

## LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2017-09-25

**Närvarande:** F.d. justitierådet Gustaf Sandström samt justitieråden Johnny Herre och Dag Mattsson.

### **Ett utvidgat straffrättsligt skydd för transpersoner**

Enligt en lagrådsremiss den 22 juni 2017 har regeringen (Justitiedepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i tryckfrihetsförordningen,
2. lag om ändring i brottsbalken,
3. lag om ändring i lagen (1972:260) om internationellt samarbete rörande verkställighet av brottmålsdom,
4. lag om ändring i lagen (1976:19) om internationellt samarbete rörande lagföring för brott,
5. lag om ändring i utlänningslagen (2005:716),
6. lag om ändring i diskrimineringslagen (2008:567),
7. lag om ändring i lagen (2008:568) om Diskrimineringsombudsmannen,
8. lag om ändring i skollagen (2010:800),
9. lag om ändring i lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare,

10. lag om ändring i lagen (2014:406) om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Johanna Gustafsson.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

### *Inledning*

I lagrådsremissen föreslås ett utökat skydd för transpersoner.

Förslaget är lagtekniskt utformat så att "könsidentitet eller könsuttryck" läggs till i brottsbalkens bestämmelser om hets mot folkgrupp (16 kap. 8 §) och olaga diskriminering (16 kap. 9 §) samt i åtalsregeln om förolämpning (5 kap. 5 §). Det föreslås också att det uttryckligen ska framgå att det är en försvårande omständighet om ett motiv för ett brott har varit att kränka en person eller en grupp på grund av könsidentitet eller könsuttryck (29 kap. 2 §).

Enligt remissens förslag ska 7 kap. 4 § tryckfrihetsförordningen ändras så att tryckfrihetsbrottet hets mot folkgrupp utvidgas till att avse också hot eller missaktning som anspelar på könsidentitet eller könsuttryck.

Begreppet "könsidentitet eller könsuttryck" definieras i 1 kap. 5 § första stycket 2 diskrimineringslagen som dels identitet med avseende på kön, dels uttryck med avseende på kön i form av klädsel, kroppsspråk, beteende eller annat liknande förhållande. I avsaknad av annan definition måste antas att begreppet avsetts ha samma innebörd i straffrättsligt hänseende.

De båda delbegreppen (identitet och uttryck) är näraliggande; för att vara relevant vid tillämpningen av lagstiftningen måste identiteten på något sätt ha manifesterats utåt, dvs. "ha uttryckts" (jfr prop. 2007/08:95 s. 117).

Ett annat förslag i remissen är att orden ras och rasmässig ersätts med "föreställning om ras" i ett antal bestämmelser, bl.a. i straffstadgandena om hets mot folkgrupp och olaga diskriminering.

### *Könsidentitet eller könsuttryck*

Med det i remissen föreslagna utvidgade tillämpningsområdet för brottet hets mot folkgrupp i 16 kap. 8 § brottsbalken begränsas den grundlagsfästa yttrandefriheten.

Enligt 2 kap. 20 § regeringsformen får yttrandefriheten begränsas genom lag, dock bara i den utsträckning som medges i 21–24 §§. Yttrandefriheten får enligt 23 § begränsas med hänsyn bl.a. till allmän ordning och säkerhet och förebyggandet och beivrandet av brott eller om i övrigt särskilt viktiga skäl föranleder det. Enligt 21 § får begränsningar göras endast för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Begränsningen får aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den.

Stor restriktivitet bör iakttas när det gäller att föra in nya grupper under det skydd som bestämmelsen om hets mot folkgrupp ger. I ett tidigare lagstiftningsärende gjordes bedömningen att det saknades belägg för att hetspropaganda mot transpersoner som grupp skulle ha skett på ett sådant sätt att det kunde motivera en ytterligare begränsning av yttrandefriheten (se prop. 2001/02:59 s. 39).

Som framhålls i remissen måste det krävas ett mer påtagligt behov för att kriminalisera hets mot gruppen transpersoner. I det nu föreliggande lagstiftningsärendet är det tillkommande beredningsunderlaget inte särskilt omfattande. Huruvida intresset att skydda transpersoner är ett tillräckligt skäl för att genomföra begränsningar i yttrandefriheten är i grunden en värderingsfråga. Lagrådet motsätter sig inte att gruppen transpersoner ges ett stärkt straffrättsligt skydd.

Den nya ansvarsgrunden ("anspelar på könsidentitet eller könsuttryck") är avsedd att främst få betydelse för just gruppen transpersoner. Men enligt förslaget omfattar den inte bara sådana personer utan även alla som har en könstillhörighet som stämmer överens och alltid har stämt överens med den egna könsidentiteten eller det egna könsuttrycket. Också hets mot kvinnor och män som inte är transpersoner ska kunna bestraffas som hets mot folkgrupp. Den nya kriminaliseringen ska med andra ord ge alla människor samma skydd.

I beredningsunderlaget finns det inget som visar att det behövs ett straffrättsligt ansvar som sträcker sig så långt. Det breda tillämpningsområdet har enligt remissen valts för att transpersoner i lagtexten inte ska pekas ut som avvikande, skäl som i sammanhanget inte kan tillmätas betydelse. Vidare åberopas att nuvarande ansvarsgrunder är allmänt hållna.

Enligt Lagrådets mening är det tveksamt om intresset att skydda gruppen transpersoner mot hets mot folkgrupp gör det nödvändigt att begränsa yttrandefriheten så långt som föreslås i remissen genom att låta regleringen omfatta all könsidentitet och allt könsuttryck. Det kan ifrågasättas om förslaget i detta avseende är förenligt med regeringsformens krav. Till detta ska läggas – vilket utvecklas i det

följande – att brottet hets mot folkgrupp kan sägas omfatta gruppen kvinnor och gruppen män; i praktiken blir det nästan omöjligt att skilja på kön och könsidentitet eller könsuttryck. Förslaget är särskilt betänkligt, eftersom det ska bli ett tryckfrihetsbrott att uttrycka missaktning för en grupp på ett sätt som anspelar på könsidentitet eller könsuttryck.

Enligt remissen är tanken med den föreslagna utvidgningen av det straffrättsliga ansvaret för hets mot folkgrupp och olaga diskriminering att hets mot gruppen kvinnor eller gruppen män, liksom diskriminering av en kvinna eller en man, fortfarande ska hållas utanför det straffbara området.

Som också sägs i remissen kommer det emellertid att bli svårt att i praktiken avgöra omfattningen av det straffrättsliga ansvaret.

Utslagsgivande för frågan huruvida ansvar för hets mot folkgrupp föreligger ska vara om det rör sig om en anspelning just på könsidentitet eller könsuttryck och inte på könet. Åtskillnad måste göras mellan å ena sidan sådana uttalanden och meddelanden som anspelar på tillhörighet till någon av grupperna kvinnor och män (dvs. kön) och å andra sidan sådana som anspelar på dessa grupperns könsidentitet eller könsuttryck. Vänder sig gärningsmannen mot gruppen kvinnor eller gruppen män, ska gärningen enligt remissen inte vara straffbar som hets mot folkgrupp. Om udden i stället riktas mot hur medlemmar i den grupp som uttalandet avser själva identifierar sig eller uttrycker sig med avseende på kön, ska det däremot vara fråga om hets mot folkgrupp.

Motsvarande överväganden ska enligt remissen göras i fråga om olaga diskriminering. Det ska utgöra olaga diskriminering att diskriminera en kvinna för att hon identifierar sig som kvinna eller en

man för att han genom sin klädsel uttrycker sig på ett sätt som män brukar – men inte för att personen *är* kvinna eller man.

Även om det teoretiskt sett finns en skillnad mellan å ena sidan (biologiskt) kön och å andra sidan könsidentitet eller könsuttryck, lär det i praktiken inte gå att avgöra om ett hot eller en diskriminering beror på kön eller på könsidentitet eller könsuttryck, alternativt på såväl kön som könsidentitet eller könsuttryck.

Alldeles bortsett från att den föreslagna kriminaliseringen går längre än som behövs kan den enligt Lagrådets mening inte anses uppfylla de krav som måste ställas på straffrättslig lagstiftning. Frågan om en viss handling är straffbar eller inte blir beroende av en många gånger oklar och flytande gräns mellan en handling som riktar sig mot kön och en handling som avser könsidentitet eller könsuttryck.

Från legalitetssynpunkt är detta i hög grad betänkligt. Svårigheterna kan inte – såsom görs i remissen – avfärdas med hänvisning till att det blir en bevisfråga om hotet eller diskrimineringen gäller könsidentitet eller könsuttryck och inte kön. Att oklarheten vid läsning av lagtexten kanske i någon mån kan minska för den som tar del av förarbetena undanröjer givetvis inte problemet.

Tillämpningsproblem uppkommer också om ”könsidentitet eller könsuttryck” förs in i diskrimineringslagen. I den lagen används nu ”könsöverskridande identitet eller uttryck”. Begreppet definieras som att någon inte identifierar sig som kvinna eller man eller genom sin klädsel eller på annat sätt ger uttryck för att tillhöra ett annat kön. Det nya uttryckssättet syftar till att utvidga diskrimineringsgrunden så att alla individer kommer att omfattas av diskrimineringsskyddet. Det konstateras samtidigt att det i praktiken främst är transpersoner som är i behov av skyddet.

Den nya diskrimineringsgrunden skulle alltså omfatta även den som anser sig ha en identitet som stämmer överens med det biologiska könet. Men sådana helt triviala situationer täcks redan av diskrimineringsgrunden kön. För Lagrådet ter det sig egenartat att då i stället – eller som ett alternativ – tillämpa den nu föreslagna nya diskrimineringsgrunden. Större rättsliga problem skulle uppkomma vid tillämpningen av de regler i lagen som ska gälla för kön men inte för könsidentitet eller könsuttryck (se exempelvis 2 kap. 12 a och 13 a §§ och 3 kap. 9 § diskrimineringslagen). Den frågan är inte uppmärksammas i remissen. Lagrådet hänvisar till vad som har anförts om den straffrättsliga lagstiftningen.

När det gäller förslaget att införa ”könsidentitet eller könsuttryck” i 29 kap. 2 § 7 brottsbalken konstaterar Lagrådet att det redan nu utgör en försvårande omständighet att kränka transpersoner. Enligt vad som uttalas i förarbetena kan bestämmelsen tillämpas om ett motiv för brottet har varit att kränka en person eller en grupp av personer på grund av transvestism eller transsexualism (se prop. 2001/02:59 s. 61). Så har bestämmelsen också kommit att tolkas. Det saknas därmed skäl för den föreslagna ändringen.

Med hänvisning till det anförda avstyrker Lagrådet att ”könsidentitet eller könsuttryck” förs in i de aktuella lagförslagen.

Vid denna bedömning saknas det anledning för Lagrådet att i övrigt kommentera den föreslagna regleringen eller de ställningstaganden i olika gränsdragningsfrågor som redovisas i remissen.

Frågan om en lagtekniskt godtagbar ordning för att åstadkomma det eftersträfvade skyddet för transpersoner bör övervägas vidare. Ett sätt kan vara att låta hets mot folkgrupp och olaga diskriminering

omfatta även "könsöverskridande identitet eller uttryck", dvs. det begrepp som nu används i diskrimineringslagen.

### *Föreställning om ras*

I remissen föreslås att orden ras och rasmässig ersätts med "föreställning om ras" i vissa straffrättsliga och straffprocessuella bestämmelser och i utlänningslagen. Tanken är att lagtexten ska markera ett avståndstagande från idéer om att människor kan delas in i olika raser; det finns inte någon vetenskaplig grund för en sådan indelning. Avsikten är däremot inte att ändra bestämmelsernas tillämpningsområde.

Uttrycket föreställning om ras kommer ursprungligen från de överväganden som 1999 års diskrimineringsutredning gjorde (SOU 2001:39). Det ska anmärkas att utredningen dock inte presenterade några lagförslag där begreppet användes.

I enlighet med vad riksdagen i olika sammanhang har uttalat är det enligt Lagrådets mening önskvärt om ordet ras kan undvikas i författningar.

Frågan är dock komplicerad. En förutsättning för att ordet ras ska kunna utmönstras måste vara att detta inte riskerar att medföra ett svagare skydd för utsatta grupper. Skilda överväganden om lämpligheten av att använda ordet ras är nödvändiga, beroende på författningens närmare innebörd och utformning. Särskilda hänsyn måste tas i fråga om straffrättsliga bestämmelser. Enbart det förhållandet att en författning använder ordet ras innebär inte heller att den kan anses utgå från en idé om att människor kan delas in i olika raser. Vidare ansluter flera av de aktuella författningarna till Sveriges internationella åtaganden. Det måste krävas att ändringen inte kan komma i konflikt med dessa åtaganden.



Lagrådet konstaterar att den lagtekniska utformningen också här är problematisk.

I remissen föreslås att lagtexten i 16 kap. 8 § brottsbalken om hets mot folkgrupp ändras så att det straffrättsliga ansvaret ska gälla den som i ett meddelande hotar eller uttrycker missaktning för en folkgrupp eller annan sådan grupp av personer ”på ett sätt som ger uttryck för en föreställning om ras”. Enligt den nuvarande lydelsen gäller ansvaret den som hotar eller uttrycker missaktning med anspelning på ras. En liknande ändring föreslås i 16 kap. 9 § om olaga diskriminering, liksom i 29 kap. 2 § om försvårande omständigheter vid bedömningen av ett brotts straffvärde och i åtalsregeln i 5 kap. 5 §.

Mera allmänt kan noteras att användningen av ”ras” i dessa bestämmelser inte kan sägas innebära att lagstiftningen utgår från att människor kan indelas i raser. Lagens budskap är att en sådan indelning inte är försvarbar och därför ska motverkas straffrättsligt. Den i remissen föreslagna ganska omständliga omskrivningen skulle försvaga den nuvarande lagtextens raka och enkla avståndstagande till rastänkande.

Av större rättslig och praktisk betydelse är att den föreslagna lagtexten inte – som syftet är – behåller samma tillämpningsområde som den nuvarande. I själva verket skulle ett genomförande av förslaget medföra att det straffbara området ändras och begränsas.

I dag är regleringen av brottet hets mot folkgrupp i 16 kap. 8 § brottsbalken utformad så att man i lagtexten försöker beskriva en gärning som grundar sig på en uppfattning eller föreställning hos gärningsmannen eller ett särskilt klandervärdt motiv för hans eller

hennes handlande. Men som den nuvarande lagtexten är avfattad behöver denna föreställning inte utredas närmare. Det är tillräckligt att gärningsmannen i sitt hotfulla meddelande kan anses ha anspelat på ras, dvs. i princip ska en objektiv bedömning av detta göras. Den nuvarande lagtexten tar på så sätt sin utgångspunkt i föremålet för anspelningen, den grupp personer som ska skyddas.

Enligt den föreslagna lagtexten, och vad som anförs i utredningsbetänkandet, ska det avgörande i fortsättningen i stället vara vilka föreställningar om ras som finns hos den enskilde gärningsmannen (jfr SOU 2015:103 s. 156 och 282). Till skillnad från vad som nu gäller måste det därmed utredas vilken uppfattning gärningsmannen har i frågan om människor kan delas in på en sådan grund. Samtidigt kan naturligtvis inte alla sådana föreställningar vara relevanta; domstolen måste ta ställning till om det kan anses röra sig om en föreställning om "ras". Och många gånger lär det också vara så att gärningsmannen inte kan sägas ha några egentliga rasidéer utan bara rakt av uttrycker sig hotfullt eller missaktande med en mera allmän anspelning på rasföreställningar (jfr t.ex. NJA 1982 s. 128). Över huvud taget framstår det som olämpligt att det straffrättsliga förfarandet ska behöva inriktas på att få fram vilka tankar och idéer gärningsmannen kan ha.

Med remissens förslag måste gärningsmannens föreställning om ras dessutom på något sätt ha kommit till uttryck i det hotfulla meddelandet. Det är inte – som med nuvarande lagtext – tillräckligt att gärningsmannen i meddelandet anspelar på ras. Kravet för att det ska anses röra sig om en anspelning är i dag förhållandevis lågt. Även uttalanden som innefattar kränkande beskyllningar eller nedsättande handlingar som bara indirekt grundas på ras faller under straffansvaret; också bara en indirekt hänvisning till en kränkande benämning på ras omfattas (jfr NJA II 1948 s. 357).

Med remissens förslag torde det i och för sig vara tillräckligt att gärningsmannens rasistiska föreställning kommer till indirekt uttryck i meddelandet. Det står ändå klart att det straffbara området inte skulle sträcka sig så långt som det nuvarande, där det räcker med ett konstaterande att gärningsmannen hänsyftar på ras. Inte heller framstår det som ändamålsenligt att denna ansvarsgrund ska skilja sig från ansvar för anspelning på t.ex. hudfärg eller etniskt ursprung, särskilt som lagtextens beskrivningar av de skyddade grupperna delvis sammanfaller.

Motsvarande invändningar kan riktas mot den föreslagna utformningen av 16 kap. 9 § brottsbalken om olaga diskriminering.

Dessa straffrättsliga bestämmelser ansluter till FN:s konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering. Enligt Lagrådets mening är det inte givet att det mera begränsade tillämpningsområde som remissens förslag innebär är i samklang med konventionens krav.

Det ska också anmärkas att motsvarande diskrimineringsförbud i Europakonventionen och EU-stadgan gäller särbehandling på grund av "ras". Europakonventionens och stadgans förbud kommer att vara parallellt tillämpliga med de föreslagna nya bestämmelserna om hets mot folkgrupp och olaga diskriminering. Konsekvenserna av detta förhållande berörs inte i remissen, som utgår från att tillämpningsområdet för straffbestämmelserna består oförändrat.

Förslaget innebär särskilda svårigheter när det gäller lagen om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser. Genom lagen ska Sverige uppfylla sina förpliktelser enligt Romstadgan. Stadgans reglering av folkmord och brott mot mänskligheten utgår

närmast från en objektiv bedömning av om den angripna folkgruppen är rasmässigt bestämd (jfr artiklarna 6 och 7). Enligt Lagrådets uppfattning kan det ifrågasättas om den i remissen föreslagna omskrivningen – bestämd utifrån en föreställning om ras – inte kommer i konflikt med stadgans krav. I tidigare lagstiftningsärenden har bedömningen gjorts att den svenska lagtexten bör ligga nära stadgans utformning (prop. 2013/14:146). Det kan tilläggas att redan det i stadgan och lagen använda ordet "rasmässig" ger uttryck för en distansering.

Med hänvisning till att lagändringarna lagtekniskt är utformade så att de skulle medföra ett sämre skydd för utsatta grupper avstyrker Lagrådet förslaget att "ras" och "rasmässig" ersätts med "föreställning om ras" i de remitterade författningarna.