



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Linn Kanter Pergament

Den svenska synden

Om fri pornografi och kriminaliserad prostitution i 6 kap.
brottsbalken

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Sverker Jönsson

Termin för examen: Period 1 HT2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och perspektiv	7
1.3.1 Traditionell rättsdogmatisk metod	7
1.3.2 ”Analysstrategi”	8
1.3.3 Kritiskt genusrättsvetenskapligt perspektiv	10
1.4 Material	13
1.5 Forskningsläge	14
1.6 Avgränsningar	16
1.7 Disposition	18
2 DEFINITIONER	20
2.1 Prostitution	20
2.2 Pornografi	22
3 GRUNDLÄGGANDE PRINCIPER FÖR KRIMINALISERING	28
3.1 Skyddsintressen	28
3.1.1 Intressen och intresseinnehavare	28
3.1.2 Skada	32
3.1.3 Moralisk lagstiftning	34
3.2 Samtycke	37
3.3 Sexualbrotten som brottskategori	39
4 RÄTTSLIG REGLERING AV PROSTITUTION	43
4.1 Äldre rätt	43
4.1.1 Från 1734 års lag till 1993 års Prostitutionsutredning	43
4.1.2 Från 1993 års Prostitutionsutredning och frammåt	46

4.2	Gällande rätt	49
4.2.1	Förbud mot köp av sexuell tjänst	49
4.2.2	Koppleri	50
4.3	Skyddsintressen avseende förbud mot köp av sexuell tjänst	51
4.4	Kritik avseende förbud mot köp av sexuell tjänst	56
5	RÄTTSLIG REGLERING AV PORNOGRAFI	60
5.1	Äldre rätt	60
5.1.1	Från 1734 års lag till 1993 års Prostitutionsutredning	60
5.1.2	Från 1993 års Prostitutionsutredning och frammat	63
5.2	Gällande rätt	66
5.2.1	Otillåtet förfarande med pornografisk bild	66
5.2.2	Olaga våldsskildring	67
6	ANALYS	69
6.1	Den första frågeställningen	69
6.1.1	Skyddsintressen vid prostitution	69
6.1.2	Gränsdragning mellan pornografi och prostitution	70
6.1.3	Skyddsintressen vid pornografi	74
6.1.4	Delslutsats	77
6.2	Den andra och tredje frågeställningen	78
6.2.1	Förståelse för rättens grunder	78
6.2.2	Intressen	78
6.2.3	Skada och samtycke	79
6.2.4	Delslutsats	82
6.3	Slutsatser och avslutande kommentarer	84
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	86

Summary

Convergence seems to exist between prostitution and pornography; they both include sexual services in exchange for remuneration. Difficulty in separating these occurrences from each other has increased with them becoming more and more organized online. Swedish criminal law, in spite of conspicuous similarities, however identifies a divergence between the two types of commercial sex, based on fundamental principles of criminalization. The legislator has identified a need and a possibility to protect certain values - *protective interests* - regarding prostitution, and therefore chosen to criminalize parts of it. However, pornography is left unregulated as a sex crime.

The essay intends to investigate and problematize this, by relating the protective interests that motivated criminalization of prostitution to pornography. Also, possibilities to criminalize pornography are explored based on how current penal code principles are formulated. The ambition of the essay is to clarify inherent traditions and tendencies in Swedish criminal law. Since a critical gender jurisprudence perspective is imposed for the essay, the investigation is performed based on the connection between sex and the law.

The essay reaches the conclusion that although pornography could well be comprised within the protective interests for criminalization of prostitution, pornography cannot be criminalized in Chapter 6 of the Swedish Penal Code. Such regulation would conflict with how basic criminalization principles are formulated, and with inherent structures and traditions. Primarily, this is explained by the Swedish legal system's neglect of structures of sex and power, a male norm being standard, and a liberalistic influence emphasizing the freedom and interest of the individual.

Sammanfattning

Mellan prostitution och pornografi kan det anses råda viss konvergens, båda typerna av kommersiellt sex inbegriper ett skede där sexuella tjänster företas i utbyte mot ersättning. Sedan företeelserna i allt större utsträckning organiserats på internet har de blivit än svårare att skilja åt. Trots framträdande likheter har svensk straffrätt identifierat en divergens mellan prostitution och pornografi utifrån grundläggande principer för kriminalisering. Lagstiftaren har uppmärksammat ett behov och en möjlighet av att skydda vissa värden - *skyddsintressen* - inom ramen för prostitution och därmed valt att straffbelägga delar av företeelsen. Pornografi har däremot lämnats helt oreglerat på sexualbrottens område.

I uppsatsen undersöks och problematiseras det ovanstående genom att de skyddsintressen som föranlett kriminaliseringar avseende prostitution ställs i relation till modern pornografi. Därefter utreds möjligheterna att straffbelägga pornografi utifrån hur gängse principer för kriminalisering är formulerade i svensk straffrätt. Arbetet syftar genom detta till att tydliggöra bakomliggande straffrättsliga traditioner och tendenser på området. Då ett kritiskt genusrättsvetenskapligt perspektiv nyttjats sker undersökningen vidare utifrån sambandet mellan kön och rätt.

Uppsatsen når slutsatsen att pornografi, trots förenlighet med de skyddsintressen som föranlett straffbestämmelserna avseende prostitution, inte kan straffbeläggas i BrB 6 kap. Ett sådant straffbud skulle stå i strid med hur grundläggande straffrättsliga principer för kriminalisering är formulerade, liksom med de inneboende strukturerna och traditionerna som präglat dessa. Detta förklaras i huvudsak av det svenska systemets negligering av strukturer avseende kön och makt, en manlig norm samt en liberalistisk prägel som utgår från den fria individen samt dennes intressen.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
JO	Justitieombudsmannen
Prop.	Proposition ¹
Sexköpslagen	Lag (1998:408) om förbud mot köp av sexuella tjänster
SOU	Statens offentliga utredningar
TF	Tryckfrihetsförordning (1949:105)
YGL	Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

¹ Förkortningen nyttjas endast i uppsatsens fotnoter.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den 9 maj 2017 talade Gail Dines, professor i sociologi från Wheelock College i Boston, på hotell Clarion Sign i Stockholm. Hon pratade om pornografins inverkan på individen och på samhället, delvis utifrån nya internetrelaterade förutsättningar. ”Vilket land blir först att våga stå upp mot porrbranschen?” frågade hon, och tillade sedan, ”Jag har en känsla av att det kommer att bli Sverige.”² Enligt Dines fanns uppenbarligen vissa förutsättningar för att inskränka pornografin här, i det svenska samhället och i det svenska systemet. Vad som föranledde hennes uppfattning klargjordes aldrig.

Internet har förändrat de rådande förutsättningarna för pornografi. Den s.k. *nätporren* finns idag lättillgänglig, i en närmast oöverskådlig omfattning och i stor utsträckning utan kostnad för konsumenten.³ På pornografiska forum på internet förekommer även prostitution. Annonsering av sexuella tjänster och recensioner av genomförda köp syns jämte pornografisk information, bilder och filmer.⁴ På dessa forum figurerar även en särpräglad pornografisk genre, vars utbredning präglas av de nya internetrelaterade förutsättningarna. Karakteristiskt för framställningarna är att kameramannen, i egenskap av amatörpornograf, pojkvän eller hallick, dokumenterar ett köp av en sexuell tjänst. Den kvinna som i inspelningen skildras som säljare av tjänsten försörjer sig dock även i verkligheten som prostituerad. I liknande pornografiska framställningar medverkar inte kameramannen, men den figurerande kvinnan är likväl prostituerad även bakom kameran. Inom genren återges även hur icke-prostituerade kvinnor

² ”Hur porrindustrin kapat vår sexualitet” - UR Samtiden 2017, minut 0.22f.

³ Månsson och Söderlind 2004, s. 70, 75, 127, 131ff.; Fisher och Barak 2001, s. 312.

⁴ Månsson och Söderlind 2004, s. 70-84, 128f.

övertalas till att ha sex mot betalning.⁵ Skeendena kan beskrivas som dokumenterade sexköp med publiceringssyfte. Att denna typ av pornografi ökar kan härledas till möjligheten för nästintill vem som helst att producera och distribuera pornografi på internet, utan större ekonomiska kostnader.⁶ Nätporrens utveckling har bidragit till att den redan besvärliga gränsen mellan pornografi och prostitution blir än svårare att dra.

Överensstämmelsen och den tidvis upplevda oförmågan att kunna särskilja pornografi och prostitution från varandra syns i realiteten, dock inte i den svenska straffrätten. Stora delar av prostitution har straffbelagts i brottsbalken (BrB). Samtidigt står pornografin nästintill oreglerad, på intet sätt kriminaliserad på sexualbrottens område. Utifrån grundläggande kriminaliseringsprinciper har svensk lagstiftare således uppmärksammat ett behov av att skydda de intressen som kommer till skada när en person betalar en annan för sexuella tjänster, liksom när en person främjar eller ekonomiskt utnyttjar att så sker.⁷ Lagstiftningen tillhandahåller dock inget skydd för dessa intressen i de fall sexuella tjänster sker i utbyte mot ersättning, inom ramen för pornografi, liksom i de situationer *pornografibranschens huvudaktörer*⁸ främjar eller erhåller ekonomisk vinning av den dokumenterade sexuella akten.

Utifrån behovet av ett konsekvent svenskt rättssystem där straffbelagda gärningar med tydlighet kan skiljas från de straffria, ämnar förevarande uppsats undersöka möjligheten att kriminalisera modern pornografi som ett sexualbrott i svensk straffrätt.⁹ Detta med utgångspunkt i den sedan tidigare straffbelagda prostitutionen.

⁵ Waltman 2014, s. 40; Månsson och Söderlind 2004, s. 85f., 129f.

⁶ Månsson och Söderlind 2004, s. 85f., 129ff.

⁷ 6 kap. 11 § och 12 § BrB.

⁸ Begreppet *pornografibranschens huvudaktör/huvudaktörer* används i statens offentliga utredningar (SOU) 2001:14 utan att vidare definieras. I uppsatsen åsyftas de personer som har det yttersta ansvaret alternativt är huvudsakligt drivande i framställningen av pornografiska alster. Begreppet inkluderar således även pornografi som framställs av privatpersoner.

⁹ Ett helt konsekvent rättssystem framstår som en utopi och bör i detta sammanhang endast betraktas som en strävan.

1.2 Syfte och frågeställningar

Arbetet syftar till att undersöka och problematisera gällande rätt avseende *kommersiellt sex*¹⁰ samt till att tydliggöra och analysera bakomliggande straffrättsliga strukturer och traditioner. Undersökningen kommer att ske med utgångspunkt i straffrättsliga *skyddsintressen*¹¹, genom vilka prostitution och pornografi kommer att ställas i relation till varandra utifrån hur företeelserna framställs och hanteras i erkända straffrättsliga källor. Vidare kommer dessa källor, i sig, att granskas och analyseras utifrån ett kritiskt genusrättsvetenskapligt perspektiv. Genom detta belyses föreställningar och antaganden i de straffrättsliga kriminaliseringsgrunderna i allmänhet, avseende kommersiellt sex i synnerhet. Som övergripande syfte avser uppsatsen bidra till ett mer jämställt rättssystem, genom att uppmärksamma när rätten inte tillvaratar kvinnors och mäns intressen på lika villkor.

Uppsatsen ämnar besvara följande frågeställningar:

1. Kan de skyddsintressen som motiverat förbudet mot köp av sexuell tjänst (6 kap. 11 § BrB) samt bestämmelsen om koppleri (6 kap. 12 § BrB) föranleda en kriminalisering av pornografi?
2. Framstår det som möjligt att kriminalisera pornografi i 6 kap. BrB utifrån hur grundläggande principer för kriminalisering är formulerade?
3. Vilka inneboende strukturer, antaganden och värderingar i svensk straffrätt ligger till grund för rådande lagstiftning avseende kommersiellt sex?

¹⁰ Med *kommersiellt sex* åsyftas prostitution och pornografi. Begreppen definieras vidare i kapitel 2.

¹¹ Med *skyddsintressen* avses de intressen som skyddas av en straffrättslig bestämmelse, se vidare avsnitt 3.1.

1.3 Metod och perspektiv

1.3.1 Traditionell rättsdogmatisk metod

I uppsatsens avsnitt 3-5 samt 6.1.1, kommer en traditionell rättsdogmatisk metod att användas. Metoden innebär att allmänt accepterade rättskällor, tillfogade viss given auktoritet, systematiseras och tillämpas för att beskriva rättsläget vid en viss given tidpunkt. Följaktligen har för uppsatsen relevanta rättskällor i form av lagstiftning, förarbeten samt doktrin analyserats i syfte att fastställa gällande rätt. Då metoden värdesätter förståelse för rättsreglernas historiska bakgrund har vidare en redogörelse av äldre rätt presenterats.¹² Till de erkända rättskällorna hör även praxis, vilket dock inte beaktats i arbetet. En redogörelse av relevanta rättsfall har inte framstått som nödvändig utifrån arbetets ramar och därför avgränsats bort.

Det bör noteras att nämnda källor enligt den rättsdogmatiska metoden innehar olika auktoritet, vilket präglar deras inbördes hierarki. Lagar har givits formell auktoritet, medan doktrin är auktoritär endast utifrån sitt innehåll och sina argument. Doktrin innehar dock en viktig uppgift utöver att fastslå rättsläget - att kritisera och således möjliggöra förändring av gällande rätt. Viss kritik mot rådande rättsläge har därmed presenterats i förvarande uppsats. Uppfattningen avseende förarbetenas dignitet går isär i doktrin och det framstår som oklart huruvida rättskällan har formell auktoritet i likhet med lagtext, eller enbart något mera auktoritet än ett genomsnittligt uttalande i doktrin.¹³ I arbetets fortsatta framställning kommer dess auktoritet att antas vara formell. Sammanfattningsvis är det med medvetenhet om källornas inneboende styrka och inbördes ordning som den rättsdogmatiska metoden har använts som huvudsakligt tillvägagångssätt i uppsatsen.

Att en undersökning utifrån denna metod beskrivs som *dogmatisk* förklaras av hur rättsliga normer ska användas och följas, utan att ifrågasättas eller

¹² Adestam 2014, s. 16; Korling och Zamboni 2013, s. 21ff., 32ff.

¹³ Korling och Zamboni 2013, s. 28, 35.

kritiseras.¹⁴ Förespråkare av metoden menar dock på att rättsreglerna, inom ramen för ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt, trots detta kan analyseras. En analys kan enligt dem genomföras, antingen i syfte att utkristallisera gällande rätt, framställa kritik eller ge förslag på hur rätten bör se ut i ett framtida skede. Metoden kan dock inte användas för att beakta effekterna av rättsliga normers tillämpning.¹⁵ Istället för att uppfatta detta som en svaghet anses det av förespråkarna vara metodens styrka - oavsett hur tillämpningen går till eller vilken förståelse för omvärlden tillämpningen leder till, ändras inte rekonstruktionen av de normer som det rättdogmatiska tillvägagångssättet bygger på.¹⁶

Den rättsdogmatiska metoden har trots den kritik som framförts använts i uppsatsen, på grund av dess befästa ställning som traditionell metod i juridiska arbeten. Genom att nyttja det förhärskande juridiska tillvägagångssättet för arbetets deskriptiva delar kan de traditionella rättskällorna senare ifrågasättas i uppsatsens analys. Dessa fråntas då sin auktoritet och får istället karaktären av studieobjekt.

Metoden har präglat valet av material, se avsnitt 1.4, samt utformningen av uppsatsens första och andra frågeställning. Arbetets tredje frågeställning har istället formulerats utifrån uppsatsens andra metod, ”analysstrategi”, vilken behandlas nedan i avsnitt 1.3.2.

1.3.2 ”Analysstrategi”

Uppsatsens syfte kan svårligen uppfyllas utifrån enbart en traditionell rättsdogmatisk metod, varför ytterligare ett tillvägagångssätt har krävts. Detta kallas i förevarande uppsats ”analysstrategi”, med hänvisning till den benämning och beskrivning av metoden som Linnea Wegerstad använder i sin avhandling *Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar - Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet*

¹⁴ Adestam 2014, s. 16.

¹⁵ Adestam 2014, s. 16; Korling och Zamboni 2013, s. 24ff., 36.

¹⁶ Korling och Zamboni 2013, s. 24.

sexuellt ofredande.¹⁷ Metoden möjliggör en kritisk reflektion av de traditionella rättskällor som nyttjats i uppsatsens deskriptiva delar, avsnitt 3-5. Inom ramen för analysstrategin fråntas dessa källor sin inhysta auktoritet och rätten, i detta fall straffrätten, betraktas inte längre som given utan som en produkt av en viss kontext och en viss tid. Den kunskap som rättskällorna förmedlat blir i uppsatsens analys således endast beskrivningar, präglade av det sammanhang som dess skapare varit delaktig i samt dennes antaganden om omvärlden. Metoden möjliggör därför en kritisk analys av hur kunskap konstrueras genom val av utgångspunkter för tolkning, val av material samt val av frågor att ställa till materialet - liksom att dessa val hade kunnat vara annorlunda.¹⁸

Utifrån denna metod besvaras uppsatsens frågeställningar i dess analysdel, med undantag för avsnitt 6.1.1, vilket krävt ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt. Analysen har vidare anlagts ett kritiskt genusrättsvetenskapligt perspektiv, beskrivet nedan i avsnitt 1.3.3. Det bör redan i detta skede uppmärksammas att metoden och det valda perspektivet har flera gemensamma utgångspunkter. Att endast nyttja perspektivet hade dock inte varit tillräckligt för att uppfylla uppsatsens syfte och besvara dess frågeställningar. Genom att även använda den aktuella metoden är det inte enbart möjligt att kritiskt analysera innehållet och argumenten i rättskällorna, som gällande rätt. Det möjliggör vidare ett förfarande där källorna i sig angrips, i egenskap av analysobjekt. Traditionella straffrättsliga strukturer och tendenser, hänförliga till den kontext då rättskällorna skrev, kan därmed träda fram. Att uppsatsen inte genomförts utifrån en *kritisk genusrättsvetenskaplig metod* förklaras av viljan att först beakta och senare granska och ifrågasätta utgångspunkter för den rättsdogmatiska metoden samt dess resultat.

¹⁷ Wegerstads beskrivning och begreppsbildning härleds till bland annat Niels Åkerstøm Andersen (Wegerstad 2015, s. 14). Åkerstøm Andersen beskriver "analysstrategi" som en metod med fokus på skapandeprocessen kring det som beskrivs som fakta. Utgångspunkten är således att val har skett vid konstruktion av fakta, vilka får konsekvenser för hur verkligheten beskrivs och tolkas. Frågor till materialet formuleras således med avsikt att tydliggöra den kontext som de skapats i (Åkerstøm Andersen 2003, s. 9ff.).

¹⁸ Wegerstad 2015, s. 14f.

Viss kritik kan riktas mot den nyttjade metoden. Det kan exempelvis framstå som att en forskare inte antar något alls om det objekt som studeras. Förespråkare av metoden framhåller dock att det beskrivna, att inte anta någonting alls, inte är möjligt. Antaganden sker alltid och det är metodens uppdrag att tydliggöra och definiera vilka dessa förmodanden är, snarare än att anta att de inte föreligger alls.¹⁹

1.3.3 Kritiskt genusrättsvetenskapligt perspektiv

Genusrättsvetenskapen är ett särskilt forskningsperspektiv inom juridiken och ett kunskapsområde inom rättsvetenskapen.²⁰ Att ett kritiskt genusrättsvetenskapligt perspektiv har använts i förevarande uppsats innebär att rätten granskas och analyseras utifrån sambandet mellan *kön* och rätt. *Genus* fungerar som verktyg vid problematisering och synliggörande av hur föreställningar och antaganden om kön produceras och reproducerades i rätten.²¹ Ett tydliggörande och ett särskiljande av begreppen genus och kön blir således nödvändigt för uppsatsens kommande framställning.

Traditionellt sätt avser kön det biologiska, medfödda könet. Kön är enligt en sådan beskrivning statistiskt. Genus däremot betraktas som en socialt och kulturellt skapad konstruktion av kön, vilket gör det föränderligt och enbart kontextuellt bundet. Föreställningar och antaganden om vad det innebär att vara man alternativt kvinna är således möjliga att hänföra till begreppet genus.²² Uppdelningen är dock kontroversiell och ifrågasatt. Vissa författare har valt att använda begreppet kön, men fortsättningsvis syfta på den sociala konstruktionen av vad en viss könstillhörighet innebär.²³ Bland annat har Ulrika Andersson beskrivit båda företeelserna som socialt konstruerade. Hennes begreppsanvändning kan hänföras till Judith Butlers teori om kön och genus, där även kön betraktas som en social konstruktion. Butler, å sin

¹⁹ Wegerstad 2015, s. 14f.

²⁰ Gunnarsson och Svensson 2009, s. 11.

²¹ Korling och Zamboni 2013, s. 273ff.; Gunnarsson och Svensson 2009, s. 11.

²² Korling och Zamboni 2013, s. 274; Gunnarsson och Svensson 2009, s. 29f.

²³ Gunnarsson och Svensson 2009, s. 133ff.

sida, utgår ifrån att en uppdelning av begreppen kön och genus svårligen kan göras. Enligt hennes uppfattning förekommer inte någon egentlig skillnad mellan företeelserna då allt skulle kunna betraktas som genus.²⁴ Utifrån dessa, till sitt antal få, redogörelser av åsikter avseende kön och genus framgår att uppfattningen avseende begreppsanvändningen är delad. I uppsatsens fortsatta framställning används den traditionella uppdelningen av begreppen, där kön definierar det biologiska, statiska och genus beskriver det socialt konstruerade könet.

Genusrättsvetenskapen utgår från existensen av ett samband mellan ojämställdhet, sexualiserat våld och pornografi, där samtliga företeelser anses vara uttryck för mäns makt över kvinnors sexualitet.²⁵ Rätten betraktas genom perspektivet som ett socialt konstruerat system, byggt på normer och på värderingar. Den utgör således inte en självständig företeelse utan påverkar och påverkas av samhället i stort. Systemet är följaktligen föränderligt, varför det måste granskas och förstås utifrån en viss konkret kontext. Genusrättsvetenskapens mål, vilket har präglat förevarande uppsats övergripande syfte, är att nå en förändring vilken gynnar strävan efter en *jämställd*²⁶ rätt.²⁷

Genusrättsvetenskapen grundar sig på uppfattningen om att rätten i praktiken inte påverkar män och kvinnor likadant. Perspektivet innebär således en analys av hur kön konstrueras i rättssystemet samt vad detta får för normativa konsekvenser för kvinnors intressen och behov. Rätten anses i sin helhet vara relaterad till kön, dels är den uppbyggd utifrån normer, dels produceras och reproduceras dessa i det rättsliga systemet.²⁸ Kön har därmed betydelse för rättens utformning och tillämpning, men även för hur omvärlden förstås. Enligt genusrättsvetenskapen är det i huvudsak mäns

²⁴ Andersson 2004, s. 24ff.

²⁵ Gunnarsson och Svensson 2009, s. 212.

²⁶ Det finns ett flertal uppfattningar om vad som är jämställdhet, i och utanför rättssystemet, och hur detta ska nås. Perspektivet används i detta sammanhang endast för att synliggöra sambandet mellan kön och rätt, varför vetenskapens mål inte har specificerats närmare.

²⁷ Korling och Zamboni 2013, s. 274ff.; Gunnarsson och Svensson 2009, s. 31, 101f.; Berglund 2007, s. 105ff.

²⁸ Gunnarsson och Svensson 2009, s. 64ff., 134; Berglund 2007, s. 105ff.

uppfattningar, intressen och beskrivningar av verkligheten som har skapat och präglat rätten, liksom de kunskapsteoretiska utgångspunkter som omgärdar och skapar den. Rätten är således formulerad utifrån ett *patriarkalt* perspektiv²⁹ varför lagstiftningens utformning och tillämpning utgår från en manlig norm.³⁰

Utifrån normer och maktförhållanden, i enlighet med perspektivets kunskapsteori, blir rättssystemet endast en återspeglning av intressen och sociala hierarkier avseende kön. En rättskälla kan därmed aldrig vara objektiv eller rent deskriptiv, den är alltid en tolkning utifrån någons perspektiv. Genom det kritiska genusrättsvetenskapliga perspektivet kan dessa tolkningar och dess bäring på uppfattningen om kön synliggöras och vidare problematiseras i uppsatsens analysdel. Det blir även möjligt att ifrågasätta de grundläggande föreställningarna om rättens funktion samt dess neutralitet, vilka utgör grunden för ett traditionellt rättsdogmatiskt synsätt.³¹

Det valda perspektivet kommer att nyttjas i arbetets analys, kapitel 6, med undantag för avsnitt 6.1.1. Genusrättsvetenskapens utgångspunkter kommer således att verka som analysverktyg i uppsatsens avslutande delar. Vidare har perspektivet, vilket tidigare nämnts, påverkat uppsatsens övergripande syfte.

Genusrättsvetenskapen utgår från en heterosexuell norm. Uppfattningar om vad det innebär att vara kvinna bortser följaktligen från andra sexuella läggningar. På samma sätt åsidosätter perspektivet manligt förtryck och undviker att undersöka hur normer om maskulinitet produceras och reproduceras i rättssystemet.³² Perspektivet hanterar vidare endast två könstillhörigheter, man och kvinna. Med en medvetenhet om att en tillämpning av perspektivet medför att flera kategorier avseende kön och

²⁹ Med *patriarkat* avses en samhällsordning där män i större utsträckning har mer makt än kvinnor (Gunnarsson och Svensson 2009, s. 137).

³⁰ Gunnarsson och Svensson 2009, s. 101, 205ff.

³¹ Korling och Zamboni 2013, s. 275, 279ff.; Gunnarsson och Svensson 2009, s. 109, 116, 124ff.

³² Gunnarsson och Svensson, 2009, s. 233ff.

sexuell läggning negligeras, har perspektivet ändå används. Detta förklaras av att en huvudsaklig majoritet av köpare av sexuella tjänster är män, liksom att en övervägande del av säljarna, de prostituerade, är kvinnor.³³ Prostitution tycks således kunna beskrivas som en *könad* företeelse varför perspektivet ändå förefaller lämpligt. Personer av båda könen figurerar även i pornografiska bilder och filmer, men utifrån valt perspektiv har fokus enbart lagts på de medverkande kvinnorna.

Det uppmärksammade förtrycket tillskrivs vidare endast en viss kategori kvinnor, vilket frammanar till en stereotyp bild av vad det innebär att vara kvinna. Hänsyn tas endast till kön och således inte till andra sociala faktorer som exempelvis klass och etnicitet. Genom att tillämpa perspektivet riskerar vissa maktrelationer i samhället följaktligen att osynliggöras. En tillämpning av ett *intersektionellt perspektiv* hade, i motsats till valt perspektiv, synliggjort flera sociala faktorer samt möjliggjort en laborering med anknytande maktrelationer.³⁴ Att avgränsa arbetet till att endast avse sambandet mellan kön och rätt har dock varit nödvändigt i syfte att göra uppsatsen mer fördjupad avseende nämnd makthierarki. Vetskapen om det genusrättsvetenskapliga perspektivets brister har dock medfört en medvetenhet i uppsatsens fortsatta framställning.

1.4 Material

Som motiverats under avsnitt 1.3.1 har främst erkända rättskällor i form av offentligt tryck och doktrin använts som material i uppsatsen. Viss kritik mot denna typ av underlag har anförts ovan. Utöver denna kan den del av materialet som benämns som doktrin kritiseras för att utifrån publiceringsdatum vara föråldrat. Att dessa källor använts kan, för viss del av materialet, förklaras av en vilja att använda dogmatiskt, icke-tendensiöst material, skrivet av tongivande jurister vid tiden just innan, under och efter sexköpslagens tillkomst. Som exempel på denna typ av källa kan nämnas artikeln *Går det att tygla lustan? Om straffbar pornografi, pedofili och*

³³ Länsstyrelsen Stockholm 2015, s. 14.

³⁴ Gunnarsson och Svensson 2009, s. 236ff.

prostitution från 1998, skriven av Per Ole Träskman.³⁵ En annan del av materialet, exempelvis Claes Lernestedts *Kriminalisering - Problem och principer* från 2003 kan likväl kritiserats för sin tilltagande ålder, men har istället nyttjats med hänvisning till verkets inflytelserika ställning på området.³⁶

Annat material än rättskällor har använts, främst för att definiera pornografi, med syfte att göra detta på ett mer problematiserande sätt än vad rättsdogmatiska källor givit möjlighet till. I detta sammanhang har bland annat Drucilla Cornells bok *Feminism and Pornography* använts.³⁷ Nämnad källa är tendensiös, med en tydlig feministisk agenda. Att verket nyttjats, trots dess utmärkande drag, förklaras av viljan att belysa hur olika perspektiv beskriver pornografi på annorlunda sätt. Läsaren bör dock vara medveten om denna källas karaktär vid läsning av avsnitt 2.2.

För den genusrättsvetenskapliga redogörelsen har ett flertal böcker använts, bland annat *Genusrättsvetenskap*, skriven av Åsa Gunnarsson och Eva-Maria Svensson.³⁸ Att i huvudsak låta redogörelsen av det valda perspektivet utgå från denna framställning förklaras av främst Svenssons framstående inflytande på det genusrättsvetenskapliga området nationellt sett.

1.5 Forskningsläge

Både prostitution och pornografi är kontroversiella företeelser, omskrivna i en betydande omfattning. Utredningar och granskningar på områdena vittnar dock om väsentliga meningsskiljaktigheter i flera spörsmål. Oenigheterna syns främst i beskrivningar av hur pornografibranschen samt verksamheten kring prostitution är beskaffade, liksom i granskningar avseende de medverkande kvinnornas situation och utsatthet. I sammanhanget kan

³⁵ Träskman 1998.

³⁶ Lernestedt 2003.

³⁷ Cornell 2000.

³⁸ Gunnarsson och Svensson 2009.

exempelvis nämnas *Shocking lies - Sanningar om lögner och fördomar i porrdebatten* av Channa Bankier.³⁹ Då redogörelser avseende pornografi och prostitution i stor utsträckning framstår som baserade på värderingar och ställningstaganden har urvalet av material behövt göras med medvetenhet och stor försiktighet.

Flera rättsliga studier har gjorts avseende prostitution och sexköp. Dessa har huvudsakligen behandlat sexköpslagens vara, eller icke vara, samt dess eventuella korrelation med prostitutionens verklighet. Utöver det underlag som presenterats i avsnitt 1.4 kan Jenny Westerstrands artikel *Sexköpslagen – motstånd över tid och former* nämnas samt *Prohibition in Swedish Law of the Purchase of Sexual Service*, skriven av Christoffer Wong.⁴⁰

Ett mycket begränsat antal rättsliga studier avseende pornografi finns att tillgå. I denna kategori kan nämnas Catharine MacKinnons *Are women human? And other international dialouges* som delvis behandlar företeelsen.⁴¹ Som MacKinnons framställning blir ett exempel på präglas granskningar på området, både inom och utanför det rättsliga forskningsfältet, i stor utsträckning av en feministisk agenda. Censur av pornografi granskas i begränsad utsträckning i några av dessa verk, liksom i tidsenliga framställningar som *Visuell drog: barn, unga och nätporr* skriven av Maria Ahlin och Ulrica Stigberg.⁴²

Som stadgats ovan kan tidigare forskning i stor utsträckning karakteriseras av undersökningar, inte sällan formulerade som kritik, avseende förbudet mot köp av sexuell tjänst samt studier med ett explicit fokus på kön. Förevarande uppsats syftar inte till att kritisera eller på ett djupare sätt undersöka 6 kap. 11 § BrB, utan snarare använda bestämmelsen som utgångspunkt för arbetets framställning. Uppsatsen har dock, i likhet med flera tidigare studier på ämnet, beaktat kön och genus. Perspektivet har dock inte applicerats på beskrivningar av prostitution eller pornografi alternativt

³⁹ Bankier 2000.

⁴⁰ Westerstrand 2014; Wong 2014.

⁴¹ MacKinnon 2006.

⁴² Ahlin och Stigberg 2016.

på gällande rätt, vilket tidigare genusrelaterad forskning i stor utsträckning gjort. Istället används kön och genus i förevarande arbete som verktyg för att undersöka och analysera den svenska straffrättens grunder för kriminalisering, i syfte att förklara utformningen av gällande rätt avseende prostitution och pornografi. På så sätt skiljer sig förevarande uppsats från flera tidigare utredningar på området. Vidare har, som angivits ovan, få straffrättsliga studier avseende pornografi gjorts under det senaste decenniet. Samtidigt fortsätter både pornografin och prostitutionen att anta nya former. Uppsatsen har således ett visst nyhetsvärde.

1.6 Avgränsningar

De traditionella grunderna för kriminalisering, så som de framställts i doktrin, innefattar flera krav på ett straffbeläggande. Uppsatsen har dock begränsats till att endast beakta kravet på skyddsintressen samt kravet på *skada*.⁴³ Arbetet bortser därmed från att presentera och behandla kravet på en viss förmodad *effektivitet* hos en kriminalisering.⁴⁴ Avgränsningen förklaras huvudsakligen av viljan att låta uppsatsen kretsa kring just skyddsintressen, men även av meningsskiljaktigheter beträffande effektivitet i bestämmelserna avseende prostitution. Det bör i detta sammanhang vidare poängteras att uppsatsen inte ämnar konstruera eller föreslå ett möjligt eller lämpligt straffbud avseende pornografi. Arbetet syftar enbart till att klargöra om en sådan kriminalisering överhuvudtaget skulle vara möjlig, med utgångspunkt i hur svensk straffrätt är beskaffad.

På grund av stora olikheter i åsikter beträffande pornografibranschens faktiska skadeverkningar har uppsatsen begränsats till att enbart ställa pornografi i relation till skador som har uppmärksammats vid kriminalisering av 6 kap. 11 § och 12 § BrB. Avgränsningen kan uppfattas som ett avsteg från hur verkligheten är beskaffad, men möjliggör samtidigt ett tydligare fokus på det straffrättsliga förhållningssättet till kommersiellt

⁴³ Se avsnitt 3.1.

⁴⁴ För förståelse avseende kravet på effektivitet, se bland annat Lernestedt och Hamdorf 1999/00, s. 847.

sex. Till följd av de meningsskiljaktigheter som syns i utredningar och granskningar på områdena har uppsatsen helt avgränsats från redogörelser om hur pornografibranschen och prostitutionsverksamheter i realiteten är beskaffade samt hur de medverkande kvinnorna behandlas. Utgångspunkten blir således endast straffrättsliga beskrivningar av företeelserna.

Uppsatsen behandlar vidare pornografi och prostitution där två eller flera vuxna personer medverkar. Barnpornografi och barnprostitution kommer av den anledningen inte att beaktas. Avgränsningen har varit nödvändig för att hålla arbetet koncist och begränsa dess omfattning. Av samma anledning har redogörelsen av gällande rätt avgränsats till att enbart behandla koppleri av normalgraden. Redogörelserna av gällande rätt avseende såväl prostitution som pornografi är inte heller i övrigt uttömmande utan presenteras endast i syfte att ge läsaren en överskådlig bild av rådande rättsläge.⁴⁵ De delar som valts bort i dessa avsnitt har inte ansetts relevanta i förhållande till uppsatsens formulerade ramar.

Vidare har arbetet till stor del avgränsats från att till fullo behandla tryck- och yttrandefriheten samt lagar hänförliga till denna. Begränsningen har varit nödvändig för att hålla uppsatsens straffrättsliga anknytning tydlig och möjliggöra ett ifrågasättande av gällande rätt i 6 kap. BrB. Kopplingen mellan tryck- och yttrandefrihetslagarna och pornografi kommer således inte att beaktas i förhållande till en potentiell kriminalisering.

I avsnitt 4.1 och 5.1 presenteras äldre rätt avseende prostitution och pornografi. De historiska redogörelserna sträcker sig från 1734 års lag till det senaste förslaget eller ändringen av nuvarande regleringar. Att 1734 års lag utgör början på redogörelserna motiveras av dess funktion som Sveriges första nationella lagstiftning. De historiska översikterna syftar inte till att vara heltäckande eller uttömmande. Fokus ligger istället på att redogöra för skyddsintressen, över tid, samt för hur motiven till kriminaliseringar på området har förändrats. Att avgränsa den historiska delen av arbetet till att i huvudsak behandla straffrättslig lagstiftning motiveras av arbetets syfte.

⁴⁵ Se avsnitt 4.2, 5.2.

Undantag avser tryckfrihetsförordningen (TF) samt yttrandefrihetsgrundlagen (YGL), vilka enbart nämns i den mån dessa har framstått som relevanta i förhållande till de straffrättsliga regleringarna.

1.7 Disposition

I det efterföljande kapitlet, kapitel 2, redogörs för definitioner av pornografi och prostitution i två separata avsnitt. Att detta kapitel presenteras inledningsvis förklaras av läsarens behov av förståelse för begreppen inför arbetets fortsatta framställning. Avsnittet avseende definitioner av pornografi är mer utförligt än det som behandlar prostitution. Detta förklaras av uppsatsens behov av att framställa pornografi på ett annorlunda sätt i jämförelse med vad straffrättsliga beskrivningar av företeelsen givit möjlighet till.

I uppsatsens tredje kapitel redogörs för traditionella straffrättsliga uppfattningar avseende principer för kriminalisering, så som de förstås och beskrivs i den juridiska doktrinen. Det första avsnittet behandlar skyddsintressen. I doktrin nyttjas tidvis andra begrepp, trots att samma företeelse åsyftas.⁴⁶ I förevarande uppsats används benämningarna skyddsintressen, värden alternativt skyddsvärda intressen. I det andra avsnittet i kapitlet redogörs för skada. På grund av uppsatsens uttryckliga fokus på skyddsintressen kommer det straffrättsliga kravet på skada enbart att behandlas i begränsad utsträckning. Efter detta kapitel redogörs för lagstiftning baserad på moral, i relation till skada. Att denna redogörelse placerats i ett eget avsnitt förklaras av ämnets omfång. I det efterföljande avsnittet redogörs för *samtycke* i enlighet med 24 kap. 7 § BrB. Slutligen behandlas sexualbrotten som brottskategori, i kapitlets sista avsnitt. Redogörelsen avser formulera gränser för vad som ansetts möjligt att betrakta som *sexuellt* utifrån skyddsintressen i 6 kap. BrB. Arbetets tredje kapitel lägger grunden för efterföljande kapitel, vilka kräver viss förståelse

⁴⁶ Jmf. bland annat Lernestedt 2003, Jareborg 1994.

för kriminaliseringsprocessen i svensk straffrätt samt utformningen av sexualbrott.

Uppsatsens fjärde kapitel behandlar rättsliga regleringar av prostitution. I separata avsnitt hanteras äldre rätt, gällande rätt, en redogörelse av försök i doktrin att fastställa skyddsintressen för 6 kap. 11 § BrB samt kritik mot det nämnda straffbudet. Kapitlet ämnar ge läsaren förståelse för utformningen av gällande rätt avseende prostitution, då detta utgör en utgångspunkt för den kommande analysen. Kapitlet följs åt av uppsatsens femte kapitel, vilket behandlar rättsliga regleringar av pornografi. I detta redogörs dock endast för äldre rätt samt gällande rätt. Avsaknaden av en redogörelse av skyddsintressen samt kritik beträffande kriminaliseringar i kapitlet, liksom för bestämmelsen om koppleri i det föregående, förklaras av den begränsade förekomsten av denna typ av material.

För att underlätta för läsaren förekommer kortare, sammanfattande stycken i det tredje och fjärde kapitlet, vilka återger mina tolkningar av vad som framkommit i ett visst avsnitt. Denna typ av kommentarer har dock inte ansetts nödvändiga vid de avsnitt som behandlar gällande rätt och äldre rätt. Dessa delar har ansetts för omfattande, alternativt för koncisa, för att sammanfattas i ett kortare stycke.

Arbetet avslutas med en analys i vilken uppsatsens frågeställningar besvaras. Uppsatsens andra och tredje frågeställning präglas av varandra varför de behandlas och besvaras gemensamt i kapitlet. Den första frågeställningen hanteras separat, men analysen av denna kommer, på grund av nyttjad analyseringsmetod, att angränsa något till uppsatsens tredje frågeställning. Förhoppningen är att en sådan, delvis gemensam, hantering kommer att resultera i en djupare förståelse för kommersiellt sex i gällande rätt samt det straffrättsliga systemet i stort.

2 Definitioner

2.1 Prostitution

Nedan redogörs för definitioner av prostitution. Avsnittet syftar till att resonera kring det i uppsatsen frekvent nyttjade begreppet och dess innebörd, i ett straffrättsligt hänseende. Det bör tydliggöras att beskrivningen av företeelsen prostitution inte är att förväxla med definitionen av sexköp i 6 kap. 11 § BrB.

Den allmänt nyttjade definitionen av prostitution formulerades av 1977 års Prostitutionsutredning i SOU 1981:71 *Prostitution i Sverige - Bakgrund och åtgärder*. Fenomenet beskrevs som när två eller flera parter köper respektive säljer sexuella tjänster mot ersättning, vanligtvis ekonomisk sådan, vilken utgör en förutsättning för den sexuella tjänsten.⁴⁷ Då tidigare definitioner avseende prostitution beskrivit företeelsen som relaterad till den säljande parten av sexuella tjänster valde 1977 års utredning att inkludera köparen i definitionen och därmed tydliggöra efterfrågan av sexuella tjänster som en förutsättning för företeelsens förekomst.⁴⁸ Då minst två parter omfattas av beskrivningen rymmer definitionen, utöver köpare och säljare, även kopplare.⁴⁹

1993 års Prostitutionsutredning medförde ingen annan, eller vidare, definition av prostitution. Däremot ansågs begreppet, trots den tidigare utredningens omformulering, fortsättningsvis associeras med den säljande partens agerande inom ramen för prostitutionsförhållandet.⁵⁰ Som begrepp ansågs istället ”könshandel” vara en lämplig benämning. Fördelen med begreppsanvändningen låg i den tudelade fokuseringen på såväl den köpande som den säljande delen av gärningen. Samtidigt

⁴⁷ SOU 1981:71, s. 33.

⁴⁸ SOU 2010:49, s. 60ff.; SOU 1981:71, s. 33.

⁴⁹ SOU 2010:49, s. 61.

⁵⁰ SOU 1995:15, s. 15f.; Träskman 2005, s. 75; Lander, Pettersson och Tiby 2003, s. 229.

uppmärksammades själva handeln och därmed även könshandelns syfte - att tillfredsställa köparens sexuella drift. Genom den nya begrepps användningen blev företeelser som inte tidigare kunnat beaktas inom ramen för prostitution, exempelvis privat posering, möjliga att inkludera under benämningen könshandel.⁵¹ Begreppet blev dock inte fortsättningsvis tongivande inom straffrätten.⁵²

Definitionen av prostitution kan svårligen avgränsa företeelsen från andra typer av sexuell samvaro. I litteraturen anförs därför fem kriterier, vilka ämnar definiera och avskilja en prostitutionshandling från andra typer av sexuella umgängen: a) kommersialitet, b) promiskuitet, c) valet av partner sker uteslutande på ekonomiska grunder, d) den sexuella förbindelsen är tillfällig och kortvarig, samt e) emotionellt likgiltigt.⁵³ Träskman beskriver samtliga kännetecken som vaga till sin formulering, tidvis värderande och verklighetsfrånvända. Han framhåller vidare att var och ett av kriterierna även kan nyttjas för att beskriva relationer som inte är att beakta som prostitution.⁵⁴

Mot bakgrund av det ovanstående förefaller ingen definition som klart avgränsar prostitution från andra typer av sexuell umgänge ha formulerats. Samtidigt råder en enhetlig uppfattning inom straffrätten avseende hur företeelsen som sådan ska beskrivas. Den definition som framlades i 1977 års Prostitutionsutredning verkar i det närmaste överensstämma med en modern uppfattning av företeelsen.⁵⁵ Det är därmed denna beskrivning som åsyftas vid användande av begreppet prostitution i förevarande uppsats. Definitionen bortser således ifrån privat posering, liksom liknande företeelser som inte inkluderar beröring.

I min begrepps användning förekommer såväl termen *prostituerad* som

⁵¹ SOU 1995:15, s. 15ff.

⁵² Se bland annat SOU 2010:49.

⁵³ Lander, Pettersson och Tiby 2003, s. 215, 221; Träskman 1998, s. 359.

⁵⁴ Träskman 1998, s. 359f. Det bör uppmärksammas att Träskman beaktar dessa fem kännetecken var för sig och når då slutsatsen att kriterierna är vaga. Huruvida ett beaktande av dessa tillsammans, istället för separat, skulle ha bidragit med en klarare definition förblir således oklart.

⁵⁵ SOU 2010:49, s. 61.

säljare av sexuella tjänster. Båda begreppen kan kritiseras, det förstnämnda utifrån kopplingen till enbart den säljande parten samt dess stigmatiserande verkan och det sistnämnda utifrån dess association till en affärstransaktion mellan två jämställda parter.⁵⁶ Båda begreppen har trots detta används i förevarande uppsats, i brist på andra korta och koncisa benämningar på aktörerna. Ingen av de nämnda uttrycken förefaller i sammanhanget mer lämpligt att bruka än det andra. Läsaren uppmanas dock till medvetenhet kring begreppsanvändningens problematik. Vad beträffar den köpande parten används enbart uttrycket *köpare* av sexuell tjänst.

2.2 Pornografi

Inom litteraturen har flera försök att definiera och avgränsa begreppet pornografi gjorts, utan att något klart resultat har nåtts. Ingen precisering av företeelsen har framstått som tillfredställande avgränsad.⁵⁷ På grund av den otydlighet som användningen av begreppet pornografi således medför krävs det, för uppsatsens vidare framställning, en redogörelse av några av de definitioner som tidigare formulerats. Därutöver fordras en beskrivning av förevarande arbetes utgångspunkter i frågan.

Begreppet pornografi är mycket sparsamt definierat inom straffrätten. I SOU 1969:39 *Yttrandefrihetens gränser – Sårande av tukt och sedlighet. Brott mot trosfrid* förklaras termen pornografi som ”framställningar i ord och bild som på ett ohöljt sätt behandlar ämnen med sexuell och erotisk anstrykning”.⁵⁸ Justitieombudsmannen (JO) ansåg att definitionen var otillfredsställande då den skilde sig från det rådande, vedertagna språkbruket enligt vilket även pornografi kunde anses konstnärligt betydelsefull. JO tillade att gränsen mellan å ena sidan en pornografisk framställning och å andra sidan en framställning som inte beskrivs som pornografisk, men som innehåller sexuella motiv, skulle dras utifrån verkets syfte. Förelåg en avsikt

⁵⁶ SOU 2010:49, s. 61f.

⁵⁷ Ullén 2009, Pornografi, s. 57; Andersson 2006, s. 70ff.; Cornell 2000, s. 1; Träskman 1998, s. 362.

⁵⁸ SOU 1969:38, s. 54.

att inverka sexuellt på mottagaren skulle pornografi antas vara för handen. Det framhölls vidare att en tydlig gräns mellan de olika typerna av framställningar, i praktiken, kunde vara mycket svår att dra då påverkan av ett specifikt verk kunde variera beroende på mottagaren.⁵⁹

Nils Jareborg beskriver en bild som pornografisk när den på ett ”ohöjlt och utmanande sätt” framställer ett sexuellt motiv med syfte att påverka betraktaren sexuellt.⁶⁰ Definitionen avgränsar således bort vetenskapliga, undervisande eller påtagligt konstnärliga bilder som, på grund av sitt syfte, inte bör betraktas som pornografiska.⁶¹ Beskrivningen används bland annat i lagmotiven till bestämmelsen om *otillåtet förfarande med pornografisk bild*, se avsnitt 4.3.1.

Av ovanstående definitioner framstår den minsta gemensamma nämnaren i straffrättsliga beskrivningar av pornografi vara det sexuellt explicita innehållet samt framställningens avsikt att leda till sexuell upphetsning. Att definiera pornografi på detta sätt kräver inte något ställningstagande avseende företeelsen ifråga. En mer specifik beskrivning än den nämnda verkar svår att formulera utan beaktande av just värderingar och åsikter.

Ett exempel på en mer värdeladdad definition av begreppet pornografi kommer från Diana E. H. Russell. Russell definierar pornografi som material där sex och/eller exponering av könsorgan kombineras med missbruk eller förnedring, på ett sådant sätt att beteendet verkar stödjas, accepteras eller uppmuntras.⁶² Med missbruk [*abuse*] förstås sexuella beteenden som kan beskrivas i diverse olika termer, allt från nedsättande, föraktfullt och skadligt till brutalt, exploaterande och våldsamt. Med förnedring [*degradation*] avses sexuellt beteende som är förolämpande eller respektlöst, exempelvis sexuella handlingar som inkluderar urin eller avföring, ejakulering i ansikte eller skildringar av kvinnan i slavliknande

⁵⁹ JO 1971, s. 561ff.; Johansson m.fl., Del 2, 2017, BrB 16:11, s. 2.

⁶⁰ Begreppen *ohöjlt* och *utmanande* preciseras inte närmare.

⁶¹ Proposition (Prop.) 1970:125, s. 79f.; Jareborg 1982, s. 117.

⁶² Cornell 2000, s. 48.

förhållanden. Av beskrivningen kan således utläsas att material som porträtterar sexuellt beteende i exempelvis utbildningssyfte inte omfattas. Definitionen innefattar inte heller sexuellt beteende som innebär en sexuell objektifiering, något som inte enbart kan knytas an till pornografi utan även till film, reklam, musik etc.⁶³ Russell skiljer vidare mellan pornografi och erotik. Hon beskriver det sistnämnda som sexuellt fantasieggande eller upphetsande material som är fritt från sexism, rasism och homofobi samt är respektfullt i förhållande till de människor som porträtteras.⁶⁴

Ytterligare en definition av pornografi, där värderingar och politiska ställningstaganden befasts i beskrivningen, formuleras av MacKinnon. Tillsammans med Andrea Dworkin framställer hon pornografi som grafisk, sexuell, uttrycklig underordning av kvinnor, porträtterade i bild och/eller i ord. Pornografi beskrivs således inte utifrån vad den innehåller eller förmedlar, utan utifrån vad den gör – dess befastande av könshierarkier, könsdiskriminering etc. Definitionen omfattar därmed hela den pornografiska industrin, från tidningar där kvinnor objektifieras, till skildringar av kvinnor som utsätts för tortyr. Genom pornografi tydliggörs mannens dominanta ställning vad avser sex och sexualitet, något som enligt MacKinnon leder till ett återskapande av de rådande sociala konstruktionerna om vad som är manlig (dominant) och kvinnlig (undergiven) sexualitet.⁶⁵

Magnus Ullén redogör för en något vidare beskrivning av pornografi, jämfört med den mer allmänt hållna definitionen som tidigare presenterats. Samtidigt framstår beskrivningen inte som påverkad av politiska ställningstaganden. Ullén ifrågasätter uppfattningen om pornografi som ett kulturellt fenomen, som en del av litteratur och konst i övrigt. Han anför att explicit sexuellt innehåll kan förekomma i kulturella alster, utan att dessa klassas som pornografi, samt att allt som anses vara pornografi inte är explicit sexuellt. Ullén menar att en beskrivning av företeelsen inte endast

⁶³ Cornell 2000, s. 50ff. Mina översättningar av de begrepp som skrivits inom hakparentes.

⁶⁴ Ibid, s. 48.

⁶⁵ Ibid, s. 104f., 108, 171.

bör ta hänsyn till materialets innehåll, utan även till hur det mottas, sättet som sådana framställningar vanligtvis läses och tolkas på. Mottagnings sättet vid pornografi är annorlunda, jämfört med vid andra typer av litterära eller konstnärliga verk där texten tillskrivs ett värde. Vid konsumtion av pornografi däremot, i bok-, bild- eller filmform, är målet inte beaktandet eller tolkningen av verkets mening. Ändamålet är istället tillfredsställelse av den egna kroppen. Det ovanstående frångås givetvis om pornografin betraktas som ett studieobjekt, vars innebörd ska tolkas som en återspeglning av en viss tid eller en viss kontext. Pornografin förstås då utifrån en *läsares sinnestillstånd* vilket resulterar i en intellektuell process i kroppen, som vid tolkning av andra typer av litterära och konstnärliga verk. Om målet med läsningen av pornografi däremot är att uppnå kroppslig tillfredsställelse, skapas aldrig den intellektuella processen. Läsningen företas då utifrån ett *masturbatoriskt sinnestillstånd*, med grund i pornografins karaktär av att kunna verka tillfredsställande.⁶⁶ Vad som skiljer pornografi från annan litteratur och konst i allmänhet är således vilka konsekvenser läsning eller konsumtion får för läsaren. Enligt Ullén är det sammanfattningsvis sättet som pornografi mottas på som karakteriserar företeelsen.

Sammanfattningsvis verkar en klar definition av pornografi, kanske inte helt oväntat, svårigen kunna formuleras. Beskrivningar och avgränsningar av företeelsen kan variera beroende på var framställningen ifråga förekommer, dess syfte, innehåll samt sättet den mottas på. Straffrättsligt kretsar definitionen kring det sexuella innehållet samt det sexuella syftet vid verkets konsumtion. För att vidare definiera pornografi, i förhållande till uppsatsens syften och frågeställningar, blir dock ytterligare aspekter relevanta att uppmärksamma och på sikt även konkretisera. För att pornografi ska kunna ställas i relation till straffrättsligt kriminaliserad prostitution måste pornografin i förevarande uppsats definieras på ett annorlunda sätt, jämfört med hur företeelsen definierats straffrättsligt. Pornografi måste således beskrivas i relation till prostitution och därtill kunna särskiljas från företeelsen ifråga.

⁶⁶ Ullén 2009, Pornografi, s. 22, 48ff.; Ullén 2009, Pornography.

Likheterna mellan pornografi och prostitution framgår av såväl de faktiska gärningarna som av de ojämlika maktförhållandena som präglar dem. Det går att argumentera för att sexuella gärningar utförs mot ersättning, vanligen ekonomisk sådan, både vid prostitution och vid pornografi. I båda kontexterna förekommer även personer som främjar eller erhåller ekonomisk vinning av att de sexuella akterna genomförs - antingen i egenskap av kopplare eller i egenskap av huvudaktör inom pornografibranschen.⁶⁷ Överensstämmelsen resulterar i att enbart betraktandet av de faktiska gärningarna blir otillräckligt för att kunna särskilja pornografi från prostitution. Det måste istället undersökas huruvida företeelserna kan skiljas åt, i ett straffrättsligt hänseende, utifrån omständigheter och förhållanden kring själva gärningarna. Med begreppet pornografi avses således i förevarande uppsats de faktiska gärningarna som föranleder framställningen av pornografiskt alster, liksom omständigheter och förhållanden som omgärdar dessa. Genom denna definition möjliggörs en analys avseende vilka förhållanden och situationer som rättsligt har kriminaliserats som prostitution i svensk straffrätt samt hur dessa har ansetts möjliga att särskilja från gärningar som sker under benämningen pornografi.⁶⁸

Mer precist ska begreppet pornografi, för uppsatsen fortsatta framställning, förstås som framställning av pornografiska verk där samlag eller liknande sexuella aktiviteter skildras. De sexuella gärningarna som återges ska även i realiteten företas, mellan två eller flera personer, varav en kvinna och en man. Parterna ska bli ersatta ekonomiskt för akten ifråga. Begreppet innefattar inte produktion av bild, film eller tv-program där personer har samlag eller liknande sexuella aktiviteter med varandra, men där det huvudsakliga syftet med framställningen inte är att skapa sexuell upphetsning hos tittaren. Begreppet pornografi inkluderar inte heller liveshower, uppträdanden i webbkamera eller enskild posering. Detta

⁶⁷ Se definition av prostitution i SOU 1981:71 där även kopplare inkluderas.

⁶⁸ Se avsnitt 6.1.2.

förklaras av att ingen direkt beröring mellan personer förekommer vid denna typ av företeelser. Det bör slutligen poängteras att uppsatsens definition av pornografi inte avses när begreppet nyttjas i redogörelse av äldre rätt samt gällande rätt i kapitel 5. I dessa avsnitt bör begreppet istället förstås i enlighet med den straffrättsliga definitionen av företeelsen.

3 Grundläggande principer för kriminalisering

3.1 Skyddsintressen

3.1.1 Intressen och intresseinnehavare

I förevarande avsnitt redogörs för traditionella uppfattningar avseende straffrättens grundläggande principer för kriminalisering, så som de förstås och beskrivs i den juridiska doktrinen. Att *kriminalisera* innebär, i korthet, att belägga en gärning med straff. Detta sker när lagstiftande organ tycker sig kunna åstadkomma positiva förändringar, alternativt förhindra negativa sådana, genom att sätta gränser för mänskligt agerande.⁶⁹ Till förmån för individens frihet och på grund av de inskränkningar av valfrihet som kriminaliseringar resulterar i, ska straffbeläggande enligt en utbredd och dominant straffrättslig uppfattning endast vara fordrat i begränsad utsträckning, som en sista utväg – s.k. *ultima ratio*. En kriminalisering måste således, utifrån denna uppfattning, alltid rättfärdigas.⁷⁰

För att en kriminalisering ska anses motiverad, vara rättfärdigad, måste det enligt den traditionella uppfattningen finnas ett behov av att straffrättsligt skydda ett visst värde eller ett visst intresse genom lag. Dessa benämns skyddsintressen. En entydig beskrivning av vilka sådana värden som kan föranleda en kriminalisering finns inte formulerat, varken i förarbeten eller doktrin. Vissa skyddsintressen behandlas dock som mer allmängiltigt accepterade såsom liv, frihet, handlingsfrihet, etc. Åsikterna om vilka värden som, utöver de mer uppenbart skyddsvärda, är rättsligt erkända går dock i isär.⁷¹ Enligt Jareborg utmärker sig dessa värden då de kan kopplas

⁶⁹ Jareborg 1994, s. 323.

⁷⁰ Asp och Ulväng 2013, s. 41; Lernestedt 2003, s. 15f.; Jareborg 1994, s. 323f., 330f.

⁷¹ Asp och Ulväng 2013, s. 39; Jareborg 1994, s. 329f.

till socialt dominerande enskilda behov.⁷² Lernestedt framhåller de skyddsvärda intressena som positivt värderade, möjliga att formulera som ”värdet av...”-sats, exempelvis ”värdet av liv och hälsa”.⁷³

Skyddsintressen kan enligt gängse uppfattning inom straffrätten kategoriseras i, för att använda Jareborgs begrepp, *personliga intressen*, *gruppintressen* och *offentliga intressen*.⁷⁴ Lernestedt benämner kategorierna som *individintressen* och *överindividuella intressen*.⁷⁵ I förevarande uppsats används begreppen enskilda intressen alternativt individuella intressen för att benämna skyddsintressen som innehas av person. Vidare nyttjas begreppet allmänna intressen för de värden som innehas av samhället och det offentliga. Oavsett begreppsanvändning utgår kategoriseringarna från vem som anses inneha ett visst intresse, vem som påverkas negativt när intresset som sådant skadas.

Lernestedt hävdar att en uppdelning av intresseinnehavare, på så sätt som anförts, svårligen låter sig göras. Genom att betrakta samhället som en grupp individer, där staten är samhällets och i förlängningen även individernas organ för verkställande av straffrätt, framstår alla intressen som innehavda av såväl individ som stat och samhälle. Att ett intresse kan innehas av enskild, utan att samtidigt innehas av samhälle och stat, liksom ombytt, är således enligt Lernestedt svårbegripligt. Innehavarbegreppet kan dock göras snävare och genom att endast beakta den primärt drabbade av en viss gärning kan en specifik intresseinnehavare ändå framträda. Enligt Lernestedts teori kopplas det snävare begreppets tillämpning samman med straffbudens kategorisering i BrB i: *brott mot enskild* (i), *brott mot allmänhet* (ii) och *brott mot staten* (iii). En enskild person, drabbad av en viss gärning, får enligt Lernestedts snävare definition av begreppet intresseinnehavare representera hela den grupp av personer som kan inkluderas under grupperingen brott mot enskild (i). Det är därmed gruppen

⁷² Jareborg 1994, s. 329.

⁷³ Lernestedt 2003, s. 159.

⁷⁴ Asp och Ulväng 2013, s. 39 f.; Jareborg 1994, s. 329.

⁷⁵ Lernestedt 2003, s.160.

i sig, och således inte den enskilt angripna individen, som blir innehavare av det specifika intresset. Brott där en enskild inte kan anses direkt drabbad bedöms, utifrån Lernestedt teori, istället som riktade mot allmänhet eller stat (ii-iii).⁷⁶

Enbart ett identifierande av ett värdefullt intresse leder inte med nödvändighet till att grund för kriminalisering föreligger. Enligt rådande uppfattning kan vissa värden existera oberoende av ett straffrättsligt skydd. Detta går hand i hand med den traditionella tanken om att en kriminalisering endast ska ske som sista utväg, när andra metoder för samhällelig kontroll framstått som ineffektiva.⁷⁷ Ett värdefullt intresse ska således i första hand skyddas genom andra typer av sociala insatser än just straffrättsliga sådana.⁷⁸

När ett straffbeläggande ska ske måste lagstiftaren enligt grundläggande krav för en kriminalisering ange det intresse som den straffrättsliga bestämmelsen har för avsikt att skydda. Vilka skyddsintressen som fastställts av lagstiftaren som motiv till straffbudet tydliggörs vanligen i förarbeten, utläsbara av det ofta allmänt formulerade syftet med en viss bestämmelse. Kravet på ett angivet skyddsintresse anses dock inte uppfyllt så länge lagstiftaren endast klargjort intresset genom att beskriva frånvaron av det beteende som straffbudet syftar till att inskränka. Beskrivningen av skyddsintresset förväntas då istället innehålla en motivering avseende varför frånvaron av beteendet är eftersträvansvärt. Lernestedt exemplifierar detta krav med ”blåa soppåsar” och att lagstiftaren, som anledning till en kriminalisering av underlåtenhet att använda blåa soppåsar, inte kan ange behovet av att tillgodose att blåa soppåsar används. Det räcker därutöver inte heller med att lagstiftaren beskriver det skyddsvärda intresset genom att ange det motsatta eller det alternativa beteendet till den gärningen som kriminaliseringen förväntas träffa. Som skäl för att kriminalisera underlåtenhet att använda blåa soppåsar ska lagstiftaren således inte ange

⁷⁶ Lernestedt 2003, s.159f., 180.

⁷⁷ Lernestedt 2003, s. 15f., 127ff., 159; Jareborg 1994, s. 324, 330.

⁷⁸ Asp och Ulväng 2013, s. 40; Jareborg 1994, s. 330.

intresset av att påsar av annan kulör än blå inte används. Istället krävs även i detta hänseende en motivering av varför det motsatta eller alternativa beteendet är att föredra. Behovet av att förklara varför något är skyddsvärt varierar mellan olika skyddsintressen. Vissa värden, exempelvis liv, anses inte kräva vidare motivering. Andra intressen, ansedda som mindre självklara i sin skyddsvärdhet, kan behöva en vidare motivering för att det nämnda kravet på lagstiftaren ska anses tillfredställande uppfyllt.⁷⁹

En kriminalisering kan enligt rådande uppfattning förledas av flera skyddsintressen, möjliga att applicera på en eller flera olika intresseinnehavare. När fler skyddsvärda intressen än ett anses motivera en kriminalisering kan dessa stå i ett hierarkiskt förhållande till varandra. Rangordningen kan exempelvis innebära att ett underordnat skyddsintresse får rollen som ett förstadium i relation till det överordnade och slutligen skyddade värdet. Förhållandet anses vara för handen vid brott mot allmänhet (ii) där även ett individintresse kan identifieras. Detta under förutsättning att den straffrättsliga bestämmelsens inträde sker i ett tidigare skede än den tidpunkt då individintresset skadas.⁸⁰

Ett hierarkiskt förhållande mellan flera samtidigt aktualiserade skyddsintressen anses dock inte alltid vara för handen. Ett skyddsintresse kan även stå i centrum för straffbudets förekomst medan andra skyddsvärda intressen endast framträder i periferin. Det finns vidare konstruktioner där inget av flera aktuella skyddsintressen bedömts som det centrala. Inget av värdena anses bärande i sig självt men de har trots detta, tillsammans, föranlett en kriminalisering. När ett inneboende förhållande föreligger mellan flera skyddsvärda intressen inom ett och samma straffbud måste denna ordning tydliggöras av lagstiftaren.⁸¹

Enligt traditionella principer för kriminalisering har skyddsintressen en förmåga att kunna ändras över tid. Detta kan ske på två sätt, definierade av

⁷⁹ Lernestedt 2003, s.166ff.

⁸⁰ Ibid, s. 169ff.

⁸¹ Ibid.

Lernestedt. Genom *allmänideologiska förändringar* har straffbud med tiden ansetts motiverade utifrån andra skyddsvärda intressen än vad som föranlett kriminaliseringen vid ett tidigare skede. Förändringar kan även vara av *straffrättideologisk karaktär* och kan då bestå i tidigareläggande av straffansvarets inträde, trots att det tidigare skyddsintresset kvarstår. Denna typ av förändring kan även vara för handen när uppfattningen om vem som innehar ett visst skyddsvärt intresse ändrats.⁸²

3.1.2 Skada

Enligt gängse riktlinjer för kriminalisering ska alla brottsliga gärningar, på ett eller annat sätt, knyta an till en negativ påverkan på ett skyddsintresse. I doktrin kallas denna påverkan för *skada*.⁸³ I förevarande avsnitt redogörs för detta kriminaliseringskrav, delvis i relation till ifrågasatta kriminaliseringsgrunder där frånvaron av skada står i centrum.

Vilken sorts skada som enligt den traditionella uppfattningen kan komma att föranleda en kriminalisering råder det delade meningar om inom doktrin. Den grundläggande tanken är dock att en skada alltid är något negativt.⁸⁴ Lernestedt skiljer mellan *offerskada* och *gemenskapsskada*. Det förstnämnda begreppet avser uppfattningen om att det är den skada som drabbar intresseinnehavaren i det särskilda fallet – individ, allmänhet eller stat – som ska beaktas. Synsättet kräver åsikten att ett brott inte per se skadar allmänna intressen, när en av samhällets individer drabbas.⁸⁵ Med det andra begreppet, *gemenskapsskada*, åsyftas antingen en negativ påverkan på samhället, eller en skada på den grupp av möjligt drabbade individer som brottsoffret representerar. Den sistnämnda typen av *gemenskapsskada* utgår från en verklig skada eller en upplevd osäkerhet kring huruvida statligt skyddade intressen säkrats den aktuella gruppen.⁸⁶ Den förstnämnda typen av *gemenskapsskada*, aktuell vid en negativ påverkan på samhället, är enligt

⁸² Lernestedt 2003, s. 168f.

⁸³ Jareborg 1994, s. 315, 331.

⁸⁴ Lernestedt 2003, s. 270.

⁸⁵ En sådan uppfattning har Lernestedt tidigare givit uttryck för, se avsnitt 3.1.1.

⁸⁶ Lernestedt 2003, s. 190ff.

Lernestedt för handen när normordningen, i detta fall straffrätten, kränks. För att en sådan skada ska föreligga krävs därmed att den aktuella gärningen är kriminaliserad inom ramen för denna sedermera skadade ordning. I förlängningen anser Lernestedt att även det individuella brottsoffret skadas då alla är innehavare av intresset av att normordningen inte kränks.⁸⁷

I den dominerande teorin framhålls att ju mer närvarande en skada på ett skyddsintresse anses vara, desto mer motiverad blir en kriminalisering av gärningen. Om det föreligger en direkt skada på skyddsintresset eller en fara för skada anses skäl för att straffbelägga gärningen vara för handen. Om agerandet däremot uteslutande innebär en risk, eller endast under vissa omständigheter kan bidra till en negativ påverkan på skyddsintresset, måste detta intresse värderas som mer skyddsvärt än andra för att en kriminalisering ska bli aktuell.⁸⁸

Det uppställda kravet på en straffrättsligt relevant skada innebär att gärningar inte ska kriminaliseras om de enbart leder till ett upplevt obehag hos annan (i) eller till att någon tillfogar sig själv skada, s.k. *paternalistisk lagstiftning* (ii). En kriminalisering bör inte heller framtvunga förbättringar för en själv (iii), enbart framtvunga förbättringar för andra (iv) eller enbart förhindra osedligt beteende eller etiketsbrott (v). Det verkar dock finnas anledning att tidvis göra undantag från ovanstående principer. I motsats till vad punkt (i) stadgar har en kriminalisering ändå ansetts motiverad om beteendet som enbart medför obehag för andra riskerar att bli mycket vitt förekommande. En kriminalisering kan vidare vara för handen, trots punkt (ii), om det ter sig möjligt att med relativt lindrigt tvång få människor att effektivt sänka risken för att allvarligt skada sig själva.⁸⁹

Det sistnämnda innebär att *paternalism* undantagsvis kan förekomma i straffrätten, trots att det vid sådan typ av lagstiftning inte föreligger någon reell skada enligt principerna för kriminalisering. Åsikterna avseende vilka

⁸⁷ Lernestedt 2003, s. 195f.

⁸⁸ Jareborg 1994, s. 333.

⁸⁹ Asp och Ulväng 2013, s. 41f.; Jareborg 1994, s. 331f.

straffbud inom svensk rätt som är att benämna som paternalistiska varierar, främst utifrån hur begreppet paternalism definieras. Utifrån föreställningen om att behovet av att skydda individen från orsakandet av självskada är det enda syftet med en paternalistisk kriminalisering och att straffbudets konsekvenser således inte behöver beaktas, saknar svensk straffrätt sådana kriminaliseringar. Om ett straffbud även avser skada som orsakats av annan, som individen själv samtyckt till, och om hänsyn tas till konsekvenser av och syften med själva brottsbestämmelsen, infattar svensk rätt ett flertal paternalistiska lagrum. Det straff som enligt bestämmelsen ska utgå träffar visserligen uteslutande individen ifråga, men parallellt inskränks även andra personers möjlighet att agera fritt.⁹⁰

Lernestedt menar att skadan vid paternalistisk lagstiftning inte är att bedöma som frånvarande. När en individ samtycker till en gärning som skadar, samt i princip även vid självskada, förekommer negativ påverkan även utanför individen själv. Den upplevda frånvaron av skada i denna typ av straffbud är således inte anledningen till att paternalism uppfattas som en ogiltig kriminaliseringsgrund. Enligt Lernestedt förklaras detta istället med att en sådan lagstiftning inskränker rätten till självbestämmande över den egna kroppen. Intresset av att skydda individen och därmed även andra har således ansetts övertrumpas intresset av att individen ska vara fri i denna typ av kriminaliseringar.⁹¹

3.1.3 Moralisk lagstiftning

I enighet med den allmänna uppfattning avseende grundläggande straffrättsliga principer ska en gärning som inte skadar ett skyddsintresse, utan endast anses omoralisk, inte föranleda en kriminalisering. Lagstiftning ska således inte skydda moral.⁹² Liksom anført ovan: ett straffbuds

⁹⁰ Lernestedt 2003, s. 212ff., 218.

⁹¹ Ibid, s. 221f.

⁹² Lernestedt 2003, s. 224f.

legitimitet kan inte motiveras med ett upplevt obehag hos andra eller att gärningen ifråga utgör ett osedligt beteende eller ett etiketsbrott.⁹³

Moral i straffrättsligt hänseende är starkt sammankopplat med sex och sedlighet. Utifrån uppfattningen om att en kriminalisering kräver en skada ska sexualmoral inte avgöra gränserna för det straffbara området beträffande sexuella handlingar och beteenden. Detta så länge en negativ påverkan inte kan anses uppkomma.⁹⁴ Ett straffbeläggande av hur vuxna personer har frivilligt sex med varandra utgör utifrån det ovanstående en typisk kriminalisering baserad på moral.⁹⁵ Ett sådant synsätt kräver följaktligen att sådana kriminaliseringar som anses föranledda av moral kan skiljas från allmänt sett godtagbara straffbud där en reell skada anses uppkommen.⁹⁶

Gränsen mellan omoraliska handlingar och handlingar som skadar har inom vissa delar av doktrin dragits mellan de gärningar som sker offentligt och de som sker privat. Enligt ett sådant synsätt uppkommer ingen skada då vuxna personer, med samtycke, utför omoraliska handlingar inom ramen för den privata sfären. Synsättet är ifrågasatt. Omoraliska handlingar som företas i det privata kan enligt Lernestedt fortfarande uppmärksammas, exempelvis genom sinnesretningar utifrån hörsel, syn eller lukt, av personer som befinner sig i det offentliga. Att en gärning som företas i det privata kan observeras och leda till negativ påverkan oavsett var den företas gör att uppdelningen inte låter sig göras på ett konsekvent sätt. Frågan blir således om enbart vetskapen om att en omoralisk handling företagits kan anses leda till en straffrättsligt accepterad skada? Den negativa påverkan på personen som får vetskap om gärningens förekomst borde enligt Lernestedt inte vara påtagligt annorlunda från den negativa påverkan som skapas av sinnesretningar från en offentligt företagen gärning. Endast det sätt varpå den omoraliska handlingen kommer till personens kännedom är då olika. Anläggs uppfattningen att vissa fall av vetskap om omoraliska handlingar i

⁹³ Asp och Ulväng 2013, s. 41; Lernestedt 2003, s. 225; Jareborg 1994, s. 331f.

⁹⁴ Lernestedt 2003, s. 224, 230.

⁹⁵ Hart 1963, s. 5.

⁹⁶ Lernestedt 2003, s. 231; Hart 1963, s. 6-12.

det privata kan leda till än större negativ påverkan på en utomstående person, än vissa fall av kännedom om omoraliska handlingar i det offentliga, anses den anförda uppfattningen om privata gärningars icke-skada kunna kasseras.⁹⁷

Mot bakgrund av det anförda anser Lernestedt att den nämnda uppdelningen mellan privata och offentliga gärningar är svår genomförd, men även olämplig. Fokus läggs utifrån en sådan kategorisering snarare på hur en viss omoralisk gärning har uppfattats, med vilka sinnen, än faktiska konsekvenser av handlingen. Uppdelningen får således i realiteten mycket lite koppling till huruvida någon skada föreligger eller inte.⁹⁸

H. L. A. Hart ställer sig emot tanken på att endast vetskap om ett omoraliskt handlande kan leda till skada, såtillvida att en kriminalisering är motiverad. Vid en avvägning mellan å ena sidan en kriminalisering baserad på skada utifrån enbart vetskap om ett omoraliskt företagande och å andra sidan individens frihet, anses det sistnämnda intresset väga tyngre. Större skada än enbart vetskap måste således ha orsakats för att en kriminalisering ska anses befogad.⁹⁹

Hart framhåller att uppdelningen mellan gärningar företagna privat och sådana som företagits offentligt ändå kan påverka uppfattningen om en gärning är omoralisk eller om den faktiskt kan anses leda till skada. Hart exemplifierar detta med bigami, tvegifte. Att ingå äktenskap med fler än en person är kriminaliserat inom flera rättsystem. Det är dock vanligtvis inte kriminaliserat att ha sexuella förbindelser med någon annan än sin make eller maka under äktenskapet. Hart förklarar särbehandlingen med gränsdragningen mellan privat och offentligt; sexuell samlevnad sker i det privata medan äktenskap företas offentligt. Att gifta sig med flera riskerar att leda till en reell skada för dem som påverkas, exempelvis i form av offentlig föregelse. Kriminaliseringen av bigami är därmed inte enbart

⁹⁷ Lernestedt 2003, s. 238f.

⁹⁸ Ibid, s. 242, 252.

⁹⁹ Hart 1963, s. 45f.

moraliskt baserad, även om det vid första anblick kan framstå som så. Istället är det gärningens besvär [*nuisance*] som gör att agerandet, när det sker offentligt och således leder till negativ påverkan, motiverar en kriminalisering. Hart menar vidare på att just sexuella beteenden kriminaliseras om de är oanständiga och sker offentligt, men inte om gärningarna endast är att betrakta som omoraliska. När en gärning är både offentligt oanständig och omoralisk är en kriminalisering dock godtagbar.¹⁰⁰

Av det som framkommit i avsnitt 3.1 kan det enligt mig fastslås följande. Skyddsintressen och skador på dessa värden utgör grundläggande krav för en godtagbar kriminalisering. Vissa intressen, exempelvis liv och hälsa, framstår som uppenbart skyddsvärda och föranleder då en kriminalisering på ett mer givet sätt. Motstående intressen till dessa värden, den fria individen och dennes självbestämmande, tillåts då inskränkas. När ett värde inte anses lika skyddsvärt eller när skadan på intresset inte bedöms tillräckligt närvarande, behöver identifierade intressen i större utsträckning stå tillbaka till förmån för intresset av att individen ska vara fri från statlig inblandning. Avvägningen mellan skyddsintresset och intresset av att individen ska vara fri sker även inom ramen för paternalistisk och moralisk lagstiftning. Detta verkar tidvis kunna förklara varför sådana kriminaliseringar uppfattas som otillfredsställande enligt grundläggande straffrättsliga principer.

3.2 Samtycke

I förevarande avsnitt behandlas samtycke, så som företeelsen ska förstås i enlighet med 24 kap. 7 § BrB och doktrin. Redogörelsen avser bidra till förståelse avseende hur närvaron av ett giltigt samtycke kan komma att få en vägledande funktion vid befastande av skyddsintressen.¹⁰¹

¹⁰⁰ Hart 1963, s. 38-45. Min översättning av ordet inom hakparentes.

¹⁰¹ Lernestedt 2003, s. 163f.

Föreligger det ett giltigt lämnat samtycke blir den som företagit en straffrättsligt kriminaliserad gärning fri från ansvar.¹⁰² För att detta ska ske måste medgivandet enligt straffrättsliga principer lämnas - explicit, konkludent eller utan manifestation - av den som är behörig att förfoga över det aktuella skyddsintresset. Personen ifråga måste vara kapabel att förstå innebörden av det givna samtycket samt kunna göra en rationell bedömning av omständigheterna. Medgivandet måste därutöver ske frivilligt, utan fysisk eller psykisk tvång, samt med vetskap om relevanta förhållanden. Samtycket måste slutligen vara allvarligt menat.¹⁰³

På grund av kravet på att ett samtycke måste lämnas av den som är behörig att förfoga över intresset ifråga, finns det mycket lite, för att inte säga inget, utrymme för ett giltigt lämnat samtycke vid brott där stat eller allmänhet är intresseinnehavare.¹⁰⁴ Endast förekomsten av ett individintresse ger dock inte intresseinnehavaren en obegränsad befogenhet att frånsäga sig det straffrättsliga skyddet. Detta kan hänföras till att vissa gärningar betraktas som *oförsvarliga*.¹⁰⁵ Av 24 kap. 7 § BrB framgår att en försvarlighetsbedömning ska ske, motiverat av statens intresse av att kunna inskränka individens annars fullständiga rätt att förfoga över den egna kroppsliga integriteten. Genom försvarlighetsbedömningen har lagstiftaren således valt att skydda individen från sig själv och därför fråntagit denne en del av förfoganderätten avseende ett annars innehaft skyddsintresse. Huruvida en gärning är att bedöma som oförsvarlig, och således inte möjlig att samtycka till, bedöms i varje enskilt fall.¹⁰⁶

Att ett giltigt samtycke inte kan lämnas av en enskild vid ett brott riktat mot person kan, utöver ovanstående förklaring, bero på att det föreligger en hierarki mellan flera aktuella skyddsintressen. Individens intresse går

¹⁰² SOU 1988:7, s. 99; Asp och Ulväng 2013, s. 226; Lernestedt 2003, s. 159; Jareborg 1994, s. 171f.

¹⁰³ SOU 1988:7, s. 105ff.; Asp och Ulväng 2013, s. 227ff.; Jareborg 1994, s. 172ff.

¹⁰⁴ Jareborg 1994, s. 174.

¹⁰⁵ SOU 1988:7, s. 99; Asp och Ulväng 2013, s. 226; Lernestedt 2003, s. 159, 163f.; Jareborg 1994, s. 171f.

¹⁰⁶ SOU 1988:7, s. 122.

således att identifiera men är underordnat ett annat, allmänt, intresse. Det enskilda intresset skyddas då inte i slutändan varför samtycket blir verkningslöst. Vidare kan det utöver individintresset föreligga ett allmänintresse som grund för kriminaliseringen. Den enskilda har i dessa situationer inte rätt att förfoga över hela skyddsintresset, varför ett giltigt samtycke inte anses kunna lämnas. Den sistnämnda situationen kan vara för handen även i de fall den enskilde, av brottsbestämmelsens ordalydelse, framstår som direkt drabbad av gärningen.¹⁰⁷

Av det som framkommit i avsnitt 3.2 kan det enligt mig fastslås följande. Möjligheten att lämna ett giltigt samtycke kan nyttjas som vägledning vid fastställandet av vilken kategori av skyddsintressen som en specifik bestämmelse syftar till att trygga. Med undantag för de gärningar som ansetts som oförsvarliga, eller vars straffbud delvis föranletts av ett allmänt intresse, förefaller samtycket vara en möjlighet för individen att tillvarata sin fria vilja och självbestämmanderätt. I motivet till 24 kap. 7 § BrB framgår statens intresse av att tidvis kunna inskränka individens rätt till självbestämmande över den kroppsliga integriteten. Individen förefaller således i grunden vara fri att förfoga över, och följaktligen även skada, andra innehavda intressen än det kroppsliga och fysiska.

3.3 Sexualbrotten som brottskategori

Kriminaliseringarna avseende prostitution i BrB återfinns i 6 kap. och är således att betrakta som sexualbrott, brott mot person. Av kategoriseringen framgår att brotten i kapitlet, liksom resterande brottstyper i BrB, har ansetts möjliga att skilja från andra typer av våld och kränkningar utifrån skyddsintressen. I 6 kap. benämns dessa allmänt skyddade värden som *sexuell integritet* samt *sexuell självbestämmanderätt*.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Lernestedt 2003, s. 163f.

¹⁰⁸ SOU 2001:14, s. 108ff.; Lernestedt 2004, s. 403.

För att kunna utskilja sexualbrotten som brottskategori krävs identifierandet av ett *sexuellt* element. Definitioner av vad som är att bedöma som sexuellt förekommer emellertid i en mycket begränsad utsträckning inom straffrätten.¹⁰⁹ För att kunna identifiera vad lagstiftaren implicit ansett som sexuellt kan kapitlets generella skyddsintressen nyttjas som ledning.

Sexuell integritet innebär rätten att avböja sexuella inviter samt utöva sin sexualitet.¹¹⁰ Enligt Lernestedt är detta skyddsintresse under förändring.¹¹¹ Det rör sig bort från en fysisk kränkning och mot en mer mental. Intresset beskrivs således numera i mindre utsträckning som konkret, mer som abstrakt. En mera odefinierad sexuell integritet än den kroppsliga verkar därmed kunna skyddas inom ramen för BrB:s 6 kap. Fall då gärningspersonen använder offret som redskap för sexuella ändamål uppfattas dock fortfarande som skyddsintressets kärna. Utvecklingen har dock gått mot ett ökat negligera av hur det individuella offret använts, i samband med att ökat fokus lagts på att så sker. Till den straffrättsliga hanteringen av sexualbrott har det enligt Lernestedt tillkommit en tydligare strukturell komponent, där enskilda i större utsträckning än tidigare tillåts representera ett kollektiv.¹¹²

Jareborg förklarar distinktionen mellan sexualbrott och andra kategorier av brott utifrån den särskilt allvarliga kränkningen av självbestämmanderätten som en sexuell gärning kan komma att resultera i. Den sexuella självbestämmanderätten innebär rätten att välja att ge utlopp för sin sexualitet, alternativt rätten att avstå från detsamma. Att intrånget bedöms som särskilt allvarligt kan enligt Jareborg förklaras av beröringen av särskilt integritetsnära kroppsdelar samt den tillhörande könsaspekten.¹¹³

Peter Asp och Magnus Ulväng beskriver, i likhet med Jareborg, att sexualbrotten definieras av kopplingen till kroppen. Utifrån normer om

¹⁰⁹ Lernestedt 2004, s. 399f.

¹¹⁰ SOU 2001:14, s. 109.

¹¹¹ Att förändring av skyddsintressen anses möjligt, se avsnitt 3.1.1.

¹¹² Lernestedt 2004, s. 402.

¹¹³ Jareborg 2015, s. 114.

nakenhet, närhet och beröring blir vissa kroppsdelar, så som könsorgan, kvinnobröst, rumpa etc., särskilt integritetsnära och intima. Asp och Ulväng förklarar det som en stegring i allvaret av intrång i den sexuella integriteten, från utsidan av kroppen och inåt. Kroppens insida, nådd genom dess ”håligheter”, utgör det mest integritetsnära. Detta kan enligt Asp och Ulväng möjligen förklara att det i straffrättsligt hänseende görs skillnad på posering, där beröring inte föreligger, och andra sexuella umgängen. Kränkningen av den sexuella integriteten beskrivs således som kroppslig, men i olika grad integritetsnära beroende på vilken del av kroppen som intrånget avser.¹¹⁴

Flera sexualbrottsbestämmelser kräver enligt Lernestedt någon slags beröring, mellan kroppar alternativt genom föremål som penetrerar annans kropp. Sexualbrotten har enligt honom det *sexuella uppsåtet* gemensamt - skälet till att gärningen företas, drivkraften, ska vara sexuell. Ett sexualbrott kan således i vissa fall vara för handen, trots att gärningen ifråga inte är att uppfatta som sexuell, på grund av gärningspersonens syfte. En avsikt av det nämnda slaget behöver dock inte föreligga så länge gärningen typiskt sett är att betrakta som sexuell. Till skillnad från gärningspersonens avsikt ges offrets upplevelse mycket lite utrymme vid bedömningen av vad som är att betrakta som sexuellt, enligt Lernestedt. Ett sexualbrott kan även anses föreligga, oavsett hur händelseförloppet upplevs av gärningsperson och offer, med grund i strukturer avseende makt, baserat på genus.¹¹⁵

Träskman anser att särskiljandet mellan en sexuell gärning och en icke-sexuell sådan är tämligen komplicerat. Han framhåller att det sexuella elementet kan identifieras i gärningspersonens handlande, den drabbades uppfattning av kränkningen alternativt utifrån något slags allmänt sedlighetsperspektiv. Utpekandet av en sexuell gärning kan följaktligen grunda sig i en subjektiv bedömning med stöd i parternas upplevelse eller i en objektiv bedömning där en gärning anses vara sexuell om den rent allmänt uppfattas som så. Träskman tycks nå slutsatsen att straffrätten inte

¹¹⁴ Asp 2008-09, s. 82f.; Asp och Ulväng 2007, s. 44ff.

¹¹⁵ Lernestedt 2004, s. 410ff.

ger något klart svar på vad som är sexuellt rent straffrättsligt.¹¹⁶

Träskman anser vidare att variationen i 6 kap BrB är begränsad och att det i stort sett finns fem typer av sexualbrott som, utifrån sin utformning, kan placeras under kapitlet: a) gärningar som utgör fysiska angrepp mot enskild person och dennes självbestämmanderätt, b) gärningar som riktar sig mot barn, c) gärningar som riktar sig mot andra svaga personer med behov av särskilt stöd, exempelvis sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning, d) gärningar som kränker eller hotar samhällets moraliska värderingar, exempelvis sexuellt umgänge med syskon, e) gärningar som kränker eller kan kränka en obegränsad krets av offer genom att utsätta dem för ofrivillig, icke-önskad sexuell påverkan, exempelvis otillåtet förfarande med pornografisk bild.¹¹⁷ Träskman poängterar att kategorierna inte går att klart avgränsa från varandra, men att indelningen ändå betonar signifikanta drag hos kriminaliseringarna.¹¹⁸ Lernestedt verkar instämma med kategori d). Tendenser av den tidigare moralbaserade sexuallagstiftningen präglar enligt honom även fortsättningsvis straffrätten. Lagstiftaren uppvisar således en viss vilja att begränsa befolkningens sexuella handlingar till sådant som av samhället uppfattas som gott eller sunt.¹¹⁹

Av det som framkommit i avsnitt 3.3 kan det enligt mig fastslås följande. Det sexuella elementet inom straffrätten framstår som tydligast i de situationer där gärningarna typiskt sett är att anse som sexuella - när en person nyttjas som redskap för sexuella ändamål eller när könsdelar är iblandade. Ett sexualbrott kan vidare vara för handen vid gärningar där kroppskontakt rent faktiskt inte sker. I dessa, mindre uppenbart sexuella fall, fästs stort avseende vid gärningspersonens sexuella syfte. Hur handlingen företagits alternativt hur den uppfattats av offret beaktas i något mindre omfattning. Även normer och moral, för sexualitet och sexuella relationer, verkar spela in i vad straffrätten anser som sexuellt.

¹¹⁶ Träskman 2009, s. 394ff.

¹¹⁷ I gällande rätt har denna bestämmelse dock inte betraktats som ett sexualbrott på så sätt att en placering i 6 kap. BrB har ansetts mer lämplig.

¹¹⁸ Träskman 1998, s. 356.

¹¹⁹ Lernestedt 2004, s. 403. Avseende tidigare lagstiftning, se avsnitt 4.1 och 5.1.

4 Rättslig reglering av prostitution

4.1 Äldre rätt

4.1.1 Från 1734 års lag till 1993 års Prostitutionsutredning

De skyddsintressen som har föranlett kriminaliseringar avseende prostitution i svensk rätt har ersatts och reviderats över tid.¹²⁰ 1734 års lag präglades av en sträng sexualmoral. Brottet koppleri upptogs i den s.k. Missgärningsbalken, vilket innebar att bordellinnehavare, liksom ”skörlevande” kvinnor som verkade på bordeller, belades med straff. Bestämmelsen motiverades av att utomäktenskapliga sexuella relationer betraktades som en gemensam synd mot Gud.¹²¹

1864 års strafflag, det regelverk som ersatte 1734 års Missgärningsbalk, präglades av en mer tolerant syn på utomäktenskapligt sex. De straffbud som läts kvarstå på sexualitetens område, *sedlighetsbrotten*, motiverades i större utsträckning än tidigare av skyddet för den, vid ett angrepp, svagare parten. Därmed skyddades individen av straffbudet, jämte den fortsättningsvis skyddsvärda allmänna sedligheten och moralen.¹²² Brotten klargjorde således även fortsättningsvis de straffrättsliga gränserna för ett ordnat samliv och kränkningar av den allmänna sedlighetskänslan.¹²³ I det nämnda kapitlet upptogs koppleri samt brottet *sårande av tukt och sedlighet*.¹²⁴ Att koppleri var kriminaliserat motiverades i den nya lagen med ett behov av att motverka organiserade former av prostitution samt

¹²⁰ SOU 2001:14, s. 107; Asp och Ulväng 2007, s. 28f.; Lernestedt och Hamdorf 1999/00, s. 846; Träskman 1998, s. 357.

¹²¹ SOU 1981:71, s. 36 f.; Lernestedt och Hamdorf 1999/00, s. 848.

¹²² Ibid.

¹²³ Hellichius 1913, s. 1f.

¹²⁴ Se vidare avseende brottet *sårande av tukt och sedlighet* i avsnitt 5.1.1.

spridning av sjukdomar. Fortsättningsvis präglade även den allmänna moralen och viljan att kontrollera tillfälliga sexuella förbindelser straffbudets varande.¹²⁵ 1918 utökades vidare bestämmelsen till att även innefatta *soutenörskap*, att för egen vinning vanemässigt utnyttja annans otuktiga levnadssätt, utan att främja, förmedla eller förleda till otukten. Vid samma tidpunkt avkriminaliserades de bordellarbetande kvinnorna inom ramen för koppleri.¹²⁶

På 1960-talet började lagstiftningen i allt större utsträckning präglas av liberalistiska strömningar och tidsperioden utmärktes därför av avkriminaliseringar. Sexuella handlingar ansågs vid tiden vara en del av privatlivet och så länge dessa företogs frivilligt, av vuxna personer, skulle staten avstå från inskränkningar med hänsyn till den individuella friheten.¹²⁷ År 1965 trädde BrB i kraft vilket resulterade i att sedlighetsbrotten uppdelades och placerades under två separata kapitel i balken. Brott som skyddade allmän sedlighet, allmän moral, upptogs under kapitlet avseende brott mot allmän ordning medan de sedlighetssårande gärningar som riktades mot person placerades i ett annat kapitel, benämnt ”om sedlighetsbrott”. Bestämmelserna i den sistnämnda kategorin hade således den enskildes sexuella integritet som gemensamt skyddsintresse. Koppleri placerades i kapitlet om sedlighetsbrott, trots att bestämmelsen närmare var att anse som brott mot allmän ordning och anständighet. Placeringen gjordes med hänvisning till att straffbudet utgjorde en sammanslagning med tidigare självständiga straffbud, *om soutenörskap* samt *förledande till otukt i vissa fall*, vilka uppfattades som brott riktade mot person. Koppleri ansågs vid den tiden skydda enskilda mot *demoralisering* och *förförelse*.¹²⁸ En placering i kapitlet om sedlighetsbrott ansågs därmed ändå lämplig.¹²⁹

¹²⁵ Prop. 1937:187, s. 82f.

¹²⁶ Prop. 1962 nr. 10 A, s. 186f.; Lernestedt och Hamdorf 1999/00, s. 849.

¹²⁷ Träskman 1998, s. 354f.

¹²⁸ Med begreppet *demoralisering* avses en fara riktad mot den allmänna sedligheten.

Begreppet *förförelse* avser en psykisk inverkan på en person som i någon utsträckning är okunnig om det förkastliga i handlingen (Hellichius 1913, s. 3f., 69).

¹²⁹ Prop. 1962 nr. 10 A, s. 18, 38 186f., 232f.; SOU 1953:14, s. 23, 228, 250; Hellichius 1913, s. 6f.

Prostitution, främst sådan som företogs på gator eller på porrklubbar, ansågs i slutet av 1970-talet som ett allvarligt samhällsproblem. Av denna anledning tillsattes 1977 års Prostitutionsutredning. I betänkandet som utredningen resulterade i, SOU 1981:71 *Prostitution i Sverige - Bakgrund och åtgärder*, beskrevs prostitution stå i strid med individens frihet samt med strävan mot jämställdhet. Utredningen resonerade kring flera olika kriminaliseringar, främst sådana som riktade sig mot säljaren av sexuella tjänster. Ett straffbeläggande skulle markera företeelsen som förkastlig samt resultera i en ändrad attityd och en ökad återhållsamhet bland köpare. En bestämmelse avseende prostitution skulle även verka avskräckande för de personer som ägande sig åt att sälja sexuella tjänster.¹³⁰

Betänkandet nådde slutsatsen att en kriminalisering av både köp och försäljning av sexuella tjänster inte ansågs lämplig. Detta förklarades av risken för att en straffbelagd prostitution i större utsträckning skulle företas i det fördolda. Det befarades att de prostituerade, genom en kriminalisering, skulle lida än mer skada på grund av ökad risk för övergrepp, sjukdomar samt ett tilltagande antal kunder. Även köparna ansågs enligt utredningen löpa risk för att utsättas för brott om prostitutionen kriminaliserades, exempelvis ekonomisk utpressning utförd av kopplare eller prostituerade.¹³¹ Utredningen nådde slutligen förslaget att endast köp av sexuella tjänster från en narkotikaberoende säljare skulle straffbeläggas, vilket inte bifölls i den efterföljande proposition 1981/82:187 *Vissa åtgärder mot prostitutionen*.¹³²

Genom en reform av BrB år 1984 ersattes benämningen ”om sedlighetsbrott”, med ”om sexualbrott”. Av begreppsbytet framgick ytterligare en distansering från sexualmoral samt tydliggörandet av en skyddsvärd sexuell integritet.¹³³

¹³⁰ SOU 1981:71, s. 144f.

¹³¹ Ibid.

¹³² Prop. 1981/82:187, s. 6f.

¹³³ SOU 1976:9, s. 55.

4.1.2 Från 1993 års Prostitutionsutredning och frammåt

År 1993 ansågs prostitutionen i Sverige förändrad till sin karaktär och till sin utformning. I syfte att återigen se över företeelsen tillsattes 1993 års Prostitutionsutredning vilken resulterade i SOU 1995:15 *Könshandel*. Betänkandet innehöll ett lagförslag som kriminaliserade både köp och försäljning av sexuella tjänster.¹³⁴ Straffbeläggandet avsåg skydda de prostituerade från psykiska, fysiska och sociala skadeverkningar samt motverka ohälsa, fysiska övergrepp och missbruk. Det poängterades i utredningen att alla prostituerade i för sig inte påverkas negativt av sysselsättningen, men att de som inte upplever en ogynnsam inverkan utgör undantag. Kriminaliseringen förväntades således få en avhållande effekt för alla de kvinnor som sålde sexuella tjänster. Betänkandet tydliggjorde även en viss negativ påverkan på sexköparna.¹³⁵

Utöver den individuella påverkan framhöll 1993 års utredning vissa samhälleliga skadeverkningar av prostitution. Den kriminalitet som följde i prostitutionens kölvatten samt de ökade statliga kostnaderna för vård av sjukdomar och skador framhövdes särskilt. Företeelsen ansågs vidare bidra till tanken på att kvinnors kön kunde köpas för pengar, i syfte att tillfredsställa någon annans sexuella behov. Som skäl för förslaget framhölls således straffbudets normbildande funktion; en kriminalisering förväntades påverka attityden till sexköp samt leda till ökad jämställdhet mellan könen. Genom lagstiftning skulle prostitutionen markeras som något förkastligt, en samhälleligt oacceptabel företeelse. Förhoppningen var att både köpare och säljare av sexuella tjänster, på grund av detta, skulle avhålla sig från att företa sin del av gärningen. Båda parterna ansågs ansvariga för prostitutionen och följaktligen även för den brottsliga gärningens befintlighet. Akten betraktades vanligen som en frivillig överenskommelse mellan två vuxna personer. Att kvinnor i högre utsträckning skadades vid prostitution framställdes inte som anledning nog att enbart straffbelägga

¹³⁴ SOU 1995:15, s. 9ff., 227ff.

¹³⁵ Ibid, s. 13, 220ff., 137ff.

köparen.¹³⁶ Som skäl mot en kriminalisering framhölls bland annat det sedan tidigare hörda argumentet avseende risken att en straffbelagd prostitution skulle gå under jorden. Det befarades att de prostituerade kvinnorna i ett sådant skede skulle behöva leva än mer utsatt.¹³⁷

Kriminaliseringsförslaget som presenterades av 1993 års Prostitutionsutredning genomfördes aldrig. Detta förklarades med den upplevda olämpligheten i att kriminalisera den oftast svagare parten, den som utnyttjas för att andra ska tillfredsställa sin sexuella drift. Även risken för att prostituerade inte skulle våga söka hjälp om deras sysselsättning var att betrakta som kriminell och belagd med straff beaktades.¹³⁸

I proposition 1997/98:55 *Kvinnofrid*, vilken byggde på ovanstående betänkande samt SOU 1995:60 *Kvinnofrid*, beslutades det slutligen att prostitution skulle kriminaliseras genom ett förbud mot köp av sexuell tjänst. Att enbart straffbelägga köparen förklarades av den prostituerades utsatta situation i egenskap av den svagare, utnyttjade parten. I propositionen framhölls att det ansågs ovärdigt och oacceptabelt att män köpte sexuella tjänster av kvinnor i utbyte mot ersättning. Förekomsten av företeelsen hindrade således strävan mot jämställdhet mellan könen. Prostitutionen behövde dock motverkas och bekämpas, även av andra anledningar. Som vidare skäl anfördes bland annat den kriminalitet som omgav företeelsen samt de prostituerades svåra sociala situation. Straffbudet skulle verka avskräckande vid köp av sexuella tjänster samt motivera den part som utnyttjades sexuellt att söka hjälp och be om stöd. Genom kriminaliseringen avsåg utredningen vidare markera samhällets syn på prostitution som förkastligt, något som i förlängningen skulle fungera normbildande. Markeringen av den svenska synen på företeelsen syftade även till att verka internationellt samt begränsa den för tiden ökande internationella, mer organiserade formen av prostitution. Det tidigare anförda motargumentet, att nämnda skadeverkningar riskerade att bli än

¹³⁶ SOU 1995:15, s. 220ff., 224ff.

¹³⁷ Ibid, s. 222ff.

¹³⁸ SOU 2010:49, s. 76; Prop. 1997/98:55, s. 104.

värre om prostitutionen straffbelades, slogs bort. Problemen befarades inte bli större genom ett straffbeläggande än vad det vid tiden för lagförslaget redan var.¹³⁹

Förbudet trädde kraft den 1 januari 1999 som lag (1998:408) om förbud mot köp av sexuella tjänster (sexköpslagen). Utredningen föreslog en placering av förbudet i 6 kap. BrB då bestämmelsen ansågs skydda såväl individ som samhälle på sexuallivets område.¹⁴⁰ Att regleringen utgjorde en separat lag förklarades av behovet av ett mer grundligt övervägande avseende placering i BrB. Oklarheten kring var bestämmelsen lämpligast skulle passa in gick hand i hand med att propositionen *Kvinnofrid* ansågs sakna ett tydligt angivet skyddsintresse för förbudet. Det framstod således som oklart om den enskildes hälsa och integritet alternativt allmän ordning föranlett och motiverat bestämmelsen.¹⁴¹

I betänkandet SOU 2001:14 *Sexualbrotten – Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor* föreslogs en förflyttning av sexköpslagen till 6 kap. BrB. Då regleringens skyddsintressen inte enbart framstod som innehavda av individen, var en placering i ett kapitel bestående av brott riktade mot person inte helt oproblematiskt. I betänkandet framhölls dock att koppleribestämmelsen, trots sin närmare koppling till allmänna intressen, placerats i 6 kap. BrB. Detta hade motiverats av gärningens nära anknytning till sexuallivet. Koppleribestämmelsen syftade vid denna tid till att skydda såväl enskilda som allmänna intressen. Straffbudet motiverades av skador på de prostituerades intressen, strävan mot jämställdhet samt prostitutionens negativa påverkan på människors sexualsyn.¹⁴² Kriminaliseringen av koppleri beskrevs som motiverad av i stort sett samma skyddsintressen som sedermera föranlett förbudet mot köp av sexuell tjänst. Det nyttillkomna straffbudet, sexköpslagen, ansågs således skydda både individuella och samhälleliga intressen på sexuallivets område.

¹³⁹ SOU 2010:49, s. 16, 75; Prop. 1997/98:55, s. 104ff.

¹⁴⁰ SOU 1995:15, s. 237.

¹⁴¹ SOU 2010:49, s. 76ff.

¹⁴² SOU 2010:49, s. 78; SOU 2001:14, s. 289, 304ff.; Prop. 1983/84:105, s. 37ff.; Johansson m.fl., Del 1, 2017, BrB 6:11, s. 1.

En placering i 6 kap. BrB bedömdes därför som lämplig. Förslaget i betänkandet bifölls senare av regeringen i den efterföljande propositionen 2004/05:45 *En ny sexualbrottslagstiftning* och bestämmelsen flyttades.¹⁴³

4.2 Gällande rätt

4.2.1 Förbud mot köp av sexuell tjänst

Genom 6 kap. 11 § BrB är det kriminaliserat att skaffa en tillfällig sexuell förbindelse mot ersättning. En sexuell förbindelse likställs med samlag eller med annan *sexuell handling*, vilka inkluderar beröring av någorlunda varaktigt slag av könsorgan, alternativt beröring av annans kropp med det egna könsorganet. Med sexuell handling, tidigare benämnt *sexuellt umgänge*, åsyftas vidare väckandet eller tillfredsställandet av gärningspersonens eller den andra partens sexuella drift. Striptease, nakenposering eller nakensällskap fråntas från bestämmelsens tillämpningsområde. Att den sexuella förbindelsen ifråga ska vara tillfällig innebär att umgänge inom ramen för äktenskap eller samboförhållande faller utanför bestämmelsen. Kravet på tillfällighet hindrar dock inte stadigvarande kunder eller regelbundna sexuella möten från att omfattas av förbudet. Varje enskilt köp i sig bedöms således som en tillfällig sexuell förbindelse.¹⁴⁴

Den ersättning som utgår, alternativt utlovas, behöver inte vara av ekonomisk karaktär. Den kan vidare bestå av narkotika, alkohol, smycken, etc. Huruvida vederlaget lämnats innan den sexuella tjänsten realiseras eller i samband med att denna företas är vidare irrelevant för gärningens befintlighet. Brottet anses likväl fullbordat i de fall ersättningen lämnas av tredje man, någon som själv inte erhåller den sexuella tjänsten. En person skaffar sig således en sexuell förbindelse även om han eller hon inte själv

¹⁴³ Prop. 2004/05:45, s. 104; SOU 2001:14, s. 304ff. Med sexköpslagen avses sedermera även den bestämmelse som numera återfinns i 6 kap. 11 § BrB.

¹⁴⁴ Prop. 2004/05:45, s. 103ff., 150; SOU 2001:49, s. 61, 145f., 296, 310f; Prop. 1997/98:55, s. 136f.; Johansson m.fl., Del 1, 2017, BrB 6:11, s. 1f.; Jareborg 2015, s. 143f.

betalar för tjänsten ifråga. Detta förutsätter dock att personen haft för avsikt att erhålla en sexuell tjänst mot ersättning. Helt oberoende av i vilken form eller när ersättningen erbjuds måste denna ha varit en förutsättning för att den sexuella förbindelsen företagits.¹⁴⁵

Vid köp av sexuell tjänst har ett samtycke från den prostituerade ingen ansvarsbefriande verkan. Detta hänvisas till att den prostituerade inte har förfoganderätt över det allmänna intresse som, åtminstone delvis, föranlett kriminaliseringen. Köp av sexuell tjänst är således straffbelagt oavsett om den säljande parten medverkar frivilligt eller inte.¹⁴⁶

4.2.2 Koppleri

Genom bestämmelsen om koppleri i 6 kap. 12 § BrB kriminaliseras, som alternativa rekvisit, att främja eller att på ett otillbörligt sätt ekonomiskt utnyttja att någon har tillfälliga sexuella förbindelser mot ersättning. Med tillfälliga sexuella förbindelser mot ersättning åsyftas prostitution. Rekvisiten, tillfälliga sexuella förbindelser och ersättning, har därmed samma innebörd och tolkning som i förbud mot köp av sexuell tjänst. För koppleri krävs dock att flera tillfälliga sexuella förbindelser är för handen. Det ska således vara tal om en verksamhet.¹⁴⁷ Straffbudet är tillämpligt även om enstaka gärningar som inkluderar att främja eller att ekonomiskt utnyttja på ett otillbörligt sätt har företagits. Det finns således inget uppställt krav på vanemässighet avseende kopplerihandlingen ifråga.¹⁴⁸

För att rekvisitet främjar ska anses uppfyllt ska gärningspersonen, genom sitt handlande, skapat möjlighet, bidragit till eller underlättat för annans påbörjade eller fortsatta prostitution. Ett främjande kan exempelvis vara för handen om gärningspersonen upplåter eller tillhandahåller en lokal, tilltänkt

¹⁴⁵ Prop. 2004/05:45, s. 103ff., 150; Johansson m.fl., Del 1, 2017, BrB 6:11, s. 2; Jareborg 2015, s. 143.

¹⁴⁶ SOU 2010:49, s. 249.

¹⁴⁷ SOU 2016:70, s. 327; Prop. 1997/98:55, s. 136; Johansson m.fl., Del 1, 2017, BrB 6:11, s. 2f.; Jareborg 2015, s. 145f.

¹⁴⁸ Prop. 1997/98:55, s. 101; Johansson m.fl., Del 1, 2017, BrB 6:12, s. 2.

för prostitution. Kopplerihandlingen ska, oavsett hur den tagit sig uttryck, resultera i en möjlighet för den prostituerade att ha tillfälliga sexuella förbindelser mot ersättning, vilka ska vara beaktansvärt gynnsammare än vid de tillfällen som föreligger vid vanliga levnadsförhållanden.¹⁴⁹

För att ett ekonomiskt utnyttjande ska vara för handen krävs det istället att gärningspersonen tillskansar sig delar av den prostituerades inkomst. Utnyttjandet är vidare företaget på ett otillbörligt sätt om vederlag inte utgått för den fördelen som gärningspersonen skaffat sig. Förfarandet betraktas vidare som otillbörligt om vederlaget som personen erbjuder den prostituerade inte står i proportion till vad kopplaren själv har presterat. Typexemplet på denna form av kopplerihandling är när gärningspersonen bor tillsammans med den prostituerade och därmed låter sig underhållas ekonomiskt av inkomsterna från verksamheten.¹⁵⁰

Ett giltigt samtycke befriar inte gärningsperson från ansvar vid koppleri. Detta hänvisas till att den aktuella bestämmelsen delvis anses vara ett brott riktat mot allmänna intressen.¹⁵¹

4.3 Skyddsintressen avseende förbud mot köp av sexuell tjänst

Inom den juridiska doktrinen råder det viss enighet avseende avsaknaden av tydligt angivna skyddsintressen i motiven till kriminaliseringen av köp av sexuell tjänst.¹⁵² Flera försök att nå en slutsats avseende möjliga, eller omöjliga, värden har gjorts. Några av dessa presenteras i förevarande avsnitt. I stor utsträckning kretsar redogörelserna kring det verkningslösa samtycket vid köp av sexuell tjänst vilket, om förbudet enbart varit motiverat av individuella intressen, framstår som i strid med grundläggande

¹⁴⁹ Prop. 2004/05:45, s. 108; Johansson m.fl., Del 1, 2017, BrB 6:12, s. 2ff.; Jareborg 2015, s. 146f.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ SOU 2001:14, s. 289.

¹⁵² Lernestedt 2010, s. 47f.; Asp och Ulväng 2007, s. 29ff.; Träskman 2005, s. 78ff.; Lernestedt och Hamdorf 1999/00, s. 847.

straffrättsliga principer för kriminalisering. Samtycket används således i nedanstående redogörelser som vägledning vid försök att förstå vilka skyddsintressen som lagstiftningen velat skydda.

Lernestedt och Hamdorf anför att frånvaron av ett ansvarsbefriande samtycke kan förklaras av att förbudet mot köp av sexuell tjänst delvis skyddar allmänna intressen. Den prostituerade förfogar då inte till fullo över de aktuella värdena, varför ett samtycke blir irrelevant. Om förbudet mot köp av sexuell tjänst istället syftar till att skydda enskilda intressen och således är att kategorisera som ett brott riktat mot person blir avsaknaden av ett giltigt samtycke mer svårförklarad. Konsekvensen av hur bestämmelsen är konstruerad blir då, enligt Lernestedt och Hamdorf, en kollektiv omyndigförklaring där de prostituerade, endast på den grund att de är prostituerade, fräntas möjligheten att frivilligt sälja sexuella tjänster. De behandlas således som en homogen grupp där samtliga anses företa gärningen med ofrivilja. Med ett sådant synsätt kan varje köp betraktas som ett utnyttjande av den säljande parten, utfört på ett otillbörligt sätt.¹⁵³

Om straffbudet syftar till att skydda enskilda intressen kan frånvaro av ett ansvarsbefriande samtycke förklaras på ytterligare ett sätt. Köp av sexuell tjänst har då bedömts som ett så allvarligt angrepp att den prostituerades fria vilja fått stå tillbaka för det allmänna intresset av att skydda alla prostituerade.¹⁵⁴ Enligt Lernestedt och Hamdorf skulle lagstiftningen i sådana fall vara att benämna som paternalistisk. Den givna förklaringen haltar vidare något då sexköp inte liknar de gärningar som tidigare ansetts allvarliga nog att övertrumfa individens fria vilja. Köp av sexuell tjänst har inte, till skillnad från dessa andra gärningar, en fysisk skada i centrum.¹⁵⁵ Asp och Ulväng instämmer med Lernestedt och Hamdorfs uppfattning om att förbudet mot köp av sexuell tjänst kan anses ha en paternalistisk prägel. Självbestämmanderätten hos den prostituerade respekteras inte och hon förstås följaktligen som oförmögen att ansvara för sina egna beslut. En

¹⁵³ Lernestedt 2010, s. 475f.; Lernestedt och Hamdorf 2000/01, s. 112ff.

¹⁵⁴ Se avsnitt 3.2 om försvarlighetsbedömning inom ramen för samtycke.

¹⁵⁵ Lernestedt och Hamdorf 2000/01, s. 114.

sådan beskrivning av prostituerade är enligt Asp och Ulväng möjlig att ifrågasätta utifrån hur levnadsomständigheter och motiv till prostitution är beskaffade i verkligheten.¹⁵⁶

Ytterligare en förklaring till avsaknaden av samtycke, anförd av Lernestedt och Hamdorf, grundar sig på moral. Köpet av den sexuella tjänsten är då att betrakta som omoraliskt och ett samtycke resulterar därmed inte i en annorlunda bedömning av gärningen. Förbudet mot köp av sexuell tjänst grundar sig utifrån en sådan teori på allmänna skyddsintressen, formulerade i stil med ”den goda sexualiteten” eller ”jämligheten mellan könen”.¹⁵⁷ Denna alternativa förklaringsmodell instämmer Asp och Ulväng med. De anför att de allmänna intressen som sexköpslagen möjligen motiverats av tenderar att framstå som moralbaserade. Skyddsintressen som ”Kvinnan”, ”jämsliddheten” och ”vårdigheten” i samhället anses således ha föranlett straffbudet. Enligt denna förklaring framstår motiven i grunden vara baserade på sexualmoral, formulerade i termer av allmänintressen.¹⁵⁸

Ett alternativt förslag på ett möjligt skyddsintresse framförs av Asp och Ulväng. Utifrån rådande normer om nakenhet och beröring framstår könsorgan och andra sexuellt laddade kroppsdelar, enligt dem, vara att betrakta som särskilt integritetsnära och intima. Vilka personer som tillåts nå dessa områden styrs av individens sexuella självbestämmanderätt, vilken i sin tur är starkt kopplad till en människas värdighet. Enligt Asp och Ulväng skulle ett sådant intrång, utifrån rådande normer för nakenhet och beröring, kunna förklara konstruktionen av kriminaliseringen av sexköp. En negativ påverkan uppstår i den mänskliga värdigheten om självbestämmanderätten inte fått vara avgörande för vem som inträtt i det integritetsnära området. Asp och Ulväng överväger att skälen för kriminaliseringen, med stöd i det ovanstående, haft betalningen i fokus. Ersättningen utgör det incitament som föranlett intrånget i den privata sfären - det indirekta tvånget. Genom att erbjuda pengar för sexuella tjänster

¹⁵⁶ Asp och Ulväng 2007, s. 29f.

¹⁵⁷ Lernestedt och Hamdorf 2000/01, s. 115.

¹⁵⁸ Asp och Ulväng 2007, s. 30f.

utnyttjar köparen således den prostituerades trångmål. Enligt en sådan teori är dock inte ett intrång i den integritetsnära sfären för handen i de fall behovet av pengar inte varit anledningen till att säljaren av den sexuella tjänsten företagit gärningen. Om kvinnan ifråga inte är i ekonomiskt trångmål uppstår ingen skada på hennes värdighet när någon når det integritetsnära området. En enskild prostituerads motiv till att företa sexuella handlingar mot ersättning blir utifrån detta synsätt av relevans vid bedömning av om en skada uppkommit eller inte. Enligt Asp och Ulväng kan en negativ påverkan på den mänskliga värdigheten vid prostitution oavsett inte ensamt föranleda en kriminalisering av sexköp.¹⁵⁹

Asp och Ulväng anför ytterligare två förslag på möjliga skyddsintressen. Båda framhålls dock senare som orimliga. För det första skulle kriminaliseringen kunna motiverats av uppkomna känslor av ångest och skam, vilka kan drabba den prostituerade. Nämnade känslor uppstår enligt Asp och Ulväng när en sexuell handling företagits i strid med samhälleliga normer om den ”normala” sexualiteten, alternativt i förhållande till den stigmatisering som samhället skapat kring prostitution. Känslöförmimmelser av ångest och skam framstår dock inte vara tillräckligt för att det, i ett straffrättsligt hänseende, skulle varit nödvändigt med ett verkningslöst samtycke vid köp av sexuell tjänst. För det andra skulle kriminaliseringen kunna föranledas av den avsaknad av ömsesidighet som vanligen präglar ett köp av sexuell tjänst. De prostituerade skulle då, genom bestämmelsen, skyddas från att verka som medel för någon annans sexuella tillfredsställelse. Förslaget anses av Asp och Ulväng som ohållbart då en sådan kriminaliseringsgrund uppvisar sexualmoraliska tendenser och framstår som grundad på tankar om rätt och fel sorts sex. Förslaget är vidare ohållbart i förhållande till att andra typer av sexuellt umgänge har ansetts accepterade inom svensk rätt, trots att ömsesidighet inte råder, så länge betalning inte utgått.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Asp och Ulväng 2007, s. 44-50.

¹⁶⁰ Ibid, s. 51f.

Träskman anför att enbart betraktandet av sexköp som våld inte resulterar i att kriminaliseringen med nödvändighet föranletts av individuella skyddsintressen som den prostituerades hälsa, sexuella frihet eller kroppsliga integritet. Istället anser han att straffbudet skyddar allmänna intressen, vilka beskrivs som mer generella, kollektiva och abstrakta än enskilda intressen i förevarande fall. I motiven till straffbudet framhålls intresset av att skapa ett jämställt samhälle samt upprätthålla allmän ordning och säkerhet. Köp av sexuell tjänst beskrivs i det sammanhanget som ett oacceptabelt och klandervärt utnyttjande av kvinnor. En sexuell förbindelse, där en part betalar för sexuell tillfredställelse, framhålls som förkastlig. Enligt Träskman bygger kriminaliseringen av sexköpslagen på antaganden om att köp av sexuell tjänst kränker eller hotar jämlikhet, kvinnokollektivets självvärde och i slutändan även ”den goda sexualiteten”. Att individuella intressen inte har motiverat straffbudet förklaras enligt Träskman av lagens könsneutralitet och förbudets oförmåga att skydda intressen som endast är tillägnade kvinnor. Utifrån Träskmans teori kan bestämmelsen därför inte skydda kvinnornas självvärde eller trygga deras rätt att inte utsättas för oönskat sexuellt våld. Straffbudet anses därmed enbart föranlett av skyddet för den allmänna ordningen.¹⁶¹

Av det som framkommit i avsnitt 4.3 kan det enligt mig fastslås följande. I doktrin har det framstått som svårt att enbart låta en kategori skyddsintressen, individuella eller allmänna, ligga till grund för sexköpslagens befintlighet. Ingen av de två kategorierna skapar till fullo en överensstämmelse mellan hur lagstiftaren valt att konstruera bestämmelsen och hur grundläggande principer för kriminalisering är formulerade. Av uppfattningar inom doktrin kan dock slutsatsen dras att allmänna intressen motiverat bestämmelsen om förbud mot köp av sexuell tjänst i större utsträckning än vad förbudet föranletts av individuella intressen. I slutändan framställs dock dessa allmänna skäl som möjliga att koppla till moral. Om främst individuella intressen skulle ha föranlett bestämmelsen skulle detta, enligt den rådande uppfattningen i doktrin, på flera sätt givit upphov till

¹⁶¹ Träskman 2005, s. 80f.

otillfredsställande resultat på individuell basis för de prostituerade. De har då fråntagits en annars given rätt till samtycke, utan att straffrättsligt stöd funnits att tillgå. Lagstiftningen framstår utifrån ett sådant synsätt som paternalistisk. Ingen förklaring till avsaknaden av samtycke som framstår som helt hållbar utifrån straffrättsliga principer har framförts, annat än att bestämmelsen huvudsakligen är motiverad av allmänna intressen.

4.4 Kritik avseende förbud mot köp av sexuell tjänst

Enligt den rättsdogmatiska metoden fyller doktrin en betydande funktion vid förändring av gällande rätt genom möjligheten till kritik av rådande rättsläge. Som anförts i avsnitt 4.3 har sexköpslagen, i stor utsträckning, kritiserats för bristande tydlighet avseende skyddsvärda intressen. Denna kritik har därmed inte beaktats ytterligare i förevarande avsnitt. Istället presenteras annat formulerat motstånd till förbudet mot köp av sexuell tjänst, vilket i stor utsträckning hänför sig till straffbudets oförenlighet med grundläggande krav för en kriminalisering.¹⁶²

Lernerstedt hävdar att sexköpslagen, utifrån straffrättsliga grundvalar, inte borde accepteras. Mer precist förklaras hans ståndpunkt av att konstruktionen av straffbudet strider mot straffrättsliga utgångspunkter för samtyckets relation till individuella skyddsintressen. Lernerstedt hävdar dock att den straffrättsligt upplevda inkonsekvensen i detta avseende försvinner om sexköpslagen, i strid med straffrättsliga principer, har motiverats av långtgående, strukturellt motiverade utgångspunkter för kriminalisering. Den skada som uppstår vid köp av sexuell tjänst är således inte individuell, utan är att betrakta som en ”ren strukturell skada”. Den prostituerades tillstånd eller vilja i förhållande till den aktuella gärningen blir genom ett sådant synsätt irrelevant, så länge det är en kvinna som säljer sexuella tjänster och en man som köper dessa. En sådan hantering strider mot den

¹⁶² Asp och Ulväng 2007, s. 28f.; Träskman 2005, s. 74ff.; Lernerstedt och Hamdorf 2000/01, s. 120ff.

grundläggande idén om straffrättens likabehandling, oavsett person och kön, utifrån vilken rättsordningen bör uppvisa en avsaknad av strukturer, reell makt och faktiska möjligheter.¹⁶³ Lernestedt, tillsammans med Hamdorf, anser utifrån det anförda att sexköpslagen är en produkt av förändrade ideologiska drivkrafter. Förbudet tycks skapat i en kontext där den samhälleliga önskan om att tydliggöra ett moraliskt avstånd till den som köper sexuell tillfredställelse påverkat kriminaliseringen.¹⁶⁴

I sin kritik mot kriminaliseringen och utformningen av bestämmelsen om köp av sexuell tjänst framhåller Asp och Ulväng sexköpets samhälleliga värde. Vid mänskliga sexuella relationer föreligger det enligt dem, liksom enligt andra¹⁶⁵, ett *socialt värde*, ett önskvärt främjande eller förverkligande av mänsklig samvaro. Detta hänvisas till de sexuella handlingarnas koppling till det biologiska, till den naturliga sexualdriften och till mänsklig interaktion. Värdet konkretiseras således i den i grunden positiva sexualiteten och sexuell tillfredställelse. Prostitution beskrivs följaktligen i uppskattande termer, som något skyddsvärt. Dess sociala värde stärks då gärningen möjliggör för personer, även sådana med svårigheter att annars skaffa sig sexuella kontakter, att få utlopp för sin sexuella drift. Det positiva värdet är dock enkelriktat då endast köparens behov av tillfredställelse uppmärksammas. Detta minskar det sociala värdet något. Sammanfattningsvis föreligger det ändå ett samhälleligt värde i sexköp enligt Asp och Ulväng, dock endast i de fall gärningen är fri från kränkningar, tvång och utnyttjanden.¹⁶⁶

Liksom Hart och Lernestedt¹⁶⁷, ser Asp och Ulväng en divergens mellan gärningar företagna i det offentliga samt sådana som sker i det privata. Utifrån detta synsätt kan kriminaliseringen av köp av sexuell tjänst ifrågasättas, med stöd i den straffbelagda gärningens koppling till den enskildes privata sfär. I enlighet med grundläggande straffrättsliga principer

¹⁶³ Lernestedt 2010, s. 466ff., 477.

¹⁶⁴ Lernestedt och Hamdorf 1999/00, s. 847.

¹⁶⁵ Se bland annat Jareborg 2015, s. 113.

¹⁶⁶ Asp och Ulväng 2007, s. 52f., 54ff., 67f.

¹⁶⁷ Se avsnitt 3.1.3.

avseende individens frihet ska lagstiftaren vara restriktiv med att straffbelägga beteenden som huvudsakligen grundar sig i kroppslig intimitet och känslomässig integritet. Sådana gärningar presumeras vara statligt oreglerade då den enskildes självbestämmanderätt anses väga tyngre än moralisk anständighet. Toleransen för att sälja eller köpa sexuella tjänster borde därför, enligt Asp och Ulväng, vara relativt stor så länge gärningen företas frivilligt, utan att skada uppstår. Utifrån det sociala värdet och kopplingen till den privata sfären anser Asp och Ulväng sammanfattningsvis att köp av sexuell tjänst i stora delar borde vara oreglerat.¹⁶⁸

Slutligen anförs viss kritik mot valet att enbart kriminalisera köparens agerande genom den aktuella bestämmelsen avseende sexköp. Enligt Lernestedt och Hamdorf kommer de prostituerade, på grund av rådande kriminalisering, vara mindre benägna att söka hjälp för att ta sig ur prostitutionen. Om straffbeläggandet syftat till att förbättra situationen för de inblandade kvinnorna skulle en ömsesidig kriminalisering av såväl köpare som säljare, i kombination med stödjande åtgärder vid beslut om påföljdsval, vara än mer lämplig.¹⁶⁹

Av det som framkommit i avsnitt 4.4 kan det enligt mig fastslås följande. Kritiken mot sexköpslagen framstår i doktrin som relativt samstämmig. Sexköp värderas utifrån ett samhällsligt perspektiv som positivt så länge det inte föreligger tvång, utnyttjande, eller någon identifierbar skada för den prostituerade i övrigt. Förbudet uppfattas stå i strid med gängse principer för kriminalisering och gärningen borde, utifrån dessa, vara delvis oreglerad, alternativt annorlunda konstruerad vad avser möjligheten till samtycke. Uppfattningen inom doktrin verkar huvudsakligen kunna hänföras till en upplevd omotiverad inskränkning av individens frihet. Inskränkningen framstår dock inte som lika påtaglig om sexköpslagen, i strid med rådande straffrättsliga principer, har föranletts och motiverats av strukturella utgångspunkter för kriminalisering. Om så är fallet vittnar bestämmelsen om

¹⁶⁸ Asp och Ulväng 2007, s. 52f., 59ff., 67ff.

¹⁶⁹ Lernestedt och Hamdorf 2000/01, s. 123f.

köp av sexuell tjänst om ett förändrat tillvägagångssätt vid kriminalisering. Strukturella skador tillåts annars inte motivera ett straffbeläggande enligt grundläggande straffrättsliga principer.

5 Rättslig reglering av pornografi

5.1 Äldre rätt

5.1.1 Från 1734 års lag till 1993 års Prostitutionsutredning

Historiskt sett har förekomsten och utformningen av kriminaliseringar avseende pornografi varierat i svensk rätt. Vilka skyddsintressen som har föranlett de tidigare rådande straffbestämmelserna har således ändrats över tid.

1734 års Missgärningsbalk straffbelade ord och skrift vilka lastade alternativt smädade Gud.¹⁷⁰ Huruvida detta påverkade dåtidens pornografi framstår som oklart. I 1864 års strafflag kriminaliserades däremot brottet *sårande av tukt och sedlighet*.¹⁷¹ Straffbudet förbjöd spridning, saluhållande eller utbudning av skrifter, bilder eller liknande alster som ansågs såra tukt eller sedlighet. Bestämmelsen straffbelade även utförandet av andra gärningar vilka ansågs såra tukt och sedlighet på ett sådant sätt att det väckte *allmän förargelse* eller ledde till *fara för annans förförelse*.¹⁷² Kriminaliseringen ämnade på detta sätt skydda den allmänna sexuella anständighets- och sedlighetskänslan.¹⁷³ Genom dess utformning frambringades i praktiken ett förbud mot hantering av alster med

¹⁷⁰ SOU 1969:38, s. 14f.

¹⁷¹ Med *otukt* avses handlingar som strider mot god sed i ett sexuellt hänseende, som har en sexuell karaktär och som är kopplad till sexualdriften, oavsett i vilken kontext den företas. Med *sedlighet* avses regler avseende nödvändig och nyttig sexualitet samt sexuella normer. (Hellichius 1913, s. 1, 27ff.).

¹⁷² Med *allmän förargelse* avses situationer då andra personer, på grund av graden av offentlighet, iakttagit den tukt- eller sedlighetssårande gärningen. Begreppet *fara för annans förförelse* innebär gärningar med avsikt att locka, främst personer med svagare motståndskraft, mot frestelser avseende den sexuella driftens tillfredställande. (Stjernberg 1922, s. 66, 74ff.)

¹⁷³ SOU 1969:38, s. 11, 30; Träskman 1998, s. 362; Stjernberg 1922, s. 71, 128.

pornografiska motiv. Pornografi ansågs skapa upphetsning och skulle enligt dåtidens normer fördömas med hänsyn till skyddet för den ”äktenskapliga parningsakten”. Den grundläggande kristna synen på sexualiteten syntes således i utformningen av dåtidens lagstiftning.¹⁷⁴

Genom den allmänna liberaliseringen på 1960-talet förändrades den allmänt rådande attityden till sex och sexualitet. En öppnare och mer tolerant syn på företeelserna florerade i samhället, vilket resulterade i att lagstiftning baserad på sexualmoral i allt större utsträckning ansågs som förkastlig. För att svara upp till den rådande samhällsuppfattningen tillsattes år 1965 en utredning med uppdrag att utreda tryck- och yttrandefriheten, bland annat i relation till brottet sårande av tukt och sedlighet.¹⁷⁵

Vid samma tid trädde BrB i kraft och år 1965 ersattes således 1864 års strafflag. Brottet sårande av tukt och sedlighet behölls vilket i praktiken gjorde försäljning, uppvisning eller spridning av pornografi i såväl text som i bild otillåtet. En motsvarighet till den nämnda bestämmelsen upptogs i TF.¹⁷⁶ Utifrån uppdelningen i BrB var brottet sårande av tukt och sedlighet att anse som riktat mot allmänheten, varför gärningen kategoriserades som ett brott mot allmän ordning. Därmed hade skyddsintresset avseende den bestämmelse som då inskränkte pornografi kommit att ändras, från sedlighet till allmän ordning.¹⁷⁷

Den utredningen om tryck- och yttrandefrihet som begärdes år 1965 presenterades senare i ett delbetänkande. I SOU 1969:38 *Yttrandefrihetens gränser – Sårande av tukt och sedlighet. Brott mot trosfrid* föreslogs en omformulering och en begränsning av det kriminaliserade området som avsågs i bestämmelsen om sårande av tukt och sedlighet. Samhällsutvecklingen hade gått mot en mer tillåtande syn vad avsåg pornografi, varför dåvarande lagreglering inte längre tycktes befogad.

¹⁷⁴ Träskman 1998, s. 362.

¹⁷⁵ SOU 1981:71, s. 158.

¹⁷⁶ SOU 1969:38, s. 29f., 72.

¹⁷⁷ SOU 1981:71, s. 52; SOU 1969:38, s. 29f.

Endast publicering eller spridning av grovt sedlighetssårande eller uppenbart förråande framställningar skulle därefter bedömas som olagliga, något som tydliggjorde en slags yttre gräns för yttrandefriheten. Sadistisk och omänsklig pornografi ansågs således fortfarande förkastlig och skulle även fortsättningsvis omfattas av lagstiftningens skydd. Omformuleringen av bestämmelsen motiverades av den allmänna känslan för anständighet.¹⁷⁸

När proposition 1970:125 *Med förslag till ändring i tryckfrihetsförordningen m.m.* senare lades fram gavs yttrandefriheten vidare ramar än vad som föreslagits i betänkandet. Bestämmelsen om sårande av tukt och sedlighet togs helt bort, såväl i BrB som i TF. Det påtalades att det inte fanns några vetenskapliga belägg för skadeverkningar av konsumtion av pornografi varför individen skulle ha rätt att i så stor utsträckning som möjligt själv avgöra vilka framställningar som han eller hon vill ta del av. Avlägsnandet av straffbudet avseende sårande av tukt och sedlighet var således ytterligare ett avsteg från den sexualmoral som sedan länge präglat lagstiftningen. Propositionen bifölls och bestämmelsen togs bort.¹⁷⁹

I den nämnda propositionen uppmärksammades det fortsättningsvis ett behov av att genom kriminalisering skydda den sexuella anständighetskänslan hos allmänheten. Individer som inte aktivt medverkade till att ta del av pornografiska framställningar skulle vara skonade från att påtvingas den typen av alster. Med detta som motiv upptogs bestämmelsen om *otillåtet förfarande med pornografisk bild* i 16 kap. BrB, vilken även idag omfattar att på allmän plats skylta, visa eller sprida pornografisk bild på ett sådant sätt att det väcker allmän anstöt.¹⁸⁰ Sådana framställningar ansågs vid tiden för straffbudets tillkomst vara stötande enligt allmänna värderingar och brottet skyddade således en obestämd del av allmänheten samt den allmänna ordningen. Även gärningen att skicka pornografiska bilder till en person som inte bett om dem föll under

¹⁷⁸ Prop. 1978/79:179, s. 18ff.; SOU 1969:38, s. 65ff.

¹⁷⁹ Prop. 1970:125, s. 1, 36-41, 66ff.

¹⁸⁰ Prop. 1978/79:179, s. 19ff.; Prop. 1970:125, s. 1f., 36-41, 66-74; SOU 1969:38, s. 71ff.

straffbudets tillämpningsområde. Detta motiverades av den då omfattande exporten av pornografiskt material från Sverige till utlandet.¹⁸¹ En motsvarande bestämmelse upptogs i TF och straffbuden trädde i kraft år 1971.¹⁸² Trots bestämmelsen ifråga kunde pornografin, på grund av avsaknaden av reglering avseende tukt och sedlighet, florera nästintill helt oreglerat. I praktiken resulterade bestämmelsen om otillåtet förfarande med pornografisk bild inte i några egentliga begränsningar avseende annat än affischering, marknadsföring i skyltfönster eller liknande företagande på allmän plats. Efter år 1971 ökade därför utbudet av pornografisk bild och film och framställningarna präglades i allt större utsträckning av våld och tvång.¹⁸³

Pornografins tilltagande grovhet föranledde senare ytterligare begränsningar av företeelsen. År 1988 kriminaliserades *olaga våldsskildring* i 16 kap. BrB. Den sedermera aktuella bestämmelsen fick även sin motsvarighet i TF. Straffbudet innefattar spridning eller skildring av vad som brukar kallas för *våldspornografi*, pornografi som förevisar sexuellt våld eller tvång. Kriminaliseringen motiverades av de värderingar och den syn på kvinnan som ansågs förmedlas till pojkar och män genom våldspornografi, samt av strävan efter jämställdhet mellan könen. Lagstiftningen föranleddes dock inte av ökad brottsbenägenhet hos de män som konsumerade den typen av pornografi. På grund av otillräcklig forskning kunde ett sådant samband inte påvisas.¹⁸⁴

5.1.2 Från 1993 års Prostitutionsutredning och frammåt

1993 års Prostitutionsutredning framhöll pornografins förändring över tid avseende dess innehåll och tillgänglighet. Utredningen hänvisade till den bild av kvinnan som pornografin förmedlade - kvinnan som en handelsvara

¹⁸¹ Prop. 1970:125, s. 39ff., 71ff.; SOU 1969:38, s. 73f.; Johansson m.fl., Del 2, 2017, BrB 16:11, s. 2f.; Jareborg 1982, s. 118.

¹⁸² Prop. 1978/79:179, s. 20.

¹⁸³ Prop. 1986/87:151, s. 100; SOU 1981:71, s. 160.

¹⁸⁴ Prop. 1986/87:151, s. 100ff., 183f.

och som ett objekt med syfte att tillfredsställa mäns sexualitet. Pornografin ansågs ge uttryck för människoförakt och destruktiva mönster kopplat till könsroller. Den attityd som förmedlades ansågs vara samma synsätt som försakade att män köpte sexuella tjänster inom ramen för prostitution.¹⁸⁵ I betänkandet SOU 1995:15 *Könshandel* lämnades därmed ett förslag avseende en utökad koppleribestämmelse som även skulle omfatta:

”[...] den som främjar eller på ett otillbörligt sätt bereder sig vinning av att annan mot ersättning i samband med framställning av pornografiska bilder eller filmer har tillfällig sexuell förbindelse som innefattar samlag eller har grovt kränkande karaktär.”¹⁸⁶

Förslaget avsåg expandera koppleribestämmelsen till att även avse pornografibranschens huvudaktörer. Att inte straffa dessa personer betraktades som inkonsekvent så länge en mer traditionell kopplare gjorde sig skyldig till brott enligt gällande rätt. De gärningar som en huvudaktör inom pornografibranschen företog framstod enligt utredningen som lika skadliga för samhället och för individen som vid koppleri av det straffrättsligt mer sedvanliga slaget. Att främja eller tillgodogöra sig vinning i en kontext, skadlig för de personer som medverkar, ansågs förkastligt även i en annan. Uppfattningen om gärningarnas likheter hänvisades till den underlägsna personens svaghet och osjälvständighet i förhållande till den personen som utnyttjar eller främjar verksamheten. Bestämmelsens dåvarande lydelse var egentligen, utan expandering, tillräckligt omfattande för att kunna tillämpas på pornografibranschens huvudaktörer. Att straffbudet skulle omfatta även dessa personer ansågs dock inte ha varit lagstiftarens avsikt, varför en explicit utvidgning krävdes.¹⁸⁷ Regeringen tyckte dock att förslaget inskränkte framställningen av pornografisk bild och krävde således ett beaktande av vilka konsekvenser en sådan expandering skulle få för tryck- och yttrandefriheten. Förslaget behövde därmed utredas vidare och lämnades därför därefter.¹⁸⁸

¹⁸⁵ SOU 1995:15, s. 133ff.

¹⁸⁶ Ibid, s. 230f.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Prop. 1997/98:55, s. 106.

I SOU 2001:14 *Sexualbrotten - Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor* var kommitténs uppdrag att undersöka möjliga sätt att utvidga koppleribestämmelsen. Syftet var att låta straffbudet omfatta pornografibranschens huvudaktörer, utan att inskränka tryck- och yttrandefriheten. Betänkandet nådde slutsatsen att en sådan bestämmelse inte var möjlig. Då såväl bilder som filmer omfattades av tryck- och yttrandefrihetens tillämpningsområde föreföll en kriminalisering av produktion av pornografiskt material vara skyddat av grundlagen.¹⁸⁹ 1993 års Prostitutionsutredning hade i betänkandet SOU 1995:15 *Könshandel* hävdad att det inte var framställningen av de pornografiska alstren som genom en utvidgning av koppleribestämmelsen skulle beläggas med straff. Istället avsåg ett sådant straffbud angripa de ageranden som låg bakom de pornografiska framställningarna, det som i koppleribestämmelsen benämns som främjandet eller det ekonomiska utnyttjandet.¹⁹⁰ I SOU 2001:14 *Sexualbrotten - Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor* slog dock kommittén fast att även om utvidgningen av koppleribestämmelsen tog sikte på de bakomliggande gärningarna vid produktion av pornografiska alster, var ett förslag som det framställda inte möjligt. De faktiska inskränkningarna som en utvidgad koppleribestämmelse skulle leda till i fråga om tryck- och yttrandefrihet ansågs även fortsättningsvis allt för väsentliga, varför en ändring i grundlagen i sådana fall skulle vara påkallad i första hand. Kommitténs uppdrag inkluderade inte att utreda huruvida ett förbud mot pornografi rent generellt skulle vara möjligt.¹⁹¹

¹⁸⁹ SOU 2001:14, s. 411ff.; Prop. 2001/02:124, s. 47.

¹⁹⁰ SOU 1995:15, s. 231.

¹⁹¹ SOU 2001:14, s. 411ff., 416; Prop. 2001/02:124, s. 47.

5.2 Gällande rätt

5.2.1 Otillåtet förfarande med pornografisk bild

I 16 kap. 11 § BrB upptas *otillåtet förfarande med pornografisk bild*, med motsvarighet i både TF och YGL. Bestämmelsen i BrB kriminaliserar skyltning eller annat liknande förfarande på, eller vid, allmän plats. Förevisning i skyltfönster, genom affischering eller i reklam inkluderas således, så länge gärningen företas där allmänheten äger tillträde och vistas med viss frekvens.¹⁹²

Bilderna som omfattas av bestämmelsen betraktas som pornografiska om de återger ett sexuellt motiv på ett ohöljt och utmanande sätt, samt saknar vetenskapligt eller konstnärligt värde. Inom straffbudets tillämpningsområde faller alla tänkbara typer av bildalster. Bestämmelsen blir dock inte aktuell om bilden ifråga inte varit ägnad att väcka allmän anstöt. Huruvida rekvisitet är uppfyllt eller inte får bedömas i varje enskilt fall, dels utifrån den specifika bildens karaktär, dels utifrån ett helhetsintryck. Som utgångspunkt kan dock allmänheten antas vara skyddad från sådana bilder som annars figurerar i pornografiska tidningar eller liknande medier och som skildrar samlag alternativt påträngande eller detaljerade återgivningar av könsorgan.¹⁹³

I bestämmelsens andra mening kriminaliseras spridande av pornografisk bild, genom postförsändelse alternativt utdelning, till någon som inte beställt framställningen. Spridningen ska således ske utan hänsyn till mottagarens inställning till erhållandet av alstret. Adressatens positiva attityd till att ta emot en bild måste därmed i förhand försäkras för att straffbudet inte ska

¹⁹² Prop. 1970:125, s. 39ff., 71ff., 79f.; Johansson m.fl., Del 2, 2017, BrB 16:11, s. 3; Jareborg 1982, s. 117.

¹⁹³ Ibid.

aktualiseras. Som alternativ måste nödvändiga åtgärder ha vidtagits för att hindra dem som inte är intresserade från att erhålla materialet.¹⁹⁴

5.2.2 Olaga våldsskildring

Brottet *olaga våldsskildring* upptas i 16 kap. 10 c § BrB, med motsvarigheter i TF och YGL. Genom bestämmelsen kriminaliseras skildring av våld eller tvång av sexuell karaktär i bildform, alternativt spridning av nämnda alster. Om framställningarna inte rent faktiskt förmedlats vidare ska åtminstone en avsikt att sprida dessa ha förelegat.¹⁹⁵

Med begreppet bild avses i förevarande fall tryckta och rörliga bilder, teckningar eller liknande framställningar. Spridningsrekvisitet innefattar alla tänkbara tillvägagångssätt som resulterar i att alster förmedlas eller görs tillgängliga för andra. Att bilderna når allmänheten är i sig inte nödvändigt för att en olaga våldsskildring ska vara för handen, dock måste alstren vara spridda till fler än endast ett fåtal personer. Vidare behöver inte det våld som porträtteras vara grovt för tillämpning av bestämmelsens första stycke. Det behöver däremot vara av kvalificerad art när det porträtteras i stillbilder. Våldet som skildras behöver inte heller företas av människor, då även våld som utgår från djur, tekniska anordningar eller liknande gör bestämmelsen aktuell. Tvång föreligger även vid skildring av sadistiska eller liknande beteenden när någon ofrivilligt utsätts för kränkande eller nedvärderande behandling. Bestämmelsen anses, i detta hänseende, även tillämplig på framställningar där den person som skildras som utsatt tycks njuta av en sådan behandling.¹⁹⁶

Från brottet undantas de fall där gärningen, med hänsyn till omständigheterna, anses vara försvarlig. Bedömningen utgår bland annat

¹⁹⁴ Prop. 1970:125, s. 40, 73, 79f.; Johansson m.fl., Del 2, 2017, BrB 16:11, s. 4; Jareborg 1982, s. 118.

¹⁹⁵ Prop. 1986/87:151, s. 103, 183f.; Johansson m.fl., Del 2, 2017, BrB 16:10 c, s. 3; Ulväng 2014, s. 211f.

¹⁹⁶ Prop. 1986/87:151, s. 183f.; Johansson m.fl., Del 2, 2017, BrB 16:10 c, s. 3f.; Ulväng 2014, s. 212f.

från framställningens ändamål och kontext. En försvarlig gärning kan exempelvis vara för handen inom ramen för nyhets- eller informations-spridning, undervisningsändamål eller konstnärlig gestaltning.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Prop. 1986/87:151, s. 183f.; Prop. 1984/85:116, s. 19; Johansson m.fl., Del 2, 2017, BrB 16:10 c, s. 4; Ulväng 2014, s. 212f.

6 Analys

6.1 Den första frågeställningen

6.1.1 Skyddsintressen vid prostitution

Det ligger inte i uppsatsens syfte att på ett djupare sätt diskutera eller analysera möjliga eller omöjliga skyddsintressen avseende förbudet mot köp av sexuell tjänst. För att besvara arbetets första frågeställning, huruvida de värden som 6 kap. 11 § och 12 § BrB skyddar kan motivera en kriminalisering av pornografi i 6 kap. BrB, krävs dock en viss konkretisering av de intressen som verkar ha legat till grund för bestämmelserna.

Trots den påstådda vagheten i bestämmelsens lagmotiv framgår det av offentligt tryck och doktrin att 6 kap. 11 § BrB i huvudsak motiveras av allmänna intressen. I doktrin beskrivs dessa som slutgiltigt baserade på moral, i termer av ”Kvinnan”, ”den goda sexualiteten”, ”värdigheten” i samhället etc. Nämnade värden framstår som hänförliga till de skyddsvärda intressen som kan uttolkas från förarbeten till lagen: viljan att allmänt sett motverka prostitution, allmän ordning samt strävan efter jämställdhet mellan könen. Av offentligt tryck, publicerat före och efter sexköpslagens tillkomst, framgår att även individuella värden skyddas av bestämmelsen. Dessa har dock föranlett förbudet mot köp av sexuell tjänst i något mindre utsträckning än allmänna intressen. Rangordningen mellan skyddsintressena överensstämmer vidare med det verkningslösa samtycket vid sexköp, i enlighet med grundläggande straffrättsliga principer. Den prostituerade individen förfogar inte till fullo över bestämmelsens skyddsvärda intressen, vilket förhindrar ett giltigt lämnat samtycke.¹⁹⁸

¹⁹⁸ Se avsnitt 4.1, 4.2.1, 4.3, 4.4.

Även den nuvarande kriminaliseringen av koppleri har föranletts av både allmänna och enskilda intressen. I offentligt tryck framgår att bestämmelsen i huvudsak grundats på allmänna värden, beskrivna som strävan efter jämställdhet och motverkandet av en negativt påverkad sexualsyn. Det individuella intresset, skyddet av de prostituerade, har motiverat regleringen i något mer begränsad omfattning. Att gärningen närmast riktar sig mot allmänna intressen syns vidare i frånvaron av ett beaktansvärt samtycke inom ramen för bestämmelsen.¹⁹⁹

Sammanfattningsvis har svensk lagstiftare ansett att det finns skäl att straffbelägga prostitution genom kriminaliseringar motiverade av den generella viljan att motverka prostitution, allmän ordning, strävan mot jämställdhet och en positiv utveckling avseende den allmänna sexualsynen. Vidare har den negativa påverkan som drabbar de prostituerade föranlett bestämmelserna, dock inte i samma utsträckning som de i övrigt nämnda intressena. Det oavsagda tycks innebära att ingen av straffbuden föranletts av ett specifikt skyddsintresse utan att flera värden, gemensamt, har givit skäl för bestämmelserna.

6.1.2 Gränsdragning mellan pornografi och prostitution

Det föreligger viss överensstämmelse mellan prostitution och modern pornografi. Momenten i gärningarna är till stor del detsamma - ekonomisk ersättning betalas ut till en kvinna varpå hon, med pengar som förutsättning, genomför ett samlag eller företar en annan sexuell handling med en man. Gärningen kan vidare främjas eller ekonomiskt utnyttjas av aktörer inom ramen för verksamheten. Ett exempel, där överensstämmelsen mellan de två typerna av kommersiellt sex blir särskilt tydlig, är pornografiska genrens där köp av sexuell tjänst dokumenteras alternativt där prostituerade agerar i inspelning av pornografisk film i utbyte mot ersättning.²⁰⁰ Vad som utgör ett sexköp (där ersättningen utgår för den sexuella tjänsten) och vad som utgör

¹⁹⁹ Se avsnitt 4.1, 4.2.2.

²⁰⁰ Se avsnitt 1.1.

pornografi (där den medverkande kvinnan ersätts för medverkan i det pornografiska verket) blir svårt att klargöra.

I motsats till hur verkligheten kan vara beskaffad skiljs pornografi och prostitution åt inom svensk rätt. De straffrättsliga skillnaderna som föranlett åtskiljandet av de två typerna av kommersiellt sex blir av betydelse för att på ett ändamålsenligt sätt besvara förevarande uppsats första frågeställning - om en kriminalisering av pornografi kan ske utifrån de intressen som 6 kap. 11 § och 12 § BrB avser att skydda. För att besvara frågan krävs att företeelserna kan skiljas åt. Det krävs således förståelse för vilka situationer som lagstiftaren bedömt som straffvärda inom ramen för prostitution och vilka som, då de värderats som pornografi, ansetts falla utanför regleringarna i 6 kap. BrB.²⁰¹ För att identifiera dessa straffrättsliga skillnader och senare besvara uppsatsens första frågeställning måste därför 6 kap. 11 § samt 12 § BrB granskas i relation till pornografi, så som företeelsen har definierats i förevarande uppsats.

Kopplerbestämmelsen i 6 kap. BrB är utifrån sin ordalydelse möjlig att tillämpa direkt på förhållanden inom pornografi.²⁰² Pornografibranschs huvudaktörer främjar att kvinnor företar sexuella gärningar mot ersättning genom att skapa möjlighet för, bidra till alternativt underlätta för att så sker. En sådan situation kan exempelvis vara för handen när en huvudaktör tillhandahåller den lokal som de dokumenterade och betalda sexuella akterna senare företas i. Även ett otillbörligt ekonomiskt utnyttjande, ett tillgodogörande av vinning, sker vid framställning och senare saluförande och distribuerande av pornografiska alster. I 1993 års Prostitutionsutredning försökte kopplerbestämmelsens tillämplighet på pornografibranschen tydliggöras genom att i det föreslagna straffbudet explicit uttrycka att straffbudet även skulle träffa den som främjar eller på ett otillbörligt sätt ekonomiskt utnyttjar att annan, för framställning av pornografiska alster, mot ersättning har tillfällig sexuell förbindelse som innefattar samlag. Att

²⁰¹ Undersökningen blir således en utveckling på samt en konkretisering av definitionen av pornografi i förevarande uppsats, se avsnitt 2.2.

²⁰² Se avsnitt 5.1.2.

det, som 1993 års Prostitutionsutredning framhöll, fanns ett behov av att skydda de medverkande kvinnorna och motverka de ojämlika maktförhållandena som präglade pornografin bestreds aldrig i den efterföljande propositionen. Utvidningen av bestämmelsen ansågs dock inte möjlig, varken i propositionen eller det senare betänkandet, då ett sådant expanderat koppleriansvar stod i strid med tryck- och yttrandefriheten.²⁰³

Förbudet mot köp av sexuell tjänst i 6 kap. BrB innebär ett straffbeläggande av den som skaffar sig en sexuell förbindelse mot ersättning. Straffansvaret faller på den person som erhåller den sexuella tjänsten, oavsett om betalningen tillhandahållits av tredje man.²⁰⁴ Bestämmelsen kan inte, i motsats till koppleribestämmelsen, tillämpas direkt på förhållanden inom pornografi. Detta trots att pornografi, liksom prostitution, kan anses inkludera att sexuella tjänster företas i utbyte mot ekonomisk ersättning. Utifrån hur 11 § är formulerad skulle straffansvaret, vid produktion av pornografi, träffa den man som medverkar i den dokumenterade sexuella akten och som därmed erhåller den sexuella tjänsten av kvinnan. Bestämmelsen blir otillämplig på det beskrivna förhållandet så länge mannen, liksom kvinnan, får betalt av tredje man för delaktigheten i den pornografiska framställningen. För att använda prostitutionens termer är ingen av de medverkande vanligen att bedöma som mer köpare än säljare av en sexuell tjänst och någon avsikt att skaffa sig en sexuell förbindelse mot ersättning föreligger som utgångspunkt inte.

Ovan har bestämmelserna om prostitution i 6 kap. BrB granskats i relation till pornografi. Närvaron av en kamera, dokumentationen, blir en avgörande skillnad vid den straffrättsliga hanteringen av företeelserna sett till skyddsintressen. Publiceringssyftet och avsikten att skapa eller medverka till ett pornografiskt verk skiljer således situationer som betraktas som pornografi från de som benämns prostitution inom straffrätten. Närvaron av

²⁰³ Se avsnitt 5.1.2.

²⁰⁴ Se avsnitt 4.2.1.

detta syfte hos de delaktiga innebär att relevanta skyddsintressen vid produktionen av pornografi blir möjliga att relatera till tryckta och rörliga verk och därmed även till tryck- och yttrandefrihet. Tryck- och yttrandefriheten framstår således som ett motstående intresse vid beslut om kriminalisering av pornografi, vilket inte föreligger vid straffbeläggande av prostitution.

Vidare krävs det, för att ett sexköp inom ramen för prostitution ska vara för handen, att gärningspersonen haft för avsikt att skaffa sig en sexuell förbindelse mot ersättning. Personens syfte blir avgörande för bestämmelsens tillämplighet då straffansvaret inte fördelas utifrån vem betalningen ifråga kommer från. Med sexuell förbindelse avses, som tidigare anförts, ett samlag eller annan sexuell handling vilken är ägnad att tillfredsställa eller väcka åtminstone en av parternas sexuella drift.²⁰⁵ Köparens avsikt vid ett köp av sexuell tjänst ska således bestå i att skaffa sig sexuell tillfredsställelse alternativt väcka sin egna sexuella drift.²⁰⁶ Detta syfte framstår som frånvarande, alternativt övertrumpat av avsikten att framställa ett pornografiskt verk, inom pornografi.

Mot bakgrund av det ovanstående framstår dessa två skillnader, publiceringssyftet som anses föreligga vid pornografi samt det sexuella syftet som antas förekomma vid prostitution, vara det som skiljer de straffrättsliga konstruktionerna av pornografi och prostitution åt. De egentliga skillnaderna mellan företeelserna består således i hur företeelserna beskrivs och hur det förklaras i vilket syfte en transaktion där pengar byts mot sexuella tjänster företas. I motiven till förbudet mot köp av sexuell tjänst beskrivs prostitution som ett utnyttjande, vilket bland annat motiverade ett skydd av den utsatta, säljande partens intressen. Pornografi, i ett straffrättsligt hänseende, definieras däremot alltsedan tiden efter liberaliseringen i termer av ett verk, som alster med ett explicit sexuellt

²⁰⁵ Se avsnitt 4.2.1.

²⁰⁶ Att företa ett köp av sexuell tjänst i syfte att enbart tillfredsställa den säljande partens sexuella drift får antas vara en undantagssituation i sammanhanget.

innehåll med ett efterföljande sexuellt syfte vid konsumtion.²⁰⁷ Beskrivningen utgår således från det pornografiska materialet i sig. Detta syns även i nu gällande rätt i vilken pornografi endast kriminaliseras i relation till hanteringen av eller karaktären på det pornografiska materialet som sådant.²⁰⁸

Genom rådande beskrivning av pornografi negligeras de faktiska sexuella handlingarna mellan människor som frambringat den pornografiska framställningen, liksom produktionsförhållandena i övrigt. Att likställa pornografi med ett pornografiskt alster leder osökt till att skyddsintressen kopplade till materialet - tryckta eller rörliga verk - blir betydande vid en kriminalisering av företeelsen. Hanteringen ger således ett minskat utrymme för beaktande av skyddsvärda intressen hänförliga till faktiska sexuella kränkningar i allmänhet och till de medverkande kvinnorna vid pornografi i synnerhet. Hur en gärning formuleras och beskrivs får uppenbarligen betydelse för vilka skyddsintressen som framträder som rimliga och relevanta. Hade pornografi i svensk straffrätt definierats i likhet med hur Russell eller MacKinnon och Dworkin beskrivit företeelsen skulle möjligen andra skyddsintressen än de nu aktuella varit tänkbara vid en kriminalisering. De nämnda beskrivningarna synliggör nämligen kön på ett klart sätt, till skillnad från de straffrättsliga definitionerna.

6.1.3 Skyddsintressen vid pornografi

Det är med stöd av de skyddsintressen som konkretiserats i avsnitt 6.1.1 som köp av sexuell tjänst samt koppleri har kriminaliserats. Den svenska lagstiftaren har således, med dessa värden som grund, funnit en möjlighet och ett behov av att straffbelägga gärningar inom prostitution. Utifrån behovet av ett konsekvent svenskt rättssystem kan och bör följaktligen en kriminalisering av pornografi ske, under förutsättning att samma skyddsvärda intressen som vid prostitution kan utskiljas inom ramen för företeelsen. Huruvida intressena i avsnitt 6.1.1 går att applicera på

²⁰⁷ Se avsnitt 2.2, 5.1.

²⁰⁸ Se avsnitt 5.1, 5.2.

pornografi, trots de straffrättsligt identifierade skillnaderna som presenterades i avsnitt 6.1.2, ska utredas i det följande.

Skyddet för de prostituerade kvinnorna utgör det individuella intresset som motiverat såväl förbudet mot köp av sexuell tjänst som bestämmelsen om koppleri. Enbart sett till gärningen framstår en kvinnas upplevelse på intet sätt som annorlunda vid pornografi, jämfört med vid prostitution. En annan avsikt hos den som hon utför den sexuella gärningen med, alternativt hos den som främjar eller får vinning av den sexuella akten, förändrar inte det faktum att hon tillhandahåller sexuella tjänster i utbyte mot ekonomisk ersättning. Pengar, utbetalade eller utlovade, utgör i båda kontexterna en förutsättning för att kvinnan företar akten ifråga. Hennes integritet och hälsa framstår inte som kränkt i varken större eller mindre utsträckning vid medverkan i pornografi, i jämförelse med vid prostitution.

Det individuella intresset är inte klart formulerat i lagmotiven till förbudet mot köp av sexuell tjänst. De skadeverkningar som åsyftats och som anses drabba de prostituerades intressen behöver således inte uppstå på grund av de faktiska gärningarna ifråga, utan kan istället vara hänförliga till platser eller förhållanden där prostitution vanligen företas. Utifrån vetskapen om att modern pornografi kan framställas privat, på samma platser och under samma omständigheter som prostitution, förändrar tolkningen av skyddsintresset inte dess tillämpning på pornografi. I några av de tidigare kriminaliseringarna avseende prostitution nämndes platsen för gärningarna explicit i lagtext eller i förarbeten - prostitution bedriven på bordell, på gatan, på porrklubbar etc. Till skillnad från dessa framstår företeelsen sedermera kunna äga rum på ospecificerad plats.²⁰⁹ Det individuella intresset som till begränsad utsträckning föranlett bestämmelserna avseende prostitution i svensk rätt kan således uppmärksammas inom ramen för pornografi. Detta talar följaktligen för en kriminalisering av företeelsen, även om det individuella intresset i sig inte är tillräckligt för att ensamt föranleda ett sådant straffbud. Utifrån hur bestämmelserna i 6 kap. 11 § och

²⁰⁹ Se avsnitt 4.1.

12 § är konstruerade krävs därutöver att de allmänna intressena kan uppmärksammas inom ramen för företeelsen, för att en kriminalisering ska kunna ske.

Avseende det allmänna intresset, *att motverka prostitution*, blir dess tillämpning i förhållande till pornografi beroende av vad som faktiskt avsetts med det skyddsvärda intresset. Om begreppet prostitution i sammanhanget ska förstås som när två eller flera parter köper respektive säljer sexuella tjänster mot ersättning, i enlighet med den straffrättsliga definitionen, kan intresset uppmärksammas inom pornografi.²¹⁰ Detta förutsätter dock att ett köp av sexuell tjänst anses vara för handen när en av branschens huvudaktörer betalar en medverkande person för att vidta sexuella handlingar vid produktion av pornografiskt material. Det krävs även att en försäljning av sexuell tjänst anses föreligga när personen ifråga företar de sexuella handlingarna i utbyte mot ekonomisk ersättning. Om skyddsintresset förstås på detta sätt kan intresset av att motverka gärningar av förevarande slag skyddas genom en kriminalisering av pornografi. Det allmänna skyddsintresset ger således ytterligare skäl för ett sådant straffbud.

Skyddsintresset behöver dock inte tolkas på ovanstående sätt. Om innebörden i begreppet prostitution frångår den straffrättsliga definitionen kan intresset istället förstås som strävan efter *allmän ordning* och motverkandet av prostitutionsverksamheten i stort. Begreppet skulle då även inkludera den kriminalitet som enligt förarbetena omgärdar verksamheten, risken för skador och sjukdomar, de prostituerades sociala situation etc.²¹¹ Utifrån vetenskapen om att pornografi kan skapas med samma kvinnor, på samma platser och under samma omständigheter som prostitution kan intresset, trots en annorlunda tolkning, identifieras inom ramen för

²¹⁰ Se avsnitt 2.1.

²¹¹ Se avsnitt 4.1.

pornografi.²¹² Även detta intresse motiverar således en kriminalisering av företeelsen.

Både pornografi och prostitution utgör uttryck för mäns makt över kvinnors sexualitet. Tillgång till kvinnokroppen framställs i båda kontexterna som möjlig att köpa för pengar. Den kvinnliga sexualiteten framstår således som underminerad den manliga och makthierarkin mellan könen blir därmed synlig. Såväl prostitution som pornografi befäster på detta sätt könsroller avseende manlig och kvinnlig sexualitet. Ett behov av att skydda det allmänna intresset av *jämställdhet* samt intresset av att *motverka en negativt påverkad sexualsyn* framträder därmed inom båda typerna av kommersiellt sex. De nämnda skyddsintressena blir följaktligen tillämpliga inom ramen för pornografi, vilket vidare underbygger en kriminalisering av företeelsen.

6.1.4 Delslutsats

Sammanfattningsvis kan såväl de individuella som de allmänna intressena som föranlett 6 kap. 11 § samt 6 kap. 12 § BrB appliceras på pornografi. De tidigare identifierade straffrättsliga skillnaderna mellan pornografi och prostitution utgör inget hinder i detta avseende. Gemensamt motiverar således intressena en kriminalisering av pornografi.

En förutsättning för skyddsintressenas tillämplighet i förhållande till pornografi är att företeelsen beskrivs i enlighet med den definitionen som nyttjas i förevarande uppsats. Mot bakgrund av vad som framkommit i tidigare avsnitt blir det tydligt att svaret på arbetets första frågeställning hade varit annorlunda om beskrivningen av pornografi, i uppsatsen liksom i straffrätten, hade formulerats, beskrivits eller värderats på ett annorlunda sätt.

²¹² På grund av uppsatsens avgränsning i förhållande till hur prostitutions- och pornografibranschen är beskaffad samt hur de medverkande kvinnorna behandlas tvingas det nämnda skyddsintresset i det vidare att lämnas därhän, se avsnitt 1.6.

6.2 Den andra och tredje frågeställningen

6.2.1 Förståelse för rättens grunder

Uppsatsens andra frågeställning, om det framstår som möjligt att straffbelägga pornografi i 6 kap. BrB utifrån hur grundläggande principer för kriminalisering är formulerade, hade kunnat besvaras med en rättsdogmatisk metod. Kriterierna i avsnitt 3.1 skulle då ställts i relation till en hypotetisk bestämmelse avseende pornografi. Svaret på frågan hade därmed grundat sig på innehållet i traditionellt accepterade rättskällor, varpå dessa tillskrivits en viss auktoritet. Svaret på uppsatsens andra frågeställning hade genom ett sådant tillvägagångssätt negligerat att de grundläggande principerna för kriminalisering i svensk straffrätt, liksom rättssystemet i stort, är konstruerade, formulerade och således även präglade av mänskliga antaganden och värderingar. Frågeställningen kommer därför i det följande att besvaras utifrån uppmärksammandet av inneboende traditioner och tendenser i det straffrättsliga systemet. Dessa framträder vid granskning av utformningen av de grundläggande principerna för kriminalisering, liksom doktrin i övrigt. Genom ett sådant tillvägagångssätt kommer svaret på arbetets tredje frågeställning, vilka straffrättsliga strukturer, antaganden och värderingar som ligger till grund för gällande rätt avseende kommersiellt sex, att framträda.

6.2.2 Intressen

Det svenska straffsystemet i stort, således även de grundläggande principerna för kriminalisering, präglas explicit av en liberalistisk ideologi.²¹³ Den fria individen är i enlighet med detta synsätt ett högt värderat och svårigen övertrumpat intresse. Det är med hänsyn till denna individ som kriminalisering enligt den traditionella uppfattningen inom svensk straffrätt ska vidtas med restriktivitet, som *ultima ratio*. Det är vidare i syfte att upprätthålla denna princip som det ställs krav på lagstiftaren i fråga om straffrättsligt relevanta skyddsintressen och skador. Värdesättandet

²¹³ Se avsnitt 3.1-3.3, 4.4

av den fria individen är således en anledning till att paternalistiska och moraliska regleringar beskrivs och betraktas som oförenliga med en godtagbar kriminalisering.²¹⁴ En inskränkning av individens frihet måste vara rättfärdigad, någon den inte anses vara när bestämmelsen ifråga enbart baserats på moral alternativt står i strid med individens vilja utan straffrättsligt stöd. Vid en kriminalisering av pornografi blir detta, den fria individen, ett starkt motstående intresse i förhållande till de individuella och allmänna intressen som enligt avsnitt 6.1.3 motiverar straffbudet ifråga.

Avseende sexuella relationer är dessa som utgångspunkt positivt värderade inom svensk straffrätt, oavsett hur de precist tar sig uttryck.²¹⁵ Intresset av att individen ska vara fri från statlig inblandning påverkar även den straffrättsliga uppfattningen om dennes sexualitet, vilken således också ska bedömas som fri. Svensk straffrätt uppmuntrar av denna anledning inte straffbeläggande av frivilliga sexuella gärningar mellan vuxna människor. Ingen straffrättsligt relevant skada anses uppkomma och straffbuden uppfattas därför tidvis som moraliska. Att den fria individen samt sexuella relationer har värderats på detta sätt, som motstående intressen i förhållande till kriminaliseringar av sexuella relationer, försvårar ett straffbeläggande av pornografi.

6.2.3 Skada och samtycke

Uppfattningen om den fria individen präglar, som tidigare anförts, utformningen av de grundläggande kriterierna för en straffrättsligt relevant skada. En sådan anses som utgångspunkt inte föreligga då individen samtycker till den negativa påverkan som drabbat det innehavda intresset.²¹⁶ Korrelationen mellan en straffrättsligt relevant skada och ett giltigt lämnat samtycke innebär således att individen givits en möjlighet att läka den skada som annars straffrättsligt hade uppstått. Endast i undantagsfall är det möjligt att med hänsyn till allmänna intressen skydda individen i strid med dess vilja. Detta möjliggörs främst i situationer där en fysisk skada stått i fokus

²¹⁴ Se avsnitt 3.1.

²¹⁵ Se avsnitt 4.4.

²¹⁶ Se avsnitt 3.1.2, 3.2.

för gärningen. Fysiska skador och negativ påverkan på kroppsliga skyddsintressen framstår som föga ifrågasatta och högt värderade vid en straffrättslig kriminalisering, särskilt vad avser sexualbrott. Vidare är en kriminalisering motiverad i högre utsträckning om skadan ifråga är att beskriva som närvarande, som direkt.²¹⁷ En straffrättsligt relevant skada är således generellt sett individfokuserad, på så sätt att den i minsta möjliga mån ska inskränka på den enskildes frihet, samt i sin minst ifrågasatta form konkret.

Den straffrättsliga uppfattningen av en relevant skada tydliggörs vidare i den kritik som riktats mot sexköpslagen. Det verkningslösa samtycket vid köp av sexuell tjänst framställs där som problematiskt i förhållande till hur grundläggande straffrättsliga principer är formulerade. Förbudet anklagas för att inte fästa tillräckligt avseende vid individens vilja. Istället beaktas de prostituerade kollektivt, som en homogen grupp med gemensamma upplevelser och uppfattningar. I kritiken ligger således uppfattningen om att individuella motiv till säljandet av sexuella tjänster borde prägla straffbudets konstruktion i större utsträckning. Att på detta sätt beakta en skada som kollektiv uppfattas inte bara stå i strid med de grundläggande principerna om en straffrättsligt relevant skada. Det frångår även den straffrättsliga traditionen av att inte fästa avseende vid strukturer, reell makt och faktiska möjligheter.²¹⁸

I enlighet med den kritik som riktats mot sexköpslagen måste motiven och viljan till att sälja sexuella tjänster mot betalning, oavsett om detta sker inom ramen för pornografi eller prostitution, variera från kvinna till kvinna.²¹⁹ Att helt frivillig försäljning förekommer, där kvinnan företar gärningen med endast positivt kännbara effekter som resultat, kan således inte bortses ifrån. En individuell skada drabbar följaktligen inte alla kvinnor som medverkar i pornografi. Behovet av att kriminalisera företeelsen framträder därmed inte med ett individualiserat synsätt. Utifrån

²¹⁷ Se avsnitt 3.1.1, 3.2, 3.3, 4.4.

²¹⁸ Se avsnitt 4.4.

²¹⁹ Se avsnitt 4.4.

uppfattningen om att pornografi är ett uttryck för mäns makt över kvinnors sexualitet och ojämställdhet mellan könen krävs istället ett strukturellt synsätt för att tydliggöra behovet av en kriminalisering. Att ett strukturellt perspektiv fordras för att synliggöra (strukturell) skada vid kvinnlig medverkan i pornografi, gör en kriminalisering av företeelsen svår genomförd. Detta då en relevant skada i enlighet med grundläggande straffrättsliga principer är individfokuserad samt i sin minst ifrågasatta form kroppslig och konkret.

Lernestedt framhåller att ett strukturellt synsätt kan ha varit för handen vid den kritiserade kriminaliseringen av köp av sexuell tjänst. Han beskriver att det tillkommit en tydligare strukturell komponent inom ramen för vad som kan bedömas som en sexuell kränkning inom svensk straffrätt. Enskilda tillåts numera i större utsträckning representera ett kollektiv.²²⁰ Även om ett sådant strukturellt tillvägagångssätt fortfarande får antas strida mot grundläggande traditioner och tendenser inom ramen för svensk straffrätt framstår möjligheten att beakta en strukturell skada vid en kriminalisering av pornografi, i och med detta, som något större än tidigare.

Då svensk rätt som utgångspunkt gjort det möjligt för individen att frånsäga sig statligt skydd genom samtycke, förväntas denne ta ansvar över egna beslut samt konsekvenser av dessa. Utifrån hur de straffrättsliga kriminaliseringsgrunderna för skada och samtycke är formulerade antas den fria individen således vara rationell. Ett giltigt samtycke kräver för sin funktion frivillighet, att beslut inte grundats på inverkan av fysiskt eller psykiskt tvång.²²¹ Enbart tvång omöjliggör därmed ett frivilligt agerande. Ett samtycke antas följaktligen vara frivilligt lämnat, även om individen ifråga stått under stark påverkan av rådande, samhälleliga strukturer. Den fria individen beskrivs således som opåverkad av sin omgivning, av sin kontext, liksom av strukturer avseende kön, sexualitet och makt. Han eller hon kan fatta beslut med enbart sig själv i åtanke. Han eller hon konstrueras

²²⁰ Se avsnitt 3.3.

²²¹ Se avsnitt 3.2.

som oförmögen att agera på mer abstrakta, mindre kännbara påtryckningar än faktiskt tvång.

6.2.4 Delslutsats

Att individen, som på ett påtagligt och grundläggande sätt präglar det svenska straffsystemet, framställs på detta sätt innebär att patriarkala strukturer avseende makt och sexualitet inte beaktas. Då straffrätten är individfokuserad och könsneutral osynliggörs hur män och kvinnor behandlas olika, i rättsystemet och i samhället. Det är inte en slump att det är kvinnliga individer som vid kommersiellt sex säljer sexuella tjänster till manliga individer. Det bör således inte beaktas som en slump. Att straffrätten konstrueras på detta verklighetsfrånvända sätt i förhållande till ojämlika förutsättningar mellan kön och reell makt försvårar ett rättfärdigande av en kriminalisering avseende pornografi i 6 kap. BrB. Straffrätten är inte formulerad eller konstruerad utifrån upplevelsen av ett patriarkalt förtryck eller utifrån kvinnors livsvillkor och erfarenheter av att vara just kvinnor i en sådan kontext. Straffrätten framstår således som utformad utifrån en manlig världsbild, som präglad av manliga antaganden och erfarenheter.

Med kännedom om vilka antaganden och erfarenheter som präglar det svenska straffrättssystemet kan rådande föreställningar om kommersiellt sex ifrågasättas. I doktrin beskrivs sexuella relationer, däribland sexköp, som i huvudsak positivt värderade. Den uppskattande uppfattningen avseende prostitution utgår enbart från den köpande partens uppfattning.²²² Utifrån vetenskapen om att denna person, köparen av sexuella tjänster, i en klar majoritet av fallen är en man framstår värderingen som grundad på manliga erfarenheter av prostitution. Det sociala värdet på köp av sexuell tjänst framstår, strukturellt sett, som lägre utifrån ett kvinnligt, säljande, perspektiv. När den fria individens sexualitet vidare ska behållas fri, genom restriktivitet i förhållande till kriminaliseringar på sexualitetens område, verkar enbart en manlig sexualitet varit i lagstiftarens åtanke.

²²² Se avsnitt 4.4.

I doktrin har det framhållits att förbudet mot köp av sexuell tjänst får konsekvenser, vilka står i strid med hur levnadsomständigheter och motiv till prostitution i verkligheten är beskaffade. Påståenden om kvinnliga prostituerade och deras situation har således använts för att kritisera och visa på lagstiftningens olämplighet. I doktrin påtalas det vidare att en prostituerad kvinnas värdighet endast kränks om hon är i behov av pengarna hon får för tjänsten samt att kvinnor kan uppleva ångest och skam som efterföljande reaktioner på prostitution. Då en manlig världsbild präglar straffrätten utgör uttalandena i doktrin, avseende kvinnlig sexualitet och kvinnors erfarenhet av prostitution, endast manliga antaganden och formuleringar. Män har fått diktera förutsättningarna för beskrivningar av hur verkligheten är beskaffad när det kommer till kommersiellt sex. Det är vidare deras uppfattning av vad det innebär att vara kvinna i dessa kontexter som ges auktoritet i rättskällorna och som skapas och återskapas i såväl straffsystemet samt i samhället i stort.

Det får anses klart att om kriterierna för kriminalisering i större utsträckning utformats utifrån kvinnors erfarenheter, livsvillkor, antaganden och värderingar hade straffrätten varit konstruerad på ett annorlunda sätt än vad som nu är fallet. Andra krav på skyddsvärda intressen, på straffrättsligt relevanta skador och på giltiga samtycken hade då formulerats. I ett annorlunda utformat straffrättsystem hade möjligen pornografi kunnat kriminaliseras i 6 kap. BrB. Av vad som framkommit i ovanstående analys framstår dock ett sådant straffbud inte som möjligt att åstadkomma i förevarande system. Detta förklaras av hur de inneboende strukturerna som utformat de straffrättsliga principerna för kriminalisering, liksom straffrätten i stort, är beskaffade.

6.3 Slutsatser och avslutande kommentarer

De skyddsintressen som föranlett förbudet mot köp av sexuell tjänst och bestämmelsen om koppleri motiverar en kriminalisering av pornografi i 6 kap. BrB. I övrigt framstår ett straffbeläggande av företeelsen inte som möjligt i det svenska straffsystemet. En sådan lagstiftning uppfattas vara oförenlig med utformningen av grundläggande principer för kriminalisering samt de inneboende strukturer, antaganden och värderingar som präglat dem.

En kriminalisering av pornografi verkar sammanfattningsvis inte möjlig. Samtidigt måste viss konsekvens i det svenska straffsystemet kunna efterfrågas, alternativt krävas. Av vad som framkommit i förevarande uppsats anses förbudet mot köp av sexuell tjänst vara formulerat i strid med gängse kriminaliseringsgrunder. Trots detta utgör förbudet en del av gällande rätt. Strukturer och normer i en annars stabil juridisk metod har således ruckats vid kriminaliseringen av köp av sexuell tjänst. Eventuellt hade Lernestedt och Hamdorf rätt när de påtalade att sexköpslagen är att beakta som en produkt av förändrade ideologiska drivkrafter. Förutsättningar och möjligheter för att kriminalisera pornografi måste därmed anses föreligga i det svenska straffrättssystemet, med hänvisning till den tidigare genomförda kriminaliseringen avseende kommersiellt sex.²²³

Frågeställningarna som besvarats i förevarande uppsats har analyserat grundläggande kriterier för kriminalisering, utifrån vilka förutsättningar och begränsningar som finns inbyggda i det traditionella sättet att avgränsa straffrätten på. I likhet med genusrättsvetenskapen syftar uppsatsen till att skapa förändring i rättsystemet, vilken främjar jämställdheten mellan män

²²³ Uppsatsen avser endast besvara huruvida pornografi kan straffbeläggas i brottsbalken och således i relation till straffrättens förutsättningar och begränsningar. Huruvida en sådan kriminalisering skulle vara möjlig sett till tryck- och yttrandefrihetslagarna lämnas därför därhän, se avsnitt 1.6.

och kvinnor. Av vad som framgått i ovanstående analys är rätten idag, ur jämställdhetssynpunkt, inte tillfredställande utformad. För att nå förändring i ett starkt befäst system där fundamenten framstår som universella, krävs insikt om kriminaliseringsgrundernas duglighet i förhållande till den efterfrågade förändringen. Utan kunskap om hur de rättsliga verktygen för kriminalisering är beskaffade, i grunden, kommer de med stor svårighet kunna hanteras på ett sådant sätt att de producerade antagandena och föreställningarna om kön upphör att reproduceras. Ändrade förutsättningar för kvinnor kan inte nås genom att upprepa den metod, med de verktyg för kriminalisering, som tidigare lett till ojämställdhet i systemet.

Frågan är om den önskvärda förändringen bäst nås genom att förändra straffrättens teoretiska fundament eller genom att i praktiken, liksom vid kriminaliseringen av sexköp, frångå hur vi använder oss av de verktyg för kriminalisering som rätten tillhandahåller. Spörsmålet är dock allt för omfattande för att besvaras i förevarande arbete. Min förhoppning blir således att detta kan bemötas i ett framtida skede, av en annan student, i en annan uppsats, och att ett jämställt rättssystem framstår som något närmare då.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 1953:14 *Förslag till brottsbalk*

SOU 1969:38 *Yttrandefrihetens gränser – Sårande av tukt och sedlighet.*

Brott mot trosfrid

SOU 1976:9 *Sexuella övergrepp – Förslag till ny lydelse av brottsbalkens bestämmelser om sedlighetsbrott*

SOU 1981:71 *Prostitutionen i Sverige – Bakgrund och åtgärder*

SOU 1988:7 *Frihet från ansvar – Om legalitetsprincipen och om allmänna grunder för ansvarsfrihet*

SOU 1995:15 *Könshandel*

SOU 2001:14 *Sexualbrotten - Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor*

SOU 2010:49 *Förbud mot köp av sexuell tjänst. En utvärdering 1999-2008*

SOU 2016:70 *Ett starkt straffrättsligt skydd mot människohandel och annat utnyttjande av utsatta personer*

Propositioner

Prop. 1937:187 *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring i vissa delar av strafflagen*

Prop. 1962 nr. 10 A *Med förslag till brottsbalk*

Prop. 1970:125 *Med förslag till ändring i tryckfrihetsförordningen m.m.*

Prop. 1978/79:179 *Om ändring i tryckfrihetsförordningen m.m.*

Prop. 1981/82:187 *Vissa åtgärder mot prostitutionen*

Prop. 1983/84:105 *Om ändring i brottsbalken m.m. (sexualbrotten)*

Prop. 1984/85:116 *Angående åtgärder mot våldsskildringar i videogram m.m.*

Prop. 1986/87:151 *Om ändring i tryckfrihetsförordningen m.m.*

Prop. 1997/98:55 *Kvinnofrid*

Prop. 2001/02:124 *Straffansvaret för människohandel*

Prop. 2004/05:45 *En ny sexualbrottslagstiftning*

JO

JO 1971, s. 561

Litteratur

Böcker

Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin*, Karnov, Stockholm, 2014

[Cit. Adestam 2014]

Ahlin, Maria, Stigberg, Ulrica, *Visuell drog: om barn, unga och nätporr*, Kalla kulor förlag, [Stockholm], 2016

[Cit. Ahlin och Stigberg 2016]

Andersson, Mattias, *Porr: en bästsäljande historia*, [Ny utg.], Pan, Stockholm, 2006

[Cit. Andersson 2006]

Andersson, Ulrika, *Hans (ord) eller hennes?: en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, 1. uppl., Bokbox, Diss. Lund : Univ., 2004, Lund, 2004

[Cit. Andersson 2004]

Asp, Petter, Ulväng, Magnus, "Tvång, utnyttjande och kriminalisering av sexköp". I: *Josefs resa. Vänbok till Josef Zila*, (red.) Asp, Petter, Lernestedt, Claes, Uppsala, 2007

[Cit. Asp och Ulväng 2007]

Asp, Petter, Ulväng, Magnus, *Kriminalrättens grunder*, 2., omarb. uppl., Iustus, Uppsala, 2013

[Cit. Asp och Ulväng 2013]

Bankier, Channa (red.), *Shocking lies: sanningar om lögner och fördomar i porrdebatten: en antologi*, Periskop, Stockholm, 2000

[Cit. Bankier 2000]

Berglund, Kerstin, *Straffrätt och kön*, Iustus, Diss. Uppsala : Uppsala universitet, 2007, Uppsala, 2007

[Cit. Berglund 2007]

Cornell, Drucilla (red.), *Feminism and pornography*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2000

[Cit. Cornell 2000]

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

[Cit. Gunnarsson och Svensson 2009]

Hart, H. L. A., *Law, liberty and morality*, Oxford Univ. Press, London, 1963

[Cit. Hart 1963]

Hellichius, Nils, *Koppleridelikten: en studie i gällande svensk straffrätt*, Almqvist & Wiksell, Uppsala, 1913

[Cit. Hellichius 1913]

Jareborg, Nils, *Brotten. H. 3, Brotten mot allmänheten och staten*, Norstedt, Stockholm, 1982

[Cit. Jareborg 1982]

Jareborg, Nils, *Straffrättens ansvarslära*, Iustus, Uppsala, 1994

[Cit. Jareborg 1994]

Jareborg, Nils, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, 2.*,

[uppdaterade] uppl., Iustus, Uppsala, 2015

[Cit. Jareborg 2015]

Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*,
Studentlitteratur, Lund, 2013

[Cit. Korling och Zamboni 2013]

Lander, Ingrid, Pettersson, Tove, Tiby, Eva (red.), *Femininiteter,
maskuliniteter och kriminalitet: genusperspektiv inom svensk kriminologi*,
Studentlitteratur, Lund, 2003

[Cit. Lander, Pettersson och Tiby 2003]

Lernestedt, Claes, *Kriminalisering: problem och principer*, Iustus, Diss.
Stockholm: Univ., 2003, Uppsala, 2003

[Cit. Lernestedt 2003]

MacKinnon, Catharine, *Are women human? And other international
dialogues*, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts,
2006

[Cit. MacKinnon 2006]

Månsson, Sven-Axel, Söderlind, Peder, *Sexindustrin på nätet: aktörer,
innehåll, relationer och ekonomiska flöden*, Égalité, Stockholm, 2004

[Cit. Månsson och Söderlind 2004]

Stjernberg, Nils, *Kommentar till strafflagen kap. 17-18*, Almqvist &
Wiksell, Uppsala, 1922

[Cit. Stjernberg 1922]

Träskman, Per Ole, "Sexuella och andra (farliga) förbindelser samt försök
därtill. Legalitetsprincipen och köp av sexuell tjänst". I: *Festskrift till
Suzanne Wennberg*, (red.), Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Norée,
Annika, 1 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2009

[Cit. Träskman 2009]

Ullén, Magnus, *Bara för dig: pornografi, konsumtion, berättande*, Vertigo,
Stockholm, 2009

[Cit. Ullén 2009, Pornografi.]

Ulväng, Magnus, *Brotten mot allmänheten och staten*, 2. uppl., Iustus, Uppsala, 2014

[Cit. Ulväng 2014]

Åkerstrøm Andersen, Niels, *Discursive analytical strategies: understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*, Policy Press, Bristol, 2003

[Cit. Åkerstrøm Andersen 2003]

Artiklar

Asp, Petter, ”Grader av kränkning – våldtäkt eller sexuellt tvång”. I: *Juridisk tidskrift*, nr. 1, 2008-09, s. 75-85

[Cit. Asp 2008-09]

Fisher, William A, Barak, Azy, ”Internet Pornography: A Social Psychological Perspective on Internet Sexuality”. I: *The Journal of Sex Research*, Vol. 38, No. 4, 2001, pp. 312-323

Tillgänglig i elektronisk form, hämtad 11-10-17

https://www.researchgate.net/profile/William_Fisher3/publication/247525628_Internet_pornography_A_social_psychological_perspective_on_Internet_sexuality/links/5627b2fa08aee6327230d66d/Internet-pornography-A-social-psychological-perspective-on-Internet-sexuality.pdf

[Cit. Fisher och Barak 2001]

Lernestedt, Claes, ”Sexualitet är i betraktarens öga? – Tendenser i svensk sexualstraffrätt, sedda bl a genom ett rättsfall och debatten kring det”. I: *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, nr. 3-4, 2004, s. 398-434

[Cit. Lernestedt 2004]

Lernestedt, Claes: ”Finns det grader i helvetet? Om köp (och försäljning) av sex”. I: *Nordisk tidsskrift for Kriminalvidenskab*, 2010, s. 466–481

[Cit. Lernestedt 2010]

Lernestedt, Claes, Hamdorf, Kai, ”Sexköpskriminaliseringen – till skydd av vad? – del I”. I: *Juridisk Tidsskrift*, nr. 4, 1999/00, s. 846–858

[Cit. Lernestedt och Hamdorf 1999/00]

Lernestedt, Claes, Hamdorf, Kai, ”Sexköpskriminaliseringen – till skydd av vad? – del II”. I: *Juridisk Tidsskrift*, nr. 2, 2000/01, s. 111–131

[Cit. Lernestedt och Hamdorf 2000/01]

Träskman, Per Ole, ”Går det att tygla lustan? Om straffbar pornografi, pedofili och prostitution”. I: *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, 1998, s. 352-373

[Cit. Träskman 1998]

Träskman, Per Ole, ”Den som betalar för sex är en brottsling” – om den svenska kriminaliseringen av sexköp som ett medel för att påverka prostitutionen”. I: *Nordisk tidsskrift for Kriminalvidenskab*, 2005, s. 73– 92

[Cit. Träskman 2005]

Ullén, Magnus, ”Pornography and its critical reception: toward a theory of masturbation”. I: *Jump Cut: A Review of Contemporary Media*, No. 51, 2009

Tillgänglig i elektronisk form, hämtad 25-09-17

<http://www.ejumpcut.org/archive/jc51.2009/UllenPorn/text.html>

[Cit. Ullén 2009, Pornography]

Westerstrand, Jenny, ”Sexköpslagen – motstånd över tid och former”. I: *RETFÆRD*, årgang 37, nr. 2/145, 2014, s. 4-36

Tillgänglig i elektronisk form, hämtad 07-10-17

http://retfaerd.org/wp-content/uploads/2016/06/Retfaerd_2_2014_2.pdf

[Cit. Westerstrand 2014]

Lagkommentarer

Johansson, Stefan, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per Ole,

Wennberg, Suzanne, *Brottsbalken: en kommentar. Del 1, (1-12 kap.):*

brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m., Studentutgåva 8,
Wolters Kluwer, Stockholm, 2017
[Cit. Johansson m.fl., Del 1, 2017]

Johansson, Stefan, Leijonhufvud, Madeleine, Trost, Hedvig, Träskman, Per Ole, Wennberg, Suzanne, *Brottsbalken: en kommentar. Del 2, (13-24 kap.): brotten mot allmänheten och staten m.m.*, Studentutgåva 8, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017
[Cit. Johansson m.fl., Del 2, 2017]

Akademiska avhandlingar

Waltman, Max, *The Politics of Legal Challenges to Pornography: Canada, Sweden, and the United States*, Doctoral Thesis in Political Science at Stockholm University, Sweden, 2014
Tillgänglig i elektronisk form, hämtad 14-11-17
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2539998
[Cit. Waltman 2014]

Wegerstad, Linnea, *Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar: om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande*, Lund University, Faculty of Law, Diss. Lund: Lunds universitet, 2015, Lund, 2015
[Cit. Wegerstad 2015]

Rapporter

Länsstyrelsen Stockholm, *Prostitutionen i Sverige 2014 - En omfattningskartläggning*, Rapport 2015:10, 2015
Tillgänglig i elektronisk form, hämtad 12-09-17
<http://www.lansstyrelsen.se/stockholm/SiteCollectionDocuments/Sv/publikationer/2015/prostitution-kartlaggning-2014.pdf>
[Cit. Länsstyrelsen Stockholm 2015]

Elektroniska källor

Wong, Christoffer, "Prohibition in Swedish Law of the Purchase of Sexual Service". I: *Prostituzione e diritto penale: problemi e prospettive*, (red.), Cadoppi, Alberto, Giuridica Editrice, Dike, Rom, 2014

Tillgänglig i elektronisk form, hämtad 29-11-17

<https://lup.lub.lu.se/search/ws/files/5554891/4780317.pdf>

[Cit. Wong 2014]

Övrigt

"*Hur porrindustrin kapat vår sexualitet*" - UR Samtiden - Porren - elefanten i rummet, [Video], 2017

Tillgänglig i elektronisk form, hämtad 20-11-17

<https://urplay.se/program/202139-ur-samtiden-porren-elefanten-i-rummethur-porrindustrin-kapat-var-sexualitet>

["*Hur porrindustrin kapat vår sexualitet*" - UR Samtiden 2017]