker sig längre än att inte särbehandla medborgare, utan ska därtill skydda personer som utsätts för diskriminering. Genom att införa diskriminerande motiv som en försvårande omständighet signaleras att gärningspersonen ställer sig vid sidan av gängse normer.¹¹⁶

När utredningen om en straffskärpningsregel initierades, var det redan möjligt att tillämpa den allmänna bestämmelsen om straffvärde för att beakta rasistiska motiv som straffskärpande. Propositionen berörde detta men ansåg att domstolarna inte använde denna möjlighet i tillräcklig omfattning.¹¹⁷ Utredningen ansåg att en straffskärpningsregel var motiverad då domstol, åklagare och polis skulle ges anledning att uppmärksamma rasistiska inslag på ett konsekvent sätt vilket i sin tur skulle ge uttryck för ett samhälleligt avståndstagande från rasism. Bestämmelsen skulle skapa enhetlig praxis då denna tidigare varierade mellan olika polisdistrikt och domstolar. Förhoppningen var även att åstadkomma en preventiv effekt gällande organiserad rasistisk brottslighet genom att utdöma generell strängare straff. Slutligen ansågs bestämmelsen bli ett bra komplement till skyddet mot rasistiska organisationer vilka triggas av sina anhängare till trakasserier med mera.¹¹⁸

Flera remissinstanser riktade kritik mot flera delar av förslaget att införa en ny straffskärpningsregel. Bland dessa fanns säkerhetspolisen, riksåklagaren och Sveriges advokatsamfund vilka kritiserade att den dåvarande regleringen redan gav möjlighet att ta hänsyn till rasistiska motiv och att ett särskilt behov av dylik reglering därmed saknades. Därtill kritiserades förslaget för att vara närliggande en kriminalisering av åsikter, och för att svårligen kunna möta det precisionskrav som legalitetsprincipen uppställer på kriminaliseringar.¹¹⁹

Trots att de försvårande omständigheterna som huvudregel ska vara generellt utformade, ansågs de påtalade motiven vara av så stark principiell och praktisk vikt för straffvärdebedömningen att de ska framgå explicit av

¹¹⁵ Prop. 1993/94:101 s. 15-16.

¹¹⁶ Prop. 1993/94:101 s. 15-16.

¹¹⁷ 29 kap. 1 § BrB hade samma lydelse år 1993 som idag.

¹¹⁸ SOU 1991:75 s. 130-131.

¹¹⁹ Prop. 1993/94:101 s. 20.

lagstiftningen.¹²⁰ Sammantaget ansågs det föreligga ett behov att markera att rasistiska och liknande kränkningar särskilt ska uppmärksammas vid straffvärdebedömningen, detta också för att bidra till att dylika omständigheter uppmärksammas redan på förundersökningsstadiet.¹²¹

Straffskärpningsregeln infördes alltså på grund av den expressiva funktionen bestämmelsen förväntas ha i kombination med en preventiv motverkande effekt på rasistisk brottslighet som helhet.

3.2.2 Innebörd

Straffskärpningsregeln ska tillämpas på gärningars straffvärde i de fall då 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. Vid bedömningen av om gärningspersonen haft ett visst motiv för att begå en gärning, krävs det så kallat *avsiktssuppsåt*. Med avsiktssuppsåt i förhållande till straffskärpningsregeln avses att gärningspersonen ska ha haft avsikt att kränka en person eller en grupp på grund en i lagen skyddad gruppstillhörighet. Gärningspersonen ska se kränkningen som syftet, eller som ett verktyg för att nå sitt syfte för att det ska räknas som avsiktssuppsåt.¹²²

Ursprungligen föreslogs att det skulle vara tillräckligt att rasism inte måste vara den avgörande orsaken till en viss gärning utan att även gärningar med rasistiska inslag bör få ett skärpt straffvärde. Som exempel på rasistiska inslag togs misshandelsbrott som inte har upprinnelsen i rasism, men där våldsanvändningen kan ha åtföljts av *rasistiska tillmälen*, vilket ansågs vara tillräckligt för att straffskärpningsregeln skulle bli tillämplig.¹²³ Detta avfärdades i den senare propositionen och rasistiska inslag är idag inte tillräckligt för att straffskärpningsregeln ska tillämpas, då detta ansågs medföra att bestämmelsen skulle tappa i precision.¹²⁴ Brott med ”enbart” rasistiska inslag kan omfattas av de allmänna straffvärdereglerna.¹²⁵

Det är enligt propositionen inte nödvändigt att det kränkande motivet måste utgöra det enda eller det huvudsakliga motivet bakom en viss gärning för att kunna beaktas som försvårande, utan samtliga fall där motivet för brottet varit att åstadkomma en kränkning ska omfattas.¹²⁶

¹²⁰ Prop. 1993/94:101 s. 22.

¹²¹ Prop. 1993/94:101 s. 22.

¹²² Asp, Ulväng & Jareborg s. 323.

¹²³ SOU 1991:75 s. 131.

¹²⁴ Prop. 1993/94:101 s. 15-16.

¹²⁵ Prop. 1993/94:101 s. 23-24.

¹²⁶ Prop. 1993/94:101 s. 22.

3.2.3 Kritik

Att hantera hatbrottslighet genom att förbjuda vissa motiv är inte helt okontroversiellt. Ett argument emot är att det innebär en inskränkning i individens yttrandefrihet, andra menar att brottslighetens allvarlighet inte kan graderas.¹²⁷

Gärningspersonens motiv ska beaktas både när rätten tar ställning till en gärnings straffvärde enligt 29 kap. 1 §, och kompletteras med straffskärpningsregeln vilken förskriver högre straffvärde vid vissa motiv. Suzanne Wennberg, professor i straffrätt, ifrågasätter denna lagstiftningsteknik och menar att målsättningen med straffskärpningsregeln, det vill säga att skapa mer fokus på rasistiska och liknande motiv redan i förundersökningsstadiet, inte uppnås.¹²⁸ När straffskärpningsregeln infördes 1994, utgjorde den ett förtydligande i och med att gärningspersonens motiv redan skulle beaktas i den allmänna bedömningen av vad som utgör en gärnings straffvärde. Wennberg menar vidare att denna utformning av lagstiftning skapar osäkerhet i förhållande till vilka motiv som ska bedömas som särskilt klandervärda, då alla attacker mot en viss kategori eller grupp av personer i sig som grundläggande utgångspunkt är att betrakta som försvårande. Allmänpreventiva överväganden ska inte få genomslag i en enskild bedömning av en gärnings straffvärde, och därför ska domstolen inte heller värdera gärningspersonens motiv. Enligt Wennberg medför detta att en attack mot en person på grund av att denne är pedofil, ska bedömas som försvårande.¹²⁹

Brax menar att lagstiftningen är otydlig och att det inte av lagtexten går att utläsa vad *motiv att kränka* egentligen innebär.¹³⁰ Brax kritiserar den svenska lagstiftningen för sin oklarhet, och att formuleringen ”med motiv att kränka” är otydlig. Det framgår inte av bestämmelsen huruvida gärningspersonen ska ha haft avsikt att kränka, om det åsyftar sättet som gärningen begåtts på, eller om det avser att det ska föreligga ett bokstavligt motiv.¹³¹ Kritik har även riktats mot att, när domstolen väl har konstaterat att straffskärpningsregeln är tillämplig, inte redogör för hur motivet påverkat straffmätningen i domskälen. Detta får effekten att varken rättsliga aktörer, förövare eller brottsoffer kan skapa sig en överblick över rättsutvecklingen. Den bristfälliga motiveringen i domskälen kan förklaras med att straffmätningen utgör en avvägning mellan en mängd faktorer och det är svårt att precisera hur försvårande och förmildrande omständigheter har vägts mot varandra.¹³²

Principen om jämlikhet och likhet inför lagen är grundläggande för alla samhällen som gör anspråk på att vara demokratiska. Straffskärpningsregeln

¹²⁷ Granström, Mellgren & Tiby s. 66.

¹²⁸ Wennberg i JT 1996/97 s. 778.

¹²⁹ Wennberg i JT 1996/97 s. 780.

¹³⁰ Brax 2014, s. 185.

¹³¹ Brax 2014, s. 185.

¹³² Granström, Mellgren & Tiby 2016, s. 52.

utgör ett undantag just från denna princip, då vissa gärningar ses som mer klandervärda och straffvärda och vissa grupper ses som mer skyddsvärda.¹³³ Lagstiftning mot hatbrott utgör ett erkännande av att grupptillhörighet är en viktig del av det sociala livet, men detta erkännande riskerar också att förstärka urskiljandet då offerskapet riskerar att reproduceras och de utsatta skuldbeläggs genom utpekandet.¹³⁴

3.3 Hets mot folkgrupp

3.3.1 Bakgrund

Bestämmelsen tillkom år 1948, och äldre rätt saknade en motsvarande bestämmelse.¹³⁵ Paragrafen utformades i kölvattnet till andra världskriget och kan spåras rättspolitiskt till förföljelserna i Europa av bland annat judar under 1940-talet.¹³⁶ Hets mot folkgrupp inskränker den grundlagsstadgade yttrandefriheten vilket ursprungligen motiverades med att allmän ordning och säkerhet skulle främjas.¹³⁷

Ursprungligen var mot hets mot folkgrupp utformat som ett skydd mot kränkningar av härstamning eller trosbekännelse. Bestämmelsen utvidgades år 1970 till att explicit skydda ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse. Detta skedde i samband med att brottet olaga diskriminering infördes efter att Sverige ratificerade FN:s konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering.¹³⁸

3.3.2 Innebörd och kritik

Hets mot folkgrupp återfinns i 16 kap. 8 § BrB. Bestämmelsen består av tre rekvisit. Ansvar för hets mot folkgrupp förutsätter att en person i ett meddelande som sprids, hotar eller uttrycker missaktning för folkgrupp eller annan sådan grupp med anspelning på ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse eller sexuell läggning. Även indirekta uttalanden inkluderas, till exempel kränkande beskyllningar om mindervärdiga egenskaper som medelbart grundas på exempelvis religion. För ansvar krävs uppsåt.¹³⁹

Bestämmelsen omfattar kollektivt bestämda grupper, och kollektiv inom dessa grupper. Det är inte nödvändigt att en grupp pekas ut för att bestämmelsen ska kunna tillämpas, då allmänna uttalande som exempelvis förhålligär en viss ras på ett sådant sätt att andra raser måste anses angripna också är straffbara. Angrepp som riktas mot individer eller familjer faller

¹³³ Granström, Mellgren och Tiby 2016, s. 26.

¹³⁴ Granström, Mellgren och Tiby 2016, s.10.

¹³⁵ Berggren m.fl., Zeteo, kommentar till 16 kap. 8 § BrB.

¹³⁶ Bull, Svjt nr 3 2008/09 s. 532.

¹³⁷ SOU 1944:69 och prop. 1948:80.

¹³⁸ Prop. 1970:87 s. 3.

¹³⁹ Prop. 2001/02:59 s. 15.

under andra straffbestämmelser, exempelvis ofredande eller olaga hot.¹⁴⁰ I dessa fall kan straffskärpningsregeln också aktualiseras.

Förbudet om hets mot folkgrupp avser främst att förhindra rasistiska organisationers verksamhet.¹⁴¹ Hets mot folkgrupp kan beskrivas som ett komplement till det individualiserade diskrimineringskyddet som finns i diskrimineringslagen.¹⁴² De domar som har nått högre instans har ofta präglats av att personer med nationalsocialistiska åsikter spridit sina åsikter genom symboler men även yttranden som nått allmänheten har även prövats.¹⁴³

Kriminaliseringen illustrerar ytterst en avvägning mellan två skyddsvärda intressen, skyddet mot diskriminering och yttrandefrihet. Tillämpningsområdet för hets mot folkgrupp begränsas av bestämmelserna i RF och EKMR om yttrande- och religionsfrihet. För att ett uttalande ska vara straffbelagt krävs att det uttalandet klart och tydligt överskrider gränsen för vederhäftig och saklig diskussion, men samtidigt framgår det att saklig och fri debatt inte ska hindras. Uttalanden/meddelanden ska bedömas utifrån sin kontext, och motivet för uttalandet eller gärningen ska också beaktas.¹⁴⁴

Madeleine Leijonhufvud, professor emerita i straffrätt, ifrågasätter det lämpliga i att bara de i lagstiftningen uppräknade grupperna ska skyddas mot hatpropaganda. Hon menar att lagstiftningen inte är ett genomtänkt redskap för att stävja och motverka hat eller kränkningar utan snarare en kriminalisering som återspeglar olika opinionsvågor. Lagstiftningen skyddar människovärde och personlig integritet hos vissa grupper som vid en viss tidpunkt har uppfattats varit utsatta för farliga samhällstendenser. Ett illustrativt exempel som Leijonhufvud lyfter är den så kallade ”Järnrörsskandalen”, där en film på riksdagsmän från partiet Sverigedemokraterna visade hur männen dels kallade en man för ”blatte”, dels en kvinna för ”den lilla horan”. Paragrafen hets mot folkgrupp blir tillämplig i de fall ordet ”blatte” används gentemot gruppen invandrare, men gruppen kvinnor är inte skyddade då ordet ”hora” används på motsvarande sätt om gruppen kvinnor.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Prop. 2001/02:59 s. 15.

¹⁴¹ SOU 2015:103 s. 119.

¹⁴² Fransson & Stüber: Kommentaren till 1 kap 1 § DL.

¹⁴³ Se NJA 1996 s. 577, Hovrätten över Skåne och Blekinge Mål nr B 483-98.

¹⁴⁴ Prop. 2001/02:59 s. 41.

¹⁴⁵ Leijonhufvud 2013, s. 110.

3.4 Olaga diskriminering

3.4.1 Bakgrund

Olaga diskriminering är enligt förarbetena ett brott som utgör en kränkning av det som uppfattas som ”goda seder” av medborgarna.¹⁴⁶ Olaga diskriminering infördes i BrB år 1971 och bestämmelsen grundar sig främst på art. 5 p. F i FN-konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering, som ska tillförsäkra att var och en, utan åtskillnad på grund av ras, hudfärg, nationalitet eller etniskt ursprung, till likhet inför lagen, särskilt när det gäller åtnjutandet av rätten till alla platser och serviceinrättningar som är avsedda för allmänheten såsom samfärdsmedel, hotell, restauranger, kaféer, teatrar och parker.¹⁴⁷ Bestämmelsen sträcker sig emellertid länge än vad konventionsbestämmelsen kräver.¹⁴⁸ Bestämmelsen infördes för att bekämpa rasdiskriminering och andra liknande företeelser, i en rättslig kontext där hets mot folkgrupp och lagen om straff mot folkmord utgjorde de enda bestämmelserna som uttryckligen hade till syfte att motverka diskriminerande beteenden. Enligt departementschefens uttalande i propositionen ska brottet betraktas som ett brott mot allmän ordning.¹⁴⁹

3.4.2 Innebörd och kritik

Olaga diskriminering återfinns i 16 kap. 9 § BrB. Det finns två typer av olaga diskriminering, dels diskriminering inom näringsverksamhet, dels diskriminering vid anordnande av allmänna sammankomster.

Diskriminering inom näringsverksamhet kan förövas av näringsidkare, anställd, annan som handlar på näringsidkares vägnar, anställd i allmän tjänst eller innehavare av allmänt uppdrag. Den brottsliga gärningen, det vill säga det diskriminerande eller missgynnande momentet består i att en person tillhörande någon av de ansvariga personkategorierna inte går en person i en skyddad grupp till handa på samma villkor som gäller för andra personer. Ansvar kräver uppsåt.¹⁵⁰

Förbudet mot anordnarens diskriminering återfinns i tredje stycket. Den brottsliga gärningen kan begås vid offentliga tillställningar och allmänna sammankomster som inte räknas som näringsverksamhet eller annan allmän verksamhet. Det är främst anordnaren och medhjälparen eller andra biträden som omfattas av bestämmelsen. Den brottsliga gärningen består i att en person tillhörande en skyddad kategori vägras tillträde till tillställningen på de villkor som gäller för andra personer.¹⁵¹

¹⁴⁶ Prop. 1970:87 s. 42.

¹⁴⁷ SÖ 1971:40.

¹⁴⁸ Berggren m.fl., Zeteo, kommentar till 16 kap. 9 § BrB.

¹⁴⁹ Prop. 1970:87 s. 8.

¹⁵⁰ Berggren m.fl., Zeteo, kommentar till 16 kap. 9 § BrB.

¹⁵¹ Berggren m.fl., Zeteo, kommentar till 16 kap. 9 § BrB.

Bestämmelsen gäller inte mellan privaträttsliga subjekt och gäller inte heller på arbetsmarknaden. Olaga diskriminering utgör ett komplement till diskrimineringslagens förbud mot diskriminering på grund av etnisk tillhörighet.¹⁵² Det finns inget hinder i att, i de fall då både DL och bestämmelsen om olaga diskriminering är tillämpliga, tillämpa båda lagstiftningarna. Då beviskraven är högre ställda i den straffrättsliga processen, och då det åligger åklagaren att bevisa den åtalades uppsåt och skuld, kan det finnas fördelar att driva en civilrättslig process om diskriminering i stället. I en civilrättslig process är beviskraven lägre och råder omvänd bevisbörda som innebär att om den som upplever sig diskriminerad kan visa på anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad, är det upp till svaranden att visa att så inte har skett, se 6 kap. 3 § DL.

3.5 Vem (bör) skyddas av hatbrottsbestämmelserna?

Lagstiftning mot diskriminering och hatbrott kan beskrivas som att samhället/lagstiftaren genom maktutövning i form av kodifierade normer pekat ut vad som utgör diskriminering och vem ska kan bli utsatt för den här typen av orättfärdig behandling.¹⁵³ Lagstiftning pekar ut individen som den främste aktören, både i form av förövare och i form av rättsskyddssubjekt. En lagöverträdelse behandlas som en individuell överträdelse – inte som ett strukturellt fenomen.¹⁵⁴ Det strukturella särdraget som kännetecknar hatbrottslighet är därmed svårt att fånga i den rättsliga kontexten.

Hatbrottsbestämmelsernas skyddskategorier utgår från givna, sociala kategorier. För att ett hatrelaterat övergrepp ska kunna konstateras måste motivet kunna kopplas till skyddskategorin. Skyddskategorierna finns inte explicit definierade i lagstiftningen, utan definieras mer eller mindre i olika förarbeten till lagstiftningarna. Det finns en rad principer och argument som kan användas för att motivera att en grupp ska omfattas av skyddslagstiftning mot hatbrott. Det finns delade meningar om vilka grupper som ska omfattas av skydd, och om de i lagen uppräknade grupperna de facto är mer utsatta än andra grupper.¹⁵⁵ Det finns inte någon naturligt given ordning för vem som ska räknas som skyddsvärd. Det går att argumentera för att exempelvis klassism och diskriminering på grund av funktionsnedsättning ska införas som skyddsvärda kategoriseringar. Det finns också andra grupperingar eller kategoriseringar som kan beskrivas vara utsatta på olika sätt men som inte inkluderats i den svenska lagstiftningen. Den nuvarande ordningen är ett resultat av en historisk och social kontext där politiska ställningstaganden skapat en version av

¹⁵² Fransson & Stüber en kommentar till DL 1 kap.

¹⁵³ Hornscheidt & Landqvist 2014, s. 69.

¹⁵⁴ Hornscheidt & Landqvist 2014, s. 70.

¹⁵⁵ Tiby 2010, s. 193.

skyddslagstiftning. Sett till hur hatbrottslagstiftningen har utvecklats i Sverige har antalet skyddade grupper ökat gradvis. Ingen grupp har explicit exkluderats från skydd.¹⁵⁶ Brax har sammanställt argument som typiskt förekommer när lagstiftare i Europa rättfärdigar hatbrottslagstiftning i Europa. Jag har valt ut de som jag anser vara relevanta för den svenska lagstiftningen.

Det första argumentet består i att kategorier som historisk sett varit utsatta genom exempelvis rasism, förföljelse och diskriminering bör skyddas. Till den här kategorin hör den första vågens hatbrottslagar då exempelvis föreställningar om ras, religion och etnicitet kom att omfattas av skydd i USA och många andra länder, även Sverige. Ytterligare ett argument för skydd är en grups faktiska risk för att råka ut för hatmotiverad brottslighet. De grupper som löper stor risk att utsättas för hatbrott bör omfattas av lagstiftning.¹⁵⁷ Jag anser att sexuell läggning som skyddsgrund är ett bra exempel. Sexuell läggning infördes eftersom homosexuella utgör en så utsatt grupp och ansågs löpa större risk för hatmotiverad brottslighet än andra grupper. Ett aktuellt exempel idag är det nya förslaget på att införa kränkningar som avser könsidentitet eller könsuttryck vilket tar sikte på att ge transpersoner ett bättre straffrättsligt skydd. Även denna grupp är ytterst utsatt, se nedan i avsnitt 3.6.4.

Ett annat sätt att se på hatbrott är att säga att alla identitetsgrupper och sociala grupper ska vara omfattade av skydd, oavsett om denna grupp är i minoritet eller majoritet eftersom hatbrottslighetens allvarlighet kännetecknas av att gärningspersonerna förnekar likabehandlingsprincipen.¹⁵⁸ Detta berördes implicit av kvinnovåldskommissionen som ville införa kön som ny skyddad kategori, men detta avfärdades på grund av att bestämmelsen skulle bli allt för generell om kön skulle inkluderas. Slutligen kan ett kriterium för skydd utgöras av vem som beskrivs vara oskyldig. Den här kategorin fungerar som ett uteslutningskriterium där grupper som i någon mening kan sägas förtjäna förakt inte omfattas av skyddslagstiftning. Som exempel på grupper kan brottslingar, huliganer och rasister nämnas, men även pedofiler. Det anses inte lika problematiskt att förneka dessa gruppers lika värde och argumentet kan implicit anses ha accepterats av lagstiftaren då dessa gruppers skyddsbehov sällan diskuteras.¹⁵⁹

Genom att vissa grupper pekas ut som skyddsvärda pekas de också ut som presumtiva offer vilket i sig är kontraproduktivt och reproducerar idéer om gruppens utsatthet.¹⁶⁰ För att exemplifiera detta resonemang kan

¹⁵⁶ Brax & Munthe, 2015 s. 29.

¹⁵⁷ Brax & Munthe, 2015 s. 29, Brax, *Hatbrott och utsatthet*, föreläsning UR Samtiden - Internationella brottsofferdagen 2016, <http://urplay.se/program/194627-ur-samtiden-internationella-brottsofferdagen-2016-hatbrott-och-utsatthet>, (hämtad 2016-03-29).

¹⁵⁸ Brax & Munthe, 2015 s. 29

¹⁵⁹ Brax & Munthe, 2015 s. 29, Brax, *Hatbrott och utsatthet*, föreläsning UR Samtiden - Internationella brottsofferdagen 2016, <http://urplay.se/program/194627-ur-samtiden-internationella-brottsofferdagen-2016-hatbrott-och-utsatthet>, (hämtad 2016-03-29).

¹⁶⁰ Granström, Mellgren och Tiby 2016, s. 89.

utvecklingen gällande kategorin sexuell läggning nämnas. När skyddslagstiftning mot diskriminering av sexuell läggning tillkom på 1970-1990-talet, drev gayrörelsen identitetsfrågor starkt. Detta har sedermera ändrats genom att den nutida queer- och htbq-rörelsen istället rör sig bort från avvikarperspektivet och identitetsfrågor. Istället ligger fokus på att synliggöra olika normativiteter.¹⁶¹ Detta sätt att resonera har också fått genomslag i den SOU som kom i december 2015 där en översyn av transpersoners straffrättsliga skydd gjordes.¹⁶²

3.6 De skyddade grupperna i svensk straffrätt

Hets mot folkgrupp, olaga diskriminering och straffskärpningsregeln är avsedda att skydda och avgränsas på samma sätt, bestämmelserna har samma skyddskategorier och innebörden är också densamma.¹⁶³ De skyddade kategorierna är ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse och sexuell läggning.

Straffskärpningsregeln skyddar också kränkningar som avser *annan liknande omständighet*. Som exempel på annan liknande omständighet angav förarbetena transsexualism och transvestism.¹⁶⁴

Straffskärpningsregeln är alltså den av hatbrottsbestämmelserna som har det mest långtgående skyddet, men det kan ifrågasättas om *annan liknande omständighet* får någon faktiskt effekt då det ytterst sällan, om någonsin, åberopas i domstolarnas domskäl.¹⁶⁵

Nedan redogör jag för eventuella skillnader bestämmelserna emellan, men även för kommande förändringar.

3.6.1 Straffskärpningsregeln

Som tidigare påtalats initierades straffskärpningsregeln som ett medel mot främst rasistisk brottslighet, men den bakomliggande utredningen påpekade att skydd även mot andra kränkningar var viktigt. När skyddskategorierna skulle väljas ut hämtades ledning från straffbestämmelsen om hets mot folkgrupp, 16 kap. 8 § BrB. Den skyddsvärda personkretsen bestämdes till ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse eller annan liknande omständighet.¹⁶⁶ I huvudsak avsåg skyddet omfatta minoritetsgrupper, men skyddet begränsades inte till dessa grupper. Bestämmelsen är

¹⁶¹ Granström, Mellgren och Tiby 2016, s. 89.

¹⁶² SOU 2015:103.

¹⁶³ Berggren m.fl., Zeteo, kommentar till 16 kap. 9 § BrB.

¹⁶⁴ Även denna bestämmelse utvidgades till att omfatta hets mot sexuell läggning samtidigt som straffskärpningsregeln utvidgades.

¹⁶⁵ Berggren m.fl., Zeteo, kommentar till 16 kap. 9 § BrB.

¹⁶⁶ Prop. 1993/94:101 s. 23-24.

därför tillämplig vid alla brott där ett diskriminerande motiv föreligger.¹⁶⁷ Bestämmelsens tillämpningsområde formulerades på detta vis i propositionen:

*”Bestämmelsen kan vara tillämplig inte bara när exempelvis svenskar ger sig på invandrare utan också i den motsatta situationen, alltså att personer med utländskt ursprung angriper någon eller några just för att de är svenskar. Också i fall då både gärningsmannen och brottsoffret är invandrare kan bestämmelsen vara tillämplig”.*¹⁶⁸

Den utsatta personen eller gruppen behöver inte inneha ställning som målsägande. Detta kan illustreras genom exemplet att om en brand anlagts i en byggnad för religionsutövning, kan bestämmelsen tillämpas oavsett vem som äger byggnaden, förutsatt att det föreligger ett motiv att orsaka en kränkning av förevarande slag.¹⁶⁹

När hatbrottsmotiv infördes som försvårande omständighet år 1994, var sexuell läggning inte explicit uppräknad som skyddad kategori. Förarbetena angav att bestämmelsens ventil, *annan liknande omständighet* omfattade bland annat sexuell läggning. Hatbrott med exempelvis homofoba motiv kunde (och skulle) därmed få ett förhöjt straffvärde ändå.¹⁷⁰ År 2002 utvidgades straffskärpningsregeln till att också omfatta sexuell läggning. Som motivering till denna precisering uppgavs att paragrafen behövde förtydligas. Hets mot folkgrupp utökades samtidigt till att också omfatta hets mot sexuell läggning.¹⁷¹

År 1995 föreslog kvinnovåldskommissionen att kön skulle införas som skyddad grupp i straffskärpningsregeln, som ett led i förbättring av stödet till våldsutsatta kvinnor.¹⁷² Detta genomfördes emellertid inte då regeringen ansåg det tveksamt att kvinnor – eller män – på grund av sitt kön skulle vara i behov av ett skydd som var utformat på ett generellt sätt. Genom en sådan bestämmelse skulle straffskärpningsregeln förlora sin innebörd då i stort sett hela befolkningen skulle omfattas. Vidare ansågs det vara möjligt att beakta en kränkning som skett på grund av en persons kön genom straffvärdesbedömningen ändå, eftersom dessa regler enbart är av exemplifierande karaktär.¹⁷³

3.6.2 Hets mot folkgrupp

Den ursprungliga bestämmelsen om hets mot folkgrupp innebar ett förbud mot att offentligt hota, förtala eller smäda en grupp av befolkningen med

¹⁶⁷ Prop. 1993/94:101 s. 22.

¹⁶⁸ Prop. 1993/94:101 s. 22.

¹⁶⁹ Prop. 1993/94:101 s. 23-24.

¹⁷⁰ Prop. 1993/94:101 s. 22.

¹⁷¹ Även denna bestämmelse utvidgades till att omfatta hets mot sexuell läggning samtidigt som straffskärpningsregeln utvidgades.

¹⁷² SOU 1995:60.

¹⁷³ Prop. 1997/98:55 s. 86

viss trosbekännelse eller med viss härstamning. Ursprungligen nämndes inte skyddade grupper explicit i lagstiftningen.¹⁷⁴ Bakgrunden till införandet var att det ansågs anstötligt och farligt för samhällslivet att en befolkningsgrupp förföljdes på grund av härstamning eller på grund av sin trosbekännelse, men bakgrunden till bestämmelsen utvecklades inte närmare. Som exempel på skyddsvärda grupper nämndes samer, romer och judar samt utlänningar som tagit sin tillflykt till Sverige.¹⁷⁵

År 2003 utvidgades tillämpningsområde för hets mot folkgrupp och kom att omfatta även hets som anspelar på sexuell läggning.¹⁷⁶ Skälen för införandet bestod i att homosexuella ansågs utgöra en mycket utsatt grupp. Uttalanden innehållande hets mot homosexuella ansågs utgöra en inte oväsentlig del av de meddelanden och skrifter vilka sprids av rasideologiska och nationalsocialistiska grupper och ansågs vara sammanvävda med rasistisk agitation. Skälet för införande var huvudsakligen att skydda homosexuella, men skyddet omfattar alla sexuella läggningar, för att alla människor skulle ges ett likartat skydd.¹⁷⁷

Homo- bi- och heterosexuell läggning omfattas men dock inte så kallade sexuella intressen, variationer, beteenden eller inriktningar som uppges existera bland både hetero- homo och bisexuella personer. Detta medför att transsexualism och transvestism i dagsläget inte omfattas av skydd. När ett motiv för att kränka en person eller grupp varit hens transsexualism eller transvestism är detta möjligt beakta som straffskärpande, men en ändring avseende könsuttryck kan vara på gång, se avsnitt 4.6.4. Inte heller böjelser omfattas. Som böjelse nämns exempelvis pedofili. Sexuell läggning har därmed fått en mer definitiv avgränsning och en tydligare definition än övriga skyddsgrupper.¹⁷⁸

Hets mot folkgrupp är precis som straffskärpningsregeln inte enbart ett minoritetsskydd utan omfattar ett skydd mot hets även för majoriteten.¹⁷⁹

3.6.3 Olaga diskriminering

Diskrimineringsgrunderna i bestämmelsen om olaga diskriminering valdes för att överensstämma med art. 5 p. f i FN-konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering.¹⁸⁰

Olaga diskriminering skiljer ut sig på en punkt jämfört med de andra hatbrottsbestämmelserna. Om exempelvis en näringsidkare tillskriver en person en viss rastillhörighet av misstag, och på denna grund diskriminerar

¹⁷⁴ NJA II 1948 s. 357.

¹⁷⁵ NJA II 1948 s. 357.

¹⁷⁶ NJA II 2002 s. 469.

¹⁷⁷ Prop. 2001/02:59 s. 33, 39.

¹⁷⁸ Prop. 2001/02:59 s. 59.

¹⁷⁹ SOU 2013:103 s. 201.

¹⁸⁰ Prop. 1970:87 s. 40.

hen, är bestämmelsen inte tillämplig.¹⁸¹ Det finns heller inget skydd om en person diskrimineras på grund av en närståendes tillhörighet på grund av de skyddade grunderna, det vill säga om en person diskrimineras på grund av hans partners hudfärg eller liknande.¹⁸²

Motsvarande kan inte utläsas om de andra två bestämmelserna, det vill säga att det inte framgår huruvida exempelvis straffskärpningsregeln ska vara tillämplig om motivet att kränka en person är hans närståendes sexuella läggning. Straffskärpningsregelns något mer öppna formulering och lagtextens uttryckliga möjlighet att ta hänsyn till *annan liknande omständighet* antyder dock att detta är möjligt.

Bland hatbrottsbestämmelserna var olaga diskriminering först med att inkludera ett skydd mot diskriminering av sexuell läggning. Bestämmelsen utökades med ett skydd mot diskriminering på grund av homosexuell läggning år 1987. Genom att homosexuell läggning infördes som skyddsgrund var avsikten att markera att samhället öppet erkände homosexualitet. Det skulle bidra till dels en markering mot diskriminering, dels signalera att homosexuella människor är likvärdiga samhällsmedborgare.¹⁸³

*”Ett diskrimineringsförbud i BrB kan visserligen antas få begränsad omedelbar praktisk betydelse men får säkerligen samtidigt ett inte obetydligt symbolvärde. [...] Det är här fråga om i många fall djupt rotade attityder.”*¹⁸⁴

Utredningen som låg bakom införandet av ett skydd mot olaga diskriminering av homosexuell läggning utredde också en utvidgning av hets mot folkgrupp men kom fram till att det inte var lämpligt.¹⁸⁵ Skälet var att det ansågs svårt att överblicka konsekvenserna av en utvidgning av bestämmelsen och det skulle vara ”tänkbart att den skulle drabba olika slags framställningar med religiös bakgrund och överhuvudtaget snarare bidra till en konflikt mellan de homosexuella och samhället i övrigt än göra någon verklig nytta”.¹⁸⁶ Utredningen föreslog homosexuell läggning och inte sexuell läggning av flera orsaker. Sexuell läggning kan uppfattas som allt för obestämt och kan även anses inbegripa böjelser och beteenden som rimligen inte bör skyddas av lagstiftaren och varav vissa till och med är straffbara.¹⁸⁷ Formuleringen homosexuell läggning ändrades 2009 till sexuell läggning för att stämma överens med utformningen av DL.¹⁸⁸

¹⁸¹ Prop. 1970:87 s. 40.

¹⁸² SOU 2015:103 s. 203.

¹⁸³ Prop. 1986/87:120 s. 36.

¹⁸⁴ Prop. 1986/87:124 s. 36.

¹⁸⁵ Prop. 1986/87:124 s. 35.

¹⁸⁶ Prop. 1986/87:124 s. 35.

¹⁸⁷ Prop. 1986/87:124 s. 37.

¹⁸⁸ Berggren m.fl., Zeteo, kommentar till 16 kap. 9 § BrB.

3.6.4 Kommande förändringar

I december 2015 föreslog en utredning med uppdrag att utreda det straffrättsliga skyddet för transpersoner, att alla tre hatbrottsbestämmelser ska utvidgas till att omfatta kränkningar som tar sikte på en persons könsidentitet eller könsuttryck.¹⁸⁹ Genom att istället använda sig av könsidentitet eller könsuttryck inkluderas ”en persons identitet eller uttryck i form av kläder, kroppsspråk, beteende eller annat liknande förhållande avseende på kön”.¹⁹⁰

Utredningen valde att inte skapa ett skydd specifikt för transpersoner då detta skulle kunna leda till att transpersoner som grupp skulle pekats ut som avvikande och normbrytande. En sådan skyddsdefinition ligger inte heller i linje med de övriga skyddskategorierna som alla är utformade som ett generellt skydd (t.ex. skyddas alla sexuella läggningar).¹⁹¹

Lagförändringen avser istället omfatta all diskriminering på grund av könsidentitet eller könsuttryck, oavsett hur personen förhåller sig till normen gällande det kön som tilldelats hen. Detta innebär att även cis-personer¹⁹² omfattas. I konsekvens med de föreslagna ändringarna av 16 kap. 8-9 §, föreslås även att straffskärpningsregeln utvidgas genom att det anges att det är en försvårande omständighet om ett motiv för brottet varit att kränka en person eller en grupp av personer på grund av könsidentitet eller könsuttryck.¹⁹³

Samma utredning föreslog också att uttrycket *ras* ska ersättas med begreppet ”föreställningar om ras” i alla hatbrottsbestämmelser. Denna ändring ska spegla ett avståndstagande från idén om att människor kan delas in i raser, och att det endast handlar om gärningspersonens egna föreställningar. Detta ska inte ändra bestämmelsernas tillämpningsområde.¹⁹⁴ Ordet *ras* infördes i svensk lagstiftning i bestämmelserna om hets mot folkgrupp och olaga diskriminering för att nå upp till kraven som rasdiskrimineringskonventionen uppställde. Rasbegreppets innebörd är enligt förarbetena vad som kan benämnas som en historisk indelning av människosläktet som tidigare upptogs i ”antropologiska rasindelningar”.¹⁹⁵

¹⁸⁹ SOU 2015: 103 s. 283.

¹⁹⁰ SOU 2015:103 s. 24.

¹⁹¹ SOU 2015:103 s. 259.

¹⁹² Personer som har en könsidentitet eller könsuttryck som är och alltid har varit i överensstämmelse med normen för det kön de fötts med.

¹⁹³ SOU 2015:103 s. 31.

¹⁹⁴ SOU 2015:103 s. 20.

¹⁹⁵ SOU 2015:103 s. 19.

4 Analys

4.1 Diskursanalys av domar

Som tidigare uppmärksammats är det av utrymmesskäl endast straffskärpningsregeln som behandlas. Två av rättsfallen, Kode och Klippan, är från tiden innan straffskärpningsregeln förändrades 2010, då de kvalificerade rekvisiten togs bort. Bedömningen hade alltså kunnat vara mer generös om fallen tagits upp idag. Jag har valt att inkludera fallen dels då Klippanmålet behandlades i HD, dels då båda målen fått mycket medial uppmärksamhet. Domarna beskrivs utifrån de delar där rätten har tillämpat straffskärpningsregeln, och delar som krävs för förståelsen av denna tillämpning. De utvalda rättsfallen utgör på inget sätt ett representativt urval, utan är till för att exemplifiera och illustrera rättstillämpningens hantering av hatbrott. Fallen är anonymiserade.

Som jag tidigare presenterat i inledningskapitlet inspireras jag av Faircloughs och pragmatisk konstruktivism i min kritiska diskursanalys. I det första momentet, då jag ser till själva texten i domarna, kommer jag att fokusera på två saker, dels vad som kommer faktiskt kommer till uttryck, dels textens faktiska uppbyggnad och struktur. Det som utelämnas kan tolkas i princip i lika utsträckning som det sagda, men det kan vara svårt att få fram vad som orsakat utelämnande av information. I det andra momentet sätter jag delvis in diskurserna i en större, omgivande social och samhällelig kontext. Diskurserna som jag identifierat går i mångt och mycket ihop i varandra, och upprepas också, och jag lägger fram ett eller flera exempel för att tydliggöra respektive diskurs.

Positionering innebär den diskursiva roll som en person får, exempelvis i ett samtal. Diskursiv roll avser inte bara givna roller, i form av förälder – barn utan också roll på ett mer djupgående plan i form av den självförståelse och självidentifikation en person kan tvingas i. På grund av detta utgör positionering ett bra verktyg för den konstruktivistiska analysen av diskriminering. Positionering kan ske utifrån en rad olika faktorer och sker ofta implicit, omärkbart.¹⁹⁶ En konstruktivistisk aspekt på språkanalys medför att en analys av det icke-namnliga möjliggörs. Normföreställningen benämns inte, utan bara undantaget är explicit och verbalt definierat.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Hornscheidt & Langstedt 2014 s. 153.

¹⁹⁷ Hornscheidt 2015, s. 76.

4.2 Diskurser

4.2.1 Diskursen om det neutrala motivet

En av de mest framträdande diskursen som jag identifierat vid läsningen av domarna är *diskursen om det neutrala motivet*. Med detta avser jag hur domstolen dekonstruerar händelseförlopp och uttalanden vilka indikerar att gärningspersonen haft ett hatbrottsmotiv. Gärningarna dekonstrueras, alltså skalas ned, och anpassas till den rättsliga diskursen i enlighet med skuldprincipen. Enbart vad gärningspersonen haft avsikt att uppnå kan läggas hen till last, och omständigheter som inte är i *direkt anslutning* till den brottsliga gärningen lämnas utan hänseende. Ju snävare denna inskränkning eller dekonstruering görs, desto svårare blir det att bevisa ett visst motiv. Hur avgränsningen görs är ofta otydligt och i de olika domarna framkommer olika sätt att avgränsa gärningarna. Detta hänger ihop med att bedömningen avseende straffvärdet ofta sker genom en *sammantagen bedömning*.

Ett exempel på hur domstolen neutraliserat ett, utifrån sett, problematiskt motiv beskrivs i en dom från Hovrätten över Skåne och Blekinge. Händelsen som var föremål för prövning var en misshandel. Konflikten hade pågått under en period och detta var inte första gången som J och K hamnat i bråk med varandra. I början av april hade J blivit attackerad av K med ett järnrör på stan. J försvarade sig då med fickkniv, vilket ledde till att K knivskars. J uppgav att anledningen till attacken var hans hudfärg och att K anser att färgade är ”slavar”.

I mitten av april attackerades J återigen. J återgav att han blev attackerad på öppen gata av K och hans vän. De gav honom ett 40-tal slag och sparkar över hela kroppen. J uppgav att det var en hämnd från K för vad som hänt i början av april. ”K och hans släkt betraktar afrikaner som slavar och om man blivit skadad av en slav måste man ge igen, annars har man förlorat ansiktet”¹⁹⁸.

Tingsrätten ansåg att J lämnat mycket trovärdiga uppgifter om vad som inträffat. Hans uppgifter styrktes av en filmsekvens och vittnesuppgifter. K dömdes för grov misshandel men tingsrätten ansåg inte att det förelåg ett förhöjt straffvärde på grund av hatbrottsmotiv. Tingsrätten menade att motivet för attacken mot J i början på april inte kunde uteslutas ha varit Js etniska härkomst eller hudfärg. Vid den andra misshandeln fanns det dock anledning att anta att gärningen motiverats av den knivskärning som J tillfogat K i självförsvar några veckor tidigare. Det kunde därför sammantaget inte anses vara visat att gärningen motiverats av J:s härkomst eller hudfärg.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Lunds tingsrätt mål nr B 1705-15 s. 4. Hovrätten över Skåne och Blekinge fastställde domslutet utan ändringar genom dom nr B1924-15.

¹⁹⁹ Lunds tingsrätt, B 1705-15 s. 10.

Dekonstrueringen gör att gärningsmotiv som inte tar uttryck i explicita verbala kränkningar i direkt anslutning till den brottsliga gärningen är mindre sannolika att passera som hatbrottsmotiv och uppmärksammas därmed inte vid straffvärdebedömningen. Detta skadar i sin tur inte bara individen som inte får upprättelse genom brottmålsprocessen. Hela gruppen som individen anses representera marginaliseras då gärningar ses allt för snävt som en enskild händelse.

4.2.2 Diskursen om det typiska hatbrottsmotivet

En gärnings- och motivtyp där domstolen har lättare att identifiera ett hatbrottsmotiv kan brytas ner i tre beståndsdelar och kan beskrivas som *diskursen om det typiska hatbrottsmotivet*.

- Gärningsperson(erna) och offret känner inte varandra sedan tidigare.
- Den brottsliga gärningen består i en oprovocerad misshandel som åtföljs av rasistiska tillmälen.
- Gärningsperson(erna) tillstår att de har rasistiska åsikter efter gärningen.

I de fall då den tilltalade explicit uttalat att hen har en (vanligast förekommande) rasistisk inställning är det svårare att utläsa på vilket sätt domstolen har konstruerat hatbrottsmotivet. Inställningen i sig ska särskiljas från gärningstillfället och är inte ensamt tillräckligt för att bevisa ett hatbrottsmotiv, men det är en nödvändig förutsättning.

Det kanske mest uppmärksammade fallet med hatbrottsmotiv, och det enda fall som tagits upp av HD, är det så kallade Klippanfallet från år 1996.²⁰⁰ Ifrågavarande kväll spenderade P kvällen på puben Krogodilen tills den stängde vid 02.00. P letade därefter upp K, som han skulle sova hos. K ville att de ”skulle skrämma någon” och de bestämde sig för att följa efter en man som gick över torget i Klippan. Då K och P följde efter mannen upptäckte de att han var mörkhyad, i alla fall kort innan de nådde fram till G.²⁰¹ När de nådde fram till mannen attackerade P honom och utdelade ett knivhugg mot G. Detta orsakade G dödliga skador, G flydde platsen och lyckades ta sig 200-300 meter innan han faller ihop i ett buskage där han avled efter några minuter.

Av utredningen i målet framgick följande:

”P. är såväl enligt egen som andras uppgift fientligt inställd till mörkhyade invandrare. [...] På eftermiddagen d 8 sept. 1995 har P. hörts fälla uttalanden om att han skulle ut och döda ”blattar”. Under kvällen samma dag har P. hörts säga att han skulle döda en neger. [...] När beskedet om Gs död nådde P yttrade denne, att ”fan, vad gott att han dog”. När han såg

²⁰⁰ NJA 1996 s. 509.

²⁰¹ NJA 1996 s. 509 s. 524.

nyheterna om händelserna på text-TV sträckte P upp händerna i luften och skrek "wow". Dennes yttranden och handlingssätt [...]. låter sig svårligen förklaras av att han inför sina kamrater har velat visa en tuff attityd"²⁰²

Av vittnesförhör med K framkom följande: "K. har svårt att tro att det sedermera inträffade skulle ha hänt om det hade varit en vit man de hade sett. Den enda förklaringen till att de följde efter G är att denne hade mörk hudfärg. K. anser sig vara rasist. Han har inte någonting emot utlänningar som är vita, t ex jugoslaver. Han säger sig emellertid inte kunna förstå anledningen till att vi skall ta emot så många utlänningar när vi inte kan försörja oss själva."²⁰³

HD ansåg att det "åtminstone får hållas för visst att motivet för gärningen delvis varit att kränka G på grund av hans hudfärg eller ursprung, och att detta ska beaktas som en försvårande omständighet i enlighet med 29 kap. 2 § 7 p. BrB".²⁰⁴

Som redan påtalat var kraven för att beakta försvårande omständigheter vid tillfället för domen högre ställda än i nuvarande lagstiftning. Trots detta anser jag att HD är (milt uttryckt) blygsamma i sin bedömning av gärningspersonernas motiv till sitt agerande. Av de fall jag har gått igenom, framträder i Klippanfallet det klart tydligast uttalade hatbrottsmotivet. HD väljer ändå att se gärningspersonernas motiv som något vilket enbart delvis kan säkerställas vara ett kränkande motiv i förhållande till G:s hudfärg eller ursprung.

Nästa exempel på det typiska hatbrottsmotivet är också en misshandel där en man, G attackerades oprovocerat på en tågstation av två personer. K och J passerade honom på perrongen och skrek tillmälen, de kallade honom "jävla neger" och att han "skulle åka hem till Afrika".²⁰⁵ G försökte undvika dem men blev förföljd in i stationens vänthall. Där fick G ett slag i ansiktet med en påse glasflaskor, och mottog slag och sparkar tills han föll omkull.

Hovrättens sammantagna bedömning av straffvärdet löd som följer: "I detta avseende är det klarlagt att det vid den första kontakten mellan parterna förekom ordväxling som anspelade på nationalitet, att J och K därefter följde efter G och att någon av dem i samband med detta uttalade ord som "neger". J har också till polisen gett klart uttryck för rasistiska åsikter [...] Mot bakgrund av det sagda är det utrett att ett motiv för gärningen varit att kränka G på grund hans ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung".²⁰⁶

Precis som i Klippanfallet rör det sig om en oprovocerad misshandel där rättsskyddssubjektets hudfärg/utseende explicit har angripits i kombination

²⁰² NJA 1996 s. 509 s 519-520.

²⁰³ NJA 1996 s. 509 s. 519.

²⁰⁴ NJA 1996 s. 509 s. 524.

²⁰⁵ Solna Tingsrätt, B 3635-12 s. 18.

²⁰⁶ Svea Hovrätt, B 6089-13 s. 6-7.

med att J uttryckligen uttalat sig ha en rasistisk inställning. Hovrätten gör ingen närmare redogörelse kring varför eller hur de anser att hatbrottsmotivet är bevisat.

Det sista exemplet rör ett fall när en person intagen på en anstalt dömdes för hot mot tjänsteman. Den intagne, G var redan irriterad och upprörd när vårdaren M kom in i cellen. När M inte hittade någon mugg åt G som han kunde dricka ur när han skulle ta sina mediciner så blev G mycket upprörd och det hela eskalerade. G skrek då att M hade ful näsa, var äcklig och ”jag vill döda dig din jävla neger”.²⁰⁷ Dessa yttranden skedde mycket hotfullt.

Tingsrättens bedömning av uttalandena och händelseförloppen löd som följer:

”Tingsrätten har ovan funnit det styrkt att G uttalat att han ville döda M i samband med att hon letade efter en plastmugg åt honom. I hotet har yttrandet ”jävla neger” ingått. Av M och M.Ms berättelser framgår också i anslutning till hotet uttalades har kallat M ”smutsig neger” och sagt att hon hade ful näsa och att hon var äcklig. Mot den bakgrunden finner tingsrätten det visat att ett motiv för brottet har varit att kränka M för hennes hudfärg och etniska ursprung.”²⁰⁸

Sammanfattningsvis går det att se hur de tre beståndsdelarna som kännetecknar det typiska hatbrottsmotivet skapar ett ramverk inom vilket domstolen tenderar att lättare inordna ett händelseförlopp som ett hatbrott. I alla tre fall har det också rört sig om en attack på rättsskyddssubjektets hudfärg vilket kan tolkas som att domstolen har lättare att ”uppfatta” det avvikande om rättsskyddssubjektet uppenbart avviker från vithetsnormen. Detta drabbar i sin tur alla atypiska gärningsmotiv, men också personer som inte uppfyller den stereotypa bilden av vad det innebär att tillhöra en viss grupp.

4.2.3 Diskursen om offrets inställning

En rättslig prövning av huruvida en gärning ska bedömas som hatbrott eller inte utgår prövningen utifrån gärningspersonens inställning. Det är kärnan i hatbrottsligheten. Likväl påverkar den utsattes berättelse och inställning huruvida gärningen ska bedömas som ett hatbrott eller inte, vilket kan ses som att rättsskyddssubjektet äger makten att definiera om en gärning inte utgör ett hatbrott i större utsträckning än tvärtom.

Diskursen om offrets inställning påverkar bedömningen av hur förkastlig en gärning bedöms vara. Om rättsskyddssubjektet i fråga inte upplever sig diskriminerad, eller utsatt för en gärning med hatbrottsmotiv, kan det räcka

²⁰⁷ Malmö Tingsrätt B 9433 -13 s. 3. Hovrätten över Skåne och Blekinge fastställde tingsrättens domslut utan ändringar genom mål nr B 3038-14.

²⁰⁸ Malmö Tingsrätt B 9433 -13 s. 5.

för att hatbrottsmotivet inte ska anses vara bevisat. Ett exempel på detta är följande fall, där J dömdes för våldsamt motstånd och hot mot tjänsteman.²⁰⁹

J gjorde motstånd när två poliser skulle omhänderta honom enligt lagen om omhändertagande av berusade personer m.m.. I samband med detta uttalade J dödshot och kränkande tillmälen som riktade sig främst mot polismannen C, men även mot de andra poliserna. Enligt åklagarens gärningsbeskrivning har hoten varit ägnade att kränka polismannen C på grund av hans hudfärg genom att J uttalade ”Blatte”, ”turkjävel”, ”blattepolis” och ”negerpolis”.²¹⁰ Tingsrätten ansåg inte att det förelåg skäl att skärpa straffvärdet utifrån följande resonemang:

”Det noteras att J kallat polismannen C för diverse kränkande tillmälen som syftat på hans hudfärg. Detta har dock skett i samband med att han kastat ur sig dödshot mot samtliga närvarande poliser, av vilka två ska ha varit blonda och blåögd. C har vidare själv berättat att han inte uppfattade att hoten som riktades mot honom var på grund av hans hudfärg. Det finns därför inte skäl att bedöma gärningen som ett hatbrott och därför skärpa påföljden”.²¹¹

Domstolen antyder att kontexten i vilken hotet har uttalats, det vill säga att två blonda poliser också hotades samtidigt, räcker för att det inte ska föreligga ett rasistiskt motiv. Domstolens uttalande kan också tolkas som att ett straffskärpande motiv hade förelegat om C dels hade varit ensam med J när hotet uttalats, dels om C hade haft en annan inställning till uttalandena eller lämnat dem okommenterade. Hur detta förhåller sig till gärningspersonens subjektiva inställning till motivet är svårt att utläsa av domen. Jag anser att det är problematiskt att domstolen inte tar ställning till gärningspersonens motiv utan snarare värderar (och avgränsar) motivet utifrån andra, externa omständigheter. En tolkning är att gränsen mellan institution (polisväsendet) och individen (polismannen C) blivit diffus, att angreppet ses riktat mot polisväsendet snarare mot individen C, och därför tolkas hoten och kränkningarna inte vara kopplade till C:s hudfärg, då upprinnelsen till konflikten är motstånd till omhändertagandet snarare än viljan till kränkning av C, se vidare i avsnitt 4.2. Som jag tagit upp tidigare finns det forskning som visar att utsatta personer är ovilliga att benämna trakasserier som hatbrott/diskriminering om de exempelvis inte blivit tagna på allvar tidigare.

Ytterligare ett exempel på att rättsskyddssubjektets inställning till kränkningen och dess påverkan framgår av ett fall som rörde en grov misshandel från Göta Hovrätt.²¹² B misshandlades av R och A. Frågan var om motivet för misshandeln var att kränka B på grund av hans sexuella läggning. Målsägarbiträdet åberopade Rs vittnesförhör vilket även hovrätten

²⁰⁹ Hovrätten för övre Norrland, B 811-15.

²¹⁰ Luleå tingsrätt, B 2340-14 s. 6.

²¹¹ Luleå tingsrätt, B 2340-14 s. 15. Hovrätten fastställde tingsrättens dom, se Hovrätten för övre Norrland, B 811-15.

²¹² Göta Hovrätt, B 2075-15.

hänvisade till i sitt domslut.²¹³ Där uppgav R följande: ”Det här gjorde jag för att mannen är pedofil. [...] Mannen har erkänt att han är bög så det är inte skoj att han gör så med barnen. [...] Jag slog honom för att han har äcklat sig för barn. [...] Man blir arg när det gäller barn. Man blir äcklad och när man vet att han är bög med. Jag har sagt att han ska sluta böga sig men då bara skrattar han och då är det svårt att känna att det är normalt det han gör med barnen”²¹³.

B uttalade sig inte huruvida han tillhörde en viss, skyddad sexuell läggning och uppgav också för tingsrätten att han inte kom ihåg om de tilltalade sa något som var kränkande relaterat till hans sexualitet. Däremot uppgav B att det förekommit nedlåtande utlåtanden i samband med misshandeln. Som tingsrätten formulerade det ville B inte ”kännas vid” att han omfattas av en av rättsordningen skyddad sexuell läggning.²¹⁴ Det faktum att B inte ville kännas vid att han tillhörde en utsatt sexuell läggning, det vill säga homosexualitet, kan också indikera på att detta var känslig information som B ogärna ville skulle komma fram genom domstolsprocessen. Domstolsprocessen riskerar därmed att bli en sekundär kränkning av den utsatte. Hovrätten gjorde en sammantagen bedömning av omständigheterna kring motivet:

*”Bortsett från att vissa nedsättande tillmälen som anspelade på B:s sexuella läggning uttalades strax före misshandeln påbörjades har ingen av de hörda personerna berättat om händelsen att den slutsatsen kan dras att R och A:s agerande grundades i ett sådant motiv. Enligt vad R uppgett [...] förefaller detta ha varit att bestraffa B för vad denna enligt ett rykte skulle ha gjort. I samma riktning talar vad A uppgett i polisförhör, att han blev upprörd för det här med barn’. Sammantaget anser hovrätten att utredningen inte ger stöd för slutsatsen att misshandeln haft ett sådant motiv som åklagaren påstått”*²¹⁵.

Domstolen konstaterar att gärningspersonerna fällt kränkande kommentarer om B:s (påstådda) sexuella läggning i anslutning till misshandeln men sluter sig till att anledningen till angreppet ändå grundat sig i B:s (påstådda) pedofili. Fallet aktualiserar därmed frågan om vad som utgör ett klandervärt motiv eftersom domstolen menar att motivet för gärningen inte varit att kränka B på grund av hans sexualitet, utan för att han var pedofil. Vid bedömningen av en gärnings straffvärde finns möjligheten att beakta gärningspersonens motiv via 29 kap. 1 § BrB då den allmänna straffvärdebedömningen görs. Det kan tolkas som att domstolen inte ansåg att det är klandervärt att angripa en person på grund av att denne är pedofil, och att den indirekta skadan mot ”gruppen” pedofiler inte heller är något som ska påverka straffvärdebedömningen. Implicit framgår också att de kränkande kommentarerna som avsåg Bs sexualitet, inte var tillräckliga för att konstatera ett hatbrottsmotiv, det vill säga att motivet att kränka B på grund av hans sexualitet enbart utgjort ett inslag.

²¹³ Förundersökningsprotokoll med diariernr: 5000-K624556-15 s. 170-171.

²¹⁴ Växjö tingsrätt mål nr B 2038-15 s. 12.

²¹⁵ Göta Hovrätt mål nr B 2075-15 s. 10-11.

Sammantaget är det viktigt att den utsattes tolkning får ta plats och att hen får definiera det inträffade samtidigt som det som ska utredas och bedömas är gärningspersonens subjektiva motiv. Ett avskiljande från rättsskyddssubjektets egna inställning kan därför vara av vikt för att ett hatbrottsmotiv ska kunna identifieras på ett korrekt sätt.

4.2.4 Diskursen om gärningspersonens inställning

I grund och botten är förövarens inställning styrande, från gärningstillfälle till domslut. Rättsskyddssubjektets kategoritillhörighet definieras främst av gärningspersonen och inte av domstolen eller av den utsatte själv. För att ett åberopat motiv ska beaktas av rätten måste den utsattes identitet på något sätt objektivt uppfattas falla in under straffskärpningsregelns tillämpningsområde, exempelvis skulle en händelse där en vit person som blev kallad för "neger" i samband med en misshandel inte anses falla in under straffskärpningsregeln.

Hatbrottets rättsliga kärna består av det som tar plats i gärningspersonens huvud. Den rättsliga bedömningen av det subjektiva motivet görs utifrån vad hen sagt, och vad hen har gjort i gärningsögonblicket. Det finns dock exempel på när gärningspersonens egna uppgifter om det inträffade har fått mer tyngd än det (utifrån sett) objektiva händelseförloppet. Detta benämner jag *diskursen om gärningspersonens inställning*.

Det första exemplet är hämtat från ett fall från Hovrätten för västra Sverige. Av tingsrättens utredning framkom att S och L, vilka inte kände varandra sedan tidigare, befann sig på Burger King vid 22-tiden den aktuella kvällen. Meningsskiljaktigheter uppkom. S kände sig hotad av L och frågade uppreparande vad han "glodde på", och uppgav att hon fick svaret "*dig white trash*" av S. Enligt L sa S något i stil med "*åk hem till aplanet din äckliga jävel*", och fortsatte därefter att kalla honom för "*neger, smuts och en massa andra fula ord*". Därefter övergick bråket i misshandel, och S gav sig på L. Dessa uppgifter bekräftades av två vittnen, och tingsrätten la L:s berättelse till grund för bedömningen i målet vilket ledde till att S dömdes för misshandel.

S förnekade att hon slagit L och uppgav själv i förhör att hon "*aldrig varit rasist och ber om ursäkt för vad hon sade till L*"²¹⁶ och att hon blivit provocerad av L. Tingsrätten redogör inte närmare för det rasistiska uttalandet som S hänvisar till. Enligt vittnen på restaurangen hade S sagt "*stick härifrån, åk hem till Somalia, jag röstar på SD bara så du vet*"²¹⁷ och därefter slagit L. Tingsrätten berör inte dessa uttalanden alls utan valde att hänvisa till S egna uppgifter och tolkning av händelseförloppet utan att närmare redogöra kring varför genom denna bedömning av

²¹⁶ Göteborgs tingsrätt, B 2696-14 s. 6.

²¹⁷ Göteborgs tingsrätt, B 2696-14 s. 4, domslutet fastställdes genom Hovrätten för västra Sverige, B 2995-14.

straffvärdet:

*”Tingsrätten anser visserligen klarlagt att S har uttalat sig på ett rasistiskt och grovt kränkande sätt, men anser att utredningen, främst med betraktande av S egna uppgifter, inte entydigt visat att det var ett rasistiskt motiv som låg till grund för hennes angrepp mot L”.*²¹⁸

Trots att S uppgifter bestreds av vittnesuppgifter och av Ls egna uppgifter om händelseförloppet i övrigt, går domstolen på S linje rörande motivet. Det främsta skälet bör vara att domstolen (outtalat) tolkar in att misshandeln föregåtts av någon typ av provokation från Ls sida (jämför diskursen om konfliktens upprinnelse) – om inte är fallet är det rent ut sagt obegripligt varför S agerande inte skulle bedömas som ett hatbrottsmotiv.

Nästa fall där gärningspersonens inställning influerar rätten är ett fall från Malmö tingsrätt. R dömdes för misshandel efter att ha attackerat S och M utanför akuten i Malmö. R hade inte träffat S och M tidigare, och attacken skedde oprovocerat. Åklagaren gjorde gällande att motivet för misshandeln varit att kränka S och M på grund av deras ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung, eller trosbekännelse. I vittnesförhör uppgav S att R kommit emot henne och slagit henne. Han tog tag i henne och skakade henne, skrek och slog henne. S förstod inte vad R skrek då hon inte talar svenska. Hon uppgav vidare att R kommit emot henne och slagit henne med en sko, och därefter tryckt upp henne mot en vägg. I samband med detta åkte hennes slöja av. M har vidare uppgett att R slagit S med en sko och att S då föll till marken samtidigt som R fortsatte att slå henne. R skrek ”ni förstör landet” under händelseförloppet.²¹⁹

Tingsrätten gjorde en relativt utförlig bedömning av straffvärdet och även av Rs motiv.

*”M och S bär slöja och gjorde det även vid det aktuella tillfället. Om någon bär slöja är det naturligt att andra uppfattar det som att denna person är muslim. Att målsägandena uppfattar det som att de blivit angripna på grund av sin religion är lätt att förstå eftersom det inte funnits någon begriplig anledning för R att anfalla just dem. [...] När det gäller att bedöma Rs handlingar så har mycket fokus under huvudförhandlingen legat på Rs koppling till det så kallade Tryckfrihetssällskapet och vad sällskapet står för. Åklagaren har anfört att sällskapet av många bedöms som islamofobiskt. Det förefaller klarlagt att R haft en inte obetydlig roll när sällskapet startades men också att han inte representerat sällskapet utåt eller deltagit i den allmänna debatten för sällskapets räkning”.*²²⁰

I domslutet skrev tingsrätten att Rs motiv ska bedömas helt och hållet utifrån vad som framkommit om själva händelsen oaktat medlemskapet i Tryckfrihetssällskapet. Det ansågs inte klargjort att R gjort kränkande

²¹⁸ Göteborgs tingsrätt, B 2696-14 s. 4, domslutet fastställdes genom Hovrätten för västra Sverige, B 2995-14.

²¹⁹ Malmö tingsrätt, B 7642-12 s. 5.

²²⁰ Malmö tingsrätt, B 7642-12 s. 9.

uttalanden avseende etnicitet eller religion i samband med angreppet. Uttalandet ”ni förstör landet” förändrade inte heller tingsrättens bedömning. Det ansågs heller inte klarlagt att angreppet särskilt riktats mot M och S slöjor, vilket tingsrätten benämner som ”den tydliga yttre symbolen för deras trosbekännelse.”²²¹ M och S hävdade att de blivit utvalda för angreppet bland många andra, men tingsrätten avfärdade detta då det var få personer närvarande på den aktuella platsen och tingsrätten menar att det sammantaget inte är visat att motivet varit att kränka S och M på grund av deras ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung eller trosbekännelse.²²²

När gärningspersonens kränkande motiv tar plats i processen och definierar de utsatta personernas kategoritillhörighet riskerar detta att befästa uppfattade skillnader mellan grupper. Visserligen fördöms denna uppfattning enbart genom att motivet tas upp till prövning men om de utsatta grupperna inte får ett alternativt omnämmande blir gärningspersonens definition ändå den talande.

4.2.5 Diskursen om konfliktens eller den brottsliga gärningens upprinnelse

Om det går att utläsa ett alternativ till den brottsliga gärningens upprinnelse, utöver att kränka en skyddsgrund är det mindre troligt att domstolen tolkar in ett hatbrottsmotiv. Detta hänger också ihop med skuldkravet och att enbart rasistiska inslag till motivet inte utgör grund för att tillämpa straffskärpningsregeln. Gränsdragningen mellan rasistiska inslag och hatbrottsmotiv är som påtalat väldigt otydlig. Återkommande är att kränkande tillmälen som anspelar på någon i lagstiftningen uppräknade kategorier i sig *inte* räcker för att utgöra ett hatbrottsmotiv, det krävs alltså något utöver detta för att kausaliteten mellan det sagda och det agerade ska kunna kopplas ihop.

Det är tydligt i förarbetena att hatbrottsmotivet inte behöver vara det enda, eller det huvudsakliga motivet för kränkningen. Domstolarna tenderar att (indirekt) stödja sig på ett annat uttalande i förarbetena, det att enbart rasistiska inslag i motivet är otillräckligt för att tillämpa straffskärpningsregeln. Det finns dock ingen ledning i vare sig praxis, doktrin eller förarbeten kring hur gränsdragningen mellan rasistiska inslag och vad som är ett tillräckligt ”starkt” motiv.

Det första exemplet på hur domstolen, implicit, tolkar in ett annat motiv än rasism är detta fall av förolämpning. M dömdes för förolämpning och ofredande då M under två dagar ringde och sms:ade Q ett stort antal gånger. Genom både samtal och sms yttrades följande: ”*din jävla arab, muslimidiot, hustrumisshandlare som importerat din fru*” samt ”*analbögande arab*”.²²³

²²¹ Malmö tingsrätt, B 7642-12 s. 9.

²²² Malmö tingsrätt, B 7642-12 s. 10.

²²³ Svea Hovrätt B 9768-08 s. 4.

Varken tingsrätten eller hovrätten redogjorde för bakgrunden till konflikten. Hovrätten ansåg inte att det framkommit något som visade att M:s motiv till gärningarna skulle ha varit att kränka Q på grund av dennes ras eller liknande saknas det skäl att tillämpa den nämnda straffskärpningsgrunden eftersom rasistiska inslag inte är tillräckligt för att tillämpa regeln.²²⁴

Fallet illustrerar hur domstolarna tenderar att vilja att gärningen/motivet ska innehålla något utöver enbart kränkande tillmälen för att ett hatbrottsmotiv ska kunna konstateras. Det kan tolkas som att domstolen ansåg att konflikten inte haft upprinnelse i rasism, trots att detta inte framkom i domen, och därmed utgjorde de kränkande tillmälena inte en tillräcklig anledning att skärpa straffvärdet.

Ett annat exempel på när domstolen lagt vikt vid konflikten upprinnelse är en misshandel som skedde utanför en mataffär.²²⁵ K gick till angrepp mot D som satt och tiggde utanför en mataffär genom att ge henne en spark i bröstet. Därtill knuffade K till H så att denne tappade balansen och satte sig på sin rollator. K dömdes för misshandel.

”Genom främst N:s vittnesmål finner tingsrätten klarlagt att K var arg och aggressiv mot D och att hon yttrat att D skulle betala skatt och att svenskar är dumma som tillåter tiggeri på detta sätt.”²²⁶

Hovrätten ansåg inte att straffskärpningsregeln var tillämplig genom följande motivering: *”Åklagaren har inte mot Ks bestridande visat att hennes syfte med gärningen var att kränka D på grund av hennes etniska härkomst som rom. Det finns nämligen andra tänkbara orsaker till K agerande, t.ex. att hon var irriterad för att D tiggde utanför butiken. Under sådana förhållanden ska straffskärpningsregeln i 29 kap. 2 § 7 p. BrB brottsbalken inte tillämpas.”²²⁷*

En annan aspekt är att tiggare är en mycket utsatt grupp i samhället och det faktum att gärningspersonen angripit en person på grund av att denna är tiggare, i sig borde vara straffskärpande.

4.2.6 Diskursen om kategoritillhörighet

Ett domslut är inte en redogörelse av allt som har framkommit under huvudförhandlingen. Det går vanligen heller inte att utläsa exempelvis vilken hudfärg, sexualitet eller religion gärningspersonen eller rättsskyddsobjektet har. Identitetskategorierna preciseras sällan närmre, vilket också kan utläsas som att domstolen är osäker eller ovillig att göra en närmare definition av dels vilken skyddskategori den utsatte tillhör, dels vilket motiv gärningspersonen haft.

²²⁴ Svea Hovrätt B 9768-08 s. 4.

²²⁵ Hovrätten för västra Sverige B 1087-16

²²⁶ Hovrätten för västra Sverige B 1087-16 s. 3.

²²⁷ Hovrätten för västra Sverige B 1087-16 s. 4.

Ett fall som berör kategoritillhörighet och kausalitet mellan gärning och motiv på ett mer indirekt sätt, är det medialt mycket uppmärksammas så kallade Kodefallet.²²⁸

J misshandlades till döds av fyra pojkar vid en sjö. Det hela inträffade när J tältade med sin vän C och de båda uppsöktes av fyra pojkar. Av dessa pekades D och M som de drivande parterna vid misshandeln. Hovrätten liknade delar av händelseförloppet vid tortyr, och bedömde straffvärdet för gärningen som D begått vara utomordentligt högt. Åklagaren gjorde gällande att det förelåg rasistiska motiv för D:s gärningar och anförde bl.a. följande:

*”Samtliga av de tilltalade är influerade av nazistisk ideologi och har till följd därav en positiv inställning till våld. Hade de varit vanliga ungdomar utan denna inställning hade de inte begått brottet.”*²²⁹

D uppgav också i förhör att samtliga inblandade hade nazistiska åsikter.²³⁰ Enligt vittnesförhör med D var bakgrunden till konflikten att M och J var ovänner på grund av M:s nazistiska åsikter. J påstods ha skrivit ”Sieg Heil” på M:s skåp i skolan. Det var därför C och J uppsöktes av de fyra pojkarna med den uttalade avsikten att starta bråk. Enligt vittnesförhör med C har D under misshandeln frågat J om J var nazist. När han svarade nekande fick han ta emot slag och sparkar tills han liggande på marken sa att han älskade nazister.

Hovrätten bemöter åklagarens invändning enbart genom att säga att det inte förelegat något motiv att kränka J på grund av hans ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse eller annan liknande omständighet och straffskärpningsregeln ansågs inte ”direkt tillämplig”. Någon närmare motivering gavs inte.²³¹

Händelseförloppet, från konflikten upprinnelse där D uppger att J klottrat ”sieg heil” på M:s skåp till att J sparkas/torteras tills han mot sin vilja medger att han älskar nazister bär tydliga spår av gärningspersonernas ideologiska utgångspunkt. Åklagaren valde att argumentera utifrån att pojkarnas våldsideologi lett till misshandeln, men vare sig åklagaren eller domstolen närmar sig att våldet drabbar J för att han är oliktänkande och inte sympatiserar med nazism. I förarbetena till straffskärpningsregeln är det tydligt att regeln inte enbart är tillämplig på fall där den utsatte tillhör en minoritetsgrupp, utan även den ”strukturellt överordnade”, d.v.s. exempelvis en heterosexuell person kan utsättas för hatbrott. Om offret inte varit J, utan

²²⁸ P3 dokumentär har gjort en mycket lyssningsvärd radiodokumentär om fallet:

<http://sverigesradio.se/sida/avsnitt/543345?programid=2519>

²²⁹ Hovrätten för Västra Sverige Mål nr B1576-95 s. 15.

²³⁰ Hovrätten för Västra Sverige Mål nr B1576-95 s. 17.

²³¹ Hovrätten för Västra Sverige Mål nr B1576-95 s. 8.

en rasifierad person²³² hade domstolens resonemang svårligen kunnat vara lika avfärdande.

Med detta sagt så är det lätt att se att domstolen resonerat utifrån Js hudfärg – vit, och att det därmed är omöjligt att dådet varit rasistiskt betingat då ingen kränkning avseende hudfärg eller liknande avsetts. Kodofallet väcker frågor om hur en straffskärpningsregelns syfte och tillämpning. Sett i kontexten då regeln tillkom var syftet att motverka rasism – och sett i backspeglarna hur restriktiv domstolen har varit och är gällande tillämpningen av regeln vore det lämpligt om även rasistiska inslag räckte för att skärpa straffvärdet utifrån straffskärpningsregeln.

4.3 Sammanfattande kommentar

En diskursanalys av diskriminerade kategorier och dess benämning i en straffrättslig kontext underlättas av att *urvalet* av kategorier redan har gjorts av lagstiftaren. Vad som är svårare att utläsa är *vilka* av kategorierna som aktualiseras, eftersom kategorierna som huvudregel inte är explicit definierade och ofta går in i varandra. Särskilt ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung och trosbekännelse utgör kategorier som kan vara svåra att särskilja. I de fall då hudfärg har angripits, går det att utläsa att an griparen använt nedsättande tillmälen som syftat på just offrets hudfärg, att denne pekats ut som avvikande från vithetsnormen. Å ena sidan är det problematiskt om gärningspersonens definition av den utsatte får ta för stor plats vilket riskerar att reproducera existerande fördomar, men å andra sidan måste också de diskriminerande handlingarna benämnas för att synliggöras.

På grund av hatbrottets mycket speciella karaktär är det svårt att ringa in genom språkhandlingar, både inom och utom en rättslig kontext. En diskursanalys av gärningar där hatbrottsmotiv aktualiseras handlar i första hand inte om den utsatta personen och dennes berättelse utan om gärningspersonen. Eftersom motivet utgör kärnan för hatbrottet är detta ofrånkomligt, men det får också konsekvenser för den enskilde, för processen och för hur konstruktionen av hatbrottet, och hatbrottsmotivet reproduceras.

Det anmärkningsvärda i domarna är ofta inte vad som är skrivet utan snarare det som har utelämnats. Sammantaget visar diskursanalysen att domstolen döljer sin position och sina utgångspunkter. Lagstiftningen och det rättsliga systemet utgår från att gärningar begås av autonoma individer som är opåverkade av strukturer. Brottslighet som kan kopplas till strukturer kan svårligen hanteras i det straffrättsliga systemet. För att tillämpningen av straffskärpningsregeln ska bli mer nyanserad krävs det mer kunskap om hur maktförhållanden påverkar sociala grupper och individer.

²³² Rasifierad är ett ord som beskriver en person som tillskrivs en icke-vit etnisk tillhörighet av sin omgivning.

I uppsatsen har jag presenterat synen på en hatbrottslig gärning som ett konkret uttryck för en viss, diskriminerande struktur och hur detta kan kopplas till intersektionalitet och samverkande diskrimineringsgrunder. Hatbrott i en svensk rättslig kontext är en brottslig gärning där ett motiv för brottet varit att kränka någon eller en grupp på grund av ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse, sexuell läggning eller annan liknande omständighet. Denna definition är emellertid inte särskilt talande. Det finns ingen enhetlig teoribildning kring vem som är skyddsvärd i hatbrottsbestämmelserna. I förarbetena kan det bara anas att det existerar förtryckande strukturer som måste bekämpas.

Straffskärpningsregelns uppräknande lista medför i sig att dessa diskrimineringsgrunder tas för givna. Det saknas verktyg för att reflektera över dels hur de icke-namnliga utsatta grupperna påverkas av att stå utanför lagstiftningen, dels hur de uppräknade kategorierna förhåller sig och påverkar varandra, särskilt i en konkret situation. Lagstiftningens utformning naturaliserar att vissa grupper är utsatta och andra inte och presumerar att de utvalda kategorierna är skyddsvärda, vilket leder till att andra grupper med skyddsbehov riskerar att marginaliseras ytterligare. Det är av största vikt att hatbrott benämns med dess rätta namn, och att gärningarna pekats ut som ett uttryck för en förkastlig människosyn och något mer än ”bara” en brottslig gärning. Den mest framträdande skillnaden mellan ett intersektionellt perspektiv på diskriminerande strukturer och lagstiftarens, är hur de diskriminerade kategorierna benämns och avgränsas. Sett från ett intersektionellt förhållningssätt till diskriminering utgör hatbrottsbestämmelserna ett ofullständigt sätt att tillämpa lagstiftning mot diskriminerande strukturer då det saknas verktyg för att ta hänsyn till de samverkande mekanismerna. Strukturell diskriminering är ett dynamiskt och kontextberoende fenomen vilket ställer höga krav på rättsväsendet, krav som svårigen kan mötas utifrån de straffprocessuella krav som brottmålsprocessen ställer.

Lagstiftningen är öppet formulerad och utesluter inte att flera kategorier uppmärksammas, samtidigt som den koppling som krävs mellan motivet och gärningen gör det problematiskt att ens närma sig multipla diskrimineringsgrunder. Så som lagstiftningen tillämpas idag är de utsatta kategorierna separerade och riskerar att ställas mot varandra, och den ackumulerade effekten som uppstår i samspelet mellan olika kategorier förbises vilket leder till att individen aldrig kan få sin utsatthet i en viss position, erkänd. Det krävs ökad medvetenhet kring att olika diskrimineringsgrunder alltid har ett samspel, och det bör kopplas till den begreppsliga definitionen av hatbrott.

I ovanstående resonemang bortser jag från möjligheten att beakta kränkningar genom ventilen i straffskärpningsregeln, annan liknande omständighet men också från möjligheten att beakta ett kränkande motiv genom den allmänna bestämmelsen om straffvärde i 29 kap. 1 § BrB. Detta gör jag främst för att det visserligen är en teoretisk möjlighet, men det sker inte i praktiken och de lagstiftningsinitiativ som har tagits för att utvidga

straffskärpningsregeln har många gånger gjorts just för att kränkande motiv inte beaktas i tillräcklig utsträckning. Genom en utökad eller förtydligad lagstiftning finns en förhoppning om att utsatta grupperingar ska få ett bättre skydd. Ett aktuellt exempel på detta är initiativet att ge transpersoner utökat skydd genom att införa könsidentitet eller könsuttryck i straffskärpningsregelns uppräkningslista. Lagstiftningen/lagstiftaren har en något ambivalent inställning till sociala kategoriseringar. Alla personer skyddas – så länge de faller in under en uppräknad kategori, oavsett om den angripna individen kan sägas tillhöra den underordnade eller överordnade positionen i maktordningen. Detta kan härledas till likabehandlingsprincipen varigenom ett särskiljande av individer betraktas vara lika förkastligt oavsett vem det drabbar. Det är inkomplett ur ett intersektionellt perspektiv då en individs position konstrueras i varje given situation och kan inte på förhand beräknas. Slutsatsen blir att lagstiftningen bortser från maktaspekten men samtidigt riskerar avvikarperspektivet att förstärkas ytterligare om lagstiftningen enbart skyddat den ”svagare” gruppen.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 2015:103 *Ett utvidgat straffrättsligt skydd för transpersoner m.m.*

SOU 2012:74 *Främlingsfientligheten inom oss*

SOU 2008:81 *Stalking – ett allvarligt brott*

SOU 2005:41. *Bortom Vi och Dom – Teoretiska reflektioner om makt, integration och strukturell diskriminering, Rapport av Utredningen om makt, integration och strukturell diskriminering.*

SOU 1995:60 *Kvinnofrid*

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

SOU 1986:14 *Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning m.m.*

SOU 1944:69 *Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om brott mot staten och allmänheten*

Propositioner

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

Prop. 2007/08:95 *Ett starkare skydd mot diskriminering*

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

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

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

Prop. 1970:87 *Angående lagstiftning mot rasdiskriminering m.m.*

Prop. 1948:80 *med förslag till lag om ändring i strafflagen m.m.*

Övrigt offentligt tryck

NJA II 2002 s. 469

NJA II 1970 s. 536

NJA II 1948 s. 357

SÖ 1971:40

Litteratur

- Andersson, Ulrika, *Hans (ord) eller hennes : en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, 1. uppl., Bokbox, Lund, 2004
- Andersson, Ulrika, *Sex och straff I: Festskrift till Per Ole Träskman* 2011 s. 24-32. Norstedts Juridik Stockholm 2011
- Asp, Petter & Ulväng, Magnus, *Kriminalrättens grunder*, 2. uppl., Iustus, Uppsala, 2013
- Bergström, Göran & Boréus, Kristina, *Diskursanalys*, i: Bergström, Göran & Boréus, Kristina (red.), *Textens mening och makt: metodbok i samhällsvetenskaplig text- och diskursanalys*, Tredje upplagan, Lund, Studentlitteratur, 2000
- Borgeke, Martin, *Att bestämma påföljd för brott*, 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012
- Brax, David, *Hate Crime Concepts and their Moral Foundations - A Universal Framework? i: The Globalization of Hate: Internationalizing Hate Crime?*, s. 15 (red.) Schweppe, Jennifer & Austin Walters, Mark, Oxford University Press 2016
- Brax, David & Munthe, Christian, *The Philosophical Aspects of Hate Crime and Hate Crime Legislation: Introducing the Special Symposium on the Philosophy of Hate Crime I: Journal of Interpersonal Violence*, 30 s. 1687–1695, 2015
- Brax, David, *Hatbrottslagstiftning i Sverige och i Europa I: Berg, Linda & Lindahl, Rutger (red.), Förhoppningar och farhågor - Sveriges första 20 år i EU*, s. 181-196, Centrum för Europaforskning vid Göteborgs universitet, Göteborg, 2014
- Burman, Monica, *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor: om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*, Iustus, Uppsala, 2007
- Diesen, Christian, *Likhet inför lagen*, Natur och kultur, Stockholm, 2005
- Fairclough, Norman, *Critical discourse analysis: the critical study of language*, Longman, London, 1995
- Fransson, Susanne & Norberg, Per, *Att lagstifta om diskriminering*, 1. uppl., SNS förlag, Stockholm, 2007
- Granström, Görel, Mellgren, Caroline & Tiby, Eva, *Hatbrott?: en introduktion*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2016

Granström, Görel, *Hur hanteras hatbrott i det juridiska systemet?*, i Deland, Mats, Hertzberg, Fredrik & Hvitfeldt, Thomas (red.), *Det vita fältet: Samtida forskning om högerextremism*, Opuscula Historica Upsaliensis 41, Uppsala, Historiska institutionen, Uppsala universitet, 2010, s. 197–212.

Granström, Görel, *Straffskärpningsregelns användning vid hatbrott – en fråga om domstolens frihet eller brottsoffrets rättssäkerhet?*, i Heber, Anita, Tiby, Eva & Wikman, Sofia (red.), *Viktimologisk forskning – Brottsoffer i teori och metod*, Lund, Studentlitteratur, 2012, s. 295–315.

Gunnarsson, Åsa & Svensson, Eva-Maria: *Genusrättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund 2009

Hornscheidt, Lann & Landqvist, Mats, *Språk och diskriminering*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014

Hornscheidt, Lann, *Intersektionalitet som analytiskt perspektiv i konstruktivistisk språkforskning – metod och metodologi I*: Landqvist, Mats (red.), *Från social kategorisering till diskriminering: fyra studier av språk och diskriminering och ett modellförslag*, Södertörns högskola, Huddinge, 2015

Hornscheidt, Lann, *Intersektionalitet som analytiskt perspektiv i konstruktivistisk språkforskning – metod och metodologi I*: Landqvist, Mats (red.), *Från social kategorisering till diskriminering: fyra studier av språk och diskriminering och ett modellförslag*, Södertörns högskola, Huddinge, 2015

Jareborg, Nils & Zila, Josef, *Straffrättens påföljdslära*, 4. Uppl. Norstedts juridik, Stockholm, 2014.

Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus, Uppsala, 2001

Leijonhufvud, Madeleine, *Hetslagstiftningen i ny belysning? I: Festskrift till Josef Zila*, Iustus Förlag 2013, s 107 ff.

Tiby, Eva, *Hatbrott och legalstrategier, möjligheter och risker*. S. 201-216. I: Lernestedt, Claes & Tham, Henrik (red.), *Brottsoffret och kriminalpolitiken*, Norstedts juridik, Stockholm, 2011

Perry, Barbara, *In the name of hate: understanding hate crimes*, Routledge, New York, 2001.

Perry, Barbara, *The sociology of Hate: Theoretical approaches s.. 55-76 I: Hate crimes Volume 1 – understanding and defining hate crime*, (red) Perry, Barbara & Levin, Brian. Westport, London 2009

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015

Schömer, Eva, *Osynliggörande av multipel diskriminering i den svenska diskrimineringslagstiftningen*, I: Svensson, Eva-Maria (red.), *På vei: kjønn og rett i Norden*, Makadam, Göteborg, 2011

Svensson, Eva-Maria: *Genus och rätt: en problematisering av föreställningen om rätten*, Iustus, Uppsala 1997

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

Tiby, Eva, *Hatbrott: Monster, mönster & möjligheter*, i Deland, Mats, Hertzberg, Fredrik & Hvitfeldt, Thomas (red.), *Det vita fältet: Samtida forskning om högerextremism*, Opuscula Historica Upsaliensis 41, Uppsala, Historiska institutionen, Uppsala universitet, 2010, s. 175–195.

Winther Jørgensen, Marianne & Phillips, Louise, *Diskursanalys som teori och metod*, Studentlitteratur, Lund, 2000.

Juridiska databaser

Berggren, Nils-Olof, Bäcklund, Agneta, Leijonhufvud, Madeleine, Munck, Johan, Träskman, Per Ole och Victor, Dag: *Brottsbalken En kommentar* (1 juli 2015, Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo)

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard: *Diskrimineringslagen - En kommentar*, 2 upplagan 2015 (1 juli 2015, Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo)

Artiklar och rapporter

Bull, Thomas, *Sicksackmönster och spegelbilder – hetsbrotten i HD*, Juridisk Tidskrift nr 3 2008/09 s. 531-545

Brå Rapport 2015:13, *Hatbrott 2014 - Statistik över polisanmälningar med identifierade hatbrottsmotiv och självrapporterad utsatthet för hatbrott*, Brottförebyggande rådet 2015

Wennberg, Suzanne, *Klippanmålet och behandlingen av rasistiska motiv*, Juridisk Tidskrift 1996/97 s. 778-782

Internetkällor

Brax, David, *Hatbrott och utsatthet*, föreläsning UR Samtiden - Internationella brottsofferdagen 2016, 22 februari 2016, Norra Latin Stockholm <http://urplay.se/program/194627-ur-samtiden-internationella-brottsofferdagen-2016-hatbrott-och-utsatthet>, (hämtad 2016-03-29)

Nationalencyklopedin, intersektionalitet.

<http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/intersektionalitet> (hämtad 2016-02-08)

Radiodokumentär från Sveriges Radio P3 om fallet John Hron / Kodefallet
<http://sverigesradio.se/sida/avsnitt/543345?programid=2519> (hämtad 2016-03-16)

Svenska akademins ordlista på internet, sökning på ”intersektionalitet”
<http://g3.spraakdata.gu.se/saob/show.phtml?filenr=1/108/157.html> (hämtad 2016-04-05)

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

AD 2010 nr 91

AD 2008 nr 11

AD 2006 nr 96

Malmö tingsrätt

Mål B 7642-12

Mål B 9433 -13

Solna tingsrätt

Mål B 3635-12

Lunds tingsrätt

Mål B 1705-15

Göteborgs tingsrätt

Mål B 2696-14

Hovrätten över Skåne och Blekinge

Mål B 3038-14

Mål B 483-98

Växjö tingsrätt

Mål B 2038-15

Luleå tingsrätt

Mål B 2340-14

Hovrätten för övre Norrland

Mål B 811-15

Svea Hovrätt

Mål B 6089-13

Mål B 9768-08

Hovrätten för västra Sverige

Mål B 2995-14

Mål B 1087-16

Mål B 1576-95

Göta Hovrätt

Mål B 2075-15

Högsta domstolen

NJA 1996 s. 577

NJA 1996 s. 509

Övrigt

Förundersökningsprotokoll från Växjö Tingsrätt med diariernr: 5000-K624556-15