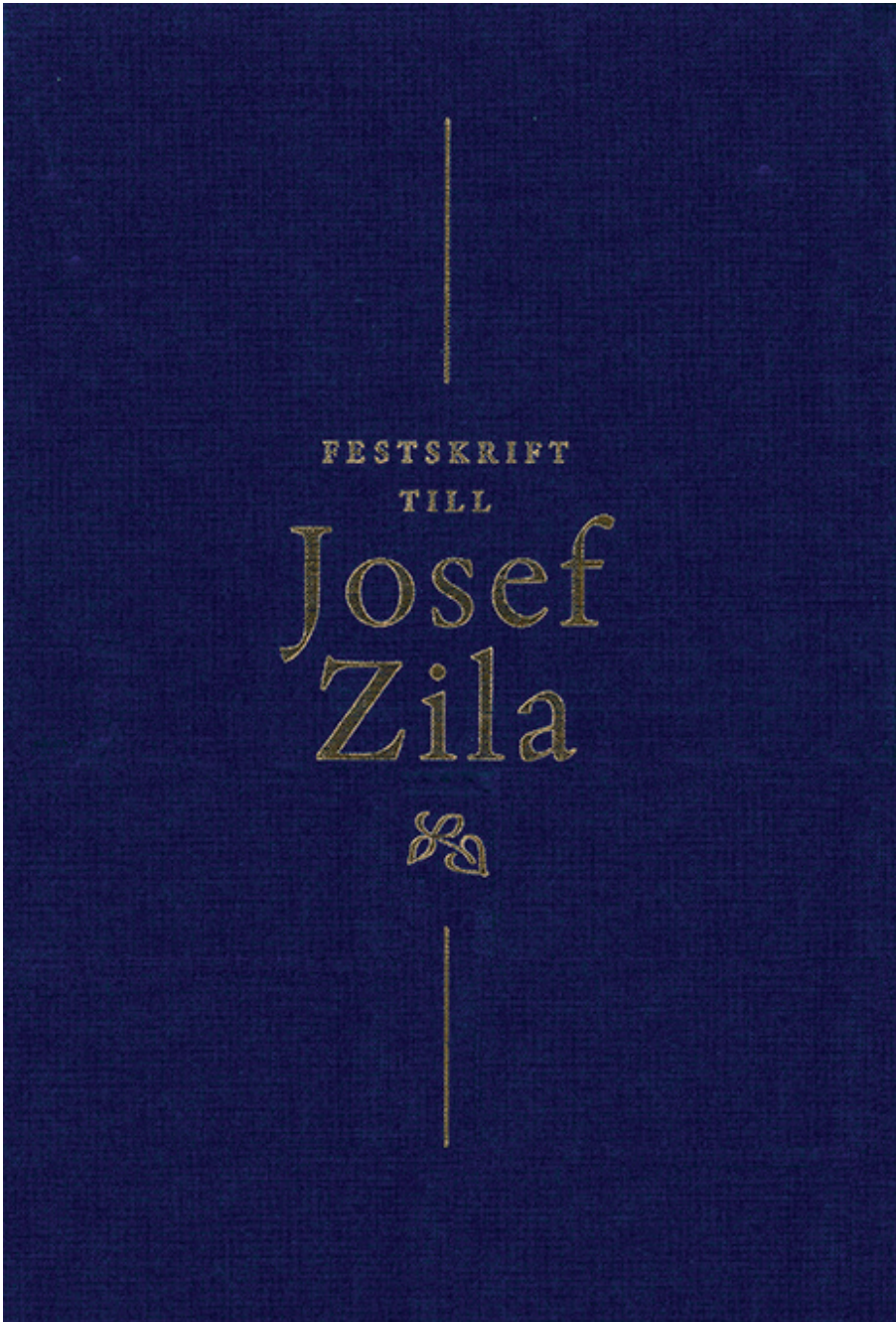


Särtryck ur



Iustus Förlag, Uppsala 2013
ISBN 9789176788578

Petter Asp

Barnpornografibrottet och den svenska rättvisan

Barnpornografibrottet har genom åren varit föremål för mycken rättspolitisk diskussion. Under 1990-talet var t.ex. den allt överskuggande huvudfrågan om innehav av barnpornografi i tryckt skrift skulle kriminaliseras och hur man i så fall skulle hantera de frågor som var kopplade till tryckfriheten.¹ Även om kriminaliseringen onekligen utgjorde ett genombrott – såtillvida att det för första gången blev det otillåtet att inneha en tryckt skrift² – och även om materialet sedan tidigare kunnat bli föremål för förverkande (sedan 1995 på ett mer eller mindre heltäckande sätt)³ måste kriminaliseringen i grunden, eller i sin kärna, sägas framstå som rimlig.

En helt annan sak är att kriminaliseringen svårligen kan sägas ha avgränsats på ett godtagbart sätt.⁴ Detta påstående har för det första en rent om-

¹ Se allmänt t.ex. Persson, Exklusivitetsfrågan – om förhållandet mellan tryckfrihet, yttrandefrihet och annan rätt, Stockholm 2002 s. 331 ff.

² Se t.ex. konstitutionsutskottets betänkande 1993/94:KU28 s. 12 ff. och 23 och prop. 1997/98:43 s. 60 f.

³ Se konstitutionsutskottets betänkande 1994/95:KU6. Vissa frågor om tillämpning av förverkandebestämmelsen i lagen (1994:1478) om förverkande av barnpornografi (frågan gäller bl.a. om digitala lagringsmedia kan förverkas enligt nyss nämnda lagstiftning) väntar för närvarande på Högsta domstolens bedömning. Se bl.a. Åklagarmyndighetens svarsskrivelse ÅM 2012/4314 och Högsta domstolens beslut av den 28 januari 2013 att bevilja prövningstillstånd.

⁴ Se Asp, Ulväng & Jareborg, Kriminalrättens grunder, Svensk straffrätt I, Uppsala 2010 s. 72.

fångsmässig aspekt: bestämmelsen i 16 kap. 10 a § brottsbalken omfattar inte bara bilder avseende verkliga barn i sexuella situationer utan också sådan barnpornografi som framställts på annat sätt, t.ex. genom montage, genom dataanimering eller, ytterst, genom teckning eller målning. Det finns emellertid, och för det andra, också en mer förutsebarhetsrelaterad aspekt på saken. Det kan nämligen också hävdas att bestämmelsen åtminstone i vissa avseenden är alltför otydligt avgränsad. En särskild svårighet är att det i olika sammanhang måste göras en skillnad mellan pornografi å den ena sidan och skildring av sex, sexuella situationer och vanlig nakenhet å den andra. Denna fråga har också en tryck- och yttrandefrihetsaspekt, vilket vi kommer tillbaka till senare. För tillfället är det tillräckligt att konstatera att nyss nämnda förhållanden har lett till att barnpornografibrottet under senare år har kommit att debatteras och diskuteras i flera sammanhang.

Det första och mest handfasta exemplet på en debatt knuten till barnpornografibrottets utformning gäller det mål som sist och slutligen kom att bli *NJA 2012 s. 400*. Fallet gällde ansvar för innehav av drygt 50 s.k. mangabilder, dvs. bilder i vad man skulle kunna kalla japansk serietidningsform med stiliserade figurer, och den som åtalades (SL) var expert på japansk kultur, hade bott i Japan och ägnade sig bl.a. åt översättning av just mangaserier. De aktuella bilderna var tecknade och avsåg med något undantag figurer som inte var verklighetstroga (av hovrättens dom framgår t.ex. att "[n]ågra av de avbildade karaktärerna har kattliknande öron och svansar medan vissa saknar näsa eller mun"). Målet väckte förvisso ifrågasättanden av mangaseriekulturen, men också – och framför allt – ifrågasättanden av huruvida det är rimligt att barnpornografibrottet innefattar också bilder som är framställda genom teckning, måleri etc.⁵

Det andra exemplet (*The Santas*) avser en självanmälan för barnpornografibrott – som nog närmast var avsett att samtidigt vara ett politiskt utspel – vilken slutade i ett beslut att inte inleda förundersökning. Självanmälan gjordes av riksdagsledamoten Maria Abrahamsson (M)⁶ efter att hon i Dagens Nyheter hade läst en artikel om konstnären Tala Madani vars tavlor ställdes

⁵ Se t.ex. Leijonhufvud, "Det ska inte vara straffbart att avbilda fiktiva barn." DN-debatt den 5 augusti 2010, Elmgren och Knutsson, "Det här är inte barnpornografi." Aftonbladet debatt den 8 november 2011, Schultz, "HD lämnar den viktigaste frågan obesvarad." SVT debatt den 15 juni 2012 samt Leijonhufvud, "En helt rimlig dom i HD." Aftonbladet debatt den 15 juni 2012.

⁶ Abrahamsson har tidigare i en motion uppmanat riksdagen att tillkänna för regeringen att det bör övervägas ett tydliggörande av bestämmelsen i 16 kap. 10 a § brottsbalken (så att den tar sikte på "verkliga barn och inte tecknade figurer"). Se motion 2012/13:Ju318, Skilj på mangabarn och barn av kött och blod.

ut på Moderna museet i Malmö. I anslutning till artikeln fanns en bild på ett av verken, *The Santas*, vilket föreställer fyra halvnakna män med olika huvudbonader (åtminstone två har totemössor) som står runt en spjalsäng och pekar med sina penisar mot barnet i sängen. Mindre än två veckor efter självanmälan beslöt överåklagaren Mats Åhlund att det inte fanns skäl att inleda förundersökning.

Det tredje exemplet (**Ligg med mig**) är mer blygsamt och gäller vad som kunde ha blivit en debatt, men som knappast kan sägas ha blivit mycket mer än en notis. Christian Engström, svensk företrädare för Piratpartiet i EU-parlamentet, varnade redan i december 2011 på sin hemsida för att ett nytt EU-direktiv skulle kunna leda till långtgående konsekvenser, bl.a. genom att det skulle träffa ungdomsfilmer som skildrar barn i sexuella situationer. Frågan togs sedermera upp av P1:s Kulturnytt i anslutning till Högsta domstolens dom i NJA 2012 s. 400, och då nämndes bl.a. att filmer som *Ligg med mig* (en norsk ungdomsfilm), men även sådana filmer som *Fucking Åmål* och *Himlen är oskyldigt blå*,⁷ skulle kunna komma att bli förbjudna vid ett genomförande av direktivet. Som antytts blev det emellertid inte mycket mer än en notis av det hela.⁸

I det följande ska jag granska dessa diskussioner och försöka peka på åtminstone ett par av de lärdomar vi kan dra av dem.

* * *

Låt oss ta vår utgångspunkt i NJA 2012 s. 400, och därifrån länka oss vidare till de andra händelserna. I fallet stod alltså SL, som bl.a. varit verksam som översättare av mangaserier och som hade ett starkt intresse för japansk kultur, åtalad för innehav av 51 st. mangabilder som enligt åklagaren var barnpornografiska till sin karaktär. Uppsala tingsrätt fann (1) att bilderna föreställde människor som inte fullbordat sin pubertetsutveckling, (2) att de var pornografiska till sin karaktär och (3) att gärningen inte omfattades av undantaget för sådana hantverksmässigt framställda bilder som inte är avsedda för spridning. Efter att ha konstaterat att SL haft uppsåt både till att bilderna föreställde barn och till att de var pornografiska till sin karaktär fann tingsrätten att förutsättningarna för barnpornografibrott var för han-

⁷ Vad gäller *Fucking Åmål* kan jag inte minnas att det överhuvudtaget finns några scener som kommer i närheten av att vara pornografiska, men jag har inte sett om filmen och kan förstås ha fel.

⁸ Kulturnytt den 18 juni 2012. Se: <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=478&artikel=5155700>

den. SL dömdes till 80 dagsböter. Hovrätten gick såvitt gäller huvuddelen av bilderna på samma linje som tingsrätten, men vad gäller fyra av bilderna fanns ”sådan osäkerhet i fråga om den avbildade personens pubertetsutveckling att det inte med tillräcklig grad av säkerhet [kunde] slås fast att de föreställer barn” och beträffande åtta bilder ansågs ”tveksamt om det väsentliga ändamålet är att påverka åskådaren sexuellt”.⁹ Bilderna bedömdes därför inte vara barnpornografiska.

Följaktligen återstod 39 bilder vid Högsta domstolens prövning. 38 av dessa bilder avsåg, enligt Högsta domstolen, visserligen barn, men samtidigt var det klart att det rörde sig om fantasifigurer och det var enligt domstolen ”uppenbart att det inte [var] fråga om några avbildningar av några verkliga barn”. Med hänsyn till att det skyddsintresse som ligger bakom bestämmelsen måste anses ”uttunnat” i sådana fall fann Högsta domstolen att avgränsningen av straffbestämmelsens tillämpningsområde var oklar i denna del och att tolkningen av bestämmelsen då måste ske med beaktande av grundläggande principer om yttrandefrihet och informationsfrihet såsom de kommer till uttryck i framför allt regeringsformen och Europakonventionen. Vid denna prövning fann domstolen till att börja med att en fällande dom skulle utgöra en begränsning av yttrande- och informationsfriheten enligt regeringsformen. En sådan begränsning är visserligen, under vissa förutsättningar möjlig att göra (se framför allt 2 kap. 20 och 21 §§ regeringsformen), men det förutsätter:

- dels att begränsningen sker genom lag,
- dels att den tillgodoser ett legitimt ändamål (ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle),
- dels att begränsningen inte går utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den (proportionalitetsprincipen) och heller inte får utgöra ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar.

Vad gäller dessa punkter menade Högsta domstolen att de båda förstnämnda förutsättningarna var uppfyllda (se punkterna 17 och 18 i avgörandet). Även med beaktande av att syftet bakom bestämmelsen i 16 kap. 10 a § brottsbalken också varit att skydda mot de kränkningar av barn i allmänhet som ligger i barnpornografi (något slags kränkning av kollektivet eller av en abstrakt idé) fann emellertid Högsta domstolen att en kriminalisering av bilder av denna typ inte stod i proportion till syftet med åtgärden:

⁹ Den som vill kan här ställa sig frågan om hovrätten i dessa delar anser sig hantera en rättsfråga eller en sakfråga.

”Att det över huvud taget förekommer pornografiska teckningar med motiv som kan föra tankarna till barn är knappast en sådan kränkning av barn i allmänhet att det motiverar den förhållandevis långtgående inskränkning i yttrandefriheten och informationsfriheten som det skulle innebära om realistiska sådana teckningar utan undantag kriminaliserades. Inte heller det skäl som består i att man vill undgå risken att barn ska kunna förledas att delta i sexuella handlingar motiverar en sådan begränsning. Till detta kommer att mangateckningar har en stark förankring i den japanska kulturen och att det mot den bakgrunden finns skäl att beakta vikten av vidaste möjliga yttrandefrihet och informationsfrihet.” (punkt 23)

Kriminaliseringen tolkades alltså mot bakgrund av regeringsformens reglering av yttrande och informationsfriheten (dvs. den tolkades grundlagskonformt) och därigenom konstruerades tillämpningsområdet på så sätt att de 38 bilderna föll utanför bestämmelsen.

Den 39:e och sista bilden ansågs emellertid vara verklighetstrogen och den omfattades därför av bestämmelsen. Innehavet av denna bild ansågs emellertid mot bakgrund av att den tilltalade var expert på ”japansk kultur, inte minst mangateckningar”, att han ”bott i Japan ... och ... arbetat bl.a. som översättare av mangaserier” samt att han haft ”stora mängder mangateckningar i sin dator”, vara försvarligt, dvs. gärningen ansågs falla under det undantag som vid tidpunkten för gärningen fanns i 16 kap. 10 a § femte stycket och som numera återfinns i 16 kap. 10 b § brottsbalken. (Se punkt 26.)

Vad finns då att säga om Högsta domstolens avgörande i *NJA 2012 s. 400* om man relaterar det till debatten om barnpornografibrottets gränser?

Alldeles klart är att avgörandet bidrar till att avgränsa straffbestämmelsens tillämpningsområde och att man därigenom skapar möjlighet att nå ett resultat som framstår som betydligt rimligare än det resultat man skulle nå om man bara utgår ifrån bestämmelsens ordalydelse och förarbetena. Högsta domstolens uttalanden om att skyddsintresset är ”uttunat” beträffande de 38 bilderna återspeglar, kort och gott, det faktum att skälen för kriminalisering i denna del svårligen kan anses bärande. Självfallet är detta påstående beroende av vilken typ av kriminaliseringslära eller vilket slags kriminaliseringsprinciper man är beredd att godta. Det torde emellertid kunna sägas att en kriminalisering av (a) teckningar som föreställer (b) icke verklighetstroga figurer förutsätter en närmast *laissez faire*-inriktad kriminaliseringsteori för att kunna legitimeras.¹⁰

¹⁰ Se och jfr här Lernestedt, *Kriminalisering. Problem och principer*. Uppsala 2003 s. 172 f. som träffande talar om *överjästa degar*, dvs. ungefärligen att kriminaliseringen i sin konkreta utformning saknar kontakt med det kärnintresse som motiverar ett ingripande. Se rörande

* * *

Samtidigt som Högsta domstolen genom NJA 2012 s.400 bidrar till att avgränsa tillämpningsområdet är det alldeles klart att avgörandet inte löser alla de frågor som kan ställas kring barnpornografibrottets utformning.

En första kvarstående fråga gäller hur man på ett mer allmänt plan ska förhålla sig till teckningar och andra liknande hantverksmässigt framställda bilder. I denna del bör det stå klart att man måste göra en skillnad mellan vad som faktiskt gäller (de lege lata) och vad som bör gälla (de lege ferenda). De lege lata är det tydligt – det följer dels av förarbetena, dels av Högsta domstolens avgörande (se punkt 10), dels av utformningen av undantagen i 16 kap. 10 b § brottsbalken – att tecknade bilder i och för sig omfattas av bestämmelsen. En annan sak är att man i enlighet med NJA 2012 s. 400 måste göra en bedömning av om dylika bilder, på grund av att de inte är verklighetstroga (eller, möjligen, av annat skäl), är sådana att det med stöd av regeringsformen (och Europakonventionen)¹¹ finns skäl att tolka bestämmelsen på så vis att bilderna ändå inte omfattas av bestämmelsen.

I denna del kan noteras att användningen av de riktlinjer som följer av Högsta domstolens avgörande – de kan sägas innebära någonting i stil med att icke verklighetstroga teckningar inte kan anses kriminaliserade – försvåras av att de flesta inte har sett de teckningar som var föremål för bedömning. Även om sekretessen beträffande de bilder som inte ansågs vara pornografiska släpptes i samband med domen (se punkt 28) kan bilderna knappast sägas vara allmänt tillgängliga (man finner dem i vart fall inte medelst en enkel google-sökning). Man kan uttrycka det så att användningen av riktlinjerna förutsätter en jämförelse med bilder som få har tillgång till eller ens har sett – och detta gäller särskilt den 39:e bilden.

De lege ferenda finns det vidare, som många framhållit, skäl att se över bestämmelsen eller i vart fall än en gång överväga om kriminalisering ska vara så omfattande som den är idag. Man skulle t.ex. kunna begränsa kriminaliseringen på det sätt som har föreslagits av bl.a. Madeleine Leijonhufvud,

frågor om skyddsintresse och konkret utformning av straffbud också Asp, "Anteckningar i anslutning till ett avgörande angående (författningsenlig?) kriminalisering av syskonsamlag", Festskrift till Suzanne Wennberg, Stockholm 2009 s. 35–53.

¹¹ Jfr här NJA 2012 s. 400 med NJA 2005 s. 805. I det förstnämnda fallet ansågs, som framgick av huvudtexten, redan regeringsformens regler om yttrande- och informationsfrihet leda till ett krav på reducerande tolkning. I det sistnämnda fallet ansågs regeringsformen (med beaktande av det uppenbarhetsrekvisit som då gällde enligt 11 kap. 14 § regeringsformen) inte leda dithän, men väl Europakonventionen. Se även Victor, "Svenska domstolars hantering av Europakonventionen", Svensk Juristtidning 2013 s. 394 ff. (som bl.a. berör relationen mellan de båda målen).

dvs. på så sätt att den bara omfattar bilder som dokumenterar övergrepp på riktiga barn:

”Istället för att som nu beteckna och systematisera brottet som ett brott mot allmän ordning (BrB 16 kap.) borde kriminaliseringen finnas bland sexualbrotten, som ett slags häleri-brott (efterföljande delaktighet) till det sexualbrott mot barn som bilden återger (oftast ett övergrepp, som minst ett utnyttjade av barnet för posering).”¹²

Lagstiftningen skulle då närmast bygga på samma tankegång som häleri-brottet med den skillnaden att det inte skulle avse något som är frånhänt annan genom brott utan något som framställts genom, och utgör en avbild av, en brottslig gärning. En sådan reglering kan – såvitt man inte hör till dem som helt vill avkriminalisera innehav – knappast beskyllas för att vara onödigt omfattande. Även om jag har sympati för tanken och även om en sådan avgränsning, åtminstone i teorin, blir relativt tydlig, kan det emellertid ifrågasättas dels om en sådan reglering som generellt undantar ”konstgjorda” bilder kan anses uppfylla de krav som följer av internationella instrument på området (bl.a. det ovan nämnda EU-direktivet), dels, och framför allt, om en sådan avgränsning inte skulle vara för begränsad med hänsyn till de skyddsintressen som trots allt anses ligga bakom bestämmelsen. Man kan t.ex. ställa sig frågan om en bestämmelse som tillåter fullt realistisk data-animerad barnpornografi (som numera antagligen kan göras mycket verklighetstrogen) verkligen skulle vara tillräcklig. Svaret på frågan är säkerligen föremål för olika uppfattningar, och åter bör sägas att svaret ytterst beror på vad man har för uppfattning om vad som krävs för att kriminalisering ska vara godtagbar, bl.a. kan man naturligtvis ha olika uppfattningar om vilka typer av intressen som kan skyddas genom kriminalisering. Jag ska inte ens göra ett försök att besvara den i detta sammanhang, utan vill blott peka dels på att avgränsningsfrågan inte nödvändigtvis är enkel, dels på att en seriös diskussion om densamma förutsätter att vi på allvar diskuterar skyddsintressena bakom brottet. Mellan den nuvarande regleringen och Leijonhufvuds förslag finns naturligtvis en lång rad mellanvarianter. Exempelvis skulle man kunna tänka sig en reglering som i huvudsak tar sikte på barnpornografi enligt Leijonhufvuds modell, men som därtill omfattar konstgjorda bilder under förutsättning att vissa särskilda kvalificerande omständigheter är för handen (t.ex. att bilden inte kan, eller endast svårligen kan, skiljas från en bild som återger ett verkligt övergrepp).

¹² Leijonhufvud, ”En helt rimlig dom i HD”, Aftonbladet debatt den 15 juni 2012. Att avgränsa kriminaliseringen på detta sätt har framstått som ett alternativ sedan länge, jfr t.ex. motion 1993/94:K445.

Det centrala för våra syften är emellertid att konstatera att den bredare frågan om hur barnpornografibrottet bör vara utformat, liksom frågan om tecknade bilder rent generellt ska undantas från ansvar, knappast kan sägas ha varit en fråga som låg inom ramen för vad Högsta domstolen kunde ha åtgärdat. Givet förutsättningarna – den existerande lagstiftningen osv. – var den kort sagt knappast en fråga för Högsta domstolen, och domstolen kan därför knappast beskyllas för att ha underlåtit att ta tag i den.

* * *

En andra kvarstående fråga, som otvivelaktigt är en fråga för rättstillämpningen, är emellertid när en viss bild, en viss film etc. överhuvudtaget kan anses vara (barn)pornografisk till sin karaktär. Denna fråga hade inte bara – mer om det senare – kunnat förtjäna en mer ingående bedömning i **NJA 2012 s. 400** utan den är också helt avgörande för hur **The Santas** och **Ligg med mig** ska bedömas.

Att en sådan bedömning måste göras framgår mer eller mindre tydligt av såväl EU-direktivet som den svenska lagstiftningen.¹³ I EU-direktivet finns vad som skulle kunna benämnas en formell legaldefinition av barnpornografi. Denna ser ut på följande sätt:

I detta direktiv avses med

- a) barn: varje person som är under arton år,
- b) åldern för sexuellt självbestämmande: den ålder under vilken det enligt nationell lag är förbjudet att ägna sig åt sexuella handlingar med ett barn,
- c) barnpornografi:
 - i) allt material som avbildar ett barn som medverkar i en handling med uttrycklig eller simulerad sexuell innebörd,
 - ii) varje avbildning av ett barns könsorgan för i första hand sexuell syften,
 - iii) allt material som avbildar en person som framstår som ett barn som medverkar i en handling med uttrycklig eller simulerad sexuell innebörd eller varje avbildning av könsorganen på en person som framstår som ett barn för i första hand sexuell syften, eller

¹³ Kriminaliseringsförpliktelser följer på detta område av ytterligare ett antal internationella instrument, bl.a. Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp (2007).

- iv) verklighetstroga bilder av ett barn som medverkar i en handling med uttrycklig sexuell innebörd eller verklighetstroga bilder av ett barns könsorgan för i första hand sexuella syften ...

Som framgår av texten förutsätter direktivet enligt punkterna c.ii)–iv) något slags bedömning av huruvida en viss avbildning etc. i första hand har sexuella syften (låt vara att en sådan avgränsning, av oklar anledning, saknas i c.i).¹⁴

Ser vi till den svenska lagstiftningen – som är den som svensk domstol i första hand har att tillämpa – finns visserligen ingen hänvisning till ”sexuella syften” motsvarande den som finns i direktivet. Att det måste göras en bedömning av en bilds pornografiska karaktär vid tillämpning av 16 kap. 10 a § brottsbalken är emellertid klart. Bestämmelsen kriminaliserar olika typer av gärningar som rör skildringar av ”barn i pornografisk bild”. Av detta följer med rent logiskt nödvändighet att man måste göra en bedömning av om bilden är just pornografisk: alla brottsrekvisit har en gräns och det gäller naturligtvis även rekvisitet pornografisk. Det framgår vidare med all önskvärd tydlighet av förarbetena att lagstiftaren avsett, förutsett och förutsatt att en sådan bedömning ska göras, dvs. lagstiftaren har uttryckligen överlämnat till rättstillämparen att göra en bedömning av huruvida en viss bild är (barn)pornografisk. Numera brukar den ledning som står att finna i förarbetena sammanfattas på följande sätt:

”Bilden skall enligt vanligt språkbruk och allmänna värderingar vara pornografisk för att den skall vara straffbar till sitt innehåll. I motiven hänvisades till den användning ordet pornografisk har i bestämmelsen om otillåtet förfarande med pornografisk bild i 16 kap. 11 § BrB. Med pornografisk borde enligt motivuttalanden till detta lagrum förstås en bild som, utan att besitta några vetenskapliga eller konstnärliga värden, på ett ohöjtt och utmanade sätt återger ett sexuellt motiv.”¹⁵

Det kan följaktligen inte råda någon tvekan om att det enligt brottsbalken finns ett utrymme för att bedöma huruvida en viss bild är pornografisk (låt

¹⁴ Tillämpad strikt enligt ordalydelsen skulle definitionen omfatta exempelvis varje form av skildring av ungdomssexualitet i film där skådespelaren är under 18 år. En sådan reglering framstår som långtgående. I sammanhanget bör hänvisas till undantagsregeln i artikel 8(3) i direktivet. Den bestämmelsen tar emellertid sikte på vad man skulle kunna kalla rent privata bilder.

¹⁵ Se t.ex. prop. 1997/98:43 s. 58 och 82 f., prop. 2009/10:70 s. 16 och Ds 2012:45 s. 36 f. Se även Ulväng, Jareborg, Friberg & Asp, *Brotten mot allmänheten och staten*, Uppsala 2012 s. 191 samt Lexino (Nilsson) och *Brottsbalken*. En kommentar (Leijonhufvud), kommentarerna till 16 kap. 10 a § brottsbalken i respektive verk.

vara att kravet på EU-rättskonform tolkning innebär att den bedömningen ytterst måste göras mot bakgrund av EU-direktivet).

I NJA 2012 s. 400 behandlades emellertid frågan om huruvida de 39 bilderna var pornografiska på ett mycket kortfattat sätt (se punkt 4):

”Barnen är helt eller delvis nakna och framställs på ett sådant sätt att det måste anses vädja till sexualdriften. På de flesta bilderna är könet synligt och på några bilder utförs sexuella handlingar. Teckningarna får anses pornografiska.”

Högsta domstolens resonemang i denna del kan inte sägas ge särskilt mycket ledning vad gäller frågan om hur man särskiljer det pornografiska – eller mer specifikt: hur man avgör om tecknade serier är pornografiska. Frågan hade kanske kunnat vara värd en utförligare behandling, inte minst mot bakgrund av att det skulle kunna hävdas att Mangalitteraturen ”besitt[er] ... konstnärliga värden”; i vart fall är det knappast uppenbart att den inte gör det. Även om en sådan behandling inte hade påverkat utgången (Högsta domstolen konstaterar ju uttryckligen att ”[t]eckningarna får anses pornografiska”), skulle mer explicita resonemang i dessa delar ha kunnat bidra till att klargöra eller åtminstone förtydliga bestämmelsens tillämpningsområde, särskilt i förhållande till tecknad eller målad barnpornografi.¹⁶

* * *

Om vi övergår till de andra exempel som återgivits ovan blir det sålunda tydligt att en bedömning av vad som utgör pornografi – till skillnad från annan skildring av sex eller nakenhet – är avgörande för om bestämmelsen i 16 kap. 10 a § brottsbalken överhuvudtaget aktualiseras.

Låt oss börja med **The Santas** och med Abrahamssons självanmälan: Var hamnar vi om vi bedömer den Abrahamssonska självanmälan utifrån brottsbeskrivningens krav på att straffbarhet förutsätter att bilden ifråga är (barn)pornografisk?¹⁷

¹⁶ Se här även Åklagarmyndighetens svarsskrivelse ÅM 2011/4337 s. 10: ”I synnerhet innebörden i rekvisitet pornografisk ... vore av värde att få [belyst] av Högsta domstolen.” Se och jfr Axberger, Mangadomen, Juridisk Tidskrift 2012-13 s. 893 ff. som argumenterar för att målet borde ha avgjorts genom en tillämpning av försvarlighetsrekvisitet.

¹⁷ Det förhållandet att den centrala och grundläggande frågan är om bilden överhuvudtaget kan sägas vara barnpornografisk hindrar naturligtvis inte att också själva innehavsformen (”innehav som bygger på innehav av Sveriges största dagstidning”) i sig väcker spännande frågor. Man skulle kunna argumentera för en tillämpning av försvarlighetsrekvisitet, byggd på att innehav av enstaka bilder publicerade som ett seriös led i den allmänna opinionsbildningen rimligen inte kan anses oförsvarligt.

Enligt min mening kan det inte råda någon tvekan i denna del. Det framstår kort sagt som uppenbart att Madanis ”Santas” inte kan karaktäriseras som pornografisk. Jag vill inte påstå att det i allmänhet är lätt att dra gränsen mellan pornografi och icke-pornografi, men *om* en sådan gräns ska dras (vilket förutsätts i lagstiftningen), och *om* den ska dras med de anvisningar som lämnas i de svenska förarbetena kan Madanis The Santas knappast sägas tillhöra gruppen hard ”hard cases”.¹⁸

Detta var också den slutsats som åklagaren i ärendet nådde:

”Det förfarande som anmälts är inte brottsligt. Den nu aktuella bilden är ett av flera verk som ingår i en konstutställning i Malmö som har recenserats i tidningen Dagens Nyheter. Bildens konstnärliga kvalitet är det inte min sak som åklagare att uttala mig om. Det kan dock antas att denna framställts i konstnärligt syfte. Det kan i varje fall inte antas att den framställts i pornografiskt syfte eller att den skulle vara ägnad att påverka betraktaren i sexuellt hänseende. Bilden är därför inte pornografisk i brottsbalkens mening. Maria Abrahamssons innehav och uppgivna spridning av bilden förändrar inte detta.”

Man kan naturligtvis diskutera formuleringarna i beslutet (hur långt handlar det om att gå in på framställarens syften och i vilken utsträckning kan dessa skiljas från vad bilden syftar till?), men det är uppenbart att åklagaren utnyttjar just det ovan nämnda bedömningsutrymmet och med tillämpning av detta kommer fram till slutsatsen att bilden inte är pornografisk.

* * *

Som ett sidospår kan noteras att jag genom att uttala mig om bilden, liksom åklagaren, eller kanske snarare i än högre grad än åklagaren, utsätter mig för de invändningar som Jens Liljestrand gav uttryck för i Expressen:

”Åklagaren har nu lämnat besked om att förundersökning inte inleds, eftersom ’det inte kan antas’ att bilden ’framställts i pornografiskt syfte’. På vilka grunder kan man ’anta’ det? Är den gode åklagaren kanske konstexpert? Psykolog? Medium? Denna absurda lag blir bara grumligare ju mer den granskas.”¹⁹

¹⁸ I sammanhanget bör kanske nämnas att jag till Svenska Dagbladet gav följande kommentar till anmälan (se ”Anmäler sig själv för barnporrbrott”, Svenska Dagbladet den 27 mars 2013: ”Jag bedömer det som uteslutet med ansvar för innehav i ett fall som det här. Men hela frågan visar väl kanske att gränsdragningen mellan vad som är barnpornografi och vad som inte är det inte alltid är så enkel som vi föreställer oss. Maria Abrahamssons syfte är väl närmast att argumentera för att lagen är för generell i sin nuvarande [l]ydelse, säger han.”

¹⁹ Liljestrand, ”Tomtar på loftet.”, Expressen den 10 april 2013.

Jag tror emellertid inte särskilt mycket på Liljestrands kritik. Den träffar kort sagt, också om hans kritiska hållning till lagstiftningen i grunden är befogad, inte rätt och det beror ytterst på en bristande förståelse avseende såväl rättens karaktär som dess verktyg. Visst finns det problem med att förbjuda pornografi (till och med att förbjuda barnpornografi) – och ett av de centrala problemen är onekligen att det förutsätter att pornografi kan avgränsas från andra skildringar av sexualitet. Det hindrar emellertid inte att vi, precis som på andra livsområden, kan sätta upp gränser också där inga naturliga finns och att vi i konkreta fall kommer att behöva göra bedömningar av om gränserna har överträtts. Dyliga gränser kan vara svårare eller lättare att dra och lagstiftarens anvisningar om hur de ska dras kan vara mer eller mindre tydliga, men gränsdragning och särskiljande hör till juridikens eller rättens grunduppgifter och rättstillämpning fordrar alltid att bedömningar görs. I den meningen är det bara fånigt att göra sig lustig över åklagarens bedömning.

I det här fallet handlar det kort sagt, och litet förenklat, om att bedöma om The Santas är ”en bild som, utan att besitta några vetenskapliga eller konstnärliga värden, på ett ohöljt och utmanade sätt återger ett sexuellt motiv”. Jag kan inte finna att bedömningen är särskilt besvärlig att göra och jag kan heller inte finna skäl som talar för att man bör nå en annan slutsats än åklagaren. Bilden återger förvisso ett sexuellt motiv, men den kan knappast sägas återge detta ohöljt och utmanande (bilden är påfallande detaljfattig och karikerande och långt ifrån vad man skulle kunna kalla realistisk) och det framstår vidare som klart att den besitter ett konstnärligt värde, eller i vart fall att det finns en konstnärlig ambition bakom den. Man kan diskutera hur detta bäst bör uttryckas, men få torde ha några problem att acceptera denna beskrivning eller ha några invändningar mot att den beskrivna bedömningen måste göras.

Liknande ”kriminaliseringsavgränsande” bedömningar förekommer t.ex. vid hets mot folkgrupp i 16 kap. 8 § brottsbalken (där det förutsätts att man gör en bedömning av om ett visst yttrande innebär att man hotar eller ”uttrycker missaktning” jämfört med att man ”kritiskt diskuterar”) liksom vid tillämpning av bestämmelsen om medverkan i 23 kap. 4 § brottsbalken (där det förutsätts att man vid tillämpning av bestämmelsen på något sätt kan avgränsa vad som utgör ett främjande – inte allt som underlättar att brott förövas kan rimligen vara kriminaliserat).²⁰

²⁰ Även brottstyper som tar sikte på så handfasta följder som kroppsskada och död (tänk t.ex. på bestämmelserna om mord, misshandel och vållande till annans död) aktualiserar ständigt bedömningar av huruvida gärningen orsakat skadan på ett sådant sätt som förutsätts

Därmed är inte sagt att lagstiftningen inte har brister.

Därmed är inte heller sagt att Abrahamssons självanmälan saknar poäng. Jag uppfattar den i första hand som ett försök att skapa politisk uppmärksamhet kring frågan om kriminaliseringen har en rimlig utformning och omfattning och som redan framgått är jag benägen att hålla med henne: visst framstår kriminaliseringen av barnpornografi som orimligt omfattande och visst det finns goda skäl att ytterligare en gång överväga hur långt kriminaliseringen ska sträcka sig.

* * *

Det finns goda skäl att ytterligare en gång överväga hur långt kriminaliseringen ska sträcka sig. Vid en sådan översyn finns i sin tur all anledning att beakta intresset av yttrande- och informationsfrihet. Är det någonting som diskussionen kring **The Santas** visar med all önskvärd tydlighet, så är det att den ofta uttalade tesen, att barnpornografi inte har någonting med yttrandefrihet att göra, är ohållbar.²¹

Man kan uttrycka det så att barnpornografen, när den regleras rättsligt, ofrånkomligen får en yttrande- och informationsfrihetsanknuten dimension som bör, eller kanske snarare måste, beaktas av lagstiftaren. Skälen till detta är bl.a. att reglering förutsätter särskiljande och gränsdragningar (vi kommer inte att komma ifrån gränsdragningsfrågor) samt att det finns en samhällelig aspekt på det sexuella (det kommer att finnas skildringar av det sexuella som inte kan avfärdas som irrelevanta i ett yttrande- och informationsfrihetsperspektiv). Detta illustreras på ett mycket konkret sätt av **The Santas** där vi kan se hur en konstutställning – som av DN:s rubriksättare beskrevs med orden ”Madani gör upp med gubbväldet” – genom Abrahamssons anmälan helt plötsligt flyttades in i en barnpornografisk kontext. För att man med någon rim och reson helt ska kunna frikoppla regleringen av barnpornografen från yttrandefriheten förutsätts att ämnen som sexuella relationer, sexuella övergrepp etc. inte är av betydelse såsom ämnen för

enligt bestämmelsen (vilket innefattar bl.a. bedömningar av om gärningen i sig innefattar ett otillåtet risktagande, är oaktsam, och huruvida följden har orsakats, inte bara av gärningen, utan genom oaktsamheten). Dessa frågor är utpräglat normativa till sin karaktär.

²¹ Se t.ex. konstitutionsutskottets betänkande 1993/94:KU28 s. 23: ”Brotten barnpornografi liksom olaga våldsskildring har emellertid det gemensamt att de inte har någon betydelse som begränsningar av rätten att yttra sig i allmänna angelägenheter och andra frågor som hör till tryckfriheten.” Se även: <http://ceciliamalmstrom.wordpress.com/2010/03/29/ett-slag-forbarnens-rattigheter/>. När denna text befann sig på korrekturstadiet publicerades i Svenska Dagbladet en artikel av Stefan Westrin med titeln ”I skuggan av teckning 39”. I artikeln pekas bl.a. på att domen har lett till ökad ängslighet inom den svenska mangascenen.

samhällelig debatt och diskussion. Så förhåller det sig naturligtvis inte, även om det emellanåt kan vara bekvämt att påstå det.

Vid diskussion om hithörande frågor är det viktigt att uppmärksamma att man inom ramen för all kriminaliseringsdiskussion, liksom vid tillskapande av rättsregler i övrigt, kan och bör anlägga såväl ett retrospektivt som ett prospektivt perspektiv på kriminaliseringsfrågan.

Vid en bedömning enligt det retrospektiva perspektivet handlar det litet förenklat uttryckt om att göra en bedömning av huruvida det finns en risk att kriminaliseringen kommer att leda till bestraffning i fall som inte är straffvärda (eller som av annat skäl inte bör bestraffas). Härvidlag kan man förstås vara mer eller mindre pragmatisk. Är man mindre pragmatisk kräver man att nödvändiga begränsningar kommer till tydligt uttryck i lagtext eller åtminstone i förarbetena. Det är emellertid inte ovanligt att lagstiftaren mer eller mindre uttryckligen, genom angivande av det överlämnas till rättstillämpningen att göra de bedömningar som måste göras, lämnar det i viss mån öppet hur långt det kriminaliserade området sträcker sig. I detta perspektiv kan det utrymme som finns för åklagare och domstolar att göra bedömningar och därigenom avgränsa det straffbara området sägas utgöra ett slags säkerhetsventil. Lagstiftningen resulterar inte, också om den enligt sin ordalydelse sträcker sig väl långt, inte automatiskt i det orimliga, utan den filtreras normalt genom att den passerar rättens aktörer.

Det framstår emellertid som otillräckligt att enbart anlägga ett retrospektivt perspektiv. Vid hantering av kriminaliseringsfrågor bör man – och det gäller särskilt i de fall kriminaliseringen riskerar att påverka utnyttjandet av centrala fri- och rättigheter – ta diskussionen ett steg vidare och härutöver anlägga ett prospektivt perspektiv, dvs. ställa sig frågan, inte bara om det finns en risk för att det icke-straffvärda faktiskt kommer att bestraffas, utan också om straffhotet i sig kan leda till oönskade konsekvenser, exempelvis genom att människor väljer att agera på ett sätt som inte är önskvärt. Ett i sammanhanget kanske övertydligt exempel skulle kunna vara att angelägen konst helt enkel inte skapas därför att presumtiva upphovsmän är oroliga för att hamna på fel sida av en rättsligt tillskapad gräns mellan tillåtet och otillåtet. Dylika konsekvenser kan naturligtvis utgöra ett problem även om vi förutsätter att risken för otillfredsställande resultat på rättstillämpningsnivå är liten.

Om vi återgår till bedömningen av huruvida en viss bild är pornografisk och kopplar den till **Ligg med mig** uppenbarar sig ytterligare ett problem som bottnar i att det ibland framstår som nödvändigt, eller i vart fall som möjligt,

att skilja på del och helhet. Problemet kan beskrivas så att vissa typer av verk har en utsträckning som gör det möjligt att skilja på del och helhet, och att bedömningen av om verket är pornografiskt eller ej kan utfalla olika beroende på om vi tar vår utgångspunkt i del eller helhet. Det hela kan måhända lättast illustreras genom en jämförelse mellan en enskild tavla och en långfilm. Vad gäller en enskilda tavlan torde det, vid tillämpning av 16 kap. 10 a § brottsbalken, i regel vara oproblematiskt att göra en bedömning av verket som helhet, dvs. att ställa sig frågan om bilden (betraktad som en enhet) kan bedömas som barnpornografisk. Saken blir naturligtvis betydligt besvärligare om vi har att bedöma en enhet som har en vidare utsträckning och där vissa delar helt saknar pornografisk karaktär (dessa delar kan naturligtvis vara helt dominerande rent kvantitativt), men där det finns andra delar som skildrar barn som är inblandade i handlingar med påtaglig sexuell prägel.

Här hamnar vi onekligen i ett dilemma. Å ena sidan framstår det som klart att det kan tänkas finnas konstnärliga skäl att skildra barn i sexuella situationer (tänk t.ex. på en film som syftar till att skildra sexuellt utnyttjande eller till att problematisera ungdomssexualitet). Å den andra sidan är det klart att scener som ingår i en helhet som tveklöst måste sägas ha konstnärliga värden och ambitioner mycket väl kan framstå som pornografiska om de bryts loss från den kontext i vilken de rätteligen ingår. Det är t.ex. fullt möjligt att en del, dvs. ett brottstycke, från en längre film – vilken bedömd som helhet inte alls kan bedömas som pornografisk – motsvarar en annan helhet som vi, just därför att den bara uteslutande utgör en skildring av barn som har sex, är benägna att bedöma som pornografisk.

Litet schematiskt står vi här inför tre möjliga hållningar. Vi kan bestämma oss för att uteslutande fokusera på *del*, vi kan bestämma oss för att att uteslutande fokusera på *helhet* och vi kan bestämma oss för att se till både *del och helhet*. Personligen tror jag att den sistnämnda hållningen är ofrånkomlig. Att uteslutande fokusera på del skulle innebära alltför långtgående begränsningar i möjligheten att skildra ungdomssex (och att det kan vara angeläget har redan motiverats). Med en sådan hållning skulle redan filmer som **Ligg med mig** antagligen vara problematiska. Samtidigt synes det stå klart att en hållning enligt vilken vi uteslutande fokuserar på helhet skulle innebära en ohållbar urholkning av kriminaliseringen av barnpornografi. Eftersom delen i de här diskuterade fallen kan särskiljas från helheten kan helheten inte rimligen tillåtas legitimera vad som helst. En bedömning där vi ser samtidigt till del och helhet framstår med andra ord som den enda framkomliga vägen. Det faktum att delen ingår i en större helhet måste å ena sidan beaktas vid bedömningen av om delen är pornografisk, men å

andra sidan kan det faktum att delen ingår i en större helhet inte innebära något generellt fribrev.

* * *

Finns det då några lärdomar att dra av dessa händelser?

En första och generell lärdom att dra är att man inte ska underskatta möjligheterna att (i ett retrospektivt perspektiv) nå fram till rimliga resultat. Rätten ger oss närmast regelmässigt utrymme att genom olika former av bedömningar – som utgör ett slags rättens sandpapper – forma resultatet till något godtagbart och detta utrymme är ofta större än vi vill tro. Det finns därför sällan skäl att tro alltför mycket på uppmålade skräckbilder av vad lagstiftning innebär.

En andra lärdom är emellertid att vi inte vare sig kan eller bör slå oss till ro härmed. För det första kan man inte räkna med att rättsväsendet alltid förmår ta tillvara de möjligheter som rätten faktiskt ger på ett optimalt sätt. Ett utrymme för bedömningar möjliggör också felbedömningar – och ibland är det inte ens lätt att säga vad som är vad – och redan på den grunden finns det skäl att vara noggrann och ta frågor om kriminaliseringsextension på allvar. Inte minst när det gäller kriminalisering som påverkar grundläggande fri- och rättigheter finns det anledning för lagstiftaren att göra sitt bästa för att tillse att de hängslen och livremmar som behövs verkligen är på plats (och inte kräver allt för mycket av kreativitet av rättstillämparen). Till detta ska sedan läggas det ovan omtalade prospektiva perspektivet på kriminaliseringsfrågor: även om vi förutsätter att rättstillämpande myndigheter, med tillämpning av det bedömningsutrymme de har, kommer att nå fram till resultat som vi bedömer som rimliga, bör vi vara uppmärksamma på den styrande effekt som en kriminalisering har och som många gånger kan sträcka sig långt utöver dess egentliga tillämpningsområde.

En tredje lärdom vi kan dra är att saker och ting sällan är svartvita. Som läsaren säkert har noterat drar de båda första lärdomarna i delvis olika riktningar. Slagordsmässigt innebär de att man inte ska underskatta vare sig det utrymme som finns att uppnå rimliga resultat eller riskerna för att juridiken ibland kan komma att tillämpas på ett ganska fyrkantigt sätt. Denna motsättning har framhävts högst medvetet. Vi ska akta oss för de enkla lösningarna och de tydliga uppdelningarna. Maria Abrahamssons självanmälan saknade nog förutsättningar att överleva den inledande åklagarprövningen, men det betyder inte att det var något fel på de skäl som låg bakom anmälan eller att hennes ärende inte är angeläget.