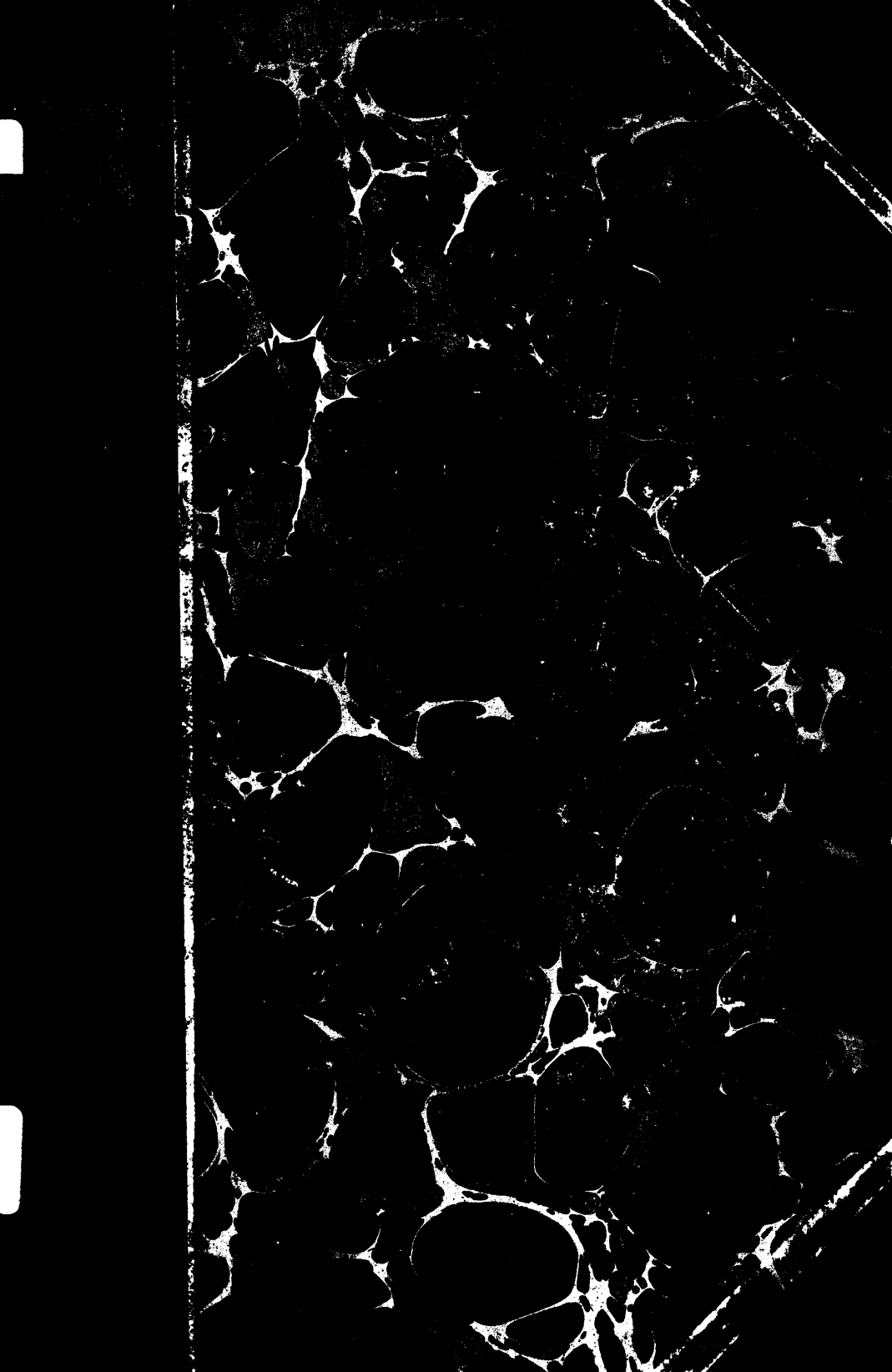






Utlåningsbiblioteket
Straßratt m m.

Bearbetningar

Ex. 1

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

STOCKHOLMS HÖGSKOLAS
Juridiska Bibliotek

OM
RÄTTSTRIDIGHETSREKVISITET

VID
FÖRTALSFÖRBRYTELSENA

AKADEMISK AFHANDLING

AF

S. A. BJERRE
JURIS LICENTIAT. FILOSOFIE KANDIDAT

100418

STOCKHOLM
KUNGL. BOKTRYCKERIET. P. A. NORSTEDT & SÖNER
1910

I.

AFDELNING I.

Det allmänna rättstridighetsrekvisitet.

Såväl af historiska som ock af i sakens natur liggande skäl kan man vid framställningen af läran om rättstridigheten lämpligen välja till utgångspunkt begreppet lagstridighet i dess mest strängt formella betydelse, enligt hvilken hvarje handling är lagstridig, om den uppfyller samtliga i någon af strafflagens §§ uppställda särskilda brottsrekvisit. Om man öfver hufvud taget anser rättstridigheten vara något annat än lagstridighet i denna formella betydelse (se därom i det följande), skulle man naturligtvis äfven kunna använda ordet lagstridig i sådan betydelse, att man för att beteckna en handling som lagstridig fordrade, att den utom nyssnämnda betingelser äfven skulle uppfylla villkoret att vara rättstridig, och till en sådan terminologi skulle man utan tvifvel ha goda skäl däri, att lagen — alltjämt förutsatt att rättstridigheten är något annat och mera än lagstridigheten — naturligtvis i verkligheten icke förbjuder andra handlingar än dem, som äfven äro rättstridiga, och att det därför kan synas oegentligt att kalla äfven andra handlingar än dessa för lagstridiga; men det är tydligt, att man härigenom skulle råka in i en terminologisk cirkel, och att begreppet lagstridighet därigenom blefve oanvändbart eller i hvarje fall värdelöst inom rättstridighetsläran, och då det, som af det följande kommer att

framgå, ligger synnerligen stor vikt på att man gör sig fullt klart, om man med rättstridighet menar något annat än lagstridighet i den här använda, strängt formella betydelsen, så kommer trots nämnda betänkligheter, ordet lagstridig att i det följande användas i den mening, som nu nämnts.

För den omedelbara, naiva uppfattningen ligger det utan tvifvel närmast till hands att antaga, att hvarje i denna mening lagstridig handling äfven är rättstridig. Om lagen bestämmer, att den, som i uppsåt att döda med berådt mod beröfvar någon lifvet, skall straffas för mord, hvarför skulle då icke hvarje handling, som svarar mot denna beskrifning, vara straffbar, vara att betrakta som mord i juridisk mening? Om lagen utsätter straff för den, som beskyller annan för gärning eller last, som för hans ära, goda namn och medborgersliga anseende, yrke, näring eller fortkomst menlig är, hvarför skulle då fordras något mera än detta, för att en beskyllning skall bli straffbar, bli ett brott? Hvarför skulle öfver hufvud taget icke hvarje lagförbjuden, d. v. s. lagstridig handling vara ett brott? Denna tanke kan sägas framstå som en sorts pendant till satsen *nulla poena sine lege* och förefaller vid ytligt betraktande lika viss och väl grundad som denna: om ingen handling är ett brott utan att den strider mot något i en strafflag uttryckligen fastställt bud eller förbud, så bör omvändt hvarje strafflagstridig handling eo ipso vara ett brott. — Men å andra sidan behöfver man icke tränga mycket djupt in i frågan för att inse, att i hvarje fall icke alla lagstridiga handlingar redan såsom sådana äro straffbara, äro i ordets verkliga mening brott. Att skarp-rättaren, då han befordrar en lifdömd till döden, icke gör sig skyldig till mord, ehuru han otvifvelaktigt i uppsåt att döda med berådt mod beröfvar någon lifvet, eller att vittnet,

som efter aflagd sanningsed beskyller en anklagad för brottsliga handlingar eller gärningar, som för hans ära, goda namn och medborgerliga anseende äro menliga, icke gör sig skyldig till årekränkning i juridisk mening, står klart redan vid en ganska ytlig reflektion.

Till handlingar af detta sista slag har man naturligtvis inom doktrinen aldrig kunnat undgå att taga hänsyn, och man har också redan tidigt sammanfattat dem under namnet rättmässiga eller icke rättstridiga. Men i stället för att söka finna den verkliga, enhetliga grunden till dessa handlingars icke-rättstridighet och sedan utsträcka undersökningarna af denna grunds verkningar öfver hela straffrätten, d. v. s. i stället för att söka bestämma rättstridighetens väsen och betydelsen af att eventuellt uppställa rättstridigheten som allmänt brottsrekvisit, har man inom den äldre doktrinen nöjt sig med att för hufvudparten af alla lagstridiga handlingar fasthålla den naiva uppfattningen att rättstridighet föreligger i och med lagstridighet samt framställa de handlingar, vid hvilka detta icke är fallet, som undantag ifrån regeln, hvilka måste hvar för sig på olika sätt motiveras, och härmed har man kommit fram till läran, att lagstridiga handlingar alltid äro rättstridiga utom i de undantagsfall, då rättstridigheten af någon särskild grund är upphäfd. Sålunda heter det, för att här anföra endast ett exempel ur den äldre litteraturen, hos FEUERBACH:¹ »Da das Verbrechen eine unter einem Strafgesetz enthaltene Beleidigung ist, so setzt jede Handlung, wenn sie als Verbrechen beurteilt werden soll, voraus: . . . den Mangel eines Rechtsgrundes, welcher dieselbe bestimmen könnte; denn eine Handlung, die durch einen Rechtsgrund bestimmt wird, ist

¹ FEUERBACH: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 14:te Aufl. Giessen 1847 §§ 32 f.

rechtmässig. — »Vermöge dieser Voraussetzung ist der Begriff eines Verbrechens ausgeschlossen: I. Wenn die im allgemeinen unter einem Strafgesetz begriffene Handlung ausnahmsweise entweder durch besondere Gesetze oder durch rechtsgültige Dispensation erlaubt, oder in Folge der Ausübung einer Rechtspflicht begangen worden ist; II. wenn das Recht, welches die Verletzung zum Gegenstand hatte, durch einen besonderen Rechtsgrund aufgehoben war.» Såsom sådana rättsgrunder anför FEUERBACH: »Das öffentliche Urteil des Staats, die Erlaubnis zur That von Seite des Verletzten, eine rechtswidrige Handlung des Verletzten, insofern dieselbe unter Voraussetzung geschieht, wo der Schutz des Staats gegen dieselbe unmöglich ist.»

På principiellt samma ståndpunkt ifråga om rättstridigheten står den uppfattning, som ända in i det sista årtiondet alltjämt varit den vanligaste i de tyska straffrättssystematiska framställningarna. Enligt den framställning, som v. LISZT ännu i den 1903 utkomna upplagan af sin lärobok¹ lämnar öfver hithörande frågor, är brottet »die schuldhafte, rechtswidrige Handlung, die wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit für die Rechtsgüterordnung mit Strafe bedroht ist», och rättstridigheten är här sålunda upptagen som själfständigt allmänt brottsrekvisit. Men sedan bestämmes rättstridigheten såsom i regeln sammanfallande med lagstridigheten, och läran om rättstridigheten får till uppgift endast att ange de fall, då detta undantagsvis icke är förhållandet, d. v. s. de grunder, som undantagsvis kunna göra en lagstridig handling icke rättstridig. »Das Verbrechen ist als Unrecht, ebenso wie das privatrechtliche Delikt, rechtswidrig, d. h. formell die Übertretung einer staatlichen Norm, eines Gebotes oder Verbotes

¹ v. LISZT. S. 119.

der Rechtsordnung, materiell ein Angriff auf die durch die staatlichen Normen rechtlich geschützten Interessen.»¹ »Der im allgemeinen und grundsätzlich verbotene Angriff auf rechtlich geschützte Interessen wird ausnahmsweise und unter eng umschriebenen Voraussetzungen im Interesse höherer Zwecke durch die Rechtsordnung gestattet. In welchem Gebiete der Rechtsordnung diese Gestattung ausgesprochen ist, bleibt für das Strafrecht gleichgültig: stets entfällt mit der Rechtswidrigkeit der Begriff des Verbrechens, mithin auch die Strafbarkeit. Die Lehre von der Rechtswidrigkeit des Verbrechens bedeutet mithin die Darstellung derjenigen Gründe, welche ausnahmsweise den Wegfall der Rechtswidrigkeit bewirken.»²

Inkonsekvensen i denna framställning förefaller tydlig och uppenbar. Antingen är hvarje lagstridig handling eo ipso äfven rättstridig och det finns då ingen anledning att uppställa rättstridigheten som allmänt brottsrekvisit vid sidan af lagstridigheten, eller är rättstridigheten något annat än lagstridigheten, och det är då oundgängligen nödvändigt att gifva ett positivt svar på frågan hvad den i verkligheten är. Att uppställa rättstridigheten som allmän fordran för att ett brott skall föreligga och samtidigt förklara, att den i regel är identisk med lagstridigheten är tydligen att med ena handen återtaga hvad man med den andra gifvit, att skjuta problemet åt sidan i samma ögonblick, som man själf uppställt det; och att sedan redogöra för de grunder, som undantagsvis åstadkomma rättstridighetens bortfallande, d. v. s. att lösryckt behandla de endast mest i ögonen fallande och mest till en förklaring trängande af de hithörande fenomenen är

¹ v. LISZT. S. 140—141.

² v. LISZT. S. 142.

uppenbarligen icke annat än en nödfallsutväg ur de däri-genom uppkomna svårigheterna.

Det finnes naturligtvis ingenting som hindrar att man bestämmer rättstridigheten såsom i regeln identisk med lagstridigheten, ifall man nämligen samtidigt uttryckligt angifver hvilken den princip är, som behärskar undantagen: mot en sådan definition på rättstridigheten som t. ex., att hvarje lagstridig handling är rättstridig där icke dess rättstridighet upphäfves af någon i någon annan del af rättsordningen existerande rättsats, är naturligtvis från logisk synpunkt ingenting att anmärka. Men just efter en sådan princip för fastställandet af undantagen ifråga är det som man förgäfvetsöker i denna v. LISZTS framställning, och det förefaller tydligt att v. LISZT därmed lämnat definitionen på rättstridigheten öppen eller oafslutad just på den allra viktigaste punkten.

Den första följden af att på detta sätt icke ens göra ett försök att lämna en positiv definition på begreppet rättstridighet är, att man icke på någon enda punkt blir i stånd till att ange den verkliga grunden till att de anförda lagstridiga men icke rättstridiga handlingarna ej äro straffbara, icke äro brott. Ty den enda verkliga grunden härtill finnes i rättstridighetens väsen och ytterst i de förhållanden, som tvinga till att uppställa rättstridigheten som själfständigt brottsrekvisit, och så länge man icke trängt fram till denna den innersta orsaken, måste man antingen nöja sig med skenförklaringar eller med att helt enkelt utan alla förklaringar konstatera faktum. v. LISZT¹ nämner som de viktigaste »grunder, som utesluta rättstridigheten», utom nödvärn och nöd: 1) ämbetsplikt, 2) särskildt berättigande, hvarunder

¹ v. LISZT. S. 153 f.

speciellt framhållas själfhjälps-, aganderätt, bärgnings- och prisrätt, rätten att fasttaga en på bar gärning anträffad förbrytare, samt öfverordnades rättigheter mot underordnade enligt militär straffrätt, 3) yrkesrätt, 4) den kränktes medgifvande, 5) själfskadande och 6) parlamentariska berättelsers strafffrihet. Vid fallen 1, 2, 4 och 5 inskränker sig framställningen till att endast fastslå rättstridighetens bortfallande. Sålunda uttalas till exempel om ämbetsplikt endast följande: »Amtspflicht (und Dienstpflicht) schliesst innerhalb der durch sie gezogenen Grenzen die Rechtswidrigkeit des Handelns aus. Man denke an das ganze Gebiet des Erfüllungszwanges, an Hausdurchsuchungen, Beschlagnahmen, Verhaftungen, Strafvollstreckung; an die landesrechtliche Befugnis der Wachen, der Post-, Zoll- und Steuerbeamten, der Strafanstalts- und Gefängnisbeamten zum Waffengebrauche, an Mil. StGB § 124 usw. — Der Befehl des Vorgesetzten an den Untergebenen schliesst die Rechtswidrigkeit der auf Grund des Befehles vorgenommenen Handlung soweit aus, als die Rechtsordnung die unbedingt verbindende Kraft des Befehles anerkennt; denn dann handelt der Untergebene kraft seiner Amts- oder Dienstpflicht. Jedoch kann der Befehlende als mittelbarer Thäter strafbar sein.» — I afdelningarna om yrkesrätt och de parlamentariska berättelsernas strafffrihet omnämnas där emot visserligen den allmänna betydelsen, nyttan och nödvändigheten af att de där ifrågakvarande handlingarna få strafffritt företagas. Men äfven här söker man förgäfvos efter en verklig förklaring till dessa handlingars icke-brottslighet. Ty hur sant det än är, att »wenn der Staat die Ausübung eines Berufes oder Gewerbes gestattet, vielleicht sogar fördert, so gestattet er damit die Vornahme aller derjenigen Handlungen, die nach den Regeln des Berufes oder Gewerbes im

gegebenen Falle geboten sind. In der Anerkennung der Berechtigung des Zweckes liegt auch die Anerkennung derjenigen Mittel, die für die Erreichung dieses Zweckes notwendig sind,¹ så kvarstår det likväl som ett högst egendomligt och obetingadt, i behof af förklaring varande faktum, att staten öfver hufvud tolerar och rent af befordrar yrken, som med nödvändighet medföra lagstridiga handlingar eller, för att använda v. LISZTS egen terminologi, handlingar, hvilka angripa rättsligt skyddade intressen.

De vidare följderna af bristen på en positiv definition på rättstridigheten bli dels omöjligheten att ange den verkliga räckvidden af hvad det betyder att uppställa rättstridigheten som allmänt brottsrekvisit och dels den osäkerhet, hvarmed de hithörande frågorna i tvifvelaktiga fall komma att afgöras. Så länge man saknar en allmängiltig princip till ledning vid lösningen af alla de problem af detta slag, som i olika former framträda inom straffrättens alla områden, blir det enligt sakens natur icke möjligt att angifva mera än ett ofullständigt antal helt och hållet godtyckligt valda exempel på »fall af utesluten rättstridighet», och vid det inre afgörandet af detaljerna i hvar och ett af dessa fall är man uteslutande hänvisad till allmänna öfverväganden och billighetsskäl, som icke kunna teoretiskt motiveras, hvilket på detta område är så mycket farligare som själfva uppställandet af rättstridighetens bortfallande som undantag från regeln gifvetvis innebär en tendens att hellre fälla än fria. v. LISZT framhåller själf, att »von den zahlreichen Fällen, in welchen kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Vorschrift der Rechtsordnung die Rechtswidrigkeit als ausgeschlossen betrachtet werden muss, können hier nur die wichtigsten Erwähnung finden. Bei dem heutigen Stande der Gesetz-

¹ v. LISZT. S. 155.

gebung und Wissenschaft bietet die Abgrenzung fast überall bedeutende Schwierigkeiten.»¹ Mot detta skulle ingenting vara att anmärka, om omöjligheten att uttömmande behandla ämnet berodde af den i hvarje lärobok nödvändiga begränsningen; men i verkligheten beror denna omöjlighet just på frånvaron af en positiv definition på rättstridigheten: med en sådan skulle, som af det följande torde komma att framgå, rättstridighetsmaterien kunnat genomgående regleras utan att en mera utförlig exemplifiering än den v. LISZT lämnat varit nödvändig för principens belysande och dess konsekventa genomförande i alla hithörande spörsmål.²

En rättstridighetsteori, som åtminstone till det yttre står i direkt strid med den v. LISZTSKA, har FRANK uppställt. I opposition mot den BINDINGSKA normteorien häfdar FRANK, att brotten ingalunda alltid eller ens i allmänhet äro öfverträdelser af annorstädes i strafflagen existerande normer, utan att lagstiftaren tvärtom förbjuder de brottsliga handlingarna i och med det att han ställer dem under straffhot, och i enlighet härmed förnekar FRANK, att rättstridigheten i allmänhet skulle innebära något annat än lagstridighet, och vill i stället lösa rättstridighetsproblemet med förklaringen, att strafflagens förbud och bud under vissa omständigheter få vika för bestämmelser, som innehållas i andra delar af rättsordningen än strafflagen. »In Wahrheit gestaltet sich das Verhältnis des Straf-

¹ v. LISZT. S. 153.

² I den senast utkomna upplagan af sin lärobok, 16:e och 17:e uppl. 1908, har v. LISZT — otvifvelaktigt påverkad såväl af åtskilliga nyare tyska författare som ock framför allt af de nordiska rättslärdas arbeten öfver rättstridigheten, för hvilka i det följande kommer att redogöras — på ganska väsentliga punkter vidare utvecklat och modifierat sin lära om rättstridigheten. Till v. LISZTS ståndpunkt i denna dess sista affattning skola vi i ett följande sammanhang återkomma; se nedan sid. 60.

rechts zu andern Rechtsgebieten derartig, dass die Verbote des Strafrechts zurücktreten, sofern besondere Umstände vorliegen, die nach dem ausserhalb des Strafrechts stehenden Rechte die Handlung als eine erlaubte (oder gar gebotene) erscheinen lassen. In gleicher Weise treten die Gebote des Strafrechts zurück, wenn nach dem ausserhalb des Strafrechts stehenden Rechte die Unterlassung erlaubt (oder gar geboten) ist. Man hat also nicht das Erfordernis der Rechtswidrigkeit in den einzelnen Deliktsthatbestand hineinzunehmen als ein Plus, das zu ihm hinzutreten müsste, wohl aber wird der Deliktsthatbestand negiert durch Umstände, welche das normalerweise strafbare und darum rechtswidrige Verhalten ausnahmsweise als gerechtfertigt erscheinen lassen.¹

Denna »Theorie der negativen Thatbestände« gör som sagdt vid första anblicken ett obetingadt intryck af att stå i skarp motsats till den v. LISZTSKA läran, eftersom denna senare upptager rättstridigheten bland de positiva allmänna brottsrekvisiten. Men genom att v. LISZT ursprungligen, som ofvan anmärks, icke dragit ut konsekvenserna häraf med att ge en själfständig definition på begreppet rättstridighet utan fallit tillbaka på lagstridighetsbegreppet, i det att han förklarat alla angrepp på rättsligt skyddade intressen, d. v. s. alla lagstridiga handlingar, i regeln äfven vara rättstridiga, blir skillnaden mellan honom och FRANK, åtminstone i fråga om den objektiva sidan af rättstridigheten, knappast väsentlig. Om man betecknar t. ex. aganderätten som en af de »Umstände, die das normalerweise vorhandene Moment der Rechtswidrigkeit beseitigen und damit der Handlung den Deliktscharakter nehmen«² eller som en af de grunder, till följd af hvilka

¹ FRANK. S. 10.

² FRANK. S. 83.

»der im allgemeinen und grundsätzlich verbotene Angriff auf rechtlich geschützte Interessen gestattet wird»,¹ så blir resultatet i grund och botten detsamma.² En verklig skillnad mellan v. LISZTS och FRANKS ståndpunkter skulle uppkomma, om FRANK konsekvent genomförde att låta strafflagens bestämmelser vika endast »sofern besondere Umstände vorliegen, die nach dem ausserhalb des Strafrechts stehenden Rechte die Handlung als eine erlaubte (oder gar gebotene) erscheinen lassen»³; ty v. LISZT betonar uttryckligen att rättsstridigheten kan uteslutas »kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Vorschrift der Rechtsordnung».⁴ Men liksom FRANK vid angifvandet af de negativa brottsrekvisiten tvingas att afvika från sin utgångspunkt och medtaga äfven rättsstridighetsupphäfvande omständigheter, som grunda sig på bestämmelser inom strafflagen — »das StGB selbst» heter det hos FRANK,⁵ »enthält nur wenige negative Thatbestandsmerkmale (besonders §§ 53, 193)» —, så upptager han senare ibland dylika omständigheter äfven sådana, som öfver hufvud taget icke bero på någon skrifven lag. Sålunda säges det uttryckligen om t. ex. läkarnas rätt till operativa ingrepp: »Die Frage nach der Befugnis des Arztes zu körperlichen Eingriffen liegt rechtlich sehr unklar, weil es der Gesetzgebung bisher an dem Mute gefehlt hat, sie zu regeln.»⁶ Och angående betydelsen af den angripnes medgif-

¹ v. LISZT. S. 142.

² Det logiskt omöjliga i att åstadkomma någon reell skillnad emellan rättsstridighetens förefintlighet som positivt brottsrekvisit och dess icke förefintlighet som negativt brottsrekvisit har utförligt påvisats af bl. a. KOHLRAUSCH: Irrtum und Schuld im Strafrecht, I Teil, Berlin 1903, S. 65 f., och BELING: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, S. 37 f. Såväl KOHLRAUSCHS som BELINGS kritik öfver FRANK synes oss på denna punkt obetingadt träffande.

³ FRANK. S. 10.

⁴ v. LISZT. S. 153.

⁵ FRANK. S. 83.

⁶ FRANK. S. 291.

vande heter det likaledes: »Nicht geregelt ist (abgesehen von § 216) die Frage nach dem Einflusse der Einwilligung des Verletzten.»¹ Det är tydligt, att FRANKS och v. LISZTS läror härmed komma i ytterligare öfverensstämmelse med hvarandra. Men det är också tydligt, att det som, i hvarje fall på den objektiva sidan af rättstridigheten, skulle vara hufvudförtjäns- ten hos FRANKS teori härmed går förloradt, i det att den fasta princip för bestämmandet af hvad som kan komma i fråga som rättstridighetsupphäfvande omständigheter, hvilken onekligen skulle förefinnas, om dylika omständigheter endast kunde bero af bestämmelser i andra delar af rättsordningen än det kapitel af strafflagen, där det ifrågavarande brottets rekvisit hufvudsakligen hafva bestämts, därmed uppgifvits. — FRANK har undvikit den formella inkonsekvens, som ligger i att uppställa såväl lag- som rättstridigheten som allmänna brottsrekvisit och likväl definiera rättstridigheten som i regel identisk med lagstridigheten, men för öfrigt träffas hans teori af samma anmärkningar, som förut riktats mot v. LISZTS fram- ställning i dess ursprungliga affattning: FRANK lämnar liksom v. LISZT här utan hvarje försök till förklaring de grundfakta hvarifrån han utgår, nämligen att den positiva rättens olika delar stå i skenbart oförsonlig strid med hvarandra, så att lagarna själfva tillåta eller rent af påbjuda lagstridiga handlingar, och i stället för en uttömmande redogörelse för de »fall, då rättstridigheten upphäfves», blir han icke i stånd att lämna annat än ett antal godtyckligt valda exempel på lagstridiga men icke rättstridiga handlingar. För öfrigt har emellertid FRANKS teori sin hufvudsakliga betydelse vid reglerandet af den subjektiva sidan af rättstridigheten,

¹ FRANK. S. 83.

och den blir därför att vidare behandla i ett senare sammanhang.¹

BINDING's ställning till rättstridighetsproblemet är så tillvida klar och konsekvent, att han bestämdt häfdar, att rättstridighet och lagstridighet äro skilda begrepp, och i öfverensstämmelse härmed försöker lämna ett positivt svar på frågan hvad rättstridigheten är. Själfva kärnan i BINDING's berömda normteori² är som bekant, att brotten icke äro öfverträdelser af strafflagarna, hvilkas uppgift det är att bestämma statens rätt och plikt att straffa, utan af normer, som begreppsligt existera före strafflagarna och oberoende af dessa och som äro att söka dels i andra delar af rättssystemet och dels i den oskrifna rätten; och härmed är rättstridigheten alltså positivt angifven som något annat än lagstridighet, nämligen som normstridighet. Men därigenom att BINDING från början till slut lägger hufvudvikten på normernas rent formella egenskap att grunda en lydnessplikt gent emot staten (*«eine Pflicht des Gehorsams oder der Botmässigkeit»*, a. a. § 14) blir äfven definitionen rättstridighet = normstridighet en ren formaldefinition. Det är, om man så vill, möjligen riktigt, att en handling är

¹ Äfven FRANK har i den senast utkomna upplagan af sin strafflagskommentar, FRANK: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 5:e bis 7:e Aufl., Tübingen 1908, delvis omredigerat sin framställning af rättstridighetsproblemet. Då denna omredigering emellertid synes vara af genomgående endast formell betydelse och i hvarje fall lämnar grundtankarna i FRANKS ursprungliga Theorie der negativen Thatbestände helt och hållet oberörda, ha vi ansett oss vid redogörelsen för FRANKS lära om rättstridigheten — såväl här ofvan i fråga om behandlingen af rättstridighetens objektiva sida som i följande i fråga om de på rättstridighetens subjektiva sida framträdande spörsmålen — kunna bibehålla hänvisningarna till den här ofvan citerade äldre upplagan af FRANKS kommentar, hvilken användts under utarbetandet af denna afhandling. Jmfr härtill FRANK: Das Strafgesetzbuch, 5:e bis 7:e aufl., S. 10 f, 103 f., 126 f., 353 f.

² BINDING Normen. Se i fråga om det här i texten följande särskildt §§ 3, 5—8, 13, 25, 26.

rättstridig, om den riktar sig mot statens rätt till lydnad, men med denna sats är ingenting utsagdt om rättstridighetens innehåll, och frågan, hurudan en handling skall vara beskaffad för att kunna betecknas som rättstridig, kvarstår därför alltså jämt lika obesvarad. Af något verkligt innehåll kan denna definition tydligen endast bli i den mån det lyckas att konstruera fram det reella innehållet i de olika normerna ur de satser i den skrifna eller oskrifna rätten, där detta innehåll är att finna. Men dels är detta som bekant en uppgift, hvilken ännu alltså väntar på sin lösning, och dels framställer sig då återigen frågan, hvarför just de mot dessa satser stridande handlingarna äro rättstridiga. Men härtill kommer, att den BINDINGSKA rättstridighetsdefinitionen blir praktiskt värdelös redan därför, att hvarje norm enligt BINDING är en norm med undantag. »Die Norm wider die Tötung wird von Jedermann zu den allerwichtigsten gestellt», heter det hos BINDING;¹ »sie ist eine von denen, welche sich im Lauf der Zeiten scheinbar unberührt erhalten haben; allein erlaubte sogar gebotene Tötungen hat es zu aller Zeit gegeben. Ja, es giebt Perioden — ich brauche nur an den letzten Krieg zu erinnern —, wo ein Jahr mehr erlaubte Tötungen mit sich bringt als ein Decennium verbotene, wo sich also thatsächlich das Verhältnis von Regel und Ausnahme umkehrt. — Unter gewissen Voraussetzungen bedarf die Rechtsordnung also derselben Handlungen, die sie unter anderen Voraussetzungen verbietet, oder sie gestattet sie wenigstens. Der strafende Staat kann gar nicht anders strafen, als indem er für den Privaten verbotene Angriffe auf Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen und unter Umständen auf die Körperintegrität der Schuldigen vornimmt. Der Gesetzuntertan darf in Notwer oder Notstand oder bei der

¹ BINDING Normen. S. 129.

statthafte Pfändung oder im Falle des Justizstillstandes oder im Kriege vieles, was er ausser diesen Zuständen nicht darf. — Die allgemeinen Gründe aufgehobener Rechtswidrigkeit wie Notwer, Notstand, lassen alle Normen als Normen mit Ausnahmen erscheinen. Es giebt aber auch ausserdem noch besondere Ausnahmen, die sich auf einzelne Normen beschränken.» Men på frågan när dylika undantag från normerna föreligga, d. v. s. när en handling faller in under en viss norm eller dess undantag, lämnar BINDING lika litet något svar som på frågan hvarför de uppräknade omständigheterna ha kraft att bilda undantag från normerna, och det återstår därför såväl att angifva, i hvilket omfång t. ex. »ungesetztes Recht» kan upphäva t. ex. normen du skall icke döda, som ock att lämna en förklaring på att oskrifven lag kan upphäva denna eller någon annan norm. Men dessa frågor äro uppenbarligen ingenting annat än frågorna efter rättstridighetens verkningar och väsen. — Det är, såsom så ofta framhållits, otvifvelaktigt en utomordentlig förtjänst hos den BINDINGska normteorien, att den, först och mest energiskt i den moderna litteraturen, betonat att det väsentliga hos brotten icke är deras strafflagstridighet; men så länge det visat sig omöjligt att angifva det reella innehållet i undantagslöst gällande normer, kan definitionen rättstridighet = normstridighet icke lämna en saklig lösning af rättstridighetsproblemet.

Hur ofructbara alla rena formaldefinitioner på det här ifrågavarande området äro har senast visat sig i v. HOLDs stort anlagda och med synnerligen utförliga redogörelser för den hithörande litteraturen genomförda arbete öfver rättstridigheten.¹ v. HOLD betonar under loppet af sin framställ-

¹ v. HOLD: Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes. Erster Band. Jena 1903.

2—100418 Bjerre, Rättstridighetsmomentet.

ning energiskt, att lagnormstridighet alldeles icke involverar rättstridighet, att lagstiftaren endast af praktiska skäl låter sina befallningar utgå i form af normer med undantag, att rättstridigheten måste bestämmas genom fullt själfständiga undersökningar o. s. v. Men genom det att v. HOLD aldrig går utöfver det rent formella angifvande af rättstridighetens väsen, som ligger däri att hvarje rättstridig handling måste vara pliktstridig och normstridig, blir resultatet, att man ingensans finner ens någon ledning till besvarandet af frågan hvad rättstridighetsfordrans verkliga innebörd är. »Ihn trifft, fast mehr noch als BINDING», säger DOHNA,¹ »der Vorwurf in der abstract-formalen Behandlungsweise seines Stoffes — vorläufig wenigstens — stecken geblieben zu sein. Und so trägt denn gerade dieser Umstand die Schuld daran, dass wir in den ganzen 400 Seiten des Werkes vergeblich einen Ausweg suchen aus dem geradezu beängstigenden Zirkel: Jede rechtswidrige Handlung ist zugleich pflichtswidrig und normwidrig; eine Pflicht liegt nur vor, wo eine Norm erlassen ist; eine Norm ergeht nur, wo eine Pflicht begründet werden soll. Wann nun aber eine Handlung normwidrig und deshalb pflichtwidrig und deshalb rechtswidrig ist, danach fragen wir vergebens.» — På denna kritik har v. HOLD svarat i det senast utkomna häftet af sitt arbete. »Der materiale Gehalt der rechtswidrigen Handlung» heter det här,² »wurde im ersten Bande dahin festgestellt: Die rechtswidrige Handlung ist 'inhaltlich betrachtet die Äusserung eines rechtlich bekämpften Individualinteresses (vom Standpunkte des Verpflichteten), sie widerspricht einem

¹ DOHNA: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle 1905. S. 28.

² v. HOLD: Die Rechtswidrigkeit. Zweiter Band. Erste Abteilung. Jena 1905. S. 2.

rechtlich geschützten (objektiven, abstracten) Durchschnittsinteresse (vom Standpunkte des Berechtigten), sie läuft endlich dem Gemeinwillen, der sich in den Normen verkörpert, zuwider (Standpunkt des Gesetzgebers)'.¹ Och v. HOLD tillägger: »Eine so genaue inhaltliche Bestimmung der rechtswidrigen Handlung dürfte man in der Literatur vergeblich suchen.» Men att denna definition likväl icke räcker till för att praktiskt lösa rättsstridighetsproblemet, framgår tydligt däraf, att v. HOLD själf några sidor senare¹ proklamerar, »dass es eben unmöglich ist, das Wort 'rechtswidrig' allgemein genauer zu erklären, als es KESSLER that: Ist . . . jede Handlung, welche gegen die Norm verstösst, ein Unrecht? Keineswegs, es muss noch die Rechtswidrigkeit hinzukommen. Oft geht das gesetzliche Verbot ganz ausdrücklich nur auf das 'rechtswidrige' Handeln und wo es das nicht tut, versteht sich dieser Zusatz von selbst . . . Das Wort rechtswidrig . . . verweist von der einzelnen Formel auf den Zusammenhang des ganzen Rechtssystems und verpflichtet den Richter in jedem einzelnen Falle unter Erwägung aller konkreten Umstände zu prüfen, ob diese Handlung denn auch wirklich eine solche sei, wie sie das Gesetz nach seinem aus dem ganzen geschriebenen und ungeschriebenen Rechte zu ergänzenden vernünftigen Sinne und Zwecke hat verbieten wollen.» Denna definition innebär uppenbarligen ingenting annat än ett återvändande till de här förut omnämnda tidigare rättsstridighetsteoriernas grundtanke, och att v. HOLD, efter sina egna djupgående och omfattande undersökningar öfver rättsstridighetens väsen, för att kunna gifva ett verkligt innehållsligt svar på frågan hvad rättsstridigheten är, finner sig nödsakad härtill, visar, tydligare än något annat, att några praktiskt verkligen betydelsefulla resultat icke stå

¹ v. HOLD. a. a. S. 10.

att vinna genom rent formella undersökningar och definitioner af rättstridighetens väsen. — —

Inom den nordiska litteraturen har rättstridighetsläran icke som i den tyska vuxit fram ur nödvädigheten att förklara vissa särskildt eklatanta fall, då lagstridiga handlingar icke kunna beläggas med straff, såsom vid nödvärn, nöd, ämbetsplikt etc., och först därifrån öfvergått till undersökning af rättstridighetsfordrans betydelse vid alla straffbara handlingar. De nordiska författare, som behandlat rättstridighetsproblemet, ha kommit fram till detsamma från en mera allmän utgångspunkt, nämligen från undersökningar af de båda öfriga allmänna brottsrekvisitens, kausalitetens och tillräknelighetens, verkliga räckvidd. Såväl GRTZ som GOOS och TORP inleda framställningarna af rättstridighetsläran med att konstatera, att alla försök att med endast kausaliteten och tillräknebarheten som allmänna brottsrekvisit uppdraga i det verkliga lifvet användbara gränser för den mänskliga handlingsfriheten misslyckats, om man nämligen icke i dessa begrepp inblandat för dem själfva främmande element, och att alla dylika försök, enligt de nämnde författarnes uppfattning, på grund af tingens natur måste misslyckas ända till den grad, att strängt taget hvarje mänsklig handling skulle falla in under strafflagen, om man icke fordrade annat än att handlingen måste vara kausal i förhållande till en lagförbjuden effekt och att den handlande borde ha kunnat inse att så var förhållandet;¹ och när THYRÉN i sitt arbete om kausalitetsteorierna anmärkningsvis antyder den eventuella nödvädigheten af att uppställa ett tredje allmänt brotts-

¹ GRTZ: Om den saakaldte Delagtighet i Forbrydelser. Kristiania 1875. S. 32—35; GOOS Alm. D. S. 156 f; TORP. S. 246 f.

rekvisit vid sidan af kausalitet och förutsebarhet,¹ så är det efter att i sin kritik af v. BARS kausalitetsteori hafva påvisat, att kausalitet i vanlig mening och förutsebarhet, bestämd utan hänsyn till ett dylikt objektivt rekvisit, icke ensamt räcka till att begränsa ansvarigheten på ett praktiskt antagligt sätt. En ingående kritisk undersökning af alla dessa försök att i kausalitets- och tillräknebarhetsrekvisiten finna samma eller liknande begränsning af ansvarigheten, som de nämnda skandinaviska författarne åstadkommit genom det innehåll, som de gifvit åt begreppet rättstridighet, måste emellertid anses icke höra hemma i en framställning af rättstridighetsläran. En sådan undersökning, liksom öfver hufvud taget en diskussion af olika kausalitets- och tillräknebarhetsteorier, skulle vara nödvändig i detta sammanhang, endast i det fall att det i den nordiska litteraturen uppställda rättstridighetsbegreppet för sin giltighet förutsatte en speciell, från den allmänt vedertagna afvikande uppfattning af de båda nämnda rekvisiten, men faller, så länge detta icke är förhållandet utanför ämnet för denna afhandling. Endast för ett af de ifrågavarande försöken, nämligen v. BARS Lehre vom Causalzusammenhange, skall här redogöras, därför att i densamma tidigast kommit till uttryck de synpunkter, som senare blifvit afgörande inom den nordiska rättstridighetslitteraturen.²

¹ THYRÉN: Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie I. Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien, Lund 1904, S. 130.

² Angående af hvem själfva grundtanken i den nordiska rättstridighetsteorien först framställts hafva olika uppgifter framkommit. THYRÉN, a. a. sid. 123, not 1, har häfdat, att GERTZ' och GOOS' här ofvan citerade arbeten endast innehålla en »närmare bearbetning» af v. BARS teori. Gentemot detta har TORP, i Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft B. XXIII, S. 87, not 5, upplyst, att den af Goos utvecklade rättstridighetsteorien, som offentliggjordes

v. BAR¹ utgår från att alla undersökningar, som angående yttervärlden anställas af oss människor, ha till uppgift att fastställa de villkor, under hvilka antingen yttervärlden eller vi själfva kunna modifieras så, att den harmoni, som vi eftersträfvat, kommer till stånd. Då människan emellertid icke vid dessa undersökningar samtidigt kan omfatta alla den yttre världens förteelser, måste hon alltid antaga en viss mängd af desamma såsom själfklara eller regelmässiga och inskränka sig till att undersöka en viss verkans orsak vid dessa regelmässiga förutsättningar föreliggande. Om man sålunda, när en sten slungas af en människa, betecknar antingen stenens afstånd från jorden eller stenens specifika vikt eller människan, som slungat stenen, såsom orsaken till den ifrågavarande företeelsen, allt eftersom undersökningen afser attraktionskraften, kroppars specifika vikt eller ett moraliskt eller juridiskt ändamål, så är detta ingalunda ett godtyckligt uttryckssätt, utan beroende därpå att kausalbegreppet på grund af människans natur icke kan användas på annat sätt. I enlighet härmed beteckna vi en mänsklig handling som orsak till en viss företeelse, om till följd af densamma företeelsernas förlopp blifvit ett annat än det vi i allmänhet föreställa oss såsom det regelmässiga. Men då rätten gifvetvis förutsätter de för människornas existens och samlefnad nödvändiga förändringarna i yttervärlden, så kan som orsak i juridisk mening betecknas endast en sådan mänsklig handling, »durch welche der sonst als regelmässige gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird.»² Att

i hans ofvan anförda arbete (1878) redan under vintern 1870—71, af Goos föredragits under loppet af hans föreläsningar vid Köpenhamns universitet.

¹ v. BAR: Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte. Leipzig 1871. S. 8 f.

² v. BAR a. a. S. 11.

grufdrift och vapenförsäljning äro för det mänskliga lifvet nödvändiga, alltså »der Regel des Lebens entsprechende» handlingar, är således grunden till att t. ex. en vapenhandlande icke kan betraktas som orsaken till ett brott, som begåtts med ett af honom försåldt vapen, ehuru brottet otvifvelaktigt icke kommit till stånd utan att han försålt vapnet och ehuru han bort kunna inse, att vapnet eventuellt kunde komma att användas till brottsliga handlingar. På frågan åter, när en handling är att betrakta som »der Regel des Lebens entsprechend», svarar v. BAR: »In vielen Fällen wird die Entscheidung dieser Frage, welche, mit derjenigen identisch ist, ob Jemand die Diligentia eines bonus paterfamilias beobachtet habe, ohne weiteres klar sein. In zweifelhaften Fällen wird hier eine indirecte Beweisführung zum Ziele führen. Man vergegenwärtige sich, welche Folgen daraus entstehen müssten, wenn Jemand in allen gleichartigen Fällen verantwortlich gemacht, und umgekehrt, wenn er von Verantwortlichkeit freigesprochen würde».¹

Redan GETZ, som efter det rättstridighetsbegrepp, han uppställt, förklarar sig vara i resultatet ense med v. BAR, anmärker mot v. BARS kausalitetsteori, att »han tager besynnerligen Feil, naar han sammenblander dette Spørgsmaal om hvorvidt det er tilladt at foraarsage, med Spørgsmaalet om en Foraarsagen er tilstede»,² och THYRÉN har senare utförligt påvisat, att betydelsen af »lifvets regel» ligger på ett annat område än dess upphofsman menade, då han använde den till att på nyss beskrifna sätt begränsa det juridiska begreppet kausalitet.

¹ v. BAR a. a. S. 13.

² GETZ a. a. S. 35.

THYRÉN¹ framhåller, att det afgörande vid frågan om en handling's straffbarhet eller icke straffbarhet ingalunda är själfva handlingens vanlighet eller regularitet, alldenstund en i och för sig (under vanliga omständigheter) regelmässig handling (t. ex. vapenförsäljning) trots detta icke blir obetingadt straffri, om den handlande i det speciella fallet hade (eller borde ha haft) kännedom om omständigheter, som i detta fall förhöjde sannolikheten för att handlingen skulle komma att medföra en lagförbjuden effekt (t. ex. att det var till ett röfvareband, som vapnen försålles). Det afgörande är fastmera, om efter de förutsättningar, som den handlande hade (eller borde ha haft) sig bekant, faran för en lagstridig effekts inträffande var för stor i förhållande till handlingens betydelse för det mänskliga samhället. I verkligheten är det, när detta senare intresse väger tyngre än den förutsedda faran (resp. den fara, som den handlande borde ha kunnat förutse) som en handling blir att beteckna som »der Regel des Lebens entsprechend», och den verkliga betydelsen af lifvets regel blir alltså, att den straffrättsligt relevanta graden af förutseende icke kan bestämmas en gång för alla utan varierar från fall till fall, allt efter det af handlingen representerade intressets större eller mindre betydelse, ett förhållande som återigen utan tvifvel hänvisar på ett vid sidan af kausaliteten och förutsebarheten existerande själfständigt, objektivt rekvisit.

Det är nu denna i »lifvets regel» liggande intresseafvägningsprincip, som kommit att bilda kärnan i det af de skandinaviske rättslärde uppställda rättstridighetsbegreppet: rättstridig är en handling, om det af densamma representerade intresset icke förmår uppväga sannolikheten för att samma handling skall medföra en lagstridig effekt. Efter att ha

¹ THYRÉN a. a. S. 123 f.

utvecklat sin ofvan antyddas utgångspunkt (att man hvarken med kausalitets- eller tillräknelighetsrekvisiten kan åstadkomma en förnuftig begränsning af ansvarigheten) fortsätter GETZ: »Altsaa maa man dog finde nok et objektivt moment, der kan tjene som Begrændsning, og dette er vel ej heller vanskeligt. Loven har naturligtvis aldrig sagt: 'du skal ej foraarsage en Krænkelse af noget Gode, som jeg har betegnet som retligt beskyttet; du skal derfor afholde dig fra enhver Handling, hvorved en saadan Krænkelse kan bevirkes, och jeg vil drage dig til Ansvar, hvis du med bevidst Hu handler herimod'. Det vilde være at forbyde Menneskene at leve. Den har da maattet tage Hensyn til de praktiske Interesser, hvis Tjener den dog blot er; den har maattet indrømme i Almindelighed en vis Sandsynlighedsgrad, inden der kunde blive Spørsmaal om nogen Indskrænkning af Handlefriheden, og en stadigt voxende Sandsynlighedsgrad, efter hvert som de Handlinger, hvorom der blev Tale, var af større og større Interesse for det menneskelige Samfund. Den har endog maattet sætte en sig til Vished nærmende Sandsynlighed, ja Visheden selv ud af Betragtning, naar den bestemt forudseelige skadende Følge fremstillede sig som noget forsvindende blandt den hele Række af Følger. Lovens Bud lyder da ganske anderledes betinget end Tilfældet vilde være, hvis der blot var Tale om bevidst Forvoldelse. Sandsynligheden er optaget som objektivt Moment, og det ej en konstant men en efter Omstændighederne, efter de praktiske Hensyn, som i Livet maa tages, varierende Sandsynlighed». ¹ Och samma rättstridighetsrekvisit förfäktas af Goos och TORP. Sålunda heter det hos Goos: »Idet Retsordenen bestemmer

¹ GETZ a. a. S. 34—35.

Samlivsvilkaarene, anerkjender den Rettigheder og drager med det samme Grænser for Handlefriheden. Disse er vel i enkelte Retninger givne med logisk Konsekvens ved Rettighedens Aerkjendelse, saaledes Opfyldelsespligten ved Fordringsrettighederne. Men i mange Tilfælde bero Grænserne paa en Afvejelse af Retssikkerhedens Krav paa den ene Side, den af Livet krævede Handlefrihed paa den anden Side, en Afvejelse, hvis Udslag ikke beror paa logiske Bestemmelser. I Retsanordningen skiftes og deles der mellem disse Krav. Heraf følger, at det ikke er nok til begrebet Retsbrud, at der foreligger et Indgreb i et retbeskyttet Gode ved en anden Persons Handling, men at det særlig maa kræves, at denne Handling overskrider de for hint Godes Skyld satte Grænser for Handlefriheden.¹ »Bedømmelsen in concreto retter sig paa den ene Side efter Handlingens større eller mindre Nytte (»Vigtighed») paa den anden Side efter Skadens større eller mindre Sandsynlighed. I samme Grad som Nytten stiger, stige Fordringerne til den Sandsynlighed for Skade som maa til for at paalægge Pligten at undlade Handlingen. Igenem denne Skala naaes der endelig til det Punkt, hvor Handlingen maa erklæres for berettiget uagtet Skaden er uundgaaelig, fordi denne Skade ikke kan komme i Betragtning imod de andre Onder, som Handlingen er egnet til at afværge». ² Hos TORP återfinnes samma tankegång i t. ex. följande uttalanden: »Gränsen mellem retmessig og retstridig Handeln maa som allerede ovenf. berört bestemmes under Hensyn til paa den ene Side den Enkeltes Krav paa en indenfor visse Grænser tillsikret Handlefrihed, paa den anden Side Samfundets Krav paa en virksom Retsbeskyttelse for

¹ Goos Alm. D. S. 79.

² Goos Alm. D. S. 191—192.

de bestaaende Retsgoder. Den hertil sigtende Bedømmelse af en given Handling maa først og fremmest bygge paa Livets almindelige Erfaring.» »Mange Hensyn — Handlingens Vigtighed og Betydning for den almindelige Livsvirksomhed, Udsigten til derved at afværge andre og større Ulykker o. l. — kunne medføre at Handlingen uanset dens konkrete Farlighed maa erkjendes at være nødvendig eller fornuftig. Spørgsmaalet om Handlingens Retmessighed eller Retstridighed beror da paa en Afvejelse af disse Hensyn. Jo nærmere Faren for at tilføje Skade er, og jo betydligere denne kan ventes at ville blive, des stærkere Grunde maa der til, for at denne Dom erklærer Handlingen berettiget. Ere disse Grunde svage: er Handlingen i og for sig unyttig eller af liden Værdi, er selv en fjernere Fare for derved at fremme en Retsforstyrrelse nok til at gøre den uberettiget. Omvendt kan Handlingen, naar vægtige Grunde tale for dens Foretagelse, være berettiget, selv om den nødvendigt maa gøre Indgreb i andres Retsgoder.»¹ —

Den första fråga, som härefter inställer sig, är gifvetvis den, hvar man har att söka de regler, efter hvilka afgörandet om hvilket af de stridande intressena, som får anses vara det starkaste, skall träffas, m. a. o. af hvad eller hvem utslaget i intressenas kamp skall fällas. Härpå svarar Getz, att man icke har annat att gå till än den allmänna uppfattningen inom samhället. »Mange vil nu mene, at Adgangen til at fare vild bliver for stor og føle Bunden svigte under sine Fodder, naar Forskjellen mellem Ret og Uret bliver saa vag. Man vil vel ogsaa spørge, hvor findes disse objektive Sandsynlighedsnorme, i hvilke Love har vi at søge Tariffen? Til visse i ingen Lov! Og ej heller, kan vi tilføje, i nogen

¹ Torp. S. 252, 255.

Retspraxis. Vi er henviste til den almindelige Opfatning, som igjen har sit Organ i Skik og Brug.¹ Och samma principer återfinnas hos Goos och TORP. »Handlefrihedens Grænse maa bero paa, hvad en förnuftig Afvejelse af Rettighedernes Betryggelse paa den ene Side og af Frihedens Krav paa den anden Side maa före til, naar Livets Formaal skal kunne naaes. Det er altsaa en etisk-praktisk Afgörelse det kommer an paa² »Det er altsaa den paa Livets Erfaringer byggede, almindelige, fornuftige Dom om Handlingens Forsvarlighed under gifne Forudsætninger, som er afgörende for dens Retmessighed.»³ —

Slutligen återstår att besvara frågan, om hvad som berättigar till uppställandet af ett sådant själfständigt allmänt brottsrekvisit som rättstridighet i denna mening. De citerade författarnes svar på detta spörsmål ligger i deras utgångspunkt: då det visat sig, att man icke med ensamt kausalitets- och tillräknelighetsbegreppen kan uppdraga rimliga gränser för ansvarigheten, är det nödvändigt att med andra medel åstadkomma dessa gränser, och ett sådant medel är rättstridighetsrekvisitet. Utan detsamma skulle strafflagarna enligt de nämnde författarnes mening i verkligheten göra det omöjligt för människorna att lefva, och dess berättigande ligger alltså i den tvingande nödvändigheten att garantera människorna en viss frihet att handla och däri att detta endast kan ske genom att uppställa rättstridigheten, sådan som den nu definierats, som allmänt brottsrekvisit. Dessa synpunkter upp bära genomgående såväl GETZ' som Goos' och TORPS framställningar och betonas uttryckligen på åtskilliga ställen,

¹ GETZ a. a. S. 35.

² Goos Alm. D. S. 165.

³ TORP. S. 256.

så t. ex. hos GRTZ: »Berettigelsen til at bygge Sagens Afgjorelse herpaa ligger i den absolute Nödvendighed af at have en Norm, og i at denne er den eneste, som staar til Raadighed.»¹

Dessa definitioner på rättstridigheten äro nu gifna med särskild hänsyn till det stora flertalet brottsliga handlingar, vid hvilka själfva handlingen och den skadliga effekten äro skilda företeelser, af hvilka den senare icke med nödvändighet utan endast med en viss grad af sannolikhet följer af den förra. Men liksom definitionen, såväl efter sitt eget innehåll som äfven enligt hvad samtliga de citerade författarne uttryckligen framhålla, omfattar äfven de fall, då sannolikheten för en lagstridig effekts inträffande stegras till fullkomlig visshet, så gäller den äfven den kategori af brottsliga handlingar, vid hvilka brottet föreligger i och med själfva handlingen utan att någon därifrån skild skadlig effekt behöfver förefinnas.² Öfverhufvud taget är det väsentliga och betydelsefulla i den nordiska rättstridighetsläran icke vägandet af den större eller mindre sannolikheten för att ett visst rättsligt skyddadt intresse läderas genom en viss hand-

¹ GRTZ a. a. S. 35.

² Mot den vanliga indelningen af brotten i sådana, vid hvilka själfva handlingen och dess skadliga effekt framstå som skilda företeelser (Erfolgsdelikte), och sådana, vid hvilka någon från handlingen skild effekt icke behöfver föreligga (Tätighetsdelikte), har stundom, se t. ex. v. LISZT, s. 125, anmärkts att äfven vid de senare en effekt (Erfolg) såtillvida är nödvändig, som alltid en förändring i yttervärlden måste hafva åstadkommits genom handlingen ifråga. Härvid är det dock tydligt att ordet effekt (Erfolg) i så fall användes i två olika betydelser, nämligen dels för att beteckna den skada å ett rättsgods, utan hvilken vissa brott icke äro fullbordade (t. ex. vid mord dödens inträffande) och dels för att beteckna den förändring i yttervärlden, utan hvilken någon handling öfverhufvudtaget icke kommer till stånd (t. ex. vid ärekränkning att yttrandet uppfattats af ett mänskligt öra). Det är gifvetvis en effekt i den förra betydelsen, som kan saknas vid ärekränkingsdelikten.

ling mot det af denna handling representerade intresset, utan det väsentliga är vägandet öfverhufvud taget af de båda kolliderande intressena mot hvarandra. Att chanserna för det rättsligt skyddade intressets afgång med seger i denna kraftmätning stiga, allt eftersom sannolikheten för dess läderande blir större, och sjunka, allt eftersom denna sannolikhet förminskas, är egentligen ett själfklart förhållande, som icke skulle behöfva särskildt framhållas, sedan man först uppställt intresseafvägningsprincipen som det afgörande. Definitionen skulle därför med samma innehåll kunna förkortas därhän, att en handling är rättstridig, om det af densamma representerade intresset icke förmår uppväga det (rättsligt skyddade) intresse, mot hvilket det riktar sig. Det är af vikt att här betona detta, därför att ärekränkning som bekant är ett af de brott, som föreligga fullbordade i och med själfva handlingen och vid hvilka någon skadlig effekt alltså icke fordras. Vid brott af dessa slag försvinner eo ipso den högre eller lägre graden af sannolikhet för en dylik effekts inträffande som moment i kraftmätningen mellan de stridiga intressena, och begreppet rättstridighet måste följaktligen för dessa brotts räkning formuleras på nyssnämnda kortare sätt. —

Jämförd med de förut relaterade tyska framställningarna har den nordiska rättstridighetsläran obetingade fördelar att framvisa däri, att den bestämdt fasthåller att lag- och rättstridighet äro skilda begrepp, att den i konsekvens härmed lämnar en positiv, utan inblandning af det förra begreppet formulerad definition af det senare, samt att denna definition är en för hela straffrätten enhetlig, d. v. s. att den låter samma synpunkter vara de afgörande öfverallt, där spörsmålet om en handlings rättstridighet eller icke-rättstridighet framkommer.

Däremot kan den sista af de nyss nämnda frågorna (näm-
ligen om hvad som berättigar till uppställandet af rättstridig-
heten som ett själfständigt allmänt brottsrekvisit) knappast
sägas vara fullt tillfredsställande besvarad af de nämnda
skandinaviska författarne. Det är uppenbart att detta är en
fråga af allra största betydelse för hvarje rättstridighetsteori.
Då det, som förut anmärkts, alltid för den omedelbara upp-
fattningen framstår som det mest naturliga, att hvarje straff-
lagsstridig handling är straffbar, d. v. s. att den redan såsom
sådan är ett brott, så är detta, att man vid sidan af lag-
stridigheten uppställer ett nytt, fullt själfständigt villkor
för att beteckna handlingen som brott, ett förhållande, som
obetingadt måste teoretiskt förklaras, om icke hela rättstridig-
hetsrekvisitet skall komma att framstå endast som en nöd-
fallsutväg ur vissa praktiska svårigheter vid lagarnes till-
lämpning. Men nödvändigheten att på ett förnuftigt sätt
begränsa ansvarigheten är i själfva verket icke en teoretisk för-
klaring utan ett praktiskt skäl till uppställandet af fordran på
rättstridighet. Det kan möjligen vara sant, att snart sagdt hvar-
je mänsklig handling skulle bli att beteckna som brott, om man
endast fordrade att den varit orsak till en förutsebar, af straff-
lagen förbjuden effekt, och att man följaktligen måste uppställa
längre gående, mera begränsade fordringar; men detta är i
sig själf ett faktum, som behöfver förklaras. Äfven om man
öfvertygats om rättstridighetsrekvisitets nödvändighet måste
man fråga sig, hvilka orsakerna väl kunna vara till detta
egendomliga förhållande, att icke alla (och troligen icke ens
flertalet) strafflagsstridiga handlingar kunna beläggas med
straff. Hvarken i strafflagen själf eller i någon annan lag
finnes någon antydning om, att dess giltighet är på detta

sätt begränsad — hvad är då i verkligheten orsaken till att så likväl är förhållandet?

Frånvaron af en verklig teoretisk grundval för rättstridighetsrekvisitet, hvilken måste betecknas som en väsentlig brist i den nordiska rättstridighetsteorien, torde återigen, åtminstone till en viss grad, bero af det dels sväfvande och dels äfven inkonsekventa sätt, hvarpå begreppet rättstridighet själfv defnierats af de ifrågavarande författarne.

Det kan nämligen icke förnekas att uttryck sådana som de ofvan citerade »Skik og Brug», »en fornuftig Afvejelse», »en etisk-praktisk Afgjorelse», »den paa Livets Erfaringer byggede almindelige fornuftige Dom», hvarmed Gertz, Goos och Torp besvarat spörsmålet hur det i yttersta hand skall afgöras, hvilketdera af två kolliderande intressen som skall anses vara det tyngst vägande, endast på ett något sväfvande sätt hänvisa på det verkliga förhållandet, som är, att det afgörande på denna punkt är det allmänna rättsmedvetandet. Visserligen kan ingenting annat än detta vara de ifrågavarande uttryckens verkliga innebörd. Ty verkställandet af »det förnuftiga afvägandet» eller fällandet af den »på lifvets allmänna erfarenheter grundade domen» etc. kan gifvetvis icke öfverlämnas åt någon enskild individ (t. ex. domaren), om dennes personliga öfvertygelse skulle afvika från den allmänt rådande, eftersom därmed lagens slutliga innehåll (en handlings straffbarhet eller icke-straffbarhet) skulle bli ovisst och beroende af enskildas godtycke; och det återstår då ingenting annat än att låta afgörandet träffas efter de normer, som lefva i det allmänna rättsmedvetandet: om man först för att beteckna en handling som brott har uppställt fordran på någonting annat och mera än strafflagstridighet och sålunda erkänt nödvändigheten att bedöma handlingen äfven efter andra principer än dem som

finnas uttryckta i lagen, är det utan vidare klart, att man i sista hand måste komma att ty till det allmänna rättsmedvetandets utslag. Men detta förtjänar såväl för klarhetens skull i allmänhet som särskildt för belysandet af rättstridighetsrekvisitets grundval (jmf. nedan) att uttryckligen bringas in i definitionen på begreppet rättstridighet, som därmed kommer att få följande lydelse: rättstridig är en handling, om det af densamma representerade intresset icke enligt det allmänna rättsmedvetandets utslag förmår uppväga sannolikheten för att samma handling kan medföra en lagstridig effekt, hvilket återigen kan förkortas därhän att *en handling är rättstridig, om den fördömes af det allmänna rättsmedvetandet.*

Vid denna, som det antages, mest konsekventa formulering af rättstridighetsbegreppet torde det emellertid vara skäl att särskildt framhålla, att hvad det här är fråga om är det allmänna rättsmedvetandet och icke det allmänna moraliska medvetandet. Att rätten å ena sidan hvarken kan eller vill förbjuda alla omoraliska handlingar och att den å andra sidan, för att kunna fylla sin mission, stundom måste inskrida äfven mot handlingar, som icke ogillas af den i samhället allmänt rådande moraliska uppfattningen, äro allmänt erkända och allbekanta förhållanden, och att rätten och moralen, som objektiva system af normer för det mänskliga handlandet betraktade, äro skilda ting, betvivlas därför af ingen. Men på grund däraf att rätten och moralen som subjektiva (inom individerna lefvande) makter, icke i människornas medvetande omedelbart framträda som olika krafter, utan tvärtom alltid i samma former, nämligen som tillstyrkande eller afhållande motiv i fråga om ens egna handlingar och som gillande eller ogillande af andras handlingar, förblandar man dem ofta äfven i reflektionen, så att man betecknar som ogillade (resp.

gillade) af rättsmedvetandet handlingar, som i verkligheten endast kunna fördömas (resp. gillas) af det moraliska medvetandet. Sålunda är man, för att anföra ett känt exempel, vid instinktivt bedömande eller efter ytlig reflektion otvivelaktigt benägen att karakterisera som gillad af det allmänna rättsmedvetandet en sådan handling som att en man begår mened för att rädda den kvinnas rykte och samhällsställning som han älskar, ifall han därmed icke skadar någon enskilds rätt; under det att en närmare reflektion lika otvivelaktigt ger vid handen, att om denna handling möjligen är moraliskt oklanderlig, så måste den i hvarje fall obetingadt utdömas af rättsmedvetandet. Men det är uppenbart, att det för ett riktigt innehåll i det här uppställda rättstridighetsbegreppet är af allra största vikt, att man bestämdt undviker denna sammanblandning, alldenstund man eljest skulle komma att fordra, att hvarje brottslig handling måste vara moraliskt förkastlig, hvilket naturligtvis vore orimligt. Det är rättsligt förkastligt, d. v. s. fördömd af rätten, sådan den lefver i det allmänna medvetandet, alltså fördömd af det allmänna rättsmedvetandet, som hvarje handling måste vara för att kunna betecknas som ett brott.

Mot rättstridighetsfordran i denna mening kan det förefalla, som om man med skäl skulle kunna anmärka, att den står i bestämd strid med det faktum, att flertalet strafflagar — särskildt i den mån de föräldras — utan tvifvel innehålla någon eller några bestämmelser, som icke harmoniera med det allmänna rättsmedvetandet, eller att det m. a. o. säkerligen gifves brott, som icke fördömas af allmänna rättsmedvetandet. Betydelsen af denna invändning öfverskattas visserligen ofta till följd af den nyssnämnda förväxlingen af det allmänna rättsmedvetandet med det allmänna moraliska medvetandet,

men det låter sig å andra sidan icke förnekas, att dylika fall af divergens mellan lagarna och rättsmedvetandet verkligen förekomma. I hvarje fall är det otvifvelaktigt, att ingenting hindrar lagstiftaren att kriminalisera äfven af det allmänna rättsmedvetandet gillade handlingar, och då det naturligtvis icke kan sättas i fråga, att icke lagstiftarens vilja äfven i sådana fall skulle vara ovillkorligen förbindande — en lags giltighet är naturligtvis endast beroende af att den tillkommit i formellt riktig ordning —, så synes konflikten mellan rekvisiten lagstridighet och rättstridighet i denna mening vara olöslig. Men att rättstridighetsfordran i dessa sällsynta undantagsfall icke kan genomföras — hvilket är otvifvelaktigt, då som sagdt lagstiftarens vilja naturligtvis är det afgörande — kan icke med fog betecknas som en brist hos begreppet rättstridighet, sådant som det här definierats, eftersom det ju i verkligheten beror på hvad som allmänt erkännes vara en brist hos lagarna. En strafflag, som ger uttryck åt rättsmedvetandets alla fordringar — d. v. s. med hot om straff förbjuder alla handlingar, som förkastas af det allmänna rättsmedvetandet — är visserligen ett ideal, som aldrig kan uppnås, och ett rättstridighetsbegrepp, som för sin giltighet förutsatte en dylik lags existens, vore utan tvifvel ohållbart. Men att ett samhälles strafflag belägger med straff handlingar, som positivt gillas af den i samhället allmänt rådande rättsuppfattningen, är ett missförhållande, som man städse måste sträfvä efter att snarast möjligt aflägsna och till hvilket man därför — låt vara att det icke helt kan undvikas, därför att lagarna icke kunna omredigeras i takt med rättsmedvetandets utveckling — knappast behöver taga särskildt hänsyn vid konstruktionen af allmänstraffrättsliga begrepp. — Till förekommande af allt missförstånd bör här möjligen betonas,

att icke hvarje i den här antagna meningen rättstridig handling är ett brott: det fordras gifvetvis, att den dessutom äfven är lagstridig.

I detta sammanhang bör äfven framhållas, att på många af de punkter, i afseende på hvilka det allmänna rättsmedvetandet icke funnit uttryck i strafflagen, låter sig dess utslag naturligtvis mer eller mindre direkt härledas ur bestämmelser, som återfinnas i andra delar af rättssystemet, och det är gifvet, att öfverallt där lagstiftarens vilja i något visst afseende verkligen kommit till uttryck, där är den lika förbindande antingen detta skett i direkt sammanhang med det ämne, som influeras af densamma, eller i något helt och hållet annat sammanhang. Om en för t. ex. rättsgodset äras verkliga innehåll på någon viss punkt afgörande bestämmelse finnes upptagen i grundlagen eller i någon kommunal, civil, processuell eller administrativ lag är naturligtvis såtillvida fullkomligt likgiltigt. Detta är uppenbarligen den riktiga kärnan i den äldre uppfattningen af rättstridigheten, enligt hvilken hvarje lagstridig handling antogs vara rättstridig, om icke dess rättstridighet upphäfdes af någon i någon annan del af rättsordningen innehållen bestämmelse; dess fel var, som redan förut utvecklats, att den antog rättstridighetens väsen härmed vara uttömmande angifvet. På samma sätt kan naturligtvis äfven praxis eller sedvanerätten, i den mån som den vunnit tillbörlig fasthet, bli afgörande på punkter, som icke reglerats af lagstiftaren, och slutligen kunna äfven seder och bruk i många fall vara visserligen svagare men likväl ofta ganska bestämda indicier för det allmänna rättsmedvetandets ståndpunkt. Men hvarken i andra lagar än strafflagen eller i sedvanerätten eller i seder och bruk eller i några andra mer eller mindre bestämda yttre former finnes rättstridig-

hetsrekvisitet för alla fall uttömmande regleradt: på många punkter skall det visa sig, att man saknar t. o. m. dylika stöd och att man följaktligen i yttersta hand kommer att tvingas till att låta det allmänna rättsmedvetandet vara det afgörande. —

Inkonsekvent är den formulering, som definitionen på rättstridigheten erhållits hos GETZ, GOOS och TORP, däruti att det i de citerade arbetena genomgående talas om, att angrepp, kränkningar, skadande etc. af rättsligt skyddade intressen eller rättsgods (resp. deras utsättande för fara) äro tillåtna under vissa omständigheter. Det förefaller redan vid första anblicken uppenbart, att detta uttryckssätt innehåller en motsägelse. Med ett rättsgods kan naturligtvis icke menas annat än ett godt, som rätten skyddar, och det är då redan af logiska skäl omöjligt att tala om rättsgods, som rätten (under vissa omständigheter) icke skyddar, och om möjligt ännu skarpare framträder motsägelsen, när man talar om rättsligt skyddade intressen, som rätten icke skyddar. Och i verkligheten visar det sig också att begreppen rättsgods och rättsligt skyddade intressen, använda vid sådana tillfällen, äro utan allt innehåll. Om en anklagads »rätt» till att hans ära, goda namn och rykte icke kränkas, alltså »rättsgodset» ära uppoffras för det högre intresse, som ett i god tro afgifvet vittnesmål representerar, eller för att anföra det vanligaste exemplet om en lifdömds »rätt» till att behålla lifvet, alltså »rättsgodset» lif uppoffras för det högre samhälleliga intresset att dödsstraff exekveras, så innebär detta ingenting annat, än att den anklagade i detta fall icke har någon rätt till ära och den lifdömda gent emot skarprättaren icke någon rätt till lifvet eller m. a. o. att några rättsgods ära och lif på dessa punkter icke existera och att man därför använder tomma ord, när man likväl här talar om sådana.

Den inre grunden till denna inkonsekvens torde vara att söka däri, att de ifrågavarande författarne trots allt icke fullständigt frigjort sig från den äldre uppfattningen, att det endast är i vissa bestämda undantagsfall som en lagstridig handling icke är rättstridig. Formellt har man visserligen definitivt lämnat denna ståndpunkt, i och med det att man upptagit rättstridigheten bland de allmänna brottsrekvisiten och gifvit ett positivt, själfständigt innehåll åt begreppet rättstridighet. Men reellt eller materiellt kan man icke sägas hafva genomfört detta, så länge man framställer saken så, att ett angrepp på ett rättsligt skyddadt intresse icke alltid utan endast under vissa omständigheter är rättstridigt. Bakom detta framställningssätt ligger tanken, att lagstiftaren i lagen fixerat vissa rättsgods, lif, ära, egendom etc., som han i regeln eller till en viss grad skyddar, och att angrepp mot dessa rättsgods endast undantagsvis äro tillåtna, icke rättstridiga. Men detta innebär i själfva verket ingenting annat än att lagstridiga handlingar i regeln äro förbjudna och endast i vissa undantagsfall icke rättstridiga. Skillnaden mellan dessa båda sätt att uttrycka saken är blott, att man i det senare fäst sig vid handlingens formella egenskap af att vara lagförbjuden, under det att man i de förra tagit fasta på dess innehåll, att den riktar sig mot ett mänskligt godt eller intresse. Principen att det vid sidan af lagstridighet fordras rättstridighet, för att en handling skall blifva ett brott, kan med afseende på handlingens innehåll konsekvent endast uttryckas så, att lagstiftaren icke exakt fixerat de mänskliga intressen, som han vill skydda, d. v. s. rättsgodsen, hvarför man vid bestämmandet af dessas verkliga innehåll måste taga hänsyn till äfven andra moment än dem, som funnit uttryck i lagarna. Det verkliga rättsgodset ära är sålunda icke äran

såsom sådan i vanlig språklig mening, utan sammanfattningen af de hithörande mänskliga intressen, som i kampen med andra mot dem stridande intressen enligt det allmänna rättsmedvetandets utslag anses mest skyddsvärda och därför förses med rättsligt skydd, d. v. s. upphöjas till rättsligt skyddade intressen eller rättsgods. Och på samma sätt är lifvet ingalunda såsom sådant, utan endast i den mån det anses väga tyngre än andra mänskliga intressen, ett rättsgods.

I belysning häraf torde nu klart framstå, såväl hvarför man öfverhufvud taget är nödsakad att uppställa rättstridigheten som allmänt brottsrekvisit, som ock att rekvisitet rättstridighet icke kan vara af annat innehåll än det ofvan angifna. *Den verkliga grunden till rättstridighetens uppställande som allmänt brottsrekvisit är den, att lagstiftaren icke vid alla brott i lagarna exakt fixerat de intressen han velat skydda eller, från andra sidan uttryckt, att lagstiftaren icke alltid uttömmande angifvit alla villkoren för en handlings straffbarhet.* Flertalet mänskliga handlingar representera en oerhörd mångfald intressen och rikta sig likaledes, direkt skadande eller i det de utsätta dem för fara, mot en mångfald andra intressen, och det kan icke finnas något tvifvel om att förhållandena inom åtskilliga brottskategorier äro alltför invecklade, för att någon lag i verkligheten kan anses rymma en fullt uttömmande beskrifning på det eller de af alla dessa kolliderande intressen, som lagstiftaren velat upphöja till rättsligt skyddadt. Man behöfver endast flyktigt tänka igenom ett antal af de fall, i hvilka andra såväl sociala som individuella intressen råka i konflikt med t. ex. intresset ära (i vanlig, icke rättslig mening), för att inse omöjligheten af att i lagparagrafer bestämma det rättsliga intresset äran. Hit höra parlamentariska intressen (referat af riksdagsförhandlingar och möjligen utsträckt

yttrandefrihet angående riksdagsmannakandidater), det kommunala livvets intressen (yttrandefrihet på kommunalstämmor etc. och möjligen diskussionsfrihet i kommunens angelägenheter), administrationsintressen (t. ex. vederbörandes utlåtanden öfver sökande till ämbetsställningar), rättskipningsintressen (t. ex. vittnens berättelser), handelsintressen (t. ex. soliditetsupplysningsbyråers meddelande), rent privata intressen (t. ex. begärda upplysningar om en läkare, som man vill konsultera, om en tjänare, som man ämnar taga i sin tjänst) o. s. v. Det torde vara uppenbart att, om doktrinen möjligen kan exakt bestämma innehållet i det rättsliga begreppet ära, d. v. s. fastställa villkoren för att en handling skall vara ärekränkning i juridisk mening, så har i hvarje fall ingen lagstiftare gjort det, och det torde vara otvifvelaktigt att en lag, i hvilken något dylikt försöktes, skulle, utan att det lyckades, svälla ut till ett monstrum.

Men om sålunda den lagstiftningstekniska omöjligheten eller olämpligheten af att i alla fall uttömmande beskrifva de intressen, som skola skyddas, resp. uttömmande angifva villkoren för att en handling skall bli ett brott, är den verkliga och, som det antages, teoretiskt tillfyllestgörande förklaringen på att man nödgas uppställa ett sådant rekvisit som rättstridigheten, så torde det äfven vara klart, att rättstridigheten icke kan bestämmas på annat sätt än som här ofvan skett. Man kan naturligtvis icke utgå från, att lagstiftaren i sin sträfvan att på lämpligaste, mest ändamålsenliga sätt beskrifva de handlingar, som han vill förbjuda (fixera de intressen, som han vill skydda), ledes af annat än rättens idé, sådan som den lefver i tidens och samhällets medvetande, och då nu af nämnda skäl lagstiftarens vilja icke kunnat komma till fullt exakt uttryck i lagarna, så har man för att komplettera det uttryck,

som den där funnit, uppenbarligen icke annat att gå efter än denna viljas mål, d. v. s. rättens i samtidens medvetande lefvande idé eller m. a. o. det allmänna rättsmedvetandet. —

Häraf följer emellertid också att fordran på rättstridighet i denna mening, äfven om den formellt är densamma vid alla brott och i alla lagar (reellt blir dess innehåll naturligtvis beroende af det allmänna rättsmedvetandets ståndpunkt inom de olika lagarnas giltighetsområden), måste bli af i hög grad olika praktisk betydelse såväl vid olika brott inom samma rättsystem som ock vid samma brott inom olika rättssystem.

Under det att enstaka mänskliga lifsintressen äro af den utomordentliga styrka eller på grund af sitt innehåll framstå som till den grad obetingadt skyddsvärda, att knappast något enda annat mänskligt intresse låter sig tänkas, hvilket skulle äga kraft att uppväga desamma, äro flertalet intressen ingalunda af en dylik så att säga absolut styrka, utan tvärtom från början utsatta för att eventuellt öfverflyglas af otaliga andra, och om man förutsätter, att lagstiftaren beskrifvit samtliga rättsgods med proportionsvis ungefär samma grad af noggrannhet, så är det gifvet, att fordran på rättstridighet kommer att bli af väsentligt mycket större betydelse vid afgörandet om en handling, som riktar sig mot ett intresse af det senare slaget, är ett brott eller ej, än då fråga är om handlingar, som rikta sig mot intressen af det förra slaget. Sålunda är rättstridighetsrekvisitet vid t. ex. våldtäkt af så godt som ingen praktisk betydelse, därför att knappast mer än ett enda annat intresse (nämligen det som representeras af äktenskapet) skulle kunna uppväga intresset kvinnans frihet i fråga om sexuell beblandelse, hvarför en icke rättstridig våldtäkt knappast låter sig tänka utom just i det enda fallet, att den be-

gåtts inom äktenskapet, under det att rättstridighetsrekvisitet t. ex. vid ärekränkning är af en betydelse, som knappast kan öfverskattas, därför att otaliga andra intressen väga tyngre än intresset ära, hvarför också flertalet af de faktiskt förekommande angreppen på medmänniskors ära icke äro rättstridiga.

Vid samma brott inom skilda rättssystem blir rättstridighetsrekvisitet af olika stor praktisk betydelse, i den mån som de olika lagstiftarne med olika grader af noggrannhet fixerat det ifrågavarande rättsgodset. Med hvilken grad af exakthet som rättsgodsen böra angifvas i lagarna är nämligen en fråga, för hvars besvarande det icke finnes några i sakens natur liggande, absolut tvingande skäl. Liksom det är lagstiftningstekniska förhållanden, som stundom göra det omöjligt eller olämpligt att fullt uttömmande beskrifva de intressen, som skola skyddas, så är också, på hvilken punkt på skalan i riktning mot full exakthet som man i dessa fall vill stanna, ett spörsmål, som endast kan afgöras efter lagstiftningstekniska hänsyn och till hvilket olika tiders och länders lagstiftare därför gifvetvis komma att intaga olika ställningar.¹ I två lagar, som intaga samma ställning i afseende på något visst brott, kan följaktligen det ifrågavarande rättsgodset angifvas i den ena lagen med hög grad af noggrannhet och i den andra endast med

¹ Huruvida det de lege ferenda är önskvärdt, att lagstiftaren eftersträfvat fullt detaljerad exakthet vid utformandet af samtliga brotts rekvisit eller om icke fastmera därigenom andra lagstiftningstekniska önskemål skulle komma att uppofras, liksom äfven, i senare fallet, vid hvilken punkt af exakthet lagstiftaren bör stanna, är lagstiftningsprincipiella spörsmål, som vi icke anse oss hafva anledning att här upptaga till pröfning. Angående dessa spörsmål, liksom i allmänhet angående rättstridighetsrekvisitets behandling de lege ferenda, se HEIMBERGER: Rechtmässiges und rechtswidriges Handeln. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. IV Band. S. 1 f.

yttersta knapphändighet, och det är då gifvet, att rättstridighetsrekvisitet måste bli af väsentligt mycket större betydelse i den senare lagen än i den förra. Det bästa exemplet på detta förhållande erbjuda just ärekränkingsdelikten. Under det att somliga ärekränkingslagar (t. ex. Tysklands §§ 190, 192, 193, och Norges §§ 249, 250) upptagit förhållandevis noggranna bestämmelser i fråga om kollisioner mellan äran och andra individuella och sociala intressen, ha andra lagar (t. ex. Sveriges) vid sidan däraf att de möjligen innehålla en generell antydan om att rättstridighet alltid fordras, inskränkt sig till att angifva sin ståndpunkt endast i fråga om något enstaka dylikt kollisionsfall, och återigen andra lagar (t. ex. Danmarks § 215) ha tagit hänsyn till eventuella intressekonflikter uteslutande därigenom att det uttryckligen i lagen framhållits, att ett angrepp på äran måste vara rättstridigt (»ubeföjet», danska strafflagen § 215) för att bli straffbart, och slutligen ha somliga lagar (i synnerhet äldre) öfverhufvud taget icke berört några intressekollisioner inom ärekränkingsområdet. Det är möjligt, att en lags innehåll, då lagstiftaren med en detaljbestämmelse tar ställning i någon viss kollisionsfråga, därigenom blir ett annat än innehållet i en lag, där samma fråga lämnats öppen, men säkert är detta ingalunda; ty om det allmänna rättsmedvetandet inom de båda lagarnas giltighetsområden ger samma utslag på den ifrågavarande punkten, så åstadkommes ingen skillnad däraf, att lagstiftaren i det ena fallet gifvit uttryck i lagen åt detta medvetande, under det att den andra lagen icke innehåller någon motsvarande bestämmelse: de båda lagarnas verkliga innehåll blir trots deras kanske högst påfallande yttre olikhet detsamma. Om sålunda t. ex. svenska Str. L. icke innehåller någon annan antydan om att en ärerörig beskyllning icke är straffbar, om den fram-

ställt af ett vittne inför domstol, än den som möjligen kan anses ligga i det särskilda subjektiva rekvisitet i Str. L. 16:7 och 8,¹ under det att tyska strafflagen får anses i § 193 ha tagit ställning till en dylik konflikt mellan intresset ära och de intressen, som representeras af sanningsenliga vittnesmål, så kan det naturligtvis icke vara något tvifvel om att svenska och tyska strafflagarna på denna punkt i verkligheten likväl äro af fullkomligt samma innehåll; skillnaden är blott, att rättstridighetsrekvisitet får göra större tjänst i den förra än i den senare, därför att den tyske lagstiftaren valt att på ett mera uttömmande sätt än den svenske angifva villkoret för en ärekränkings straffbarhet eller m. a. o. noggrannare fixerat rättsgodset ära. —

Mot de från början grundläggande tankarna i den rättstridighetsteori, som här ofvan försvarats, har nu under de allra senaste åren framställts synnerligen djuptgående invändningar i åtskilliga nyare tyska arbeten, i hvilka i stället återupptagits, utvecklats och mera konsekvent och fullständigare än förut utformats den äldre rättstridighetslärans principer, för hvilka här förut redogjorts; och det återstår därför nu att, innan vi afsluta framställningen af den objektiva sidan af rättstridigheten, undersöka vikten af de synpunkter, som härvid framkommit. Men innan vi öfvergå härtill, torde det vara lämpligt att först redogöra för ett annat nyare tyskt rättstridighetsarbete, nämligen DOHNAS Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, i hvilket författaren, utan att anknyta till vare sig de ledande tankarna i v. BARS kausalteori eller till de nordiska rättslärdes arbeten, framställt en rättstridighetsteori, som otvifvelaktigt ligger i samma riktlinje och eftersträfvat samma

¹ Se härom utförligt i denna afhandlings afdelning III, kapitel 1.

mål, som den här försvarade, men som genom sin ensidighet och de enligt vår mening felaktiga konsekvenser, som dragits ur teoriens grundprincip, gifvit berättigade anledningar till angrepp.

DOHNA betonar, liksom de nordiska författarne, nödvändigheten af en enhetlig och positiv lösning af rättstridighetsproblemet, påvisar omöjligheten af att vare sig i strafflagen eller annorstädes i den positiva rätten för alla fall finna »grunderna till rättstridighetens uteslutande», framhåller det ofruktbara i BINDINGS, v. HOLDS m. fl:s rent formella rättstridighetsdefinitioner och bestämmer slutligen rättstridighetsrekvisitets innehåll i en definition, som kortast kan återgifvas så, att en handling aldrig är rättstridig om den framstår som det rätta medlet till det rätta ändamålet.¹ Det torde vara utan vidare klart, att denna fordran på att en handling för att bli ett brott skall visa sig icke hafva varit »rechtes Mittel zum rechten Zweck» i verkligheten kommer att bli af i allt väsentligt samma innebörd som fordran på rättstridighet i den betydelse, som här har tillagts detta ord; ty det är gifvet, att om en handling verkligen är det riktiga medlet till ett riktigt ändamål, så måste också det af handlingen representerade intresset för det allmänna rättsmedvetandet framstå som tyngre vägande än det intresse, mot hvilket handlingen riktat sig. Emellertid lider DOHNAs framställning, enligt vår mening, till att börja med af samma eller liknande brister, som här förut påpekats hos de nordiska författarne, i det DOHNA dels icke lämnar något tillfredsställande svar på frågan, hvarför man är berättigad att för att betrakta en handling som ett brott fordra att den, utom det att den uppfyllt de i någon särskild strafflagsparagraf uppställda speciella brottsrekvisiten, äfven skall visa sig icke hafva varit

¹ DOHNA a. a. S. 50.

rätta medlet till det rätta ändamålet, och dels ingenstädes anger af hvem eller hvad det skall afgöras, när en handling i verkligheten uppfyller detta sista villkor. DOHNA försvarar sin rättstridighetsteori därmed, att man utan en konstant faktor vid undersökningen af de faktiskt existerande rättsreglerna aldrig kan komma fram till mera än en rent deskriptiv eller genetisk framställning af desamma och att man därför, för så vidt som man är berättigad (och därmed förpliktigad) att äfven kritiskt värdesätta dessa rättsregler, också är berättigad att begagna sig af en dylik grundprincip och att principen »rechtes Mittel zum rechten Zweck» härvid är den enda oomtvistligt riktiga. Men äfven om detta är otvifvelaktigt riktigt, så är därmed uppenbarligen endast förklaradt, hvarför man med fog kan använda denna princip vid en kritisk granskning af ett gällande rättssystem, men alldeles icke hvarför man skulle vara berättigad att införa densamma som ett positivt, själfständigt moment i ett sådant. — Vid frågan om hur det skall afgöras, när en handling i verkligheten är »rechtes Mittel zum rechten Zweck», inskränker sig DOHNA¹ till att, i anslutning till M. E. MAYER, anvisa sådana utvägar, som mera utsträckt användande af lekmanneelement och sakförståndiga vid domstolarna, processens uppdelning i tre stadier o. s. v. Men om också allt detta möjligen är riktigt, så tränger det i hvarje fall icke fram till kärnan i saken — som är att det i samhället lefvande allmänna rättsmedvetandet är det afgörande — utan uppehåller sig i stället vid det yttre spörsmålet, med hvilka medel man säkrast skall bringa detta allmänna rättsmedvetande att i hvarje fall göra sig gällande, ett spörsmål af närmast processrättslig karaktär,

¹ DOHNA a. a. S. 73 f.

som det knappast kan vara rättstridighetslärans uppgift att besvara.

Men härtill kommer, att DOHNA, som nyss antyddes, tillägger grundtanken i sin teori en räckvidd, som genom att föra densamma in i olösliga konflikter med den positiva rätten onekligen är ägnad att bringa såväl denna som alla därmed besläktade rättstridighetsteorier i misskredit. Dylika enligt vår mening obefogade konsekvenser ur den grundläggande principen i DOHNAS rättstridighetsteori framträda redan inom det första område, vid hvars utredning DOHNA tillämpar sin teori, nämligen lärarnes aganderätt.¹ DOHNA polemiserar här emot Reichsgericht, hvars ståndpunkt i frågan torde framgå af följande citat ifrån en af dess domar: »Es kommt vor allem in Betracht, dass die Erziehung die körperliche und geistige Entwicklung des Zöglings fördern soll; dass auch das Züchtigungsrecht nur zur besserer Erreichung dieses Zweckes eingeräumt ist. Der Umfang des Rechtes wird durch diesen Zweck bestimmt und begrenzt. Objektiv liegt eine Überschreitung vor, wenn die Züchtigung nicht innerhalb der Grenzen sich hält, welche durch die Schulgesetze gezogen sind oder aus der begrifflichen Natur des dem Lehrer eingeräumten Züchtigungsrechtes sich ergeben.»² I denna ståndpunkt klandrar DOHNA, att »das Reichsgericht mit dem richtigen Prinzip der sachlichen Berechtigung operiert, ohne doch die formelle Befugnis als Fundament des Strafausschlusses aufgeben zu wollen», och DOHNA citerar med gillande ett uttalande af ORTLOFF öfver den ifrågavarande domen: »Hier erkennt das Reichsgericht entweder die landesrechtlichen Schulgesetze oder die begriffliche Natur des Züchtigungsrechtes

¹ DOHNA a. a. S. 83 f.

² DOHNA a. a. S. 87.

als grenzbestimmend an, letztere jedenfalls zur Aushilfe, wo erstere nicht bestehen oder zur Ergänzung dieser. Wenn aber Schulgesetze der begrifflichen Natur des Züchtigungsrechtes nicht entsprechen? Was dann? På denna fråga lämnar DOHNA i den följande framställningen det svaret, att lika litet som en lärare blir straffri, om han begagnar sig af den honom genom skollagen tillagda aganderätten vid något tillfälle, då agan icke var motiverad, lika litet blir han straffbar, om han genom utdelande af en från uppfostringsynpunkt väl motiverad aga öfverskrider gränserna för den honom lagligen tillerkända rätten att aga; skollagarnas detaljbestämmelser få öfverhufvud taget icke betraktas som annat än försök att handleda lärarne vid realiserandet af den abstrakta principen, att all aga måste stå i en förnuftig uppfostrans tjänst. — Denna lära, som, tillämpad på hela rättstridighetsområdet, synes komma att resultera i ingenting mindre än att, där lagstiftaren icke i strafflagen utan i andra positiva rättsstadganden gifvit sin vilja tillkänna i fråga om någon del af villkoren för en handling brottslighet, där skulle dessa sistnämnda rättssatsers giltighet vara beroende af huruvida de kunna anses som ett förverkligande af maximen, att ingen handling är rättstridig, om den framstår som det riktiga medlet till ett riktigt ändamål, innebär gifvetvis »eine bedenkliche Neigung, die Kraft positivrechtlicher Satzung zu unterschätzen»,¹ och skulle man vara nödsakad att ur den här ofvan försvarade teorien draga analoga konsekvenser och alltså proklamera att öfverensstämmelse med det allmänna rättsmedvetandets fordringar vore ett villkor för att lagstiftarens vilja skulle blifva förbindande i alla de fall, där denna vilja i afseende på någon punkt i ett brottsre-

¹ v. LISZT Lehrbuch, 16:te Aufl. Berlin 1908. S. 140, not 3.

kvisit kommit till uttryck i en civil lag eller en administrativ förordning o. s. v., så skulle denna teori utan tvifvel vara från början dödsdömd; ty därmed skulle man uppenbarligen hafva tillagt doktrinen och domstolarna en fullkomligt oförsvarlig befogenhet att mästra och sätta sig öfver den positiva rätten. Men som redan upprepade gånger i annat sammanhang här ofvan framhållits, får den här antagna rättstridighetsteorien alldeles icke tilläggas någon sådan innebörd. Att DOHNA kommit att draga de nämnda konsekvenserna ur sin rättstridighetsteori, torde bero på den oklarhet i fråga om skillnaden mellan en princip, som uppställts endast för att göra tjänst vid en kritisk värdesättning af den positiva rätten, och en princip, som gör anspråk på att vara ett organiskt, nödvändigt moment i densamma, hvilken, enligt hvad som nyss anmärkts, vidlåder de inledande reflektioner hvar med DOHNA motiverar uppställandet af sin teori. Hade DOHNA från början klargjort den verkliga grunden till att man måste uppställa ett sådant rättstridighetsrekvisit som det här ifrågasvarande, hvilken icke står att finna någon annanstädes än i den omständigheten, att lagstiftaren icke i lagarna kunnat eller velat med full exakthet fixera de intressen, som han önskat upphöja till rättsligt skyddade, så hade DOHNA otvifvelaktigt också kommit att gifva den riktiga begränsningen åt denna rättstridighetsfordrans räckvidd, som naturligtvis är att den ingriper endast på de områden eller punkter, i afseende på hvilka lagstiftarens vilja icke kommit till uttryck.

Emellertid är det icke endast i de nu anmärkta afseendena, utan äfven i fråga om den enligt vår mening riktiga grundtanken, som DOHNAs rättstridighetsteori mötts af så starkt motstånd i de sistförflutna årens tyska litteratur.

Bland dessa motståndare till tanken, att sådan som den positiva rätten nu faktiskt är gestaltad — såväl i Tyskland som i Sverige —, så måste strafflagens uttryckliga bestämmelser ovillkorligen kompletteras genom ett rättstridighetsrekvisit, hvars innehåll icke alltid kan framkonstrueras ur rättsordningens positiva stadganden, må här först nämnas BELING.

BELING har i spetsen för hela sin framställning af läran om brottet¹ uppställt det nya begreppet »Tatbestandsmässigkeit» eller »Typizität», hvilket dock knappast synes erbjuda något egentligt annat eller mera än ett skarpare utmejslande af de vanliga brottsdefinitionernas begrepp, straffbelagdhet, »mit Strafe bedroht»,² och följaktligen blir åtminstone på alla här intresserande punkter af i allt väsentligt samma innebörd som det i denna afhandling använda uttrycket lagstridighet. Genom det starkare framhåfvandet af det verkliga väsentliga i detta begrepp har emellertid BELING vunnit, att också skillnaden mellan fordran på lagstridighet (Tatbestandsmässigkeit) och fordran på rättstridighet, liksom slutligen äfven den däraf följande nödvändigheten att lämna ett positivt och uttömmande svar på frågan, hvad rättstridighetsrekvisitet i verkligheten innebär, kommit att framstå i klarare dager. »Aus den bisherigen Untersuchungen», säger BELING sålunda på ett ställe,³ »erhellte, dass der Tatbestand rein ist von allen Rechtswidrigkeitsmomenten, dass die Rechtswidrigkeit nicht in der Tatbestandsmässigkeit liegt, dass mit der Feststellung: A hat durch seine Handlung einen Tat-

¹ BELING: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

² BELING, a. a. S. 27, framhåller också själf, att »verschleiert stechte das Begriffsmerkmal Tatbestandsmässigkeit schon in den bisherigen Definitionen des Verbrechens als einer mit Strafe bedrohten Handlung».

³ BELING a. a. S. 145.

bestand erfüllt, z. B. einen Menschen getötet, noch gar nichts darüber gesagt ist, ob dies auch rechtswidrig geschehen ist, dass vielmehr die Bejahung der Tatbestandlichkeit nur die Anknüpfung der weiteren Frage ermöglicht, ob auch Rechtswidrigkeit gegeben ist. Und umgekehrt hat sich gezeigt, dass die Rechtswidrigkeit nichts mit der Typizität der Verbrechen zu tun hat, dass die Feststellung: A hat rechtswidrig gehandelt, noch nicht ergiebt, dass ein typischer Verbrechenfall vorliegt.» — Vid besvarandet af frågan om rättsstridighetsrekvisitets innehåll tillbakavisar BELING till att börja med energiskt alla sådana rättsstridighetsteorier som DOHNAS, M. E. MAYERS och därmed beslåttade,¹ och i den följande framställningen betonar BELING ständigt i olika sammanhang, att afgörandet öfver en handlings rättsstridighet eller icke-rättsstridighet under inga omständigheter får träffas annat än efter den positiva rättsordningens uttryckliga stadganden. »Normalität und Nichtnormalität des Handelns sind an sich aus dem Rechtsganzen zu gewinnen. Mit andern Worten: Sämtliche Rechtsdisziplinen in ihrem Zusammenhang müssen ergeben, ob eine Handlung verboten war oder nicht... Es bleibt also regelmässig dem Kriminalisten nichts anderes übrig, als an der Hand des Zivilrechts u. s. w. die Rechtswidrigkeitsfrage zu lösen. — Aber bei einer recht erheblichen Anzahl von Normen ist doch die Arbeit des Kriminalisten durch das Gesetz wesentlich erleichtert: zahlreiche Normen haben im Gesetz eine schematische Ausprägung dahin erfahren, dass ein tatbestandliches Handeln als grundsätzlich verboten bezeichnet wird, so dass bei Gegebensein eines hierher gehörigen Tatbestandes, so lange auch Rechtswidrigkeit vorliegt,

¹ BELING a. a. S. 32 f. Om M. E. MAYERS rättsstridighetsteori, se i det här följande s. 87.

als nicht besondere Umstände das Gegenteil ergeben. Dies ist überall da der Fall, wo das Strafgesetz des Moments der Rechtswidrigkeit nicht ausdrücklich Erwähnung tut.»¹ I dessa satser torde det väsentliga i BELINGS rättstridighetsuppfattning finnas uttryckt. Men trots att rättstridighetsproblemet härmed onekligen är fullt klart uppställt och enhetligt behandladt, förefaller det, som om man med denna ståndpunkt likväl icke kommit själfva frågans lösning i sak väsentligt mycket närmare än i de äldre, här förut anförda framställningarna af läran om rättstridigheten. Det är naturligtvis alldeles riktigt, att lagstiftarens vilja, i fråga om när något visst brott får anses föreligga, är lika förbindande, antingen den kommit till uttryck i strafflagen eller i någon till civilrätten, förvaltningsrätten o. s. v. hörande lag.² Men om det är tydligt, att lagstiftarens vilja i något visst afseende icke kommit till uttryck vare sig i strafflagen eller i någon annan lag, m. a. o. om det visar sig, att man ensamt med ledning af den positiva rättsordningens stadganden på åtskilliga — låt vara sällsynta — punkter icke kan komma till praktiskt antagliga resultat, utan fastmera skulle nödgas afkunna domar, mot hvilka hvars och ens rättskänsla obetingadt uppreser sig och hvilka under inga omständigheter kunna antagas hafva legat i lagstiftarens afsikt — hvilken utväg har man då att välja? Denna fråga, som likväl synes oss utgöra själfva kärnan i rättstridighetsproblemet, upptager BELING icke ens till behandling, än mindre lämnar han något svar på densamma; ty den kan hvarken anses behandlad eller besvarad därmed att man från början, såsom BELING, fastslår som ett axiom, att man under inga omständigheter får bestämma

¹ BELING a. a. S. 162.

² Jmfr ofvan s. 36.

rättstridighetens väsen annat än med tillhjälp af den positiva rättens föreskrifter. Af innehållet i den senare hälften af denna afhandling torde komma att framgå, att det i hvarje fall inom ett område — ärekränkingsdeliktens — icke är möjligt att reglera rättstridighetsrekvisitet efter denna princip. Här skall nu endast framhållas ytterligare ett exempel på, i hvilka svårigheter man med nödvändighet invecklas genom att fasthålla vid den af BELING försvarade rättstridighetsprincipen. Det gäller den mångomskrifna frågan om läkarnes rätt till operativa ingrepp, öfver hvilken, för att låna ett uttryck från DOHNA, »eine wahre Hochflut von Abhandlungen» verkligen synes hafva gått fram under de sist förflutna decennierna. Denna fråga har, som här redan förut i annat sammanhang omnämnts, hvarken inom den tyska eller svenska rätten reglerats genom positiva lagstadganden. För att nu undvika att förklara det faktum, att läkarnes operationer under gifna omständigheter icke kunna träffas af strafflagens bestämmelser angående resp. mord, dråp eller misshandel, därmed att en af en läkare på ett från den medicinska vetenskapens synpunkt approbabelt sätt och för ett likaledes approbabelt ändamål företagen operation aldrig framstår som en handling, hvilken fördömes af det i samhället lefvande allmänna rättsmedvetandet, eller att en dylik operation alltid måste betecknas såsom »ett riktigt medel till riktigt ändamål», förklarar BELING,¹ att en operation med lycklig utgång, t. ex. en amputering ef ett ben eller arm hvarigenom patientens lif räddas, öfverhuvud taget icke faller in under strafflagens misshandelsparagrafer, därför att det i lagen heter »wer einen andern körperlich misshandelt» och uttrycket »einen andern» måste förstås så, att misshandel endast föreligger

¹ BELING a. a. S. 154—155.

om den andres »Gesamtorganismus» har skadats, d. v. s. om hans totala vitalitet har sänkts, men däremot icke om endast en kroppsdel eller ett ställe på hans kropp har tillfogats skada; i dessa fall beror operationens straffrihet sålunda på att den öfverhufvud taget icke är lagstridig, icke »tatbestandsmässig»; i de fall där operationen misslyckas, kan straffrihet återigen följa antingen däraf att läkaren haft patientens samtycke (utesluten rättstridighet) eller däraf att läkaren varit öfvertygad om att operation skulle förlöpa väl (utesluten skuld). Men slutligen återstår de fall, i hvilka läkaren alldeles icke varit öfvertygad om, att operationen skulle få en lycklig utgång, utan tvärtom ansåg sannolikheterna härför ytterligt små, men likväl företog operationen, därför att han betraktade den som det enda möjliga medlet till patientens räddning. I sådana fall föreligger tydligen en starkt prononcerad dolus eventualis, och i fråga om dessa fall måste BELING ovillkorligen, om patienten dör och samtycke till operationen icke förut gifvits (t. ex. därför att det icke kunnat inhämtas på grund af patientens tillstånd), stanna vid att läkaren blir att döma för mord, äfven om den medicinska vetenskapen aldrig så bestämt uttalar, att operationen i det gifna fallet borde företagas och att den företagits på fullkomligt oklanderligt sätt. Att en sådan lära är ohållbar, torde af ingen dragas i tvifvelsmål. Men det torde också, efter det ofvan anförda, vara klart, att grunden till att BELING kommit fram till densamma icke är någon annan, än att han icke velat godtaga det rättstridighetsrekvisit, som öfverallt, där någon viss fråga icke reglerats genom positiva lagstadganden, visar sig vara det enda tillfyllestgörande, nämligen att det allmänna rättsmedvetandets dom öfver den ifrågavarande handlingen är det i yttersta hand afgörande.

Från i hufvudsak samma ståndpunkt som BELING tillbakavisar äfven BIERLING¹ de i den nordiska rättstridighetslitteraturen ledande tankarna. Men trots all den klarhet, öfverskådlighet och inre konsekvens, som utmärker BIERLING, synes oss icke heller hans framställning fri ifrån den enligt vår mening väsentliga brist, som nyss anmärkts mot BELINGS lära om rättstridigheten; icke heller BIERLING upptager till egentlig diskussion möjligheten af att rättstridighetsmomentet icke skulle låta sig på ett praktiskt antagligt sätt fullt uttömmande bestämmas ensamt med ledning af den positiva rättens föreskrifter; äfven han utgår från som själfklart att den gällande rätten måste anses föreligga fullt utformad i gällande lagar. Denna utgångspunkt kommer på ett synnerligen skarpt och tydligt sätt till synes i BIERLINGS direkta kritik öfver TORPS här förut omnämnda redogörelse för den nordiska rättstridighetsläran i Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. »Selbst wenn wir der Behauptung TORPS zustimmen müssten», säger BIERLING här,² »dass 'über die Rechtmässigkeit der Handlung das auf den Erfahrungen des Lebens gegründete allgemeine (vernünftige) Urteil entscheide, ob sich die Handlung unter Berücksichtigung sämtlicher bei deren Vornahme vorliegender Umstände als angemessen (objektiv vernünftig) erweise', so würden wir doch darin im günstigsten Falle die Konstatierung eines eigentümlich umfassenden 'erlaubenden Rechtssatzes' erblicken, dessen Anwendung in gewissen — verhältnismässig seltenen — Fällen eine Handlung als rechtmässig erscheinen lässt, die auf den ersten Anblick alle Begriffsmerkmale eines Delikts in ihrem

¹ BIERLING: Juristische Principienlehre. Dritter Band. Tübingen 1905 S. 170 f.

² BIERLING a. a. S. 194, not 3.

tatsäclichen Bestande zu vereinigen scheint. In Wahrheit ist aber auch jene Charakteristik der 'Rechtmässigkeit' höchst bedenklich. Ja, einem deutschen Juristen muss sie als schlechtweg unjuristisch erscheinen, da unser positives Recht gar keine Stütze für die Annahme eines so vagen Rechtsgrundsatzes darbietet.» Af detta uttalande synes oss med full tydlighet framgå, att BIERLING knappast tagit i öfvervägande en sådan möjlighet som att särskilda omständigheter — sådana som t. ex. den lagstiftningstekniska omöjligheten eller olämpligheten för lagstiftaren af att i hvarje detalj gifva sin vilja tillkänna i uttryckliga föreskrifter — skulle kunna göra det till en oafvislig nödvändighet att bestämma det allmänna rättstridighetsrekvisitets innehåll genom någon princip, som icke uttryckligt sanktionerats af den positiva rättsordningen; och detta måste så mycket mera förvåna, som BIERLING själf liksom FRANK betonar, att åtskilliga områden i det tyska rättssystemet icke kunna anses uttömmande reglerade genom lagarnas bestämmelser, så t. ex. ifråga om nöd, »dass unsere sämtlichen Gesetzbestimmungen über Notstand nicht ausreichen, den Bedürfnissen des Rechtslebens völlig gerecht zu werden»,¹ i fråga om betydelsen af den kränktes medgifvande, »es fehlt in unserm heutigen deutschen Rechte an jeder allgemeinen gesetzlichen Vorschrift bezüglich der Einwilligung des Verletzten»,² o. s. v. — Emellertid får BIERLINGS framställning af rättstridighetsläran en särskild prägel däraf, att BIERLING starkt betonar dels lagarnas tolkning genom analogislut och dels sedvanerätten såsom betydande faktorer vid afgörandet af huruvida en handling verkligan bör anses rättstridig eller ej. Mot detta är ifrån vår stånd-

¹ BIERLING a. a. S. 202.

² BIERLING a. a. S. 203.

punkt ingenting annat att invända än att man icke ens med dessa faktorer kan utfylla rättstridighetsbegreppet med ett för alla omständigheter tillfredsställande innehåll. Där lagstiftarens vilja i något visst afseende bestämdt kan finnas ut genom analogitolkning, är den otvifvelaktigt lika förbindande, som om den förelegat direkt uttalad i något positivt lagstadgande, och där det allmänna rättsmedvetandets ståndpunkt i någon viss fråga kommit till tillräckligt klart och varaktigt uttryck i praxis eller sedvanerätten, får dess utslag i denna fråga likaledes anses fastställt och frågan därmed betraktas som afgjord; men äfven om man på detta sätt utvidgar området för »grunderna till rättstridighetens utslutande», torde det likväl alltid komma att återstå fall, med hvilka man icke kan komma tillrätta utan att låta det allmänna rättsmedvetandet såsom sådant, d. v. s. trots att det icke framträdtt i några som helst yttre former, vara det afgörande.¹ Och att den verkliga rättstridighetsupphäfvande faktorn i grund och botten just är det allmänna rättsmedvetandet och sedvanerätten endast den form, i hvilken det samma tränger sig fram, visar sig med full tydlighet på punkter, i fråga om hvilka sedvanerättsliga satser äro under bildande eller kunna väntas komma att utbildas. Om man, för att återigen anföra ett mycket omskrifvet exempel, utgår från att hvarje läkare har rätt att under gifna omständigheter genom perforation rädda en hafvande kvinnas lif, så synes det icke kunna vara något tvifvel om att det i själfva verket är en tämligen likgiltig omständighet, huruvida denna »erlaubende Rechtssatz» (»rättstridighetsupphäfvande omständighet») en eller flera gånger tillämpats i praxis, d. v. s.

¹ Jmf. ofvan s. 36.

fastslagit af sedvanerätten, eller om den endast lefver i samhällsmedborgarnes allmänna rättsmedvetande. Att proklamera, att den endast i det förra fallet får tilläggas giltighet, skulle tydligen komma att innebära, att man låte den anklagade läkarens straffrihet bli beroende af huruvida något liknande fall förut varit inför domstols pröfning eller ej och sålunda i yttersta hand i själfva verket resultera i, att sedvanerätten aldrig skulle bli i stånd att skapa några som helst »tillåtande rättssatser». Denna konsekvens kan gifvetvis exemplifieras med fall ifrån hvilket hithörande område som helst. Sålunda skulle, för att här anföra ett exempel ifrån ärekränkingsgebitet, en för en köpmans »yrke, näring eller fortkomst» menlig upplysning, som meddelats af en soliditetsupplysningsbyrå under sådana omständigheter, att det intresse, som upplysningen representerade, måste, enligt det allmänna rättsmedvetandets utslag, anses väga tyngre än det intresse (den enskildes anseende), mot hvilket handlingen riktade sig, bli straffbar som ärekränkning enligt svensk rätt, därför att något dylikt fall aldrig förelegat till afgörande inför svensk domstol, och någon möjlighet, att genom sedvanerätten få fastslaget, att upplysningar af det nämnda slaget icke äro rättstridiga och följaktligen, trots deras lagstridighet, icke att betrakta som ärekränkningar i juridisk mening, skulle sålunda icke finnas. — Det måste följaktligen, enligt vår mening, fasthållas, att om också sedvanerättens satser i många fall kunna anses som fullt afgörande uttryck för det allmänna rättsmedvetandet och därför ofta bli af utomordentlig betydelse vid fastställandet af rättstridighetsrekvisitets innehåll, så kan man likväl lika litet med tillhjälp af sedvanerätten, som med ledning af den positiva rättens föreskrifter

för alla fall bestämma rättstridighetsfordrans innebörd på ett fullt tillfyllestgörande sätt. —

Slutligen är här att nämna, att HAGERUP helt nyligen¹ emot Torps tillämpning af den nordiska rättstridighetsteorien riktat åtskilliga anmärkningar af delvis samma innehåll som de anmärkningar, hvilka här ofvan ifrån vår ståndpunkt anförts mot de konsekvenser, som DOHNA ansett sig kunna draga ur den af honom framställda rättstridighetsteorien. HAGERUP förebrår Torp, att han icke endast synes betrakta såsom öfverflödigt, att det småningom genom erfarenhetens lärdomar inom allt flera olika områden utvecklas fastare regler än den i den allmänna intresseafvägningsprincipen redan existerande och att dessa regler komma till uttryck dels i lagstiftningen och dels i sedvanerätten, utan att han t. o. m. anser sig berättigad att försätta ur verksamhet de i den positiva lagstiftningen gifna reglerna, där dessa icke äro ett fullt exakt förverkligande af maximen, att ett mindre viktigt intresse alltid får uppoffras för ett tyngre vägande;² och det torde icke kunna förnekas, att Torp, i likhet med DOHNA, är benägen att öfverskatta den nyfunna rättstridighetsprincipens betydelse och kraft i förhållande till den positiva rättens bestämmelser. Då denna rättstridighetsfordrans upphof eller existensberättigande icke är något annat, än att lagstiftaren icke i lagarna på alla punkter gifvit sin vilja tillkänna, så är det från början klart att, som här ofvan upprepade gånger betonats, det ifrågavarande rättstridighetsrekvisitet icke kan sträcka sina verkningar in öfver områden, i fråga om hvilka lagstiftarens vilja otvetydigt funnit uttryck i lagarna, och då

¹ HAGERUP: Aarsagssammenhæng og Retsstridighed. Tidsskrift for Retsvidenskab. 22 årg. 3:dje och 4:de Hefte. December 1909.

² HAGERUP a. a. S. 330.

det naturligtvis icke i verkligheten kan sättas i fråga, att icke den danska strafflagens § 41 skulle innehålla den danska lagstiftarens vilja i afseende på alla i nöd företagna handlingar, så måste man otvifvelaktigt gifva HAGERUP rätt i, att det icke går an att, som TORP gör,¹ förklara de i den nämnda §:n gifna bestämmelserna vara endast sporadiska utslag af principen för handlingsfrihetens begränsande, hvilka följaktligen alldeles icke få betraktas såsom uttömmande och öfver hufvud taget icke sätta någon som helst gräns för nödrätten. — Trots att HAGERUP genom dessa, liksom äfven genom åtskilliga andra anmärkningar gentemot TORP, hvilka vi emellertid icke anse oss hafva anledning att i detta sammanhang upptaga till pröfning, i viss mån synes hafva inlagt sitt tungt vägande ord emot den nordiska rättstridighetsteorien, torde det dock kunna sägas, att HAGERUP likväl alltjämt fasthåller vid hvad som enligt vår åsikt får anses vara den verkligt värdefulla och, på grund af de faktiskt existerande förhållandenas natur, vid rättskipningen oundgängliga grundprincipen i denna teori. »Skal man», säger HAGERUP,² »undgaa ganske urimelige og med den almindelige Retsfølelse uforenelige Resultater, er det uundgaaeligt i mange Tilfælde at falde tilbage paa Synspunkter, der unddrager sig en præcisere Formulering, og hvor det afgørende, som Goos fremhæver, maa være en vis Afveien af Hensynet til Livsvirksomhedens berettigede Formaal paa den ene og Retsgodenes krav paa en saaden Beskyttelse, som er Betingelse for en virkelig Retssikkerhed, paa den anden side.» Härmed synes oss HAGERUP otvifvelaktigt hafva gifvit sitt erkännande åt den

¹ TORP a. a. S. 268 f.

² HAGERUP a. a. S. 330.

varaktiga kärnan i den skandinaviska rättstridighetsteorien, och de i omedelbart sammanhang med det anförda citatet följande betonandena af såväl sedvanerättsliga satsers betydelse som framför allt de positiva lagbestämmelsernas obetingade giltighet torde icke rikta sig mot annat än felaktiga tillämpningar och oriktiga konsekvenser af den ifrågavarande teoriens grundtanke. —

Till i hufvudsak samma ståndpunkt synes slutligen v. LISZT hafva öfvergått i och med den affattning han gifvit åt läran om rättstridigheten i den senast utkomna upplagan af sin lärobok. För afgränsningen af de rättmässiga handlingarna ifrån de rättstridiga uppställer v. LISZT numera följande regler:¹ 1) hvarje rättssats, som påbjuder eller tillåter ett rättsgods kränkande eller utsättande för fara, gör därmed hvarje med densamma öfverensstämmande handling till en rättmässig handling och utesluter möjligheten af dess subsumerande under något särskildt brottsrekvisit; 2) förefinnes icke någon dylik rättssats, måste den ifrågavarande handlingens materiella innebörd tagas under pröfning, och härvid bli återigen följande tvenne principiella satser bestämmande: a) kan man af sammanhanget i den positiva rättens stadganden sluta till att handlingen i fråga är »das angemessene (richtige) Mittel zur Erreichung des vom Gesetzgeber als berechtigt (richtig) anerkannten Zweckes», så är handlingen rättmässig, äfven om den skenbart faller in under något visst brotts rekvisit; b) visar sig äfven denna sats icke tillfyllest, så blir »die Angemessenheit der Handlung im Hinblick auf den (empirisch gegebenen) Zweck des staatlich geregelten Zusammenlebens» det afgörande; från denna

¹ v. LISZT, Lehrbuch 16:te Aufl. Berlin 1908. S. 140—141.

synpunkt kan tillvaratagandet af mervärdigt intresse på ett mindre viktigs bekostnad komma att framstå som berättigadt. — I öfverensstämmelse härmed upptager v. LISZT¹ numera också bland »sogenannte Gründe ausgeschlossener Rechtswidrigkeit» såsom en särskild grupp sådana ingrepp i rättsligt skyddade intressen, hvilka framstå som »angemessene Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes» (t. ex. läkares operativa ingrepp, handlingar som äro nödvändiga i något af staten tillåtet yrkes normala förlopp o. s. v.).

Att denna framställning af läran om rättstridigheten rönt inflytande från såväl DOHNAS rättstridighetsdefinition som äfven från de nordiska författarnes arbeten öfver rättstridigheten, hvilkas resultat först genom TORPS redogörelse i Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, årgång 23 (1903), blifvit tillgängliga för den tyska vetenskapen, synes oss vara fullt uppenbart, och den omständigheten, att v. LISZT tagit bestämdt afstånd från DOHNAS felgrepp genom att betona såväl de positiva rättssatsernas obetingade giltighet som ock betydelsen af lagarnas tolkning genom analogislutledningar, hindrar gifvetvis alldeles icke, att v. LISZTS nuvarande ståndpunkt till rättstridighetsproblemet måste sägas ligga betydligt närmare den här försvarade än den af FRANK, BELING m. fl. representerade; i v. LISZTS nuvarande ståndpunkt torde i själfva verket icke finnas någonting, som står i direkt strid med de åsikter, som här förfäktats. I hvilka afseenden v. LISZTS framställning af rättstridighetsproblemet alltjämt enligt vår mening måste betecknas som ofullständig torde efter det nu anförda icke behöfva vidare utvecklas. — — —

¹ v. LISZT a. a. S. 153.

Hittills har i vår framställning endast berörts de till den objektiva sidan af rättstridighetens väsen hörande spörsmålen, och det återstår därför nu att upptaga till behandling det eller rättare de problem, till hvilka den subjektiva sidan af rättstridigheten ger anledning. Dessa problem hafva nu sedan gammalt pläгат sammanfattas i den ännu alltjämt lika omstridda frågan, huruvida det, för att en handling skall bli ett brott, fordras eller icke fordras, att den handlande haft medvetande om handlingens rättstridighet, d. v. s., negativt uttryckt, huruvida error i fråga om rättstridigheten diskulperar eller icke. Denna problemställning lider emellertid af en ödesdiger oklarhet i två olika afseenden, därför att den uppställda frågan i två riktningar döljer spörsmål af bestämdt olika innebörd. För det första kan den gälla antingen huruvida medvetande om straffbarhet eller huruvida medvetande om rättstridighet i annan mening än straffbarhet fordras eller icke fordras, och för det andra kan den afse antingen huruvida medvetande om de omständigheter eller fakta, som tillsammans göra handlingen till en rättstridig handling, eller huruvida medvetande (icke endast om dessa fakta utan äfven) därom att dessa fakta göra handlingen till en rättstridig handling, fordras eller icke fordras. Att man icke alltid hållit skillnaden mellan dessa olika spörsmål fullt klar, torde vara åtminstone en af grunderna till att åsikterna på detta så länge debatterade och för straffrätten så utomordentligt viktiga område ännu i dag är i så hög grad stridiga och förvirrade.

För den äldre doktrinen liksom äfven för de författare, hvilka antingen, som FRANK, direkt häfda att lagstridiga handlingar alltid äro rättstridiga utom i de undantagsfall, då någon särskild omständighet upphäfver deras rättstridig-

het, eller, som v. LISZT, visserligen uppställa rättstridigheten som ett positivt brottsrekvisit, men likväl lära att den i regel föreligger vid lagstridiga handlingar, måste frågan, om rättstridighetsmedvetande är ett brottsrekvisit, i verkligheten principiellt komma att innebära, huruvida medvetande om handlingens straffbarhet fordras eller ej. Att FEUERBACH måste uppställa frågan i denna form följde med nödvändighet däraf, att han som konsekvens af sin lära om straffens ändamål måste direkt fordra medvetande om straffbarhet, för att en handling skulle bli ett brott. Ty om strafflagarnas ändamål endast är att genom hot om straff afhålla människorna från att begå brottsliga handlingar, så är det tydligenvis omöjligt att straffa den, som icke haft kännedom om sin handlingens straffbarhet och följaktligen icke kunnat psykiskt påverkas af straffhotet. »Da der wesentliche Zweck der Strafgesetze kein anderer ist als mittelst Einwirkung auf das Begierungsvermögen Rechtsverletzungen zu verhindern: so ist die Anwendung jedes Strafgesetzes bedingt durch das Dasein eines gesetzwidrigen Willens, als (intellectueller, psychologischer) Ursache des Verbrechens. Die Beziehung einer (objectiv) strafbaren That als Wirkung auf eine dem Strafgesetze widersprechende Willensbestimmung des Thäters, als Ursache derselben, heisst die Zurechnung (Imputation), und der (äussere und innere) Zustand einer Person, vermöge welcher ihr eine That zugerechnet werden kann, die Zurechnungsfähigkeit (Imputabilität). Die Zurechnung bestimmt die Schuld (das Verschulden) als allgemeinen objektiven Grund für Strafbarkeit. — Zum Wesen wird demnach erfordert . . . dass die (negative oder positive) Willensbestimmung, welche Ursache des Verbrechens ist, auch innerlich, d. i. im Gemüte des Handelnden, dem Strafgesetze widersprechen, indem derselbe mit dem Verbrechen und

deren bürgerlichen Strafbarkeit bekannt ist . . . »¹ — FRANK betonar likaledes, att »der Irrtum über die Rechtswidrigkeit ist grundsätzlich ein Irrtum über die Rechtsfolgen»,² hvilket positivt uttryckt innebär, att medvetande om rättstridighet icke är något annat än medvetande om straffbarhet. Hos v. LISZT uttalas detta visserligen ingestädes direkt, men såväl af hans ofvan relaterade uppfattning af rättstridigheten som ock af hela hans behandling af rättstridighetsmedvetenhets-spörsmålet framgår, att han utan vidare utgår från att så är förhållandet.

Låter man frågan, om rättstridighetsmedvetandet är brottsrekvisit eller ej, vara af detta innehåll, kan det icke vara något tvifvel om, att den måste besvaras bestämdt nekande. Att en verkligen genomförd fordran på medvetande om straffbarhet, om man icke samtidigt uppställer presumtion om att strafflagarna äro allmänt kända, skulle direkt omöjliggöra all rättskipning, är lika säkert som att man icke utan att groft våldföra sig på de verkliga förhållandena kan presumera allmän strafflagskänedom. Redan den flyktigaste blick på verkligheten torde vara nog för att öfvertyga hvar och en om att strafflagarnas innehåll icke är känt af den stora massan af medborgare. Hvad folket känner är moralens, sedlighetens eller pliktens bud att icke döda, icke stjäla, icke bära falskt vittnesbörd, o. s. v. Men att detta medvetande icke är identiskt med kännedom om strafflagarna eller ens till någon väsentlig del härstammar ur en sådan kunskap skulle icke behöfva framhållas.³ Härom torde nu också i

¹ FEUERBACH a. a. §§ 84, 85.

² FRANK. S. 100.

³ Detta har utförligt utvecklats af M. E. MAYER: Rechtsnormen und Kulturnormen. Breslau 1903. S. 6

verkligheten alla vara eniga. FEUERBACHS lära, som redan af honom själf modifierades — för att icke säga praktiskt upphäfdes — genom presumptionen att »von jeder mit Verstand begabten Person wird im Allgemeinen als rechtlich gewiss angenommen, dass sie mit den Strafgesetzen bekannt sei»,¹ torde i våra dagar knappast mera räkna några anhängare. Om det ännu stundom förfäktas, att alla vuxna och tillräkneliga samhällsmedlemmar i regeln äro medvetna om hvilka handlingar som äro olagliga och att fordran på straffbarhetsmedvetande därför icke i allmänhet skulle i någon högre grad förlama rättskipningen, därför att de fall, i hvilka ett påstående om strafflagsokunnighet icke från början kan betecknas som helt och hållet osannolikt, bortsedt från vissa antikverade lagar, säkert äro helt få, eller m. a. o. att medvetande om straffbarhet i regeln kan antagas förefinnas och att det därför icke skulle vara praktiskt omöjligt att uppställa fordran på sådant medvetande, så torde detta bero på att begreppet straffbarhet icke hålles tillräckligt skarpt skildt från begreppet rättstridighet i betydelsen straffvärdhet, pliktstridighet, osedlighet eller annat dylikt. Medvetande om rättstridighet i någon af dessa senare betydelser kan möjligen i regeln antagas vara för handen hos tillräkneliga individer, och fordran på ett dylikt medvetande skulle därför möjligen icke sträcka sig ut öfver tillräknelighetsrekvisitet; men verkligt medvetande om straffbarhet, d. v. s. kännedom om strafflagarna, kan under inga omständigheter antagas vara mera allmänt förekommande, och fordran på medvetande om rättstridighet i denna mening skulle därför otvifvelaktigt i verkligheten försätta strafflagarna ur verksamhet. Håller man alltså strängt fast vid att det är

¹ FEUERBACH a. a. § 86.

medvetande om straffbarhet och icke om något annat som spörsmålet gäller, torde därför ingen på allvar vilja besvara frågan, om dess förefintlighet är brottsrekvisit eller ej, annat än nekande.

I verkligheten saknas också hvarje inre grund till att icke straffa en brottsling annat än om han haft medvetande om sin handlings straffbarhet. Såsom sådan grund har pläogat anföras det orättfärdiga i att belägga en människa med straff för öfverträdandet af en lag, om hvilken han icke haft någon kännedom. Men denna motivering hvilat återigen på förblandning af begreppen rättstridighet i betydelsen straffbarhet och rättstridighet i betydelsen pliktstridighet, osedlighet e. d. Går man till botten i tingen, visar det sig, att om man möjligen känner ett behof af att fordra, att brottslingen i någon form haft medvetande om, att det var hans plikt att underlåta handlingen, medvetande om att den var omoralisk, osedlig, straffvärd eller annat dylikt, med ett ord om att han icke bort handla såsom han handlat, så finns det i hvarje fall intet stöd för att fordra, att han haft kännedom om att handlingen var belagd med straff. Första bästa exempel visar, att det förhåller sig så. Eller skulle det verkligen vara medvetande om att t. ex. våldtäkt är belagdt med straff, och icke fastmera ett medvetande om att våldtäkt är en moraliskt fördömlig, osedlig handling, man af rättfärdighetsskäl skulle vilja fordra för att straffa en människa, som begått det ifrågavarande brottet?

En motivering till den ifrågavarande fordran af helt annan art har anförts af Torp. »Hvad der kunde tale herfor, er navnlig», säger Torp¹ »at Bevisthed om, at Handlingen var

¹ Torp. S. 434.

retstridig eller endog straffbar, kan antages for mange at ville have haft en væsentlig Indflydelse paa Viljesbestemmelsen, at ville have virket som et maaske afgørende Motiv mod at handle, og at derfor, hvor Retsvildfarelse har foreligget, mangler Sikkerhed for, at Straf er nødvendig for at hindre fremtidige Retsbrud, idet eventuelt alene Belæringen, om hvad Lovene paabyder, vilde være tilstrækkelig. For så vidt som denna tanke afser medvetande om straffbarheten (och icke medvetande om rättstridigheten i annan mening), torde det emellertid icke kunna vara något tvifvel om, att det endast är i ytterst få fall, som den kan antagas gälla. Att en brottsling icke skulle begått sitt brott, om han varit i besittning af straffrättsliga kunskaper, låter sig naturligtvis tänkas, men hör uppenbarligen till den sortens undantagsfall, till hvilka man möjligen kan taga hänsyn genom sådana institut, som t. ex. villkorlig dom, men säkert icke genom att uppställa en allmän fordran på medvetande om straffbarhet. Också medger TORP att »en almindelig Regel om att Retsvildfarelse medförer Straffrihed kan dog utvivlsomt icke bygges herpaa». — Till frågan huruvida medvetande om rättstridighet i betydelsen pliktstridighet eller annat liknande bör uppställas som brottsrekvisit skola vi senare återkomma. I detta sammanhang har endast skolat betonas, att liksom strafflagskännedom icke kan antagas vara mera allmänt förekommande bland samhällets medlemmar i allmänhet och liksom fordran på straffbarhetsmedvetande därför i verkligheten är omöjlig att genomföra, så finnes det heller icke något som helst i sakens natur liggande skäl till att uppställa en dylik fordran som allmänt brottsrekvisit.

Afskiljer man nu vidare från hvarandra de båda i frågan, om rättstridighetsmedvetande fordras för att en handling skall

bli ett brott, innehållna frågorna, huruvida det fordras eller ej, att den handlande haft en riktig kännedom om de fakta, som gjorde handlingen till en objektivt rättstridig handling, och huruvida det fordras eller ej, att han haft medvetande om att dessa fakta gjorde handlingen till ett brott, så borde icke heller någon tvekan kunna råda om huru den första af dessa frågor är att besvara, nämligen jakande. Hvilket innehåll man än ger åt begreppet rättstridighet, måste man obetingadt som minimum fordra, att den handlande varit medveten om de fakta, af hvilka handlingens objektiva rättstridighet berodde. Denna fordran är i själfva verket innesluten i fordran på att handlingen såsom sådan öfverhufvud taget skall vara kausalförbunden med den handlandes psyke — d. v. s. att det objektiva rekvisitet skall vara subjektivt täckt — och skulle därför strängt taget icke behöfva någon vidare motivering. Ty det objektiva rekvisitet består i verkligheten icke endast af de delar, som äro angifna i lagen, utan af dessa delar jämte hvad som praktiskt följer af rättstridighetsrekvisitet, och någon materiell skillnad mellan dessa olika delar, hvilka skulle kunna motivera en så afgörande olikhet i behandlingen af dem, som den att man skulle fordra en riktig kännedom om de förra men däremot icke fordra en sådan kännedom om de senare, existerar alldeles icke. Tvärtom äro dessa olika delar af objektiva rekvisitet i alla materiella afseenden fullkomligt likställda. Skälet till att de af rättstridighetsrekvisitet följande begränsningarna af de olika brottens angreppsobjekt icke upptagits i lagarna är, som ofvan utvecklats, att söka i lagstiftningstekniska förhållanden, och den af dylika skäl uppkomna olikheten att vissa af villkoren för en handlings brottslighet äro angifna i lagen, under det att andra icke äro där angifna, kan tydligen aldrig bli af

annat än rent yttre, formell betydelse. Om en soldat i tron, att han har framför sig en aktiv medlem af den fientliga armén, hvilken det är hans plikt att försöka försätta ur stridbart skick, skjuter på en non-combattant, som han icke haft rätt att angripa, så är detta fullkomligt likställt med att en jägare i mörkret skjuter på en människa i tron, att han siktar på ett djur. Den omständigheten, att rättsgodset lif i lagen fixerats så (d. v. s. att villkoren, för att en handling skall bli att betrakta som mord, i lagen angifvits så), att det i senare fallet föreligger error i fråga om ett af de fakta, som bilda det i lagen angifna objektiva rekvisitet, under det att det i det förra föreligger error i fråga om ett af de fakta, af hvilka rättstridigheten betingas, kan icke blifva af någon betydelse: den förra handlingen är lika litet ett brott, som den senare är det. Af samma skäl är det — för att anföra ett exempel från ärekränkingsområdet — lika litet en ärekränkning i juridisk mening, att en person i den falska tron att han blifvit tillkallad som sakkunig för t. ex. bedömandet af en köpmans varor, framställer för köpmannen äreröriga beskyllningar, hvilka äro nödvändiga för att hans utlåtande skall blifva sanningsenligt, som att en person t. ex. i vredesmod utslungar förklenliga yttranden om en annan, i tron att han är ensam, under det att i verkligheten vittnen äro närvarande. Hur orimligt det i själfva verket skulle vara att här göra skillnad, allt efter som errorn gäller en i lagen angifven eller en i lagen icke angifven men af rättstridighetsrekvisitet beroende omständighet, visar sig särskildt tydligt i de fall, då två lagar i verkligheten äro af samma innehåll, ehuru den ena lagen uttryckligen innehåller bestämmelser, som icke upptagas i den andra.¹ Om endast error i fråga om i lagen uttryckligen

¹ Jmfr ofvan s. 42 f.

angifna, men icke error i afseende på afrättstridigheten betingade omständigheter skulle verka diskulperande, så skulle i det ofvan (sid. 43—44) anförda exemplet en ärerörig beskyllning, som framstälts af en person, som falskeligen trott sig stå under vittnesplikt, vara straffri enligt tysk lag, men straffbar enligt svensk, blott af det skälet, att konflikten mellan intresset ära och de intressen, som representeras af vittnesmål, reglerats i tyska strafflagen § 193, under det att den svenska lagstiftaren icke tagit ställning till en dylik konflikt. Det faller af sig själf, att den här i fråga om dolus utvecklade principen äfven gäller i fråga om culpa, så att lika väl som en i error begången handling eventuellt kan bli straffbar som culpost brott, om errorn gäller en del af det i lagen beskrifna objektiva rekvisitet, lika väl kan en sådan handling eventuellt bli straffbar, om errorn gäller en i lagen icke upptagen men af rättstridighetsrekvisitet härflytande del af det objektiva rekvisitet.

Äfven på denna punkt torde numera ganska allmän öfverensstämmelse råda om icke i motiveringen så åtminstone i resultatet: att medvetande om de fakta, hvaraf rättstridigheten betingas, måste fordras likaväl som medvetande om de fakta, som bilda lagarnas brottsrekvisit. v. LISZT torde i själfva verket numera vara tämligen ensam om att försvara en motsatt lära. v. LISZT anser sin uppfattning härutinnan vara en konsekvens af sin allmänna ställning till problemet om rättstridighetsmedvetandets betydelse. Som en följsats af att medvetande om rättstridighet (här=medvetande om straffbarheten) icke kan fordras, upptager v. LISZT, att »irriges Annahme, dass die rechtswidrige Handlung nicht rechtswidrig sei, nützt dem Täter nicht. — Der Täter glaubt sich in Notstand oder einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffe ge-

genüber (in »Putativnotwehr») zu befinden oder Träger eines Züchtigungsrechts zu sein. . . . Auch hier also muss der Irrtum, mag er Tat- oder Rechtsirrtum sein, einflusslos bleiben.¹ — Men efter det föregående torde det vara klart, att det ingalunda går an att här utan vidare likställa »Tatirrtum» med »Rechtsirrtum»; den senare är otvifvelaktigt betydelselös, om man därmed afser error i fråga om straffbarhet, men den förra måste lika säkert anses under alla omständigheter hafva diskulperande kraft. Det är m. a. o. visserligen sant, att »der Irrtum über die dem Strafgesetze zu Grunde liegenden Gebote oder Verbote bleibt einflusslos»² — detta är f. ö. icke en konsekvens af att straffbarhetsmedvetande i allmänhet icke kan fordras, utan denna lära själf i negativ form —, men denna sats uttalar ingenting om, huruvida man måste fordra en riktig kännedom om de fakta som göra handlingen rättstridig. Denna fråga återstår att själfständigt besvara äfven sedan man fastslagit, att strafflagskännedom icke fordras, för att en handling skall bli ett brott. — Också är det resultat, till hvilket v. LISZT kommer (»wer in vermeintlicher Notwehr einen Menschen tötet, hat für die Folgen seines Irrtums aufzukommen»)³ alldeles icke tillfredsställande. Om någon för att skämta med en vän nattetid maskerad intränger i hans hus och sätter en revolver för hans bröst och den på skämt angripne, i tron att han verkligen är hotad till lifvet, med ett skott dödar sin vän, skulle det då verkligen

¹ v. LISZT. S. 182—183. Då v. LISZTS nuvarande ståndpunkt i afseende på de till den subjektiva sidan af rättstridigheten hörande spörsmålen alltjämt är i allt väsentligt densamma som tidigare, ha på detta område hänvisningarne till den ofvan citerade äldre upplagan af v. LISZTS lärobok ansetts kunna bibehållas. Jmfr v. LISZT. Lehrbuch 16:e und 17:e Aufl., 1908, s. 178 f.

² v. LISZT. S. 182.

³ v. LISZT. S. 183, not 8.

kunna sättas i fråga att döma för mord? Det förefaller höjdt öfver allt tvifvel, att det här föreligger helt andra skäl att icke betrakta handlingen som ett brott än i de fall, då errorn gäller icke ett rättstridigheten betingande faktum, utan rättstridigheten själf, t. ex. det fall, att en person dödar en annan i tron, att han är berättigad till nödvärn gentemot en i framtiden hotande handling.

FRANK förfäktar, att endast »die Theorie der negativen Tatbestände die herrschende Lehre gegen die LISZT'sche Ansicht zu schützen vermag»,¹ och man har säkert rätt att häri se ett uttryck för, att FRANK själf anser sin teoris hufvudsakliga värde ligga däri, att man med densamma bekvämligen kan komma till rätta med den subjektiva sidan af rättstridighetsproblemet. Det är också otvifvelaktigt, att den ifrågasvarande teorin med enkel konsekvens leder till att medvetande om rättstridigheten betingande fakta måste fordras. Om dolus är »die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestande gehörigen oder die Strafbarkeit erhöhenden Tatumstände» och detta dolusbegrepp »gilt sowohl für die positiven wie für die negativen Tatumstände», så är det gifvet, att dolus icke föreligger vid »irrtümliche Annahme eines Tatbestandes, dessen tatsächliches Vorliegen die Rechtswidrigkeit beseitigen würde.»² Men — bortsett från de förut anmärkta bristerna i FRANKS teori — torde af det nu anförda ha framgått, att hela detta uppdelande af rekvisitdelarna i positiva och negativa med den därpå följande invecklade terminologien af ständiga dubbla negationer hvarken är nödvändig för att försvara, att medvetande måste fordras om de fakta, som tillsammans göra handlingen till en rättstridig

¹ FRANK. S. 103.

² FRANK. S. 99, 102, 103.

handling, och ej heller är grundad i någon inre skillnad mellan dessa olika delar af rekvisitet.

Om det sålunda får anses oomtvistligt, att å ena sidan medvetande om handlingens straffbarhet icke kan fordras, för att handlingen skall bli ett brott, och å andra sidan att medvetande om de fakta, hvaraf handlingens rättstridighet beror, måste fordras oberoende af hvilket innehåll man inlägger i begreppet rättstridighet, så återstår alltså att nu besvara frågan, om medvetande om handlingens rättstridighet i någon annan betydelse än straffbarhet bör fordras eller ej, och det är på denna punkt som de olika meningarna så skarpt bryta sig mot hvarandra.

Under det att en grupp af författare — däribland framför andra v. LISZT och FRANK — låta hela rättstridighetsmedvetenhetsspörsmålet vara afgjort därmed att de fastslagit, att straffbarhetsmedvetande icke kan fordras, för att en handling skall bli ett brott, behandlar en annan grupp af författare detta förhållande som något helt och hållet förberedande, knappast till ämnet hörande, i det att kärnan i det i fråga varande problemet för dessa senare författare just är frågan, huruvida medvetande om rättstridighet i någon annan betydelse än straffbarhet fordras eller icke fordras.

Inom denna senare grupp framstår BINDING som den, hvilken formellt mest energiskt häfdat fordran på medvetande om rättstridighet i annan mening än straffbarhet. Af själfva grundtanken i normteorien — att det väsentliga hos de brottsliga handlingarna icke är deras strafflagsstridighet, utan att de strida mot normer, som åtminstone begreppsligt existerat före strafflagarna — följer gifvetvis, att det under inga omständigheter kan fordras medvetande om strafflagsstridighet eller straffbarhet, men att det så mycket bestämdare måste ford-

ras medvetande om normstridigheten, för att en handling skall bli att betrakta som brott, och detta betonas också ständigt af BINDING i alla olika sammanhang. Men på grund af BINDINGS så ofta klandrade formalism, hvars verkningar framträda särskildt ödesdigra på denna punkt, blir denna fordran på normstridighetsmedvetande i verkligheten antingen fullkomligt utan allt innehåll eller, trots allt, identisk med fordran på straffbarhetsmedvetande. Om det enda gemensamma och väsentliga hos alla delikt är att de rikta sig mot statens subjektiva rätt till lydnad och om normernas principala uppgift är att grundlägga den mot denna statens rätt till lydnad svarande högst personliga plikten till lydnad från alla fysiska personers sida och om det sålunda kan sägas om den af normerna grundade rätten och plikten, att: »ersteres erschöpft sich in der Gewalt die Erfüllung der letzteren zu fordern: es ist ein Herrscherrecht auf Gehorsam und Botmässigkeit, keines weiteren Inhaltes fähig»,¹ så är det omöjligt att inse, att fordran på medvetande om normstridighet kan komma att innebära annat än den rent innehållslösa fordran på medvetandet om att en lydnadsplikt öfverhufvud taget icke får öfverträdas — om man nämligen icke i hvarje konkret fall vill utfylla denna tomma form med innehåll, som måste sökas utan ledning af normteoriens principer, och hvilket man därför af nära till hands liggande skäl i verkligheten alltid efter flera eller färre omvägar kommer att hämta just ifrån strafflagarna. — Reellt kommer därför den BINDINGSka fordran på normstridighetsmedvetande antingen att innebära ingenting annat än fordran på tillräknelighet öfverhufvud (ty hvarje tillräknelig människa är gifvetvis i besittning af den rent formella kunska-

¹ BINDING, Normen. S. 97

pen, att en plikt icke får öfverträdas) eller att mer eller mindre direkt löpa ut på fordran på medvetande om straffbarhet, och om denna fordran på medvetande om normstridighet gäller därför principiellt, hvad som ofvan utvecklats angående fordran på straffbarhetsmedvetandet.¹

En fordran på medvetande om rättstridighet i verkligt annan mening än medvetande om straffbarhet, alltså en verklig själfständig, positiv fordran i subjektivt afseende, uppställa HÄLSCHNER och MERKEL och deras efterföljare, i det att dessa författare, för att en handling skall bli ett brott, fordra, att den handlande haft medvetande om handlingens pliktstridighet. »Das Verbrechen ist Rechtsverletzung und als solche», heter det hos HÄLSCHNER,² »zuzurechnen nur unter der Voraussetzung, dass es zugleich sittlich schuldhafte Handlung ist. Das Schuldhafte, Böse aber ist niemals ein Gegebenes, sondern ein wider die erkannte Pflicht Gewolltes, das also die Pflicht-erkenntnis und die Fähigkeit sich durch die Pflicht bestimmen zu lassen voraussetzt.» Att det här alldeles icke är fråga om medvetande om handlingarnas straffbarhet betonas på flera ställen. »Nicht die Kenntnis des Strafgesetzes und von ihm gedrohter Strafe, nicht das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Handlung, sondern lediglich und allein das Handeln wider die erkannte Pflicht bildet die Voraussetzung der Schuld und Strafbarkeit.»³ Det verkliga innehållet i det pliktstridighetsmedvetande, som HÄLSCHNER fordrar, framgår bland annat af det sätt hvarpå han motiverar påståendet, att ett dylikt medvetande i regeln kan antagas vara för handen hos alla tillräkneliga samhällsmedlemmar. »Das Mass sittlicher

¹ Jmfr. KOHLRAUSCH a. a. S. 41 f.

² HÄLSCHNER. Das gemeine deutsche Strafrecht, I 1881. S. 503.

³ HÄLSCHNER a. a. S. I. 526.

Bildung, welches erforderlich ist um im Grossen und Ganzen diejenigen Handlungen, die das Gesetz mit Strafe bedroht, als pflichtwidrige zu erkennen, wird in der Regel bei jedem Zurechnungsfähigen erwartet werden dürfen, weil er sie auch ohne Gesetzerkenntnis durch die Lebenserfahrung erwirbt, und weil es auch nicht darauf ankommt eine zusammenhanglose Vielheit von Pflichten kennen zu lernen, sondern darauf in die allgemeine Sitte des Volkes und Zeitalters, aus der jene Pflichten sich als notwendige Konsequenzen ergaben, sich einzuleben.»¹ Det är alltså medvetande om att handlingen varit stridande mot en ur sedelagen härflytande plikt, m. a. o. att den var sedligt pliktstridig eller, kortast uttryckt, medvetande om handlingens osedlighet, som HÄLSCHNER fordrar, att den handlande skall ha haft, för att hans handling skall blifva att betrakta som ett brott; och af i hufvudsak samma innehåll är det pliktstridighetsmedvetande, som MERKEL fordrar. Tillräknas en människa kan en handling, enligt MERKEL, endast under förutsättning af bland annat, att »bei normaler Wirksamkeit des Pflichtmotivs, d. i. bei redlichen Willen der Person, ihre Pflichten gegen Staat und Gesellschaft zu erfüllen, die Tat unterblieben sein würde», och denna »Abhängigkeit der Tat von einem pflichtwidrigen Willensverhalten besteht nur dort, wo der Handelnde zu erkennen vermochte: a) dass sein Verhalten zur Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale führen könne, und b) dass sein Verhalten mit Rücksicht hierauf als ein pflichtwidriges erscheine.»² Möjligen har det pliktstridighetsmedvetande, som MERKEL fordrar, mera en dragning åt att hufvudsakligen gälla plikter, som flyta ur rättsordningens allmänna innehåll, än i sträng

¹ HÄLSCHNER a. a. S. 254.

² MERKEL: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889. S. 66—67.

mening sedliga plikter, under det att HÄLSCHNER mera betonar, att det är medvetande om att handlingarna stå i strid mot plikter af det senare slaget, som fordras; men att det i hvarje fall icke är frågan om medvetande om handlingarnas straffbarhet eller ens om deras straffvärdhet, betonar äfven MERKEL uttryckligen. Det kan möjligen förefalla, som om en väsentlig skillnad mellan HÄLSCHNERS och MERKELS läror skulle existera däri, att HÄLSCHNER fordrar medvetande om pliktstridighet, under det att MERKEL endast fordrar möjlighet till medvetande om pliktstridighet. Men denna skillnad, som visserligen möjligen innebär, att den MERKELSka pliktstridighetsfordran icke sträcker sig fullt så långt som den HÄLSCHNERSka, blir likväl icke af någon större betydelse, därför att en möjlighet för den handlande att inse sin handlingss pliktstridighet gifvetvis aldrig existerar, utan att den handlande varit medveten om denna möjlighet, hvarför äfven MERKELS lära liksom HÄLSCHNERS i yttersta hand löper ut på fordran på en, låt vara mera indirekt, subjektiv pliktstridighet. Det väsentliga är, att såväl MERKEL som HÄLSCHNER, i motsats till den af v. LISZT och FRANK m. fl. representerade riktningen, icke anse straffrättslig tillräknelighet föreligga endast därmed, att den handlande haft en riktig uppfattning af de fakta, som gjorde hans handling till en rättstridig handling, utan först därmed, att han i någon form haft medvetande äfven om att hans handling på grund af dessa fakta var rättstridig.

Skillnaden mellan dessa båda ståndpunkter i afseende på det subjektiva rekvisitet är uppenbarligen högst väsentlig. Det är möjligt, att skillnaden mellan de praktiska konsekvenserna af de båda ståndpunkterna icke blir fullt så stor, som man vid första anblicken skulle vänta, därför att medvetandet om objektivt brottsliga handlingars pliktstridighet

troligen verkligen oftast förefinnas bland medborgarne i hvarje kultursamhälle — någon presumtion om att så alltid är förhållandet kan dock, väl att märka, icke uppställas, utan att själfva grundtanken i den ifrågavarande läran förnekas — men teoretiskt är det helt enkelt en oförsonlig motsats mellan att fordra, att t. ex. en person, som framställt en för en annans ära menlig beskyllning, skall ha haft medvetande endast om de omständigheter, som gjorde beskyllningen till en ärekränkning i juridisk mening, och att fordra att dessutom ett medvetande om, att det varit hans plikt att underlåta att framställa beskyllningen, skall hafva förefunnits inom honom, d. v. s. att han skall hafva insett sin handlings sedliga förkastlighet. Om en så afgörande meningsskilljaktighet kunnat fortbestå i ett af straffrättens mest diskuterade spörsmål, så kan detta icke förklaras annat än därigenom, att den ytterst beror af djupt liggande motsatser i själfva grundåskådningarna i fråga om straffets berättigande och ändamål. Så är i själfva verket också förhållandet, i det att de båda ifrågavarande uppfattningarna låta sig ledas tillbaka, den ena till vedergällnings- och den andra till de rena preventions- eller ändamålsteorierna.

MERKEL, v. LISZT och flera med dem ha förfäktat att någon verklig skillnad mellan vedergällningsteorierna å ena och preventions- eller ändamålsteorierna å den andra sidan öfverhufvud taget icke existerar: de preventionsåtgärder mot brottet, hvilka kunna karakteriseras såsom straff, innehålla alltid ett moment af vedergällning, i den mån de utgöra en reaktion gentemot brottsliga handlingar, och omvänt afser hämnden eller vedergällningen otvifvelaktigt alltid att framkalla eller vidmakthålla vissa olustförmimmelser och därmed att verka som prevention; grunden till att man så länge hållit fast

vid den inbillade motsatsen mellan vedergällning och prevention är, att man stirrat sig blind på frågan huruvida straffets grund och därmed den princip, efter hvilken det bör regleras, finnes i det förflutna, i det begångna brottet (*quia peccatum est*), eller i framtiden, i skyddet af vissa intressen (*ne peccetur*); denna frågeställning är lika falsk, som om man skulle fråga om gäldenär bör tvingas till en prestation, därför att han står i skuld eller för att borgenären skall få sin rätt, eller, för att citera v. LISZTS bekanta liknelse, om en person intar läkemedel, därför att han är sjuk eller för att bli frisk.¹ Det är också otvifvelaktigt riktigt att någon *absolut* eller oförsonlig skillnad mellan vedergällnings- och preventions-tankarna icke finnes, och det är möjligt, att dieser wissenschaftliche Gegensatz schliesst nicht aus, dass sich die Vertreter der beiden Richtungen zu gemeinsamer legislativer Arbeit zusammenfinden.² — en framtidsförhoppning för den tyska strafflagens revision, i hvilken man troligen till icke så ringa del har att söka de inre orsakerna till att v. LISZT så energiskt förnekar motsatsen mellan de båda straffrätts-filosofiska uppfattningarna i fråga — men allt detta hindrar icke, att en motsats likväl existerar och att ens allmänna uppfattningar i straffrättsliga problem få bestämdt olika färg och riktning, allteftersom man — utan att förneka någotdera — starkast betonar vedergällnings- eller preventionsmomentet i straffet, allteftersom man lägger hufvudvikten på det förgångna (*peccatum est*) eller på framtiden (*ne peccetur*). Att man icke kan komma ifrån denna sedan vetenskapens första dagar existerande motsats — hvilken naturligtvis

¹ Se härom MERKEL a. a. S. 188—189. v. LISZT: Der Zweckgedanke im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

² v. LISZT. S. 87.

är densamma som att framför allt betrakta rätten som en i sedlighetens tjänst stående makt och att hufvudsakligen fästa sig vid dess egenskap af social intresseskyddsmakt — visar äfven MERKELS kritik öfver de riktningar inom straffrättsfilosofien, som ensidigt häfda den senare synpunkten. »Diejenigen Theorien», säger MERKEL här,¹ »welche auf die Eigenschaft der Verbrechen, antisoziale Handlungen zu sein, gebührendes Gewicht legen, werden meist ihren ethischen Beziehungen, kraft deren sie mehr sind als bloss schädliche oder feindliche Handlungen, nicht gerecht. Mit diesen Beziehungen aber hängen die Grundbegriffe des Strafrechts, insbesondere die Begriffe der Zurechnung, Zurechnungsfähigkeit, Schuld und Strafe in einer Weise zusammen, dass diejenigen, welche die ethische Seite der Verbrechen nicht als eine wesentliche gelten lassen, nur im Widerspruch mit sich selbst an jenen Begriffen festzuhalten vermögen. Es gehören hierher die meisten sog. relativen Strafrechtstheorien.»

Det torde t. o. m. kunna sägas, att det i själfva verket är så långt ifrån att motsatsen mellan vedergällnings- och preventionsteorierna skulle i våra dagar hafva öfvervunnits af den vetenskapliga diskussionen, att det tvärtom blifvit allt mera klart att denna motsats troligen aldrig kommer att försvinna, därför nämligen, att de båda ifrågavarande uppfattningarna af straffets berättigande och ändamål i själfva verket äro framvuxna ur två olika världsåskådningar och därför i yttersta hand bero af argument, som falla utanför vetenskapens rāmärken. Om man sålunda t. ex. anser det vara rättens grund, att det är människans plikt att utveckla sig till en

¹ MERKEL a. a. S. 17—18. Se äfven samma arbete s. 193.

6—100418 Bjerre, Om rättstridighetsmomentet.

sedlig personlighet och att detta endast kan ske i ordnad gemenskap med andra människor, för hvilken rättsordningen återigen är nödvändig,¹ eller om man lär att straffet gent emot förbrytaren icke kan rättfärdigas af någonting annat på jorden än vedergällningstanken (»dieser der tiefste Gedanke der Weltgeschichte»),² så är det otvifvelaktigt därför att man söker människans ändamål utanför hennes existens i sinnevärlden och anser att detta ändamål i sista hand måste vara det afgörande för alla mänskliga förhållanden äfven inom sinnevärlden; under det att om man finner straffet vara berättigadt redan därför att det är ett nödvändigt medel för upprätthållandet af rättsordningen, hvars enda ändamål återigen är att skydda mänskliga lifsintressen,³ detta gifvetvis är ett utflöde af en åskådning, som lämnar oafgjordt huruvida människans ändamål är att söka utanför hennes jordiska existens eller ej, men håller fast vid att alla inom denna existens förekommande förhållanden — och däribland alltså äfven rätten — äro att reglera uteslutande efter empiriska erfarenheter utan några hänsyn till möjligen existerande transcendenta ändamål.⁴

Att utförligt påvisa detta sammanhang skulle naturligtvis föra alltför långt bort från ämnet för denna afhandling och fordra alltför vidlyftiga utredningar, för att det här skulle vara möjligt. Säkert är, att en motsats mellan vedergällnings- och preventionstankarna existerar, och att ett slående bevis på verkningarna af denna motsats just är kontroversen mellan

¹ HÄLSCHNER a. a. S. 89.

² BINDING: Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Leipzig 1907. S. 228, not 2.

³ v. LISZT. S. 81 f.

⁴ Jmfr. BINDING a. a. S. 209, not 1.

dem, som för att beteckna en handling som ett brott hos den handlande endast fordrar medvetandet om de fakta, som gjorde handlingen till en rättstridig handling, och dem som dessutom fordra, att den handlande varit medveten om sin handlings rättstridighet. Ty om man utgår från att straffet endast är ett af medlen i kampen mot antisociala viljor, och att det har sitt fullkomliga berättigande däri, att det är ett nödvändigt sådant medel, så finns det i verkligheten ingen anledning, att i subjektivt afseende fordra mera, än att brottslingen haft en riktig kännedom om de omständigheter och fakta, hvaraf hans handlings rättstridighet berodde. Detta måste tydligen fordras, därför att en antisocial viljas existens eljest icke är bevisad. Men att dessutom fordra, att han varit medveten om handlingens rättstridighet i betydelsen af pliktstridighet eller annat dylikt, kan icke motiveras från nyssnämnda utgångspunkt. Ty en mördares eller en äreskändares eller en hvilken som helst annan brottslings viljas antisocialitet är lika stark, antingen han haft något medvetande eller ej om att det varit hans plikt att icke mörda, icke skända andras ära etc., ja, den är säkerligen i många fall t. o. m. att betrakta som mera antisocial, om icke någon som helst skymt af ett dylikt medvetande gjort sig gällande inom den brottslige. Utgår man däremot från, att straffet är berättigadt endast därför, att det har att fylla en sedlig mission, som icke utan detsamma kan genomföras, måste man ovillkorligen komma att fordra, att delinkventen skall hafva varit medveten därom, att hans handling var pliktstridig. Ty om sedlig skuld kan det gifvetvis icke vara talan, där den handlande icke på något sätt varit medveten om, att det varit hans plikt att underlåta handlingen, utan kanske tvärtom ansett det vara sin plikt att begå densamma.

Men om det sålunda är riktigt, att dessa båda olika ståndpunkter, i fråga om huruvida rättstridighetsmedvetande bör fordras eller ej, härflyta ur motsatsen mellan vedergällnings- och preventionsteorierna, hvilken aldrig kan helt öfvervinnas, och ytterst troligen ur motsatsen mellan två världsåskådningar, hvilken icke faller innanför vetenskapens domvärjo, så är det tydligen också gifvet, att några teoretiskt bindande, slutgiltiga skäl för den ena eller andra af de ifrågavarande ståndpunkternas riktighet icke existera. Hvilkendera man vill välja, blir i yttersta hand en känslosak, och ens ställning i denna fråga kommer i verkligheten icke att kunna motiveras af annat, än att de praktiska resultaten af den ståndpunkt man valt förefalla en mera tilltalande än de praktiska resultaten af den andra.

Under sådana omständigheter är det emellertid tydligen af alldeles särskild vikt att noggrant begränsa det område, där man måste komma till olika meningar, därför att man utgår från olika förutsättningar, från de områden, där någon sådan orsak till nödvändig meningsskiljaktighet icke finnes, m. a. o. att så exakt och klart som möjligt fixera den verkliga innebörden i fordran på rättstridighetsmedvetande och de verkliga nödvändiga konsekvenserna af att uppställa en dylik fordran. Men då det verkliga innehållet i denna fordran naturligtvis blir beroende af det innehåll, som man gifvit åt begreppet rättstridighet i objektiv mening, så står klarhet på detta område tydligen icke att vinna, så länge man opererar med flertydiga eller obestämda objektiva rättstridighetsbegrepp, och häri — men icke i någon på grund af olika utgångspunkter nödvändig motsats mellan meningarna — torde en stor del af förvirringen och stridigheten i åsikterna angående huruvida rättstridighetsmedvetande bör fordras eller ej vara att söka.

Med det här försvarade rättstridighetsbegreppet framstår den verkliga nödvändiga skillnaden i de praktiska konsekvenserna af att fordra och att icke fordra rättstridighetsmedvetande med full tydlighet. Sätter man in den förut gifna definitionen på begreppet rättstridighet i satserna, att det, för att en handling skall bli ett brott, endast fordras, att den handlande varit medveten om de omständigheter och fakta, hvaraf handlingens rättstridighet berodde, och att det, för att en handling skall bli ett brott, dessutom fordras, att den handlande varit medveten om, att dessa fakta gjorde handlingen till en rättstridig handling, få dessa satser följande lydelse: för att en handling skall bli ett brott, fordras endast, att den handlande varit medveten om de omständigheter och fakta, hvaraf det berodde, att det af handlingen representerade intresset icke enligt det allmänna rättsmedvetandets utslag kunde uppväga det intresse, mot hvilket handlingen riktade sig; samt: för att en handling skall bli ett brott fordras dessutom, att den handlande varit medveten om, att det af handlingen representerade intresset enligt det allmänna rättsmedvetandets utslag icke kunde uppväga det intresse, mot hvilket handlingen riktade sig. Och härmed är det tydligt, att i alla de fall, där den handlandes rättsmedvetande öfverensstämde med det i samhället allmänt rådande, föreligger medvetandet om handlingens rättstridighet redan i och med det, att den handlande varit medveten om de fakta, hvaraf handlingens rättstridighet betingades, och att det därför endast är i de återstående fallen, d. v. s. i de fall, där den handlandes rättsmedvetande afvikit från det allmänna rättsmedvetandet, som fordran på rättstridighetsmedvetande kommer att bli af praktisk betydelse, d. v. s. kommer att innebära någonting verkligt utöfver fordran på att den handlande skall hafva varit

medveten om de fakta, som gjorde handlingen till en rättstridig handling.

Men å andra sidan är det också tydligt, att i dessa fall en bestämd skillnad verkligen uppkommer, allteftersom man fordrar eller icke fordrar, att den handlande haft medvetande om sin handlingens rättstridighet: öfverallt, där den handlande faktiskt haft en annan uppfattning af sin handlingens tillåtlighet än den i samhället allmänt rådande, d. v. s. verkligen ansett det vara sin rätt (eller kanske t. o. m. plikt) att begå handlingen, ehuru den af det allmänna rättsmedvetandet utdömes som förkastlig, blir han gifvetvis att fritaga från straff, om man upprätthåller fordran på rättstridighetsmedvetande, och att straffa, endast om man icke fordrar mera än att han varit medveten om de fakta, hvaraf handlingens rättstridighet berodde. Det är nu visserligen sant, att frånvaron af allt medvetande om rättstridighet i denna mening i åtskilliga af dessa fall är liktydig med bristande tillräknelighet: så naturligtvis framför allt under vanliga omständigheter i fråga om gröfre brott, som mord, blodskam etc. Men dels är det ingalunda säkert, att ens vid dylika brott ett rättsmedvetande, som skiljer sig från det allmänt rådande, alltid innebär otillräknelighet — man tänke t. ex. på att någon ger en dödssjuk, lidande person gift på hans egen begäran, eller på en kärleksförbindelse mellan en man och hans syskondotter — och dels är det alldeles uppenbart, att vid många brott en rättsuppfattning, som skiljer sig från den i samhället vanligaste, ingalunda innebär en så väsentlig afvikning från det normala, att det skulle kunna sättas i fråga att på grund däraf anse tillräkneligheten utesluten, och det är därför otvifvelaktigt, att ens ståndpunkt i afseende på det subjektiva brottsrekvisitet verkligen i åtskilliga af dessa fall blir af praktisk betydelse,

och på dessa punkter är det då, som afgörandena icke komma att kunna motiveras med teoretiskt bindande skäl, utan i verkligheten blir beroende af hvars och ens straffrättsfilosofiska utgångspunkt eller — hvilket är det samma — af hvad som i praktiken för hvars och ens känsla framstår som det mest tilltalande. —

För vår del anse vi det vara mest i öfverensstämmelse med straffrättens grund och ändamål, att icke fordra mer än att den handlande varit medveten om de fakta, hvaraf hans handlings rättstridighet betingades. Det är efter det ofvan utvecklade otvifvelaktigt, att man härmed kommer att straffa i åtskilliga fall, där det icke kan vara tal om att skuld i sedlig mening skulle ha förelegat, men detta är enligt vår mening en olägenhet, som icke helt kan undvikas utan att rättens förmåga att fylla sin uppgift äfventyras. Sedan man genom införande af ett, som det antages, riktigt rättstridighetsbegrepp reducerat dessa fall till de få, i hvilka den brottsliges rättsmedvetande, utan att han därför blir att betrakta som otillräknelig, afviker från den i samhället allmänt rådande rättsuppfattningen, måste man föredraga, att i dessa undantagsfall låta den brottslige träffas af följderna af att hans rättsuppfattning är en annan än samhällets framför att offra samhällets intresse af att handlingar, som fördömas af dess allmänna rättsmedvetande och förbjudas i dess strafflagar, verkligen bli bestraffade. —

Ett försök att rädda fordran på sedlig skuld inom straffrätten utan att fasthålla fordran på pliktstridighet har gjorts i och med den rättstridighetsteori, som M. E. MAYER i sin intressanta afhandling »Rechtsnormen und Kulturnormen» uppställt till försvar för straffet gentemot de anmärkningar, som från rättfärdighetssynpunkt gjorts gällande mot detsamma.

MAYER påvisar inledningsvis, att strafflagarna i verkligheten icke adressera sig till medborgarne i samhället utan till statens organer och att presumptionen om allmän strafflagskännedom saknar hvarje berättigande, och uppställer därefter till besvarande frågan, hvori under sådana omständigheter »die Rechtfertigung des Rechtes» finnes, d. v. s. frågan med hvad rätt man straffar en människa för brott mot en lag, hvars befallningar icke varit riktade till henne och om hvars innehåll hon icke kan antagas hafva haft någon kännedom. MAYERS svar härpå är, att »die Rechtfertigung des Rechtes und insonderheit die Verbindlichkeit des Gesetzes beruht darauf, dass die Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt», och begreppet kulturnormer definierar Mayer därefter på följande sätt: »Der Ausdruck 'Kulturnormen' gebrauche ich als einen Sammelnamen für die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten.»¹ Endast försåvidt statens lagar öfverensstämma med dessa inom individerna lefvande »kulturnormer» äro lagarna verkliga berättigade och kunna i längden bibehållas i kraft, men försåvidt dylik öfverensstämmelse föreligger, är straffet verkliga också berättigadt gentemot brottslingen, därför att denne, i och med det att han öfverträtt en af statens lagar, äfven öfverträtt en i hans eget samvete lefvande »kulturnorm». — Inom rättstridighetsgebitet utvecklar MAYER sin teori närmare endast i afseende på det subjektiva rättstridighetsrekvisitet, men det är tydligt, att dess betydelse inom läran om den objektiva rättstridigheten blir den, att en hand-

MAYER a. a. S. 16, 17.

ling är objektivt rättstridig, endast om den innebär en öfverträdelse af en »kulturnorm», liksom den är subjektivt rättstridig, endast om den handlande varit medveten om att han med sin handling öfverträdt en sådan norm, och hur nära besläktade dessa den MAYERSKA teoriens konsekvenser inom rättstridighetsläran äro med det här ofvan utvecklade rättstridighetsrekvisitet ligger i öppen dager. Om man för att beteckna en handling som objektivt rättstridig fordrar, att den inneburit en öfverträdelse af en »kulturnorm» eller att det allmänna rättsmedvetandet i konflikten mellan det af handlingen representerade och det af handlingen hotade (eller skadade) intresset faller utslaget till det senares förmån, skulle t. o. m. komma fullständigt på ett ut, om icke MAYER, som af det sist anförda citatet framgår, låtit begreppet kulturnormer vara direkt sammansatt af moraliska och religiösa element, hvilka enligt den här försvarade uppfattningen på sin höjd kunna komma i betraktande som det allmänna rättsmedvetandets ursprungliga källor. Den skillnad, som härigenom onekligen uppkommer mellan fordran på kulturnormstridighet och fordran på rättstridighet i den här utvecklade betydelsen, torde emellertid få anses bero på att MAYER icke tillräckligt skarpt utmejslat begreppet kulturnorm eller i alla fall icke tillräckligt konsekvent anpassat det efter det ändamål, för hvilket han skapat detsamma. För att verkligen kunna genomföra ett sådant allmänt brottsrekvisit som det här ifrågavarande är det nämligen, som förut utvecklats, obetingadt nödvändigt, att bestämdt utskilja alla religiösa, moraliska eller allmänt sedliga element ur rekvisitets grundbegrepp eller m. a. o. att klart skilja det allmänna moraliska medvetandet ifrån det allmänna rättsmedvetandet. Att detta erbjuder stora svårig-

heter låter sig icke förneka,¹ men så mycket viktigare är det att från början skarpt betona, att det är mot rättens idé, sådan som den lever inom samhällets medlemmar, d. v. s. mot det allmänna rättsmedvetandets normer, som en handling måste vara stridande för att bli att betrakta som ett brott. — Frånsett den skillnad mellan fordran på kulturnormstridighetsmedvetande och fordran på rättstridighetsmedvetande i den betydelse, som här gifvits åt detta ord, som naturligtvis blir en följd af skillnaden mellan de objektiva begreppen kulturnormstridighet och rättstridighet, skiljer sig MAYERS framställning af det subjektiva rättstridighetsrekvisitet från den här ofvan gifna framställningen emellertid i en väsentlig punkt, därigenom att MAYER, som nyss nämndes, försöker förfäktas, att man utan att verkligen genomföra fordran på kulturnormstridighetsmedvetande (d. v. s. pliktstridighetsmedvetande) skulle kunna upprätthålla fordran på att skuld i sedlig mening skall hafva förelegat, för att en handling skall bli att betrakta som ett brott. Men att detta enligt sakens natur icke är möjligt annat än genom uppenbara inkonsekvenser, visar sig tydligt hos MAYER. »Wenn das Postulat, keine Strafe ohne Schuld, nicht zur Phrase herabsinken soll, wenn wir nicht zur reinen Erfolgshaftung zurückkehren sollen, dann müssen wir festhalten an dem Satze: 'Wer sich keiner Verpflichtung bewusst ist, kann sie auch nicht schuldvoll verletzen.' Das Bewusstsein in irgend einer Weise verpflichtet zu sein, ist somit Voraussetzung dafür, schuldhaft die Pflichten verletzen zu können, d. h. ein zur Schuld zurechenbares Delikt zu begehen», heter det a. a. sid. 77. Men redan på nästföljande sida tillägger MAYER: »Wir schreiten fort und fragen uns: Ist die

Jmfr. ofvan s. 33 f.

Zurechnung nur dann berechtigt, wenn der Handelnde seinen Willen mit dem Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit bethätigt hat, oder geht diese Voraussetzung nicht vielmehr zu weit? Doch, sie verlangt zu viel; wir können, ohne ungerecht zu werden, die Bedingungen der Zurechnung weiter fassen und wir müssen es, um diejenige Strenge der Rechtspflege zu wahren, die für einen wirksamen Schutz der Rechtsgüter unentbehrlich ist. Es ist berechtigt, eine Handlung als Pflichtwidrig zu charakterisieren, auch wenn der Handelnde es versäumt hat, sich über die Pflichten, die er hätte achten sollen, zu unterrichten. Er hätte sich über seine Pflichten vergewissern können und sollen, und hat es nicht gethan; er hatte die Möglichkeit, sich seiner Pflichtwidrigkeit bewusst zu werden, und hat sie ungenutzt gelassen. Seine Pflichtwidrigkeit liegt in der Nachlässigkeit oder Gleichgültigkeit, mit welcher er Normen, die ihn angehen, behandelt hat.» — Det torde ligga i öppen dager, att den pliktstridighet, som det här är frågan om, är af precis samma slag som pliktstridigheten öfverhufvud taget vid hvarje öfverträdande af en kulturnorm, nämligen af rent objektiv art, och att man därför i verkligheten har uppgifvit fordran på pliktstridighetsmedvetande, om man anser den här omtalade pliktstridigheten vara tillräcklig för att göra handlingen till en rättstridig handling. Ehuru MAYER uppenbarligen anser det vara en af sin teoris förnämsta förtjänster, att han med densamma lyckats rätta fordran på sedlig skuld inom straffrätten, måste det följaktligen likväl sägas, att teorien just på denna punkt har svikit, liksom hvarje annan teori här måste svika, därför att det är omöjligt att konsekvent genomföra fordran på sedlig skuld utan att afstå från att straffa i de fall, där intet pliktstridig-

hetsmedvetande förefinnes. Mer än att reducera dessa fall till de ytterst få ofvan angifna förmår hvarken MAYERS lära om kulturnormstridigheten eller någon annan rättstridighets-teori. —

II.

AFDELNING II.

Begreppet ära.

För att kunna utveckla det allmänna rättstridighetsre-
kvisitets betydelse vid förtal, d. v. s. betydelsen af fordran att
vid hvarje förtalshandling, för att den skall blifva ett brott,
det intresse, mot hvilket handlingen riktar sig, skall enligt
det allmänna rättsmedvetandets utslag väga tyngre än det in-
tresse, som handlingen eventuellt representerar, är det gifvet-
vis nödvändigt att först fastställa innehållet i det förstnämnda
af dessa intressen, d. v. s. det intresse, mot hvilket hvarje
förtalshandling som sådan måste rikta sig, och hvilket det
sedan gäller att afväga gentemot alla de olika intressen, med
hvilka det kan råka i konflikt, d. v. s. alla de intressen, som
olika förtalshandlingar kunna representera eller uppbäras af.
Detta intresse kan, såtillvida som ingen handling utan att
innebära ett angrepp på detsamma kan blifva en förtalshand-
ling, betecknas som förtalsdeliktets angreppsobjekt, och denna
terminologi kommer i det här följande för korthetens skull
att tills vidare användas, ehuru det ifrågavarande intresset
naturligtvis icke är förtalsdeliktets angreppsobjekt i egentlig
mening eller så, att hvarje angrepp på detsamma skulle vara
ett förtalsdelikt. Af samma skäl och med samma reservation
kommer det intresse, mot hvilket hvarje ärekränkingshand-

ling såsom sådan måste rikta sig, d. v. s. äran i vanlig språklig mening, att här tills vidare betecknas som ärekränk-
ningsdeliktets angreppsobjekt.¹

Man har nu i allmänhet, eller rättare sagdt nästan undantagslöst, utgått från, att äran i denna betydelse är ett enhetligt begrepp, eller m. a. o. att ärekränkingsdeliktets båda olika arter, förtal och ärekränkning i inskränkt mening, ständigt innebära angrepp på en och samma realitet. Hur olika man än för öfrigt bestämt innehållet i detta begrepp eller arten af denna realitet och hur vidt skilda särskildt meningarna angående grunden till att angrepp på densamma öfverhufvud taget kriminaliserats, än varit, har man likväl genomgående varit ense om den grundläggande synpunkten, att rättsgodset ära i denna mening är af ensartadt innehåll eller att det innerst är mot ett och samma goda, mot ett enda mänskligt lifsintresse, som alla ärekränkingshandlingar rikta sig. Härmed har man emellertid enligt vår uppfattning gjort sig skyldig till ett misstag, som måste blifva ödesdigert, därför att man därmed från början stängt vägen för en verklig analys af begreppet ära och redan genom en felaktig utgångspunkt gjort det omöjligt att tränga fram till hvad som i verkligheten angripes genom de olika ärekränkingsförbrytelserna. Men innan vi öfvergå till att påvisa de olika brister och felaktigheter, som med nödvändighet måste komma att vidlåda hvarje enhetligt bestämdt begreppslikt angreppsobjekt för ärekränkingsdelikten, och till att i sammanhang därmed utveckla hvad som enligt vår mening är det verkliga innehållet i förtalsförbrytelsernas angreppsobjekt, torde det vara lämpligt att taga en öfverblick af de mest väsentliga yttre

¹ Jmfr ofvan s. 37.

skiljemärkena mellan förtal och ärekränkning i inskränkt mening, sådana som dessa gestaltat sig i den gällande svenska rätten och i några af de utländska lagar, till hvilkas ställning till rättstridighetsrekvisitet vid förtal i det följande kommer att tagas hänsyn.

Under de egentliga förtalsparagraferna i svenska strafflagen (16 kap. 7 och 8 §§) faller framställande och utspriande af beskyllningar för bestämdt brott eller visst slag af brott eller för gärning eller last, som ej efter lag är straffbar, men eljest menlig för den beskylldes ära, goda namn och medborgerliga anseende, yrke, näring eller fortkomst, samt sådana, med beskyllningar för brott likvärdiga handlingar, genom hvilka någon så förfar, att den som är oskyldig må för skyldig hållas; och under de paragrafer, som hufvudsakligen omfatta ärekränkning i inskränkt mening (16 kap. 9 och 11 §§), falla andra smädliga yttranden i tal eller skrift och hotelser eller andra gärningar, som äro missfirmliga. Det är sålunda på motsättningen mellan beskyllningar och uttalanden om andra, hvilka icke äro beskyllningar, som uppdelningen af ärekränkingsdelikten är byggd, och då en beskyllning enligt vanligt språkbruk är ett påstående om ett faktum och bland yttranden om andra som motsats härtill stå omdömen eller uttryck för subjektiva uppfattningar, så är det följaktligen motsatsen mellan påståenden om fakta och subjektiva omdömen, som i första hand markerar skillnaden mellan förtal och ärekränkning i inskränkt mening. Härvid äremellertid att märka, att man icke alltid kan låta det afgörande för huruvida ett yttrande bör betraktas såsom ett påstående eller som ett omdöme vara, huruvida det formellt framstår som det ena eller andra. Ty dels innehålla å ena sidan en mängd (formella) omdömen alldeles otvifvelaktigt påståenden om be-

gångna handlingar, så naturligtvis framför allt alla omdömen genom hvilka en person tillägges ett epitet, med hvilket i själfva verket direkt utsäges, att han begått något visst slags handling, och å andra sidan äro otvifvelaktigt en mängd (formella) påståenden i verkligheten endast likvärdiga med subjektiva omdömen, så framför allt alla påståenden om inre fakta, d. v. s. om hvad som passerat i den omtalades psyke. Och dels innehåller dessutom såväl hvarje omdöme i regel något moment af påstående som äfven hvarje påstående i regel något moment af omdöme, eller bli i hvarje fall nästan undantagslöst alla omdömen och påståenden uppfattade, som om så vore förhållandet, detta därför att då å ena sidan en människas handlingar äro de säkraste eller i hvarje fall de för andra lättast tillgängliga uttrycken för hennes personlighet, så är det gifvet, att människornas omdömen i regel blifva (eller anses vara) baserade på kännedom om af vederbörande begångna handlingar och att de såtillvida äfven få karaktären af påståenden, och då å andra sidan vanhedrande handlingar i regeln framkalla ogillande, är det likaledes gifvet, att äfven det mest objektivt hållna påstående om en dylik handling, i regeln i någon mån blir (eller anses vara) färgadt af den påståendes förakt och såtillvida äfven ett omdöme. Men om det följaktligen måste bli efter yttrandets reella innebörd och väsentliga betydelse, som man har att afgöra till hvilken af de ifrågavarande kategorierna det bör hänföras och om därmed den af motsatsen mellan påståenden och omdömen beroende gränsen mellan förtal och ärekränkning i inskränkt mening till följd häraf i åtskilliga öfvergångsfall kan bli vag och svårbestämd, så är denna motsats likväl såväl inom den svenska rätten som i de flesta andra nu gällande strafflagar grundläggande för uppdelningen af ärekränkingsdeliktet i

dess båda underarter. Ensamt bestämmande för huruvida ett ärerörigt yttrande blir att straffa efter någon af förtalsparagraferna eller efter 9:e eller 11:e §§ i 16 kap. är denna motsats emellertid icke. För det första måste en beskyllning för att bli straffbar som förtal hafva meddelats till någon annan än den beskyllde själf, och äreröriga beskyllningar, som framställts endast till denne, utan att vittnen varit närvarande, kunna följaktligen endast straffas som ärekränkning i inskränkt mening. För den svenska rättens räkning är vidare — i motsats till hvad förhållandet är i de flesta främmande lagar — att märka, dels att endast beskyllningar, som innehålla påståenden om begångna handlingar, men icke påståenden om andra fakta, äro straffbara som förtal, och att följaktligen påståenden om äreröriga fakta, som icke äro handlingar, bli att hänföra till ärekränkning i inskränkt mening, och dels att beskyllningar, som icke afse brott, utan andra för den kränktes ära menliga gärningar, äro straffbara enligt 16: 8, endast om de framställts af arghet, och beskyllningar af sådant innehåll, framställda af obetänksamhet, kunna följaktligen bli straffbara endast enligt 16: 9 eller 11.¹

I de flesta utländska lagar lämnas öfverhufvud taget icke någon definition på ärekränkning i inskränkt mening, utan uppdelningen sker genom bestämmandet af förtal såsom påstående eller utspridande af för den omtalade äreröriga fakta. Så är förhållandet i den tyska strafflagen, där innehållet i begreppet Beleidigung (ärekränkning i inskränkt mening, § 185) icke är på något som helst sätt i lagen bestämdt, men Ueble Nachrede (förtal) och Verleumdung (förtal mot bättre

¹ Angående betydelsen af uttrycken »af arghet» och »af obetänksamhet», se i det följande afdelning III kap. 1.

vetande) utskilts genom definitionerna i §§ 186 och 187, af hvilka den senare i alla i detta sammanhang intresserande punkter öfverensstämmer med den förra, som lyder: »Wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird etc.» Detsamma är förhållandet i den norska strafflagen, där icke ærekrænkelser (ærekränkning i inskränkt mening § 246) men endast bagtalelser (förtal) definieras: »Med ... straffes den som søger at bevirke eller at medvirke til, at noget finder tiltro der er egnet til at skade en andens gode navn og rygte eller at udsætte ham for had, ringeagt eller tab af den for hans stilling eller næring fornødne tillid» (§ 247). Direkt upptagen i lagens definition på de olika slagen af ærekränkning är motsatsen mellan påståenden om fakta och subjektiva omdömen i den franska presslagens art. 29, som är af följande lydelse: »Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé, est une diffamation. — Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure.» I den danska strafflagen bestämmes slutligen förtal som att kränka »en Andens Ære ved ubeføjet at tillægge ham Handlinger, der vilde gjøre ham uværdig til Medborgernes Agtelse, eller om ham at bruge Benævnelser, som alene kunde hjemles ved saadane Handlinger» (§ 215) och som »andre ubeføjede Sigtelser, der maa nedsætte den Angrebnes borgerlige Agtelse» (§ 217), under det att ærekränkning i inskränkt mening definieras som »Ukvemsord eller Skjældsord saavel som enhver ved Lader eller Fagter eller anden Gjerning, der tillkjendegiver udvist Fornærmelse» (§ 217).

Vid försöket att härefter definiera ärekränkingsdeliktens angreppsobjekt (i detta uttrycks nyss angifna bemärkelse) har man naturligtvis att utgå från innehållet i ordet ära i dettas vanliga eller vanligaste språkliga betydelser. Men under det att motsvarande utgångspunkter för fastställandet af andra delikts angreppsobjekt — lif, frihet, kroppslig integritet o. s. v. — äro förhållandevis fasta och själfklara, är ordet äras rent språkliga innehåll allt annat än lätt att angifva; endast mycket få ord i språket torde i det dagliga lifvet få tjänstgöra för att beteckna en sådan mångfald växlande och ofta helt och hållet olikartade begrepp och verkligheter som just ordet ära; och om, som i ett föregående sammanhang antydts, ärekränkingsdeliktets angreppsobjekt i egentlig mening är ett af straffrättens mest svårbestämbara, därför att ära (i vanlig, språklig mening) är ett af de intressen, som mest äro utsatta för att komma i konflikt med och få vika inför andra, så är redan begreppet ära i den här åsyftade bemärkelsen säkerligen ett af den speciella straffrättens allra svårast definerbara och mest omstridda begrepp. Ordet äras mångtydighet är ett faktum, om hvilket var och en lätt kan öfvertyga sig genom att jämföra alla de olika sammanhang, i hvilka han själf vanligast använder ordet i fråga eller hör det användas. Emellertid är det också lätt att konstatera, att en mängd af ordet äras betydelser äro af så alltför tillfällig och långt härledd och för ärekränkingsmaterien främmande art, att det redan från början är klart, att äran i dessa betydelser icke kan tänkas vara angreppsobjekt för ärekränkingsdeliktet. Bland de betydelser, som i detta sammanhang kunna komma i betraktande eller öfverhufvud taget utöfva något inflytande, kan man urskilja tre bestämdt och klart åtskilda grupper. I den första af dessa betydelser före-

kommer ordet ära i sådana uttryck som att en soldats ära är hans mod, en köpmans ära är hans redbarhet, en kvinnas hennes kyskhets o. s. v. Det är här tydligen fråga om omedelbara inre själsliga egenskaper hos den, om hvars ära man talar — egenskaper, som f. ö. icke äro på något annat sätt gemensamt bestämda än att de alla anses i något visst afseende prisvärda och vanligen i det afseende, som på grund af den omtalades ställning eller uppgift i lifvet anses vara det för honom och hans likar viktigaste — och ordet ära betecknar alltså i dessa fall psykiska realiteter inom subjektet för ära. Äran i denna betydelse har i allmänhet pläгат kallas den inre eller subjektiva äran.¹ I den andra betydelsen återfinnes ordet ära i alla sådana uttryck som att en man förlorat sin ära inom samhället, sin ära inom en viss krets, i en viss människas ögon o. s. v. Hvad det här gäller är medmänniskornas uppfattning af eller omdöme öfver den omtalades allmänna karaktär eller enskilda egenskaper, och ordet ära i denna betydelse betecknar sålunda psykiska realiteter inom andra än subjektet för äran. Ära i denna mening, som i allmänhet pläгат kallas den objektiva äran, är gifvetvis väsentligen liktydig med anseende. I den tredje och sista betydelsen finna vi slutligen ordet ära i sådana uttryck som att en människa sårats eller känner sig kränkt i sin ära, att hennes ära uppreser sig mot en skymf, fordrar att hon tillbakavisar en förolämpning o. s. v. I dessa fall är det, liksom i det först anförda, fråga om psykiska realiteter inom subjektet för äran själf, men icke om olika själsliga egen-

¹ Bland författare inom ärekränkingsområdet har, oss veterligt, endast KOHLER använt en omvänd terminologi, i det att KOHLER betecknar den inre äran som den objektiva och den yttre äran eller anseendet som den subjektiva äran.

skaper, utan om en viss känsla eller starkt känslobetonad föreställning. Äran i denna betydelse kan, utan att därmed afses att närmare karakterisera dess innehåll, här tills vidare betecknas som själfkänsla.

Att äran i den första af dessa betydelser, d. v. s. den inre äran, icke kan vara angreppsobjekt för vare sig förtal eller ärekränkning i inskränkt mening är utan vidare klart: en människas inre egenskaper — hennes mod, kyskhet, redbarhet o. s. v. — kunna gifvetvis icke beröfvas henne genom andras handlingar af det slag, hvarom det här är fråga.¹ Härom torde numera också alla vara ense. Inom samtidens litteratur har oss veterligt endast en författare, nämligen LIEPMANN,² förfäktat, att en människas inre ära, hennes specifikt värdefulla egenskaper, skulle åtminstone indirekt kunna angripas genom ärekränkningar. LIEPMANN menar, att grofva förolämpningar och särskildt ofta upprepade sådana verkligen kunna göra den angripne sjäsligt sämre, i det att de beröfva honom förtroendet till hans egen kraft och den nyttiga känslan af att vara understödd af andra och till slut »aus dem 'Verachteten' ein selbstzüchtiger und verbissener 'Verächter', aus dem starken Charakter ein schwächlicher und unwürdiger Erfolgsstreber machen kann». Men äfven om det är möjligt, att en med förtal och förolämpningar förföljd människas sinne kan förbittras och att hon såtillvida kan sjäsligt förändras

¹ Huruvida det är möjligt att genom andra handlingar — t. ex. genom psykisk påverkan eller ingifvande af gifter o. s. v. — tillfälligt eller mera varaktigt beröfva en människa någon af hennes själsenskaper — hennes mod, kyskhet o. s. v. — är naturligtvis en för ärekränkningsmaterien helt och hållet främmande fråga.

² LIEPMANN: *Einfache Beleidigung. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. Band IV.* Berlin 1906. S. 229.

— om man så vill, själsligt försämrats — genom ärekränkningar, så är detta likväl uppenbarligen något helt annat än att den kränkte genom ärekränkningarna skulle förlora någon af de egenskaper, som med desamma fränkänts honom. En sådan effekt kan i verkligheten aldrig uppnås: en hederlig köpman, blir icke bedragare eller svindlare, därför att han, låt vara under långa tider, beskylles för oredlighet, en kysk kvinna blir icke liderlig, hur ofta hon än påstås vara det — en människas själsegenskaper kunna öfverhufvud taget icke träffas af angrepp genom ärekränkningar. Också medger LIEPMANN, »dass höchstens die Wirkung der Angriffe die Ehrenqualität infizieren kann, die Angriffe selbst aber ein andres Object als diese Eigenschaften treffen». — Om äran i den här ifrågavarande betydelsen likväl hos åtskilliga af de ledande författarne på detta område spelar en icke oväsentlig roll vid konstruktionen af det begreppsliga angreppsobjektet för ärekränkningssbrotten, så är det följaktligen icke därför att man betraktar denna den inre äran som sådant angreppsobjekt, utan därför att den af dessa författare alltjämt anses vara källan eller upphofvet till, eller för att använda BINDINGS¹ ord, ryggraden hos all ära i juridisk mening, d. v. s. grunden till att ärekränkingsförbrytelserna öfverhufvud taget kriminaliserats, och vi skola därför hafva att återkomma till densamma i ett följande sammanhang.

Som möjliga angreppsobjekt för ärekränkingsdelikten återstå då äran i betydelse af anseende och äran i betydelse af själfkänsla, och det är dessa båda enligt vår uppfattning bestämdt olika realiteter, som man ständigt sammanfattat under ett begrepp eller behandlat såsom varande en och

¹ BINDING: Die Ehre und ihre Verletzbarkeit. Leipzig 1902. S. 14.

samma sak. Om det icke vore från början klart, att det är något helt annat, som angripes, då en eller många utanför ståendes omdöme öfver en människas karaktär eller egenskaper menligt påverkas genom äreröriga beskyllningar, än då en människas känsla såras genom att någon slungar henne en förolämpning i ansiktet, d. v. s. att äran som anseende och äran som själfkänsla äro två helt och hållet skilda ting, så visar detta sig i hvarje fall fullt tydligt just däruti, att det ingenstädes varit möjligt att sammanföra dem under samma begrepp, annat än genom att antingen göra våld å ettderas verkliga innehåll eller utan vidare använda ordet ära än för att beteckna det förra och än för att beteckna det senare, hvarvid det blifvit tydligt, att man använt ordet i bestämdt olika betydelser.

Som exempel på författare, hvilka måste sägas hafva gjort sig skyldiga till det förra, kan anföras Goos.¹ Utgående från, att det allmänna begreppet ära hvilat på förutsättningen om människans sedliga värde, hvilket icke heller enligt Goos kan vara ett rättsgods, bestämmer Goos det juridiska begreppet ära såsom ett på föreställningen om detta sedliga värde hvilande omdöme. Detta omdöme kan fällas antingen af den person själf, om hvars ära det är fråga, eller af andra samtidigt lefvande, och rättsgodset ära får följaktligen två förgreningar, själfaktningen och andras aktning, mot hvilka sedan på ett naturligt sätt svara de båda olika slagen af ärekränkning, förtal och ärekränkning i inskränkt mening. Det är m. a. o. genom att bestämma angreppsobjektet för de senare såsom hvars och ens omdöme öfver sig själf, som Goos lyckas föra det och anseendet in under samma

¹ Goos: Sp. D. S. 190 f.

högre begrepp. Men om man närmare undersöker den principala effekten af en ärekränkning i inskränkt mening, skall man finna, att hvad som angripes genom en sådan endast i sällsynta undantagsfall kan sägas vara den förolämpades omdöme öfver sig själf. Ty hvad är i själfva verket den reella innebörden i detta uttryck, en människas omdöme öfver sig själf? —

Vore människan ett fullkomligt enhetligt eller, om man så vill, absolut oreflekteradt väsen, så skulle tydligen något en människas omdöme öfver sig själf öfverhufvud taget icke vara möjligt: ett omdöme förutsätter gifvetvis ett subjekt och ett objekt, någon, som faller omdömet, och någon eller något, hvaröfver omdömet fälles, och alltså, då det är fråga om ett själfomdöme, en viss inre dubbelhet eller själsk tveklöfning. Denna tveklöfning har sin grund i att människan, psykologiskt sedt, är ett komplex af olika, delvis mot hvarandra stridande viljekrafter, af hvilka somliga äro mera varaktiga och såtillvida starkare och andra mera tillfälliga och såtillvida svagare: af motsatsen mellan människans olika personlighets- eller viljekrafter beror i yttersta hand en människas omdöme öfver sig själf. I den mån som de förre af dessa krafter, de mera varaktiga, i verkligheten visat sig vara äfven såtillvida starkare än de senare, de mera tillfälliga, att de genomgående förmått behärska och öfvervinna dessa, d. v. s. i den mån, som människan i sina handlingar låtit sig ledas af det varaktiga, det »innersta» i sin personlighet, blir hennes omdöme öfver sig själf tillfredsställande, hennes aktning för sig själf orubbad; och i den mån de tillfälliga krafterna visat sig vara såtillvida starkare än de mera varaktiga, att de i hennes lif lyckats få herravälde öfver dessa, d. v. s. i den mån som det tillfälliga,

»ytliga» i människans personlighet varit bestämmande för hennes handlingar, blir hennes omdöme öfver sig själf ogillande, hennes aktning för sig själf förbytes i själfförakt. Detta följer omedelbart af, eller är egentligen endast ett sätt att uttrycka det faktum, att vissa viljekrafter inom människan äro varaktigare än andra, d. v. s. i längden fordra att få härska öfver dessa. Vore människans — reflekteradt medvetna eller instinktiva — kännedom om sig själf fullkomlig och ägde hon alltså i hvarje ögonblick af sitt lif en fullt riktig och säker uppfattning af hvad som i hennes personlighet är det mest varaktiga och hvad som endast är tillfälliga krafter, så skulle följaktligen en människas omdöme öfver sig själf öfverhuvud taget aldrig kunna influeras eller angripas af en ärekränkning, eftersom hennes olika viljekrafters ställning eller förhållande till hvarandra gifvetvis lika litet kan påverkas af andras handlingar som dessa krafter själfva. Men eftersom människan först genom hvad hon upplefver, genom sina erfarenheter kommer till medvetande om sig själf och insikt om hvad som är det mest varaktiga i hennes personlighet, så låter det sig naturligtvis tänkas, att hennes uppfattning i detta afseende kan vara falsk, d. v. s. att för hennes medvetande framstår som det starkaste och mest varaktiga inom henne hvad som i verkligheten endast är tillfälliga, svagare krafter, och att hon, då hon lefver och handlar i enlighet härmed, bevarar sin själfaktning orubbad, sitt omdöme öfver sig själf tillfredsställande, trots att hon i verkligheten följer viljekrafter, som äro af det senare slaget, och det kan naturligtvis då också tänkas, att en ärekränkning, som innebär en förebräelse eller ett ogillande från någon, som i viss mån förstår eller känner henne bättre än hon själf och vid hvars omdöme hon af särskilda skäl, med eller mot sin

vilja, fäster särskildt stort afseende, kan s. a. s. bryta upp i hennes medvetande hvad som i verkligheten är det mest varaktiga inom henne och därmed förändra hennes uppfattning om sina egna viljekrafters verkliga styrka, beröfva henne hennes själfaktning — påverka hennes omdöme öfver sig själf. Och på samma sätt kan det naturligtvis, där en människas uppfattning af sig själf ehuru riktig likväl är osäker, tänkas, att hennes blick på sig själf förvillas genom en ärekränkning, så att tillfälliga krafter komma att i hennes medvetande framstå som det mest varaktiga af henne själf och att hennes omdöme öfver sig själf därmed också förändras. Men det är tydligt, att en dylik omkastning af viljekrafternas styrkeförhållande i en människas medvetande, som alltså är nödvändig för att hennes omdöme öfver sig själf skall kunna påverkas eller förändras i verkligheten, endast ytterst sällan åstadkommes af en ärekränkning. I det oändligt öfvervägande antalet fall föreligga förutsättningarna för en sådan effekt alldeles icke: de fall, där en människas uppfattning af sig själf och sin personlighets olika krafters verkliga styrka och varaktighet icke är tillräckligt exakt och säker för att lämnas oberörd af andras i form af ärekränkningar eller på andra sätt uttryckta mening, äro — oafsedt huruvida denna själfkänedom är i högre eller lägre grad reflekteradt medveten eller endast instinktiv — tvärtom otvifvelaktigt så sällsynta, att man vid ett generellt bestämmande af ärekränkingsdeliktens angreppsobjekt knappast behöfver taga hänsyn till desamma.

Den olustkänsla, som hvarje ärekränkning, hvilken kommit till den kränktes kännedom, otvifvelaktigt framkallar, och som i regel kan anses vara den principala effekten af en ärekränkning i inskränkt mening och hvilken slutligen är den

enda effekten af en ärekränkning i inskränkt mening, framställd till ingen annan än den kränkte, låter sig på ett långt enklare sätt förklaras såsom beroende af att ärekränkningen inverkar nedsättande på den kränktes själfkänsla, d. v. s. på hvad som enklast skulle kunna bestämmas som hans själförtroende, om icke detta ord i allmänhet brukade användas för att beteckna icke ett själstillstånd, som det här är fråga om, utan en själsegenskap, nämligen den att i allmänhet hysa ett förhållandevis starkt förtroende till sig själf. Själförtroendet eller själfkänslan i den mening, som här afses, och som är en människas mer eller mindre reflekterade, resp. instinktiva tro på eller känsla af sin egen kraft eller förmåga att förverkliga sina egna, likaledes mer eller mindre reflekteradt medvetna önskemål, d. v. s. sin egen vilja gentemot de hinder, som lifvet reser mot densamma, beror gifvetvis direkt af hennes uppskattning af å ena sidan hennes egna krafters styrka och å andra sidan storleken af de hinder, som dessa krafter hafva att öfvervinna. Men tänker man nu i detta sammanhang tills vidare endast på ärekränkningar i inskränkt mening och särskildt på sådana ärekränkningar i inskränkt mening, som icke komma till någon annans kännedom än den kränktes, och vid hvilka någon annan effekt än den ifrågasvarande olustkänslan öfverhufvud taget icke förekommer, så är den reella betydelsen af en dylik ärekränkning i själfva verket ingen annan än den, att ärekränkningen för den kränkte afslöjar en ny svårighet i hans lif, ett nytt hinder för hans viljas förverkligande, nämligen ärekränkarens emot honom fiendliga viljestämning. Det väsentliga i en ärekränkning af det ifrågasvarande slaget är nämligen just att den innebär en förklaring från ärekränkarens sida, att han i allmänhet eller i något visst afseende, nämligen i afseende på någon

eller några den kränktes särskilda egenskaper, utvisade genom någon viss handling, som föranlett ärekränkningen, står fientlig gentemot den kränkte och att han följaktligen, om deras vägar komma att korsas i lifvet, har för afsikt att genomgående eller i det särskilda afseendet bekämpa eller motarbета den kränkte, så långt som hans egna intressen medgifva. Det är naturligtvis möjligt, och i verkligheten kanske i de flesta fall sannolikt, att det stannar vid denna förklaring och att ärekränkaren aldrig kommer att begå några som helst gentemot den kränkte riktade handlingar och att några af den förre beroende hinder i den senares lif följaktligen aldrig i verkligheten komma att existera; men möjligheten för att dylika hinder skola resas förefinnas likväl alltid efter den i ärekränkningen innehållna förklaringen, och i den mån som den kränkte — medvetet eller omedvetet — räknar med dessa hinder, sjunker hans själförtroende eller själfkänsla i detta ords här antydda mening, och därvid födes samma känsla af olust som alla nyupptäckta svårigheter eller hinder mot en människas viljas förverkligande af samma skäl framkalla inom henne. Att detta är den verkliga källan till den ifrågasvarande olustkänslan, visar sig också tydligt däri, att denna känslas styrka står i direkt förhållande till den kränktes föreställning om ärekränkarens eventuella inflytande och makt i hans lif; den kränkte lider ovillkorligt mera af en ärekränkning från en persons sida, hvilken han antager äger stora möjligheter att influera på hans lif, än af en ärekränkning, som träffat honom från någon, som han anser vara utan all makt i hans eget lif. På samma sätt blir det också klart, hvarför människorna i samma mån som de äro mäktiga af reflexion också äro bättre i stånd att befria sig från den första omedelbara olustkänsla, som hvarje ärekränkning framkallar: då en

människa säger sig att det i grund och botten är henne likgiltigt hvad den person som kränkt henne tänker eller menar, så härflyter denna tanke ur att hon vid närmare besinnande funnit, att personen i fråga i alla fall, aldrig skulle kunna tillfoga henne någon skada; i de fall då det är otvifvelaktigt, att ärekränkaren verkligen kan och vill skada den kränkte, kan denne icke på detta sätt helt frigöra sig från känslan af obehag, utan på sin höjd begränsa denna känsla genom att fastställa måttet af sannolikheten för att ärekränkaren kommer att göra bruk af sin makt. — Olustkänslan, som hvarje ärekränkning framkallar, beror följaktligen ingalunda alltid, som HESS¹ menar, på en illusion: ärekränkarens gentemot den kränkte och hans sträfvande fientliga vilja kan representera nog så verkliga hinder i den kränktes lif, och att en ärekränkning, som avslöjar dessa hinder för den kränkte, inom honom uppväcker en känsla af olust, är lika välgrundadt, naturligt och nödvändigt som att upptäckten af nya hinder mellan en människas och hennes viljas mål öfverhufvud taget framkallar olust. Endast i de fall, där ärekränkaren i verkligheten icke har någon som helst förmåga att utöfva inflytande i den kränktes lif (och där det är möjligt för den kränkte att öfvertyga sig härom), kan man med fog tala om att den olustkänsla, som ärekränkningen framkallat, beror på en illusion. Hvad som däremot i HESS' tankegång på denna punkt torde vara riktigt är att människorna i allmänhet äro benägna att öfverskatta betydelsen af andra människors inflytande i deras lif och att de följaktligen också i allmänhet äro oförmögna att riktigt värdesätta betydelsen af en ärekränkning.

¹ HESS: Die Ehre und die Beleidigung des § 185 St. G. B. Hamburg 1891. S. 17.

Om det efter det nu anförda får anses otvifvelaktigt, att den principala effekten af en ärekränkning i inskränkt mening är en olustkänsla, som beror af att den kränktes själfkänsla nedsättes och att själfkänslan alltså är det egentliga angreppsobjektet för ärekränkningar i inskränkt mening, och om det följaktligen måste sägas vara genom att felaktigt hafva angifvit det verkliga innehållet i angreppsobjektet för detta slag af ärekränkningar, d. v. s. begreppet ära i dess betydelse af själfkänsla, som Goos lyckats sammanföra äran i denna mening och äran i betydelse af anseende under ett gemensamt begrepp, så är det å andra sidan endast genom att definiera förtal på ett sätt, som icke kan sägas träffa det väsentliga i detsamma, som det blifvit möjligt för v. BAR¹ att sammanföra det och ärekränkning i inskränkt mening — och därmed i viss mån äfven äran i dess betydelse af anseende och äran i dess betydelse af själfkänsla — under ett enhetligt begrepp. I motsats till väl alla andra författare utgår v. BAR i sin lära om ärekränkning icke från begreppet ära utan från betydelsen af det tyska ordet Beleidigung, och i enlighet härmed anser han kärnan i alla ärekränkningsbrott vara, att den kränkte tillfogas ett lidande, en själslig smärta, och då dels hvars och ens subjektiva känslighet icke kan vara afgörande för huruvida en handling bör stämplas som ett brott eller ej och vidare endast afsiktliga ärekränkningar förnuftigtvis böra kunna såra eller uppväcka smärta samt slutligen de flesta handlingar, hvilka tillfoga ett lidande, redan förut äro kriminaliserade som andra delikt, så bestämmer v. BAR begreppet ärekränkning som »Handlungen, die objektiv (oder nach allgemeiner Volksansicht) geeignet sind, Seelenschmerz zu erregen, aber auch

¹ v. BAR: Beleidigung S. 81 f.

nur solche Handlungen, die nicht unter andere Delictsbegriffe fallen, und nur absichtliche Handlungen».¹ Men bortsedt från alla de i detta sammanhang icke särskildt intresserande, i allmänhet fullständigt godtyckliga begränsningar af sitt grundbegrepp, som v. BAR icke endast från början utan äfven under loppet af sin afhandling måste vidtaga, för att detta vaga begrepp, med hvilket i sanning »das Recht nichts anfangen kann»,² så torde det vara tydligt, att detta sätt att bestämma ärekränkingsdeliktet i allmänhet visserligen är fullkomligt riktigt i fråga om ärekränkningar i inskränkt mening och särskildt sådana ärekränkningar i inskränkt mening, hvilka framställts ensamt till den kränkte, men alldeles icke i fråga om förtalsförbrytelser. Äfven om en ärerörijbeskyllning, i de fall där den kommer till den beskylldes kännedom, uppväcker en liknande olustkänsla — »själssmärt» — som en ärekränkning i inskränkt mening, hvilken framställts direkt till den kränkte, och äfven om denna olustkänsla kan vara t. o. m. starkare än den af en ärekränkning i inskränkt mening framkallade olustkänslan, därför att den härflyter icke endast ur fruktan för ärekränkarens fientliga vilja utan äfven ur fruktan för fientliga handlingar från deras sida, hvilkas omdöme öfver den kränkte kunna påverkas af förtalet, ehuru å andra sidan en af ärekränkaren själf i den kränktes närvaro framställd ärekränkning såsom sådan i regeln torde vara ägnad att framkalla en starkare olustkänsla än en ärekränkning, om hvilken den kränkte först genom andra fått vetskap, så kan det likväl icke sättas i fråga, att denna olustkänsla skulle vara den principala effekten af en förtalsförbrytelse. Redan en jämförelse mellan de olikartade effekterna, som objektiva resultat betrak-

¹ v. BAR: Beleidigung S. 86—87.

² v. BAR: Beleidigung S. 84.

tade, af hvilken ärerörig beskyllning som helst — alltså mellan å ena sidan den olustkänsla, som uppväckes af beskyllningen, då den kommer till den beskylldes kännedom, och å andra sidan den skada, som tillfogas den beskylldes anseende och de följder i hans lif, som härur kunna härflyta, låter det omedelbart framstå som fullkomligt otvifvelaktigt, att det senare är den väsentliga, ojämförligt tyngst vägande effekten af hvarje förtalsförbrytelse. Men härtill kommer, att i alla de fall, där den beskyllde aldrig får kännedom om beskyllningens utspriande, den förra effekten — tillfogande af själssmärta, som v. BAR anser vara det innersta i alla ärekränkningar — helt enkelt uteblir och att den beskylldes kännedom om beskyllningen följaktligen enligt v. BAR strängt taget skulle vara icke en processförutsättning, utan tvärtom en brottsförutsättning, hvilket likväl icke kan och aldrig har satts i fråga, och slutligen visar det sig med full tydlighet inom förtalsdeliktets subjektiva rekvisit, att ingenting annat än anseendets skadande är det väsentliga vid förtal. Vore uppväckandet af själssmärta inom den kränkte det väsentliga vid förtal, så skulle någon dolös förtalsförbrytelse tydligen aldrig komma till stånd, där gärningsmannens dolus icke på något sätt omfattat att förtalet skulle komma till den förtalades kännedom; där detta icke varit förhållandet skulle det på sin höjd kunna sättas i fråga att bedöma handlingen som ett culpabrott, om gärningsmannen nämligen icke iakttagit tillbörlig omsorg i afseende på att förhindra, att den förtalade fick kännedom om förtalet. Men nu är det så långt ifrån att någon sådan dolus alltid föreligger vid förtal; att förtalaren tvärtom i oändligt många, ja kanske i de allra flesta fall, är besjälad af en bestämd önskan, att den förtalade icke måtte få vetskap om förtalet och ofta också vidtagit direkta åtgärder i sådant syfte. Mot denna

anmärkning söker v. BAR¹ göra gällande, att det alltid är oberäkneligt, huruvida ett yttrande som rör en tredje man kommer till dennes kännedom, och att en ärekränkare följaktligen, om han riktigt besinnar sig, alltid tager denna möjlighet på sitt ansvar. Men äfven om man bortser från att möjligheten, att den förtalade skall få vetskap om de utspridda beskyllningarna, i många fall är försvinnande liten och stundom t. o. m. verkligen ingen, så går det uppenbarligen icke an att, därför att en sådan möjlighet existerar, påstå att det legat inom förtalarens dolus att tillfoga den förtalade själssmärta, där det hvarken för förtalaren vid brottets begående framstått såsom eller i verkligheten varit nödvändigt, att den förtalade öfverhufvud taget fick vetskap om förtalet, och där förtalaren dessutom gjort allt hvad i hans makt stått för att så icke skulle bli förhållandet. Det torde vara otvifvelaktigt, att man genom en sådan konstruktion af förtalsdeliktet såväl gör uppenbart våld å verkligheten som också råkar i konflikt med de af alla erkända grundprinciperna inom dolusläran. — Att genom att bestämma det väsentliga hos såväl förtal som ärekränkning i inskränkt mening såsom uppväckande af en själslig smärta eller en olustkänsla inom den kränkte, förena ärekränkingsdeliktets båda olika arter under ett gemensamt begrepp, får följaktligen anses vara lika litet möjligt som att föra in deras angreppsobjekt under ett enhetligt begrepp genom att definiera angreppsobjektet för ärekränkning i inskränkt mening såsom den kränktes omdöme öfver sig själf.

Till att hafva negligerat skillnaden mellan äran i dess betydelse af anseende och äran i dess betydelse af själfkänsla och följaktligen hafva använt ordet ära i bestämdt olika

¹ v. BAR: Beleidigung S. 95.

betydelser måste slutligen v. LISZT, FRANK, OLSHAUSEN m. fl. författare af den härskande riktningen sägas hafva gjort sig skyldiga. Till HESS' kritik öfver v. LISZT kunna vi på denna punkt obetingadt ansluta oss.¹ En människas anseende hos andra kan under inga omständigheter skadas eller angripas genom en ärekränkning, om hvilken aldrig någon annan än hon själf får kännedom, och när v. LISZT² definierar förtal såsom »Gefährdung der Ehre» och ärekränkning i inskränkt mening såsom »Verletzung der Ehre», så använder han ordet ära i det förra uttrycket i betydelse af anseende och i det senare i betydelsen af något annat, nämligen i den betydelse, som här betecknats som själfkänsla. Om möjligt ännu tydligare visar det sig hos FRANK, att man med nödvändighet kommer att operera med ordet ära i växlande betydelser, då man definierar begreppet ära som anseende och sedan utan vidare låter äran i denna betydelse vara angreppsobjekt äfven för ärekränkningar i inskränkt mening. Efter att hafva bestämt ärekränkingsdeliktens angreppsobjekt som »die soziale Stellung der Person, so weit sie auf der Achtung der Mitmenschen beruht» förklarar FRANK, att »das Urteil über eine Person kann in verschiedenen Beziehungen beeinflusst werden: 1. durch Kundgebung eigener Missachtung; 2. durch Kundgebung von (unwahren) That-sachen, die sich auf sie beziehen». Redan här visar det sig, att det vid ärekränkning i inskränkt mening (Kundgebung eigener Missachtung) är fråga om något annat än angreppsobjektet för förtal så som FRANK omedelbart förut definierat detsamma; ty huru ändras omdöme öfver en människa (och därmed hennes på medmänniskornas aktning hvilande sociala ställning) skulle kunna skadas genom en ärekränkning, som aldrig

¹ HESS: a. a. S. 5.

² v. LISZT: S. 345 f.

kommit till dessa andras kännedom, är som sagdt omöjligt att förstå. Men dessutom förklarar FRANK själf uttryckligen, att vid ärekränkning i inskränkt mening »kommt es gemäss dem Charakter des Delicts darauf nicht an, ob die Missachtung der handelnden Person irgend welche Bedeutung für die allgemeine Beurteilung der andern hat oder nicht».¹

Det verkliga förhållandet är enligt vår uppfattning, som redan af det nu anförda delvis torde hafva framgått men som här må resumeras i ett sammanhang, att ärekränkingsdelikten rikta sig mot två bestämdt olika mänskliga lifsintressen: mot den angripnes anseende bland hans medmänniskor, som är en psykisk realitet inom andra än subjektet för äran, och mot den angripnes själförtroende eller själfkänsla i detta ords förut angifna betydelse, som är en psykisk realitet inom ärans bärare själf. Det förre af dessa intressen är det principala angreppsobjektet för förtal, det senare är det principala angreppsobjektet för ärekränkning i inskränkt mening; men utom mot hvad som sålunda är dess egentliga och nödvändiga angreppsobjekt kan hvarterda slaget af ärekränkningar eventuellt och sekundärt rikta sig äfven mot det andras angreppsobjekt: förtal, som kommer till den förtalades kännedom, kan uppväcka samma eller liknande olustkänsla eller själssmärta som är den väsentliga effekten af en ärekränkning i inskränkt mening, och en ärekränkning i inskränkt mening, som äger rum inför vittnen eller endast inför andra än den kränkte, kan skada den kränktes anseende på samma sätt som en ärerörig beskyllning. Denna sista effekt af en ärekränkning i inskränkt mening kan t. o. m. i många fall — om nämligen ärekränkarens omdöme i deras ögon, inför hvilka ärekränkningen framställles, är vederhäftigt och afgörande utan att be-

¹ FRANK: S. 252—254.

höfva stödjas af den motivering, som ligger i framdragandet af begångna handlingar, och särskildt naturligtvis i de fall där ärekränkningen icke framställts i den kränktes närvaro — bli att betrakta som det tyngst vägande resultatet af ärekränkningen, och det kan följaktligen inträffa, att en ärekränkning i inskränkt mening i själfva verket måste sägas rikta sig hufvudsakligen mot den kränktes anseende; hvilket emellertid i detta sammanhang, där det endast gäller att fastställa förtalsdeliktets angreppsobjekt, icke är af intresse. Däremot kan det aldrig inträffa, att själfkänslan skulle vara det hufvudsakliga angreppsobjektet för en förtalsförbrytelse: den olustkänsla, som en sådan kan uppväcka, är alltid att anse som en sekundär och i jämförelse med angreppet på anseendet oviktig effekt. Om äreröriga beskyllningar, framställda till ingen annan än den beskyllde, hänfördes till förtal, skulle förhållandet i afseende på dem bli ett annat; en ärekränkning af sådant slag kan aldrig skada den beskylldes anseende, kan följaktligen icke hafva någon annan effekt än framkallandet af en olustkänsla och kan därför icke sägas rikta sig mot något annat än den beskylldes själfkänsla. Men så länge dylika beskyllningar, såsom otvifvelaktigt är det principiellt riktiga, hänföras till ärekränkning i inskränkt mening, och då det utan jämförelse tyngst vägande resultatet af alla andra äreröriga beskyllningar är skadandet af den beskylldes anseende, och särskildt i betraktande af att uppväckandet af en olustkänsla inom den beskyllde endast sällan ligger inom beskyllarens dolus, blir förtalsdeliktets egentliga angreppsobjekt under alla omständigheter att bestämma som den angripnes anseende bland hans medmänniskor, och den olustkänsla, som en förtalsförbrytelse eventuellt kan framkalla, blir att betrakta som en förhållandevis oväsentlig bieffekt. —

Härmed kan emellertid förtalsdeliktets angreppsobjekt ännu icke sägas vara uttömmande defineradt. Utom de ofvan antydda skälen till svårigheterna att exakt bestämma begreppet ära är det nämligen att märka, att under det att grunden till att de flesta andra brottsliga handlingar kriminaliserats framstår som omedelbart gifven, så att knappast ens någon fråga efter densamma kan uppkomma — man tänkte t. ex. på grunden till att mord, misshandel, våldtäkt o. s. v. äro belagda med straff —, så är kriminalisationsgrunden vid ärekränkingsdelikten allt annat än självklar eller oomstridd; men så länge man icke fastställt denna grund till att de ifrågavarande handlingarna kriminaliserats, blir deras angreppsobjekt gifvetvis med nödvändighet både i allmänhet sväfvande och ovisst och till sitt innehåll i viss mån obestämdt; ty det är otvifvelaktigt, att grunden till att det mänskliga anseendet är straffrättsligt skyddadt i många fall i yttersta hand blir bestämmande för detta ingalunda mycket exakta begrepps verkliga gränser och innehåll.

Med afseende på de olika författarnes ställning till frågan om ärekränkingsdeliktets kriminalisationsgrund kan man inom den samtida litteraturen urskilja två bestämdt olika strömningar, den ena representerad i allmänhet af författare tillhörande den klassiska riktningen inom straffrätten, t. ex. BINDING, KOHLER, GOOS m. fl., den senare representerad af författare af den moderna skolan, v. LISZT, FRANK och andra. Enligt de förres åsikt, som naturligtvis formulerats i olika uttryck men i sin kärna är väsentligen densamma, är, som redan förut antydts, grunden till att ärekränkingsdeliktens angreppsobjekt i allmänhet är straffrättsligt skyddadt att söka i människans inre ära: ur denna härflyter hennes rätt till statsligt skydd för äran i juridisk mening.

Sålunda definierar BINDING¹ ärekränkning i allmänhet såsom »rechtswidrige Missachtung des Willens der auf Achtung der Ehre hält» och därmed alltså ärekränkingsdeliktens angreppsobjekt såsom »der Wille der auf Achtung der Ehre hält», och det i denna definition använda begreppet ära, d. v. s. den inre äran, bestämmer BINDING därefter såsom »der Wert, der einem Menschen als solchem und auf Grund seiner Handlungsweise, also kraft des Masses der Erfüllung seiner sittlichen und rechtlichen Pflichten, also seiner sittlichen und rechtlichen Unverzehrtheit zukommt». Och i fullkomlig analogi härmed låter KOHLER den inre äran (enligt KOHLERS terminologi den objektiva äran) vara beroende dels därpå att människan är född »icke till att som ett naturväsen vara naturdriftens slaf, utan till att lyda och följa vissa grundsatser, som motsvara mänsklighetens gudomliga mål» (den inre potentiella äran), och dels af i hvilken högre eller lägre grad hon i verkligheten uppfyller dessa sina yttersta ändamål (den inre aktuella äran), samt bestämmer därefter äran i juridisk mening såsom »die Anerkennung der Mitwelt, also die in der Mitwelt lebende Meinung von der Würdigkeit und dem Werthe der Persönlichkeit, also die Anerkennung dessen dass jemand die Potenz der Ehre in sich trägt, und dass er die Ehre auch aktuell bethätigt und sich als Ehrenmann bewährt», d. v. s. som andras erkännande af att han uppfyller sina bestämmelser på ett sådant sätt, som man har rätt att fordra af hvar och en, d. v. s. som »die Anerkennung eines Mittelmasses von Ehrenhaftigkeit». ² Och när Goos, som förut utvecklats, bestämmer grundvalen för begreppet ära såsom människans sedliga värde, så är detta

¹ BINDING: Lehrbuch S. 136.

² KOHLER: S. 3.

gifvetvis ett uttryck för principiellt samma uppfattning som det nu anförda, af grunden till ärekränkingsdeliktens kriminalisation. Det faller utanför vår uppgift att granska de dogmatiska konsekvenserna af denna teori, d. v. s. den ärekränkingsdeliktets gestaltning i detaljer, som blir en följd af det innehåll, som i och med denna grundval gifvits åt begreppet ära.¹ Här hafva vi endast att framhålla den principiella anmärkningen, att den ifrågavarande konstruktionen af begreppet ära och ärekränkingsdeliktens kriminalisationsgrund i själfva verket icke kan sägas vara af vetenskapligt innehåll, därför nämligen, att de grundbegrepp, på hvilka den hvilar — människosläktets gudomliga mål, det allmänna människovärdet, människans karaktär af sedligt och fritt väsen o. s. v. — uppenbarligen äro af transcendent natur och såsom sådana falla utanför vetenskapens ramar. Försöker man inlägga något empiriskt innehåll i dessa begrepp, d. v. s. gör man ett försök att bestämma hvilka de verkliga egenskaper äro, som här betecknas såsom människans (inre) ära, så finner man, att det gemensamma hos dessa egenskaper, som förut framhållits, icke är annat än att de alla anses prisvärda, hvilket bl. a., och i detta sammanhang framför allt, innebär att man tillägger deras innehafvare en viss rätt till aktning etc., men därigenom blir definitionen på den juridiska äran en uppenbar cirkeldefinition: rätten till ära i juridisk mening (rätten till aktning o. s. v.) härflyter ur den inre äran, och den inre äran är de egenskaper, som ge en rätt till aktning o. s. v. (d. v. s. rätt till ära i juridisk mening). Ur denna cirkel finnes ingen annan utväg än att utfylla begreppet inre ära med transcendent innehåll;

¹ Se härom i afseende på några för denna afhandlings ämne betydelsefulla punkter i det följande. Afdeln. III, kap. 4 och 5.

därigenom kan gifvetvis äfven begreppet ära i juridisk mening få ett verkligt innehåll, men därmed beröfvas också den ifrågavarande förklaringen på hvarför angrepp på äran i denna senare mening kriminaliserats dess karaktär af vetenskaplig teori.

Men om sålunda den grundval, på hvilken de nu anförda författarne uppbyggt läran om ärekränkning, icke kan sägas vara af vetenskaplig art, så söker man i stället hos de författare, hvilka helt och hållet tagit afstånd från den inre äran som utgångspunkt för utredningen af ärekränkningens materien, förgäfvades efter någon som helst förklaring af det ifrågavarande slaget. Hvarken hos v. LISZT eller FRANK eller någon annan af de till samma riktning hörande författarne, hvilka i olika formuleringar definierat ärekränkningssdeliktens angreppsobjekt som den enskildes anseende bland sina medmänniskor, finner man vare sig någon förklaring eller ens någon diskussion af hvarför angreppen på äran i denna mening äro belagda med straff: alla utgå utan vidare från att anseendet är ett mänskligt lifsintresse, hvars straffrättsliga skydd icke är i behof af någon vidare förklaring. Men detta är enligt vårt förmenande, af nyss antydda skäl, en väsentlig brist i dessa senare författares ärekränkningsteori, hvilken ovillkorligen måste gifva denna teori en i viss mån svag ställning i förhållande till de teorier, som bygga på en om också transcendent så åtminstone uttryckligt angifven grundval. Det transcendent begreppet inre ära har sedan gammalt inom doktrinen ständigt betraktats som basis för ärekränkningssdelikten, och förkastar man detta begrepp utan att sätta något annat i dess ställe, kommer det juridiska begreppet ära onekligen att förblifva ofullständigt och läran om ärekränkningssförbrytelserna att i viss mån sväfva i luften. Det verkliga förhållandet är enligt

vår uppfattning att äran-anseendet icke i och för sig själf utan först på grund af sina verkningar i den enskildes lif är ett mänskligt lifsintresse. Ty en människas anseende är ingenting annat än summan af hennes medmänniskors omdömen öfver henne, hennes handlingar och hennes personlighet, och dessa omdömen äro såsom sådana, d. v. s. så länge de förbli enbart omdömen, utan allt inflytande i hennes lif och följaktligen utan all betydelse och allt intresse för henne själf: först genom att de bilda grundvalen eller utgöra källan till medmänniskornas handlingssätt gentemot den bedömde, bli de af någon betydelse för denne. Hvilket som helst exempel belyser detta med fullkomlig tydlighet. Om det t. ex. utsprides om en läkare, att han begagnar sin ställning såsom sådan till att sexuellt förgå sig gentemot sina kvinnliga patienter, så är det uppenbarligen först då följderna af dessa beskyllningar börja visa sig — d. v. s. då den beskyllde börjar förlora sin klientel, då han utstöttes ur sina ämbetsbröders krets, då myndigheterna, om de därtill äro befogade, öppna undersökningar gentemot honom, då hans vänner börja förakta och öfvergifva honom o. s. v. — som något verkligt lidande träffar honom. Kunde det tänkas, att inga af dessa följder inträffade, eller vore det m. a. o. möjligt, att den förtalade af sina medmänniskor — i det anförda exemplet alltså af eventuella patienter, ämbetsbröder, vänner, umgängeskrets och öfverhufvud taget af alla, med hvilka han hade eller kunde få direkt beröring — komme att i alla afseenden behandlas på samma sätt efter de äreröriga beskyllningarna som före desamma, d. v. s. kunde man abstrahera bort de nödvändiga verkningarna af att medmänniskornas omdömen öfver den förtalade genom förtalet menligt påverkats och låta dessa omdömen kvarstå isolerade såsom sådana,

så skulle förtälet uppenbarligen blifva en fullkomligt likgiltig sak, och det skulle icke finnas någon som helst anledning för staten att skydda den enskildes ära gentemot detsamma. Med andra ord, grunden till att staten skyddar individens anseende är, att den vill förhindra de skadliga verkningarna af (rättstridiga) angrepp på detsamma, hvilket, då dessa verkningar uppenbarligen icke kunna af staten direkt influeras, öfverhufvud taget icke kan ske annat än just genom att staten skyddar anseendet själf. Härmed skall naturligtvis icke påstås, att det endast skulle vara på grund af medvetandet om anseendets verkningar, som människorna tillägga detsamma ett så högt värde och betrakta det som ett så viktigt lifsintresse, eller att en människa skulle blifva likgiltig för ett angrepp på sitt anseende, därför att hon icke vore i stånd att föreställa sig att skadliga följder af detsamma skulle komma att inträffa. Det är naturligtvis höjdt öfver allt tvifvel att anseendet, ehuru det i verkligheten endast är ett godt för sina följders skull, likväl i människornas känslolif obetingadt framstår och lefver som ett godt ensamt för sin egen skull. Men detta hindrar icke, att den reella grunden till anseendets värde och till att staten genom sina strafflagar skyddar detsamma är dess verkningar i den enskildes lif och att förtalsdeliktets angreppsobjekt, där denna den innersta källan till hela förtalslagstiftningen icke är angifven, icke kan anses vara uttömmande definieradt. —

Det på detta sätt bestämda intresset är det förtalsdeliktets angreppsobjekt i oegentlig mening, som det, för fastställande af rättstridighetsrekvisitets betydelse vid förtal, gäller att afväga gentemot alla de andra intressen, med hvilka det kan komma i konflikt och inför hvilka det eventuellt får vika; och detta intresse kommer i det nu följande att för korthetens skull betecknas endast med ordet ära.

III.

AFDELNING III.

Rättstridighetsrekvisitet vid förtal.

Kapitel 1. Rättstridighetsrekvisitets behandling i förtalslagstiftningen.

Rättstridighetsrekvisitets alldeles särskildt stora, omfattande och djuptgående, praktiska betydelse vid ärekränkingsdeliktet indiceras redan af det sätt hvarpå detsamma i rent formellt afseende behandlats i olika länders lagstiftning och rättspraxis. Under det att fordran på rättstridighet vid de flesta brott icke på något särskildt sätt kommit till uttryck i lagarna eller i rättskipningen, utan genomgående endast tyst förutsatts såsom själfklar, har rättstridighetsrekvisitet vid ärekränkning öfverallt trängt sig fram i lagstiftning eller praxis, antingen därigenom att de generella principerna för lösningen af hithörande intressekollisioner direkt angifvits i lagarna, eller därigenom att fordran på rättstridighet vid ärekränkingsförbrytelseerna eljest i någon särskild form uttryckligen framhållits antingen af lagarna själfva eller, där detta icke är fallet, af praxis oberoende af lagstiftningen.

Det förstnämnda är förhållandet framför allt i Tysklands och Norges lagar. I tyska strafflagen § 193 stadgas, att »tadelnde Urtheile über wissenschaftliche, künstlerische oder

gewerbliche Leistungen, ingleichen Aeusserungen, welche zur Ausführung oder Vertheidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urtheile von Seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Aeusserung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht. I den norska strafflagen § 249 mom. 2 och 3 bestämmes, att »paa den, der har været pligtig eller nødsaget til at udtale sig, eller som har uttalt sig til berettiget varetagelse af eget eller andres tarv, eller hvis udtalelse ikke er fremført offentlig, kommer straf efter § 247 ikke til anvendelse, med mindre han har vist mangel paa tilbørlig agtsomhed. Bestemmelserne under nr 1 og 2 i denne paragraf er ikke til hinder for, at en udtalelse straffes efter § 246, naar dens fremsættelse efter sin form eller paa grund af den maade hvorpaa eller de omstændigheder hvorunder den sker, eller af andre grunde uanseet dens sandhed maa ansees utilbørlig». Dessa stadganden, till hvilkas materiella innebörd vi i det följande skola återkomma i deras resp. sammanhang, afse icke att uttömmande reglera rättstridighetsmaterien vid ärekränkningensbrotten eller att m. a. o. göra rättstridighetsrekvisitet praktiskt öfverflödigt på detta område genom att med full noggrannhet fixera rättsgodset ära eller angifva villkoren för en ärekränkings brottslighet så, att begreppen rättstridighet och lagstridighet här skulle sammanfalla. Till en sådan uppfattning af de ifrågavarande bestämmelserna finnes visserligen en tendens i den rättstridighetsteori, enligt hvilken hvarje lagstridig handling äfven är rättstridig, om icke dess rättstridighet upphäfves af någon annan uttrycklig lagbestäm-

melse än den, af hvilken dess ursprungliga lagstridighet berodde, ty om så vore förhållandet, finge man naturligtvis, där lagstiftaren, såsom här är fallet, vid något visst speciellt brott direkt upptagit rättstridighetsmaterien till behandling, antaga att hans bestämmelser i ämnet vore fullt utömmande, och att detta är innebörden i t. ex. tyska strafflagens § 193, förfaktas också af alla dem, som mer eller mindre direkt utgå från den nyss antydda uppfattningen af rättstridigheten, så t. ex. uttryckligen af FRANK, som lär, att »die allgemeine Bedeutung der Stelle besteht darin, dass sie Umstände bezeichnet, welche der Rechtswidrigkeit der 'Beleidigung' und damit dem Begriffe der Beleidigung im Rechtssinne entgegenstehen» och att »der Charakter der Bestimmung ist dispositiver, nicht bloss deklaratorischer Natur».¹ Men bortsedt från att ett dylikt fullt exakt fixerande af rättsgodset ära i lagen öfverhufvud taget icke torde vara möjligt, så visar redan en ganska flyktig blick på såväl de tyska som de andra nu citerade lagarnas innehåll i öfrigt, att de ifrågavarande bestämmelserna ingalunda afse att omfatta alla mellan äran och andra mänskliga intressen möjliga konflikter. Så har t. ex. konflikten mellan äran och det intresse, som kan anses förefinnas i sanningen såsom sådan, d. v. s. däri att sanningen alltid får sägas, oafsedt hvad som är ändamålet med dess framförande, i såväl Tysklands som Norges lagar reglerats genom särskilda bestämmelser vid sidan af de anförda allmänna stadgandena, och i tysk rätt är, för att anföras endast ännu ett exempel, lösningen af intressekollisioner mellan äran och referat öfver parlamentariska församlingars förhandlingar icke beroende af strafflagens § 193 utan af riksförfattningens

¹ FRANK S. 263.

art. 22 och af strafflagens § 12. Att den norske strafflagstiftaren icke ansett rättstridighetsproblemet vid ärekränkingsbrotten uttömmande behandladt genom bestämmelserna i § 249, framgår bl. a. äfven af den omständigheten, att han, vid sidan af dessa bestämmelser, uttryckligen i § 246 betonat, att hvarje angrepp på äran måste vara rättstridigt för att bli ett brott. — Den verkliga betydelsen af de ifrågavarande bestämmelserna är, att lagstiftaren i känslan af de alldeles särskilda svårigheter, som rättstridighetsfrågorna vid ärekränkning erbjuda, upptagit till behandling ett antal af de vanligaste och viktigaste kollisionerna mellan äran och andra sociala och individuella intressen och med dessa som utgångspunkt angifvit de principer, som i allmänhet äro att följa vid rättstridighetsfordrans praktiska genomförande inom ärekränkingsområdet.¹

Till den grupp af rättssystem, hvilkas lagar icke innehålla någon generell behandling af de här ifrågavarande intressekollisionerna, men i hvilka rättstridighetsrekvisitet vid ärekränkingsbrotten i stället antingen uttryckligen framhållits i lagarna eller eljest i någon särskild form betonats i praxis, höra framför andra Frankrikes, Belgiens och Danmarks lagar. I de båda förstnämnda äro visserligen enstaka kollisioner mellan äran och andra intressen reglerade genom positiva bestämmelser, så i de franska och belgiska lagarna konflikterna mellan äran och sanningsintresset (franska presslagen art. 45, belgiska strafflagens art. 447, 449), i den franska lagen konflikten mellan äran å ena sidan och vissa parlamentariska och lagskipningens intressen å andra sidan (art. 41), i den belgiska konflikterna mellan äran och lagskipningens intressen

¹ Jmfr. v. LISZT S. 343.

(art. 452). Men hvarken i någon af dessa eller i danska strafflagen finnas några stadganden, genom hvilka principerna för lösning af intressekollisionerna vid ärekränkningensbrotten i allmänhet angifvits. I stället innehåller danska strafflagen en uttrycklig bestämmelse (i § 215), att hvarje ärekränkning skall hafva varit »ubeföjet» för att bli ett brott, och belgiska strafflagen (i art. 443), att hvarje ärekränkning för att blifva straffbar måste hafva skett »méchamment». I den franska lagen förekomma inga dylika uttryckliga bestämmelser, men i den franska praxis upprätthålles en fordran på en »intention de nuire»,¹ hvilken i verkligheten icke innebär något annat än ett särskildt betonande af rättstridighetsfordran och därför blir af samma betydelse som de nyssnämnda uttrycken och stadgandena i lagarna. Så har t. ex., då i fransk praxis frikännande ägt rum vid beskyllningar för brott, hvilka framställts i god tro och för lofliga ändamål, detta motiverats med att »l'intention de nuire» saknats i sådana fall, och detsamma har varit förhållandet vid soliditetsbyråers meddelanden och i flera andra fall af icke rättstridiga ärekränkningar.² — Den reella betydelsen af dessa stadganden i lagarna eller särskilda fordringar i praxis, till hvilka vi likaledes skola återkomma, blir naturligtvis beroende af den ståndpunkt, som det allmänna rättsmedvetandet inom de nämnda lagarnas giltighetsområden intager, i fråga om när »Föje» till att angripa en annan människas ära får anses föreligga, resp. méchanceté, eller l'intention de nuire icke kan anses hafva förefunnits. Formellt är betydelsen af de ifrågavarande lagarnas bestämmelser eller

¹ POITTEVIN S. 276 f.

² Se härom vidare i det följande.

de endast i praxis grundade särskilda rekvisiten den, att rättstridighetsmomentet genom desamma särskildt betonats vid ärekränkingsbrotten, i de franska och belgiska rättsystemen genom uttryck, som referera till brottslighetens subjektiva sida, i den danska strafflagen genom ett uttryck, som hänför sig till brottslighetens objektiva sida. Sätillvida äro de ur Tysklands och Norges lagar förut citerade stadganden analoga med de här ifrågavarande fordringarna. Skillnaden är, att lagstiftarne genom de förra tagit ett steg mera i riktning mot full noggrannhet vid bestämmandet af rättsgodset ära, i det att de allmänna principerna för rättstidighetsrekvisitets genomförande genom dessa stadganden fixerats i lagarna, under det att lagstiftningen eller praxis i och med de senare inskränkt sig till att i allmänhet hänleda uppmärksamheten på rättstridighetsrekvisitets särskilda betydelse vid ärekränkingsbrotten.

Den svenska strafflagen hör i härberörda afseende till den grupp af lagar, som icke innehålla några stadganden angående principerna för lösningen af intressekollisioner vid ärekränkingsdelikten, men i hvilka lagstiftaren i stället uttryckligt framhållit fordran på rättstridighet vid dessa brott. *Detta är nämligen den verkliga innebörden i de särskilda subjektiva rekvisiteten i 16 kap:s 7 och 8 §§.*

Enligt den åsikt, som framförts af HAMMARSKJÖLD och som väl ännu torde vara den allmännast antagna, skulle visserligen betydelsen af dessa särskilda subjektiva rekvisit vara en helt annan, nämligen den, att uttrycket »af arghet» i 16: 7 och 8 skulle innebära fordran på någonting mera i egentligt subjektivt afseende än hvad som föreligger redan i och med vanlig dolus. »Arghet betyder», heter det hos HAMMARSKJÖLD,¹ »ej detsamma som dolus i allmänhet, utan en svårare

¹ HAMMARSKJÖLD s. 139.

form däraf, närmast besläktad med *dolus determinatus*, och innehållet i det något, som måste tillkomma på den subjektiva sidan, för att en förtalsförbrytelse skall kunna sägas hafva skett af arghet, bestämmer HAMMARSKJÖLD så, att gärningen måste hafva haft till syfte att sätta annan i vanrykte. Men undersöker man närmare hvari detta i vanlig *dolus* icke innehållna »syfte att sätta annan i vanrykte» i verkligheten skulle bestå, finner man, att man med ett dylikt särskildt subjektivt rekvisit antingen kommer att uppställa fordringar, som hvarken hafva något stöd i lagens ord eller anda eller kunna anses grundade i de ifrågavarande brottens natur eller öfverhufvud taget äro genomförbara i verkligheten, eller att man med denna fordran på en särskild *animus injurandi* vid förtal, formulerad som afsikt att vanrykta eller på annat sätt, trots allt icke kommer att fordra något annat än *dolus* i vanlig mening.

Härvid måste emellertid först anmärkas, att om man med »syfte» icke menar motiv, utan använder detta ord så, att man anser en person, som begår en handling, hafva haft syfte äfven till allt det, som han uppfattat såsom nödvändiga medel för det ändamål, för hvars skull han företog handlingen, och om man med »vanrykta» icke menar annat än att menligt inverka på en annan persons omdöme om den förtalade, så måste »syfte att vanrykta» alltid föreligga, för att en *dolös* förtalsförbrytelse skall komma till stånd. Detta följer utan vidare af det sätt hvarpå förtalsdeliktets objektiva rekvisit beskrifvits i 16: 7 och 8. Ty ingen kan — med vetskap om beskyllningens innehåll och vilja att framställa densamma såsom sådan — beskylla en annan för brott eller för gärningar eller laster, som ej äro efter lag straffbara men eljest för hans ära, goda namn och medborgerliga anseende, yrke, näring

eller fortkomst menliga, utan att därvid hafva till syfte (i detta ords nyss angifna mening) att nedsätta den beskyllde åtminstone i dens omdöme, inför hvilken beskyllningen framställles. Möjligen skulle beskyllningar för brott undantagsvis kunna tänkas dolöst framställda utan sådan afsikt, alldenstund det ju onekligen existerar brott, som det icke alltid anses vanhedrande att begå. Men dels äro brott af detta slag i och för sig sällsynta undantag och dels äro de omständigheter, under hvilka beskyllningar för sådana brott skulle kunna tänkas komma i fråga som förtalsförbrytelser, uppenbarligen till den grad säregna och så otvifvelaktigt af undantagsnatur, att det under inga omständigheter kan sättas i fråga att låta terminologien inom läran om det subjektiva rekvisitet vid förtalsdeliktet påverkas däraf. Absolut omöjligt är i hvarje fall ett dolöst framställande af en beskyllning, som på grund af sitt innehåll skulle falla in under 16: 8, utan att den handlande haft syfte att vanrykta i den här afsedda meningen. Skall fordran på »syfte att sätta annan i vanrykte» verkligen innebära något annat än fordran på vanlig dolus, hvilken naturligtvis är själfklar vid detta liksom vid alla andra brott, så måste detta uttryck följaktligen användas i någon annan mening än den här nu beskrifna.

Fordran på syfte att bringa en annan i vanrykte kan nu på två olika sätt tilläggas sådan betydelse, att den verkligen kommer att innebära fordran på ett subjektivt öfver-skott vid förtalsförbrytelsen. Antingen kan man, om man lägger hufvudvikten på ordet vanrykte, låta det ifråga-varande särskilda subjektiva rekvisitet innebära fordran på syfte att bringa den förtalade i allmänt vanrykte, d. v. s. syfte att menligt påverka den allmänna opinionens dom öfver

den omtalade, eller kan man, om man lägger hufvudvikten på ordet syfte, låta det innebära fordran på att den i vanlig dolus alltid innehållna afsikten att vanrykta skall hafva varit gärningsmannens motiv till den brottsliga handlingen. Någon tredje möjlighet att tolka fordran på syfte att bringa i vanrykte eller öfverhufvud taget på fordran på animus injurandi vid förtalsbrotten så, att den kommer att innebära fordran på någonting verkligt mera i subjektivt afseende än vanlig dolus, torde icke finnas.

På den första af dessa ståndpunkter står HAMMARSKJÖLD alldeles säkert icke, och en sådan tolkning af lagens uttryck »af arghet» torde heller icke hafva försvarats af någon annan. I verkligheten saknas också alla grunder till att tolka uttrycket »af arghet» på detta sätt. Ordet »arghet» betyder, som äfven HAMMARSKJÖLD framhåller, i lagtexten detsamma som ondska, ondska är viljan att åstadkomma ondt eller skada, och att handla af arghet är följaktligen liktydigt med att handla i afsikt att åstadkomma skada. Men att påstå, att den skada, som det här är fråga om, endast skulle kunna vara ett menligt påverkande af den allmänna opinionens dom öfver den förtalade, är naturligtvis fullkomligt godtyckligt. CARLÉN förfäktar visserligen, »att den ärekränkande beskyllningens straffbarhet betingas däraf, att den framställes eller utbreddes, för att nedsätta annan i det allmänna omdömet»;¹ men CARLÉN stöder denna sin åsikt icke därpå att lagen i vissa fall fordrar, att förtal för att blifva straffbart skall hafva begåtts af arghet — åt hvilket uttryck CARLÉN gifver en helt annan betydelse — utan därpå, att då det i 16: 8 talas om »afsikt såsom i 7. § sägs» och då detta uttryck icke kan antagas hänvisa på

¹ CARLÉN: Kommentar öfver strafflagen. Stockholm 1866, s. 300 f.

uttrycket »af arghet» i 16: 7 (eftersom arghet icke fordras i denna §:s sista mom. och det följaktligen, om meningen varit att hänvisa till detta uttryck, i 8 § borde hafva hetat »afsikt som i 1. och 2. mom. af 7. §:en sägs»), så visar detta att någon icke i lagen beskrifven afsikt förutsättes såväl i 7 som ock i 8 §, och denna afsikt kan enligt CARLÉN icke vara någon annan än afsikten att nedsätta den förtalade i det allmänna omdömet.¹ Men nu är det, som redan HAMMARSKJÖLD påvisat, såväl af lagstiftningshistoriska som ock af andra skäl alldeles otvifvelaktigt, att uttrycket »i afsikt såsom i 7. § sägs» i 16: 8 verkligen hänvisar till uttrycket »af arghet» i 16: 7. HAMMARSKJÖLDs utredning på denna punkt torde få anses fullt uttömmande och slutgiltig, och vi kunna därför här inskränka oss till att hänvisa till densamma,² men därmed förlorar CARLÉNS lära allt stöd i gällande lag, och det är gifvet, att man icke utan desto mera tvingande skäl, hämtade ur lagstiftningens anda eller ur förtalsdeliktets natur, kan utan allt stöd af lagens ord införa ett speciellt subjektivt rekvisit af, som CARLÉN själf framhåller, så utomordentligt stor räckvidd som det här ifrågavarande; och några sådana skäl har CARLÉN icke att andraga. Tvärtom är hela denna CARLÉNS lära om fordran på animus injurandi i betydelsen af afsikt att bringa i allmänt vanrykte otvifvelaktigt tillkommen för att begränsa konsekvenserna af de principer angående sanningsbevisets tillåtlighet och betydelse vid förtalsdeliktet, som lagstiftaren framställt i 16 kap:s 13 §, men hvilka CARLÉN tydligen icke gillar,³ och dessa principer måste få anses så

¹ CARLÉN: a. a., s. 302 f.

² HAMMARSKJÖLD s. 137—138.

³ CARLÉN a. a., s. 307.

klart och bestämdt uttalade,¹ att det i själfva verket utgör ett nytt skäl emot CARLÉNS uppfattning, att den kommer i strid med desamma. Också torde det vara utan vidare klart, att ett sådant särskildt subjektivt rekvisit som det här ifrågasvarande omöjligt skulle kunna konsekvent genomföras i verkligheten. Skulle alla de fall, i hvilka gärningsmannen icke haft något syfte att bringa den förtalade i allmänt vanrykte utan endast att nedsätta honom i någon eller några enskildas omdöme, en gång för alla förklaras för straffria, så skulle tydligen de mest upprörande angrepp på en människas ära kunna begås utan att kunna åtkommas af lagen. Man skulle då nödgas frikänna på grund af brist i det subjektiva rekvisitet i alla sådana fall som att någon för att beröfva t. ex. en i privat tjänst anställd person hans plats och därmed hans lefvebröd framställt beskyllningar till hans principal och därvid, helt enkelt därför att han visste, att den beskyllde skulle kunna vederlägga beskyllningarna, om de blefve allmänt bekanta, hoppats och vidtagit åtgärder för att de icke skulle komma till någon annans kännedom än principalens, eller att en person för att hindra en annans giftermål, i liknande förhoppning om vederbörandes tystnad, t. ex. under tysthetslöfte framställt äreröriga beskyllningar till den beskylldes tillämnade hustru eller hennes föräldrar eller förmyndare o. s. v.; och att detta skulle vara den svenska rättens ståndpunkt kan under inga omständigheter sättas i fråga. — Det kan följaktligen sägas, att hvarken i lagens fordran på arghet eller någon annanstädes i 16. kap. eller i tingens natur finnas några som helst stöd för antagandet, att förtalsförbrytelser icke skulle vara straffbara enligt svensk rätt, annat än om de skett för att bringa den omtalade i allmänt vanrykte.

¹ Se härom vidare nedan i närmast följande kapitel.

Icke heller finnes det några tillräckliga skäl till att förstå fordran på syfte att sätta annan i vanrykte så, att den skulle vara liktydig med fordran på att det syfte att vanrykta, som vid förtalsförbrytelser alltid föreligger redan i och med vanlig dolus, skall hafva varit gärningsmannens motiv till brottet. Om man öfverhufvud taget utgår från att afsikt att åstadkomma en viss effekt vid en handling i allmänhet föreligger äfven där denna effekt icke är det slutliga ändamålet, för hvars skull den handlande utfört handlingen, utan endast ett nödvändigt medel för detta ändamåls uppnående, d. v. s. om man öfverhufvud taget anser, att dolus vid brott omfattar äfven sådana afsikter, som icke varit drifkraften eller motivet inom brottslingen — och att detta är det riktiga, därom torde numera alla vara ense — så finns det vid förtalsdeliktet ingen som helst anledning att göra undantag härifrån och vid dessa brott fordra, att det i vanlig dolus innehållna syftet att vanrykta just skall hafva varit motiv till brottet. Af lagens fordran på arghet kan man, som nyss framhållits, icke sluta till mera än att det vid förtalsdeliktet fordras en viss afsikt att skada, och att utan vidare tolka detta uttryck så, att det skulle innebära, att syftet att vanrykta måste hafva varit den handlandes slutliga motiv, är lika godtyckligt som att ur uttrycket »af arghet» konstruera fram fordran på ett syfte att bringa andra i allmänt vanrykte. Det är likaledes också otvifvelaktigt, att ett på allvar genomfördt särskildt subjektivt rekvisit af detta slag skulle leda till de mest betänkliga konsekvenser i praktiskt afseende. Otaliga förtalshandlingar begås för helt andra ändamål än den omtalades bringande i vanrykte, ja, det torde kunna sägas, att just vid de allvarligaste och gröfsta angreppen på en människas ära motivet till brottet i regeln icke är att vanrykta den som angripes.

Ty när någon inlåter sig på att framställa verkligt grofva äreröriga beskyllningar mot en annan, drifs han utan tvifvel i de allra flesta fall af önskan att därmed uppnå något mera och annat än blott att skada den angripnes rykte. Att betrakta som diskulperande försvar för ärekränkaren, att han med sitt brott ytterst åsyftat något annat än att vanrykta, kan därför i själfva verket icke sättas i fråga. Af HAMMARSKJÖLDs framställning på denna punkt skulle man möjligen kunna få det intrycket, att HAMMARSKJÖLD likväl varit benägen att anse detta hafva varit lagens mening, då den i vissa fall fordrar, att förtal skall hafva skett af arghet för att bli ett brott. Men att HAMMARSKJÖLD i hvarje fall icke drager de oundvikliga konsekvenserna af en sådan uppfattning, visar sig däri, att han själf talar om att förtal skett af arghet, bl. a. när gärningen har till syfte att sätta annan i vanrykte, vare sig blott af hämndlust eller skadebegär eller för att genom hans vanryktande själf vinna en fördel.¹ I de fall, då gärningsmannen begått brottet för att genom den beskylldes vanryktande själf vinna en fördel, har syftet att vanrykta tydligen icke varit motivet. — Men om fordran på syfte att sätta annan i vanrykte sålunda hvarken kan innebära fordran på afsikt att bringa i allmänt vanrykte eller fordran på att syftet att vanrykta skall hafva varit gärningsmannens motiv till brottet, och om någon tredje möjlighet att tolka dessa särskilda rekvisit så, att man med detsamma verkligen kommer att fordra någonting mera i subjektivt afseende än vanlig dolus, icke gifves, och om HAMMARSKJÖLD enligt det nu utvecklade icke kan anses hafva försvarat någon af de båda förstnämnda uppfattningarna, så innebär detta, att HAMMARSKJÖLD icke lyckats exakt angifva något verkligt innehåll i den ifrågavarande

¹ HAMMARSKJÖLD, s. 139.

fordran, och, då han naturligtvis icke gör något försök att på annat sätt tolka lagens fordran på arghet i vissa fall, att han heller icke kan sägas hafva angifvit hvad innebörden i detta senare uttryck i verkligheten är.

Under dessa omständigheter ligger det gifvetvis nära till hands att antaga, att uttrycket »af arghet» i själfva verket icke betyder annat än vanlig dolus och att det blifvit insatt i lagen helt enkelt för att utmärka de dolösa förtalsbrotten i motsats till de culposa eller af obetänksamhet begångna förbrytelserna, hvilka lagstiftaren velat belägga med mildare straff. Men mot ett sådant antagande strider för det första den omständigheten, att uttrycket »af arghet» förekommer i förtalslagstiftningen redan innan culposa förtalsförbrytelser öfverhufvud taget kriminaliserats, nämligen i 1734 års lags Missgärningsbalk 30 kap. 4 §. Då förtal af obetänksamhet enligt 1734 års lag icke var straffbart, kan man här gifvetvis icke förklara uttrycket »af argt uppsåt»s förekomst i lagen därmed, att lagstiftaren med detta uttryck endast velat karakterisera de dolösa förtalsdelikten i motsats till de culposa. Det sannolika är tvärtom, att det ifrågavarande uttrycket redan här haft en annan betydelse, och någon anledning att antaga att denna betydelse skulle hafva förändrats, då uttrycket upptogs i nu gällande lag, förefinnes icke. Viktigare är emellertid, att man icke endast inom svensk doktrin och praxis alltid varit benägen att låta uttrycket »af arghet» — genom att tolka det som syfte att vanrykta eller på annat sätt — innebära en fordran på någonting mera än vanlig dolus, utan att det äfven i utländsk vetenskap och rättskipning ständigt visat sig en tendens att gifva samma eller liknande tolkning åt motsvarande uttryck i främmande lagar. Skulle fordringarna på arghet, afsikt att vanrykta, méchanceté,

intention de nuire etc. verkligen icke på något sätt vara af annan betydelse än fordran på vanlig dolus, så blefve det i själfva verket alldeles oförklarligt, att sådana fordringar på en särskild animus injurandi vid förtalsdeliktet nästan öfverallt trängt sig fram i lagstiftning, vetenskap eller praxis och att denna sistnämnda stundom till och med upprätthållit de i frågavarande fordringarna utan stöd eller rent af i strid mot de båda förra.¹ Förklaringen på detta faktum kan endast sökas däri, att rättstridighetsrekvisitet, som ofvan redan flera gånger framhållits och som af det följande kommer att tydligt framgå, är af alldeles särskildt stor betydelse vid förtalsdeliktet och att man därför haft ett behof af att i någon form betona detta rekvisits existens och att *fordran på en särskild animus injurandi är ett sätt att uttryckligen framhålla fordran på rättstridighet vid förtalsdelikten.*

Detta sätt att framhålla eller medel att hänleda uppmärksamheten på rättstridighetsrekvisitet vid förtal ligger af flera skäl nära till hands. Å ena sidan låter det sig nämligen icke förnekas, att vid förtalshandlingar, som icke representera något intresse, hvilket förmår uppväga det i handlingen liggande angreppet på en medmänniskas ära, d. v. s. vid rättstridiga förtalshandlingar eller förtalsförbrytelser, afsikten att vanrykta i regel träder i förgrunden eller framstår som det väsentliga på den psykiska sidan af handlingen på ett sätt, som gör att man omedelbart känner sig benägen och äfven med ett visst fog kan tala om att sådan afsikt i eminent mening föreligger i dessa fall; och å andra sidan är det äfven otvifvelaktigt, att vid förtalshandlingar, som representera ett intresse, hvilket i det speciella fallet väger tyngre än intresset ära, d. v. s. vid icke rättstridiga förtalshandlingar, afsikten

¹ Se härom vidare i det följande.

att vanrykta sjunker undan eller mister sin betydelse och liksom försvinner, så att man här blir böjd och likaledes i viss mån berättigad att säga, att dylik afsikt i dessa fall icke funnits. De första bästa exempel låta detta framstå i full tydlighet. Om en person, som å ämbetets vägnar har att yttra sig om sökanden till en tjänst i vederbörligt utlåtande, sanningsenligt beskyller denne för vanhederliga gärningar eller laster, hvilka göra honom olämplig till den sökta tjänsten, så är det visserligen tydligt, att han därvid strängt taget bl. a. har afsikt att nedsätta den omtalade i deras omdöme, inför hvilka beskyllningarna framföras, men det är likväl otvifvelaktigt, att det skulle förefalla högst onaturligt att här tala om att vederbörande handlat i afsikt att bringa i vanrykte. Omvändt är det lika säkert, att, ehuru en person, som, utan att hans handling uppbäres af något som helst berättigadt intresse, framställer äreröriga beskyllningar mot en annan, därvid otvifvelaktigt ofta drifves af andra motiv än önskan att skada den omtalades rykte — han kan t. ex som journalist endast ha önskat att före andra bringa sin tidning en sensationell nyhet och möjligen t. o. m. ha ansett det beklagligt, att han nödgats vanrykta den omtalade — det här obetingadt förefaller som det mest naturliga att säga, att den brottslige handlat i afsikt att vanrykta. Hvilka exempel man än vill välja på rättstridiga och icke rättstridiga förtalshandlingar visa detsamma.

Härmed är det emellertid också klart, att detta sätt att uttrycka rättstridighetsfordran vid förtal icke är fullt exakt, utan endast approximativt riktigt. Ehuru afsikten att vanrykta å ena sidan otvifvelaktigt framstår som det mest väsentliga i det psykiska vid rättstridiga förtalshandlingar och afsikten att vanrykta å andra sidan också otvifvelaktigt un-

dandraget sig uppmärksamheten vid icke rättstridiga förtalshandlingar, så är det likafullt säkert, att afsikten att vanrykta vid rättstridiga förtalshandlingar ingalunda behöft hafva varit den egentliga drifkraften eller motivet inom den handlande och att afsikten att vanrykta slutligen alltid förefinnes äfven vid icke rättstridiga förtalshandlingar; och att karakterisera rättstridigt förtal därmed, att det skett i syfte att vanrykta, innebär därför en dubbel fara, i det att det oundvikligt medför en tendens att antaga, såväl att ett sådant syfte måste hafva varit motivet vid alla verkliga förtalsbrott, som ock att dylikt syfte icke får hafva förefunnits vid icke rättstridiga förtalshandlingar. Att detta uttryckssätt likväl blifvit vanligt såväl inom vetenskapen som särskildt inom olika tidens och länders rättspraxis, finner sin förklaring dels däri, att det anknyter till ett i språket vanligt ord och för den omedelbara uppfattningen framstår som det mest naturliga, och dels däri, att det fullt exakta uttrycket — att ett angrepp på äran för att bli ett brott måste hafva skett i rättstridigt syfte — knappast kunde framkomma, så länge rättstridighetsläran befann sig i det outredda skick, hvori den ända tills de sista årtiondena förblifvit.

Det mindre exakta i att låta rättstridighetsrekvisitet komma till uttryck på det ifrågavarande sättet framhålles redan af WEBER, som klandrar den redan på hans tid vanliga praxis att motivera frikännandet vid icke rättstridiga ärekränkningar därmed att animus injurandi saknas. När någon anklagats för injurier, är det, säger WEBER,¹ egentligen tre frågor, som böra komma i betraktande, den första om den anklagades handling öfverhufvud taget var »ungerecht»

¹ WEBER: Ueber Injurien und Schmähchriften. Erste Abtheilung. Dritte Aufl. Leipzig 1811. S. 61 f.

(d. v. s. rättstridig), den andra om den anklagade varit i stånd att hysa en ond afsikt, och den tredje om han verkligen haft en sådan afsikt, m. a. o. om animus injurandi förelegat. »Ist nun», heter det vidare hos WEBER, »in vorkommenden Fällen die erste der erwähnten Fragen nicht wider, sondern für den Beklagten zu beantworten, so darf auf die folgenden weiter keine Rücksicht genommen werden. Doch scheint es fast, dass man dieses nicht immer gehörig beobachte. Werden Obrigkeiten, Prediger und andere Vorgesetzte, wenn sie sich des Rechts der Züchtigung, der Ermahung u. s. w. gehörig bedienen, Advocaten und andere gerichtliche Redner, wenn sie zur Beförderung der Gerechtigkeit fremde Fehler und Vergehungen rügen, Schriftsteller, wenn sie auf an sich erlaubte Art That-sachen ans Licht bringen, oder über Werke des Gelehrten und Künstlers freimüthig urtheilen, von der Injurie frei gesprochen, so ist der gewöhnliche Grund immer dieser, weil die Absicht zu beleidigen in solchen Fällen wegfällt, wenigstens nicht zu vermuthen ist. Denn so bald von einer äusserlich gerechten Handlung die Rede, und der Beklagte oder Angeschuldigte bei dem, was er gethan, oder unterlassen, geredet, oder geschrieben hat, an sich aber die Grenzen seiner Befugnisse nicht hinausgegangen ist, so darf er sich auf den Vorwurf einer Injurie gar nicht, noch besonders auf die ihm zur Last gelegte Absicht zu beleidigen, irgend einlassen.» — Det är här tydliga fråga om idel icke rättstridiga angrepp på med-människors ära, och anmärkningarna mot att förklara dylika fall straffria på grund af bristande animus injurandi äro likaledes direkt analoga med de här framhållna bristerna i att uttrycka saken så, att syfte att sätta i vanrykte saknas i dessa fall.

En liknande praxis, af vetenskapen kritiserad på liknande sätt, förekommer i våra dagar inom den franska rätt-

skipningen. POITTEVIN citerar bl. a. ett antal fall, i hvilka den anklagade framställt misstankar eller direkta beskyllningar mot enskilda personer för begångna stölder eller andra brott under sådana omständigheter, att de häri liggande angreppen på äran måste anses uppvägas af det intresse, som förefinnes i att de sannolikt skyldiga befordras till laga straff, och i hvilka domstolarna frikänt på grund däraf att den anklagade skulle hafva handlat utan »intention de nuire». »Dans toutes ces hypothèses», fortsätter POITTEVIN¹ vidare, »il y a bien intention d'imputer un fait déterminé à un individu, sachant que cette imputation est de nature à porter atteinte à son honneur et à sa considération. Nous trouverions donc bien l'intention coupable, suffisante en principe pour constituer le délit. Si donc, à juste titre, les tribunaux ont estimé qu'il n'y avait pas lieu à application des peines encourues pour la diffamation, ce n'est pas que l'élément intentionnel fit défaut; c'est parce qu'un principe d'ordre public résultant des dispositions du Code d'instruction criminelle autorisait l'agent à dire tout ce qu'il savait sur le compte d'un tiers, afin de faciliter l'exercice de l'action publique.» På samma sätt anmärker POITTEVIN mot domstolarnas praxis att anföra frånvaron af »l'intention de nuire» som grund för frikännande i sådana fall som att upplysningsbyråer i vederbörlig ordning utlämnat för den omtalades anseende skadliga meddelanden. »Il y a là», säger POITTEVIN,² »une confusion évidente entre l'intention coupable et le but poursuivi. Lorsqu'on affirme qu'une personne est insolvable on sait qu'on porte atteinte à son crédit et, par suite, à sa considération commerciale; dès lors on agit avec

¹ POITTEVIN S. 278.

² POITTEVIN S. 281—282.

intention coupable. Evidemment, l'imputation est faite, non dans le but de lui nuire, mais dans celui d'être utile au correspondant à qui ce renseignement est envoyé; mais nous avons vu ce qu'on doit entendre par intention, et nous croyons avoir établi que c'est la volonté de commettre l'acte, sachant qu'il est de nature à porter atteinte à la considération d'un tiers, et non le mobile de l'acte qui forme un élément essentiel du délit. Le tribunal de la Seine n'a pas fait cette distinction, et, en cela, il nous paraît avoir commis une erreur.» Och det är tydligt, att dessa anmärkningar kunna utsträckas öfver hela rättstridighetsområdet vid förtalsdeliktet.

I grund och botten är det naturligtvis också utan vidare klart, att i hvilken form man än låter fordran på animus injurandi framkomma, denna likväl aldrig kan blifva ett fullt exakt uttryck för behovet att särskildt framhålla rättstridighetsrekvisitet vid förtal. Det enda fullt exakta sättet att med ett uttryck, som hänför sig till brottslighetens subjektiva sida, betona rättstridighetsrekvisitet, är naturligtvis här liksom öfverallt annorstädes, att fordra, att brottet skett i rättstridigt syfte. Att i svensk rätt direkt uppställa en sådan fordran vid förtalsbrytelserna är så mycket mer befogadt, som detta i själfva verket är den enda naturliga och osökta tolkningen af lagens fordran på att förtal i vissa fall för att bli staffbart skall hafva begåtts af arghet. *Att handla af arghet eller af ondska, d. v. s. i afsikt att åstadkomma skada, är från rättens synpunkt nämligen ingenting annat än att handla just i rättstridigt syfte.* Det skulle vara i högsta grad onaturligt att inom juridiken tala om att den, som med sin handling afser att uppnå ett lofligt och rättmätigt ändamål, skulle handla i afsikt att skada, af ondska eller af arg-

het, och det är likaledes tydligt, att sådant syfte här måste sägas hafva förefunnits hos hvar och en, som med sin handling eftersträfvat af rätten förbjudna ändamål. Eller uppreser sig icke hvars och ens känsla mot ett sådant påstående som att domare, vittnen, husbönder, kritiker eller andra, hvilkas plikt det varit att i något visst fall framkomma med nedsättande beskyllningar mot en medmänniska, skulle hafva handlat i afsikt att skada, af arghet, då de uppfyllt denna sin plikt? Men då alla försök att närmare än på detta sätt precisera den skada, som den handlande måste hafva åsyftat, för att hans handling skall blifva ett brott, enligt hvad som ofvan påvisats, ovillkorligen komma att bli rent godtyckliga och dessutom leda till i praxis oantagliga konsekvenser, så torde det nu vara oomtvistligt, att den enda rätta tolkningen af lagens ord »af arghet» är den, att lagstiftaren därmed velat framhålla, att förtal måste hafva skett i rättstridigt syfte för att bli straffbart, d. v. s. för att bli ett brott.

Efter detta torde det också vara klart, att om Lagkommittén i sina motiver till 1832 års Förslag till Allmän Criminallag på ett ställe (sid. 66) talat om att det fordras afsikt att sätta annan i vanrykte, så kan detta ingalunda, som HAMMARSKJÖLD och CARLÉN menat, tagas till intäkt för åsikten att det vid förtal skulle fordras ett subjektivt öfverskott i egentlig mening. Ty dels fordras ju i viss mening alltid afsikt att vanrykta vid förtal, och det var då på det ifrågasvarande stället, där det gällde att på något sätt bestämma afsikten vid förtalsförbrytelserna i motsats till afsikten vid falskt åtal, det naturliga och närmast till hands liggande att nämna just afsikten att sätta annan i vanrykte, och dels behöfver, som af det nu anförda torde hafva framgått, detta uttryck i Lagkommitténs motiver öfverhufvud taget icke

hafva inneburit annat än »i rättstridigt syfte». Härtill kommer emellertid vidare att Lagkommittén i det sammanhang i motiverna, där förtal af arghet ställts i direkt motsats till förtal af obetänksamhet, själf likställt »af arghet» med »i ondt uppsåt», hvilket senare uttryck otvifvelaktigt bör tolkas som liktydigt med »i rättstridigt syfte». —

Det skulle nu möjligen kunna sättas i fråga, huruvida det öfverhufvud taget är möjligt, att med ett uttryck, som hänför sig till den subjektiva sidan af brottsligheten (äfven om detta uttryck i och för sig är det mest exakta), på ett fullt exakt sätt betona eller framhålla rättstridigheten vid förtal, m. a. o. om icke själfva den omständigheten, att det för detta ändamål valda uttrycket är hämtadt från den subjektiva sidan af brottsligheten, medför konsekvenser i afseende på rättstridighetsrekvisitet vid förtal, hvilka icke skulle hafva kommit att finnas, om lagstiftaren här betonat rättstridighetsrekvisitet genom att fordra objektiv rättstridighet, såsom det t. ex. skett i Danmarks strafflag. Och det torde knappast kunna förnekas, att man genom att på detta sätt formulera rättstridighetsfordran i från den subjektiva sidan hämtade termer åtminstone lätt gifver anledning till missförstånd i detta afseende, särskildt i två riktningar. För det första uppväcket härigenom lätt ett sken af att hvad det ytterst kommer an på icke är handlingens rättstridighet i och för sig, utan fastmera den handlandes sinnesriktning eller innersta motiv, och därefter föranleder den ifrågavarande formuleringen likaledes lätt den uppfattningen, att det afgörande är, om den handlande varit medveten om själfva handlingens rättstridighet eller ej och icke huruvida han varit medveten om de fakta, af hvilka handlingens rättstridighet berodde. Det ligger sålunda, åtminstone för den omedelbara

uppfattningen, ovillkorligen något mindre tilltalande i att säga, att en person icke handlat af arghet eller ondska, då han, efter att hafva kommit att intaga en ställning, som gifver honom rätt att vid något visst tillfälle framställa nedsättande beskyllningar mot en annan, begagnat sig af denna situation till att hämnas eller eljest af uppenbar illvilja skada den andre. Och på samma sätt kan det onekligen förefalla helt enkelt orimligt att tala om att en person, som visserligen haft riktig kännedom om de fakta, hvilka tillsammans gjorde hans handling till en rättstridig handling; men som likväl varit fullt och fast öfvertygad om att det var hans rätt eller plikt att företaga handlingen, d. v. s. därom att handlingen icke var en rättstridig handling, skulle hafva handlat i rättstridigt syfte eller af arghet. Men skärskådar man förhållandena något närmare och håller man bestämdt fast vid att fordran på arghet icke får uppfattas annat än som ett medel att framhålla och betona rättstridighetsfordran vid förtal, skall man likväl finna att rättstridigt syfte måste sägas hafva förelegat i båda dessa och alla andra liknande fall. Detta, att lagstiftaren genom att uttryckligen fordra rättstridigt syfte betonat rättstridighetsrekvisitet vid förtal, kan icke förändra de allmänna principerna, att en objektivt icke rättstridig handling icke blir rättstridig därför att den handlande haft ett moraliskt förkastligt motiv och att hvad som i afseende på rättstridighetsmedvetandet fordras aldrig är mera än medvetande om de omständigheter och fakta, af hvilka handlingens rättstridighet betingats. För att gifva förtalsdeliktet en så påfallande undantagsställning i detta afseende skulle ovillkorligen fordrats vida starkare skäl än att lagstiftaren valt ett uttryck från den subjektiva sidan för att här betona fordran på rättstridighet.

Det är också uppenbart, att de resultat, som en dylik tolkning af lagens ord oundvikligen skulle medföra, i verkligheten skulle blifva allt annat än tillfredsställande. Det afgörande skulle å ena sidan blifva praktiskt omöjliga undersökningar angående den handlandes verkliga eller innersta motiv och å andra sidan hvars och ens personliga uppfattning af sin rätt att kränka andras ära, och därmed skulle i ärekränkingsprocesser fältet ligga öppet såväl för de mest chikanösa bevisföringsförsök från karendens sida som för de orimligaste försvarsförsök ifrån svarandens. Det finns därför ingen som helst anledning att tolka svenska strafflagens fordran på arghet i vissa fall annat än så, att den innebär ett framhållande af rättstridighetsrekvisitet vid förtal, hvilket formellt är af samma betydelse som den uttryckliga fordran på objektiv rättstridighet vid detta brott i vissa främmande lagar.

Med denna tolkning af lagens fordran på arghet i 16: 7, mom. 1 och 2, och 16: 8 blir det också möjligt att exakt angifva ett verkligt innehåll i uttrycket af obetänksamhet i 16: 7 mom. 3. Om en förtalsförbrytelse skett af arghet, där gärningsmannen handlat i klart medvetande eller med riktig kännedom om de omständigheter och fakta, som gjorde handlingen till en rättstridig handling, så har den gifvetvis skett af obetänksamhet, där gärningsmannen icke haft, men kunde och borde hafva haft sådant medvetande eller sådan kännedom om de ifrågavarande omständigheterna. Detta vill m. a. o. säga, att straffbar obetänksamhet (d. v. s. frånvaron af en riktig uppfattning af förhållanden, som den handlande kunde och borde hafva känt) kan föreligga icke endast i fråga om de delar af objektiva rekvisitet, hvilka finnas beskrifna i lagen, utan äfven i fråga om de delar af detta rekvisit, som icke kommit till uttryck därstädes, utan endast

härflyta ur eller ha sin grund i den allmänna fordran på rättstridighet. Af obetänksamhet har följaktligen icke endast den människa handlat, som framställt äreröriga beskyllningar mot en annan utan att göra sig klart, att den handling, för hvilken han beskyllde den andre, var ett brott eller menlig för den andres goda namn och rykte, eller att beskyllningen verkligen träffade en lefvande människa, eller att den verkligen kom till en annan persons kännedom o. s. v., utan äfven den, som förtalat en annan och därvid underlåtit att skaffa sig full klarhet i de föreliggande omständigheterna och i stället lättsinnigt antagit, att dessa omständigheter voro sådana, att de grundade en rätt eller en plikt att framställa beskyllningar af den art, som han framställt. Förtal af obetänksamhet af det senare slaget föreligger t. ex. i alla de fall, där någon haft att (naturligtvis sanningsenligt) yttra sig om en annan och därvid framkommit med nedsättande beskyllningar utan att öfvertyga sig om, huruvida dessa beskyllningar voro välgrundade. Sådant förtal föreligger också, där någon lättsinnigt missuppfattat sin ställning i det speciella fallet och vid en samvetsgrann undersökning af densamma borde hafva insett, att den öfverhufvud taget icke gaf honom någon rätt att angripa en annans ära. Det torde vara tydligt, att obetänksamhetsmomentet vid förtal icke endast afser att omfatta sådana fall som dessa, utan i själfva verket har sin hufvudsakliga betydelse just däruti, att det träffar alla dessa i verkligheten mycket talrika fall. Skulle verkligen endast de fall af förtal, i hvilka den handlandes obetänksamhet gällt de i lagen beskrifna delarna af objektiva rekvisitet, falla in under tredje mom. i 16: 7, resp. uteslutas från straffbarhet enligt 16: 8, så skulle det förstnämnda lagrummet säkerligen så godt som aldrig eller i hvarje fall ytterst sällan komma

till användning, och den nu så vanliga diskulpatjonsgrunden enligt 16: 8 skulle likaledes förlora den allra största delen af sin kraft. Ty huru ofta inträffar det i verkligheten, att en ärekränkare kan sägas i egentlig mening icke hafva varit medveten om att hans beskyllning var ärerörig, att den gällde ett för förtalsförbrytelser tjänligt föremål, att den verkliga framställts till andra eller annat liknande? Och hur ofta förekommer det å andra sidan icke, att en person, som antagit det vara sin plikt eller rätt att framkomma med för en annan kränkande beskyllningar, försummat att skaffa sig riktig kännedom om de oftast mycket invecklade förhållanden och omständigheter, af hvilka beskyllningens rättstridighet beror? — Det måste därför sägas, att begreppet obetänksamhet vid förtal, tolkadt som culpa i på vanligt sätt begränsad mening, blir, om icke fullkomligt innehållslöst, så i alla fall i det närmaste tomt på allt för det verkliga lifvet betydelsefullt innehåll. Men då, enligt det föregående, »af arghet» icke kan anses innebära fordran på något subjektivt öfverskott i egentlig mening och »af obetänksamhet» följaktligen icke, som CARLÉN och äfven HAMMARSKJÖLD synas hafva menat, kan tydas som motsats till »af arghet» i någon sådan betydelse (hvarmed »af obetänksamhet» visserligen skulle få en starkt positiv innebörd), så torde den här antagna tolkningen af det ifrågavarande uttrycket i svenska strafflagen få anses vara den riktigaste och i alla afseenden lyckligaste.

Kapitel 2. Konflikter mellan äran och sanningsintresset.

Bland alla de kollisioner mellan äran och andra mänskliga intressen, genom hvilka ett angrepp på en medmänniskas ära kan tänkas komma att framstå som en af rätten tillåten handling,

är utan tvifvel kollisionen mellan äran och hvad som här förut betecknats såsom sanningsintresset den allmännaste och den, som på grund af sina verkningar öfver hela det här ifrågavarande området först tilldrager sig uppmärksamheten och först fordrar att afgöras. Då denna konflikt emellertid, som bekant, i den svenska strafflagen — liksom äfven i de flesta andra nu gällande lagar — afgjorts genom positiva bestämmelser, faller det icke inom vår uppgift att upptaga till behandling frågan, hvad som får anses vara dess principiellt riktiga lösning. Men då det i den ifrågavarande intressekollisionen innehållna problemet å andra sidan på grund af förhållandenas natur är så sammanväfdt med alla öfriga, af den positiva rätten icke lösta intressekollisioner på detta område, att man icke utan en riktig problemställning i afseende på den förstnämnda kan få en riktig utgångspunkt för behandlingen af de senare, är det likväl nödvändigt att här gå in på en utredning af hvad som enligt vår uppfattning är den verkliga kärnan i den så mycket omskrifna frågan om sanningsbevisets tillåtlighet och betydelse vid förtalsdeliktet.

Härvid gäller det först och främst att fastslå, att det här öfverhufvud taget verkligen är frågan om en kollision mellan två stridiga intressen.

Men för detta ändamål är det återigen nödvändigt att först framhålla en omständighet, som enligt vårt förmenande hittills icke blifvit tillräckligt beaktad inom litteraturen, nämligen den, att äfven om man i detta sammanhang med ett visst berättigande kan tala om sanna och osanna beskyllningar, om sanningsenlighet och sanningsbevis etc., så får man af dessa uttryckssätt likväl icke låta förleda sig att tro, att det här skulle vara fråga om den hela och fulla eller verkliga sanningen, d. v. s. sanningen i djupare eller egentlig bemärkelse,

utan man måste ständigt hålla fast vid, att hvad det här kan vara tal om aldrig är mera än sanning i en förhållandevis grof och ytlig mening. Ty sanningen i djupare eller egentlig mening kan ingen människa säga om en annan. Härmed afses naturligtvis icke det faktum, att ingen människa är i besittning af sanningen i absolut eller transcendent mening, hvilket naturligtvis icke är af någon betydelse i detta sammanhang; utan härmed afses att framhålla det enligt vår mening icke tillräckligt uppmärksammade, men i själfva verket djupt betydelsefulla förhållandet, att ingen kan ens tillnärmelsevis gifva den fullständiga sanningen i empirisk mening om en annan människas handlingar. Detta påstående kan visserligen vid första anblicken förefalla egendomligt. Ty om man beskyller en person t. ex. för att ha begått en stöld, förefaller denna beskyllning otvifvelaktigt fullkomligt sann, om personen i fråga verkligen har stulit. Men går man saken närmare in på lifvet, skall man finna, att den sanning, som härmed utsagts, i verkligheten mycket väl kan vara i högsta grad ofullständig eller bemängd med moment af sin motsats och att full visshet om att så icke är förhållandet aldrig kan uppnås. Det är nämligen att märka, att en är-rörig beskyllnings betydelse i verkligheten aldrig inskränker sig till att ett rent yttre faktum konstateras genom densamma. Tvärtom är det väsentliga vid en beskyllning för brott eller för någon annan vanhederlig handling alltid just att den hos dem, till hvilka den framställts, kommer att bilda grundvalen för bedömandet af den beskylldes personlighet. För det första sluter man ovillkorligt — medvetet eller omedvetet men alltid lika säkert — då man får kännedom om att en person begått en vanhederlig eller nedsättande handling, från detta faktum till att den beskyllde är af sådana egenskaper, som i

allmänhet pläga gifva upphof till handlingar af det ifrågasvarande slaget: den som begått en stöld antages utan vidare behäftad med de karaktärsegenskaper, som i allmänhet göra människor till tjuftar o. s. v. Men det är tydligt, att en ärerörig beskyllning i denna del af sitt innehåll, d. v. s. för såvidt som den berör den omtalades psykiska egenskaper, aldrig kan blifva sann annat än i mycket ytlig mening, och att dess sanning här alltid blir i högsta grad tvifvelaktig. Dels är det för ingen människa öfverhufvud taget möjligt att utrannsaka hvad som verkligen förelegat eller försiggått i en annans själ, då denne begått en såsom vanhederlig ansedd gärning, och dels kunna omständigheterna vid gärningens begående alltid ha varit sådana, att man öfverhufvud taget icke kan ifrån gärningen draga några slutsatser i fråga om den handlandes personliga egenskaper: tjuften kan hafva stulit i yttersta nöd eller på grund af en af förhållandena förvillad uppfattning om det stulnas värdelöshet för ägaren o. s. v. Men härtill kommer, att verkningarna af en ärerörig beskyllning i regeln sträcka sig t. o. m. ännu längre än till detta, att den eller de, som fått kännedom om beskyllningen, komma att tillskrifva den beskyllde sådana egenskaper, som i allmänhet antagas vara de psykologiska förutsättningarna för begående af handlingar af det påstådda slaget, och därmed eventuellt att vilseledas i fråga om vissa sidor eller punkter af den kränktes personlighet. Erfarenheten visar, att äreröriga beskyllningar tvärtom oftast blifva afgörande för andras bedömande af den beskylldes hela personlighet. När en människa begått en vanhederlig handling och beskyllning därom utsprides, är hennes anseendes öde i regeln afgjort; hvar och en faller sitt omdöme på grund af kännedomen om detta enda faktum och de konsekvenser, som han anser sig kunna draga

däraf; endast under ytterst sällsynta undantagsomständigheter, hvilka i detta sammanhang icke kunna komma i betraktande, gör sig någon mödan att, innan han faller sitt omdöme öfver personen i fråga, efterforska äfven hans goda gärningar och de egenskaper, om hvilka dessa bära vittne. Men det är utan alla exempel tydligt, att detta i ännu högre grad än det nyss anförda bidrager till att göra hvarje ärerörig beskyllnings sanningsenlighet problematisk och att en i vanlig mening »sann» beskyllning på grund af dessa omständigheter ofta blir till sitt väsentliga innehåll direkt osann. Såsom sann i egentlig mening kan man följaktligen strängt taget icke karakterisera en ärerörig beskyllning annat än om beskyllaren vid sidan af beskyllningen för den nedsättande handlingen anført, allt af goda gärningar, som möjligen kunnat framdragas till den beskylldes förmån. Det kan nu visserligen invändas, att en ärerörig beskyllning, trots att den otvifvelaktigt medför dessa verkningar, likväl icke i egentlig mening kan sägas vara af detta innehåll. Och det är otvifvelaktigt riktigt, att det väsentliga hos en beskyllning, strängt formellt sedt, är att den utgör ett påstående om ett faktum. Men det skulle alldeles uppenbart vara att förfalla i formalistiska spekulationer och att förlora det verkliga lifvet ur sikte, om man för den skull vid bedömandet af en ärerörig beskyllnings sanning eller osanning ville isolera beskyllningen från dess oundvikliga verkningar och betrakta den som ett blott och bart konstaterande af ett passeradt faktum. Och härtill finns det i själfva verket så mycket mindre grund som ingen tillräknelig människa, enligt hvad som förut utvecklats, kan vara okunnig om de ifrågavarande verkningarna af en ärerörig beskyllning och dessa objektiva verkningar följaktligen alltid måste anses vara tillräckligt subjektivt täckta. Det kan följaktligen sägas,

att äfven om en ärerörig beskyllning i strängt formell mening icke innebär annat än ett påstående om ett faktum, så innehåller den likväl alltid, reellt sedt, vid sidan häraf äfven uttalanden om den kränktes psykiska egenskaper eller personlighet, och att hvarje ärerörig beskyllnings sanning till följd häraf, nämligen för så vidt som det är fråga om denna senare del af dess innehåll, ovillkorligen blir i hög grad tveklaktig och aldrig mera än ungefärlig. — Om detta förhållande icke blifvit så beaktadt som det i anseende till dess betydelse för teorierna angående sanningsbevisets kraft och tillåtlighet vid förtalsförbrytelse synes förtjäna, så torde detta till någon del hafva sin grund däruti, att man hittills i allmänhet betraktat äran-anseendet som ett godt för sin egen skull och icke tillräckligt fäst sig vid, att en människas anseende i verkligheten endast är ett godt, därför att det utgör basis för andras handlingssätt gentemot henne, d. v. s. på grund af sina verkningar. Ty om äran vore ett godt i och för sig, skulle man möjligen med ett visst berättigande kunna isolera dess olika delar från hvarandra och göra lösryckta yttre fakta eller t. o. m. dessas psykologiska förutsättningar i enstaka riktningar till föremål för i så fall fullständiga sanningsbevis. Men så länge detta icke är förhållandet, utan tvärtom hvarje människas ära är ett organiskt helt, därför att dess värde beror af dess verkningar, är det tydligt, att sanningen på detta område aldrig kan fastställas med full visshet och aldrig bli mera än fragmentarisk. I hvarje fall torde sanningens relativitet och omöjligheten af att uppnå full visshet inom förtalsgebitet framstå alldeles särskildt klart i belysningen af rättsgodset ärans verkliga väsen, som är att den aldrig är själfändamål utan endast i härledd eller sekundär mening ett lifsintresse.

Att det i detta sammanhang verkligen aldrig är fråga om sanning i djupare eller egentlig mening (ordet sanning naturligtvis alltjämt användt utan tanke på annat än empiriska realiteter) visar sig också negativt med full tydlighet såväl i doktrinen som i hela den europeiska lagstiftningens ställning till sanningsbevisproblemet. Ifall det verkligen stode i människornas makt att uttala den fullständiga och verkliga sanningen om hvarandra, skulle det under inga omständigheter kunna finnas några skäl till att icke alltid låta sanningen vara af obetingadt diskulperande kraft vid förtal och följaktligen heller inga skäl till att icke alltid tillåta sanningsbeviset i fullkomligt oinskränkt omfång. Den tanke, som genomgående plägar anföras till förmån för sanningsbeviset och som i själfva verket är den grundval, på hvilken alla teorier i denna riktning hvilat, nämligen att ingen har rätt att anses bättre än han är, är till sin riktighet höjd öfver allt tvifvel. Det kan öfverhufvud taget icke sättas i fråga, att något samhälle skulle vilja direkt skydda lögnen eller önska att tillförsäkra människor af kriminella eller omoraliska karaktärsanlag anseende för att vara hederliga och oklanderliga personligheter, eller att vetenskapen någonsin skulle afsett att försvara eller förorda en sådan lagstiftning. Felet är, att man från denna själfklara tanke utan vidare slutit till att sanningen vid förtalshandlingar alltid måste verka straffriande och därför också alltid måste få bevisas; ty denna slutledning beror af den tysta premissen, att (den verkliga) sanningen alltid kan sägas och bevisas, och denna premiss är falsk. Då det nu likväl är så långt ifrån att skälen för sanningsbevisets tillåtlighet i allmänhet inom doktrinen skulle anses för obetingadt afgörande, att tvärtom nästan alla författare i våra dagar äro ense om att några absoluta skäl för sanningsbeviset lika litet

finnas som några absoluta skäl emot sanningsbeviset, så är detta ett otvetydigt indicium på att hvad det här är fråga om icke är sanningen i egentlig mening utan sanningen i en vida blygsammare betydelse. Och detsamma framgår af innehållet i alla nu existerande lagar om ärekränkning. Ty om det verkligen vore så, att sanningen i egentlig mening kunde sägas och bevisas, så skulle lagstiftaren af det oestridliga faktum, att ingen har rätt att anses bättre än han är, ovillkorligen nödgas draga den slutsatsen, att en ärerörig beskyllnings straffbarhet måste vara beroende af att det (af kåranden) bevisats, såväl att den var osann som ock att beskyllaren varit medveten om dess osanning. Ty den objektiva och följaktligen, enligt de vanliga dolusreglerna, äfven den subjektiva osanningen skulle under sådana omständigheter uppenbarligen vara oefftergiftiga villkor för att en beskyllning öfverhufvud taget skulle bli att betrakta som ett brott. Men på denna ståndpunkt står ingen samtida lag, och icke heller tidigare torde den någonsin hafva funnits konsekvent genomförd i någon lagstiftning. Man har visserligen försökt förklara detta faktum äfven med andra grunder än de nu angifna. På sätt och vis skulle möjligen alla skäl, som pläga anföras emot — eller för inskränkning af — den för ärekränkning anklagades rätt att freda sig genom bevis om de framställda beskyllningarnas sanning, kunna uppfattas såsom försök att förklara eller motivera äfven detta, att ingen lagstiftare ålagt den klagande parten att bevisa beskyllningarnas (objektiva och ännu mindre deras subjektiva) osanning. Men lika litet som något af dessa skäl någonsin anförts till stöd för mera än det rättfärdiga i att förbjuda eller endast att i mycket begränsadt omfång tillåta svaranden att framkomma med bevis om de gjorda beskyllningarnas sanning — hvarvid det alltså

förutsatts såsom själfklart, att sanningen aldrig här kan vara af den betydelse, att först den bevisade osanningen skulle kunna göra en förtalshandling till ett brott — lika litet skulle alla dessa skäl, om det här verkligen vore fråga om sanningen i egentlig mening, räcka till att förklara lagstiftarnes reserverade eller rent af fientliga hållning gentemot densamma. Ett verkligt försök att förklara och försvara det ifrågavarande förhållandet kan däremot en inom litteraturen icke sällsynt tankegång sägas innehålla, hvilken man finner konsekvent och utförligt utvecklad bl. a. hos Goos. Goos betonar uttryckligen,¹ att de lagar, som tillåta den anklagade att freda sig genom bevis om de äreröriga beskyllningarnas sanningsenlighet, principiellt stå på samma ståndpunkt, som de lagar, hvilka icke tillstådja något sanningsbevis, och att skillnaden dem emellan blott är en skillnad till graden (i det att det väsentliga såväl hos de förra som hos de senare är, att de icke straffa endast bevisadt osanna beskyllningar), och förklaringen härtill anser Goos endast kunna vara den, att ärekränkingslagstiftningen afser att skydda medborgarne icke endast mot egentliga angrepp på äran (hvilken står i ett nödvändigt förhållande till den lifsförsel hvar på den grundar sig, så att den förminskas i samma mån som denna förminskar personens sedliga värde), utan äfven emot obefogade ingrepp i det förhållande, som på grundvalen af hvarje människas anseende existerar mellan henne och hennes medmänniskor. Det är, enligt Goos, en gemensam egendomlighet för alla ärekränkningar, »at retstridige Angreb ikke blot kunne foreligge, naar et virkeligt bestaaende og hjemlet Agtelsesforhold virkelig krænkes, men allerede naar blot en uhjemlet Indblanding i andres Agtelsesforhold foreligger» och »Æren

¹ Goos Sp. D. S. 195.

anerkjendes med andre Ord ikke blot at være retsbeskyttet mod egentlige Forulempelser, men ogsaa i en vis Udstrækning mod blotte Fredsforstyrrelser». ¹ Mot detta måste emellertid anmärkas, dels att det knappast kan betraktas som annat än en nödfallsutväg, att sålunda vilja förklara ett i alla tiders och länders ärekränkingslagar återkommande faktum af så utomordentlig betydelse som det ifrågavarande därmed, att dessa lagar i själfva verket skulle vara tänkta som skydd för något annat än äran, och dels att, äfven om man ginge med på att antaga att så vore förhållandet, man därmed likväl icke skulle hafva kommit ifrån svårigheterna, alldenstund det i så fall återstode att gifva ett svar på frågan, hvarför dessa »Fredsforstyrrelser» kriminaliserats utan alla hänsyn till deras förhållande till sanningen. — Den enda slutgiltiga förklaringen på det här ifrågavarande förhållandet torde därför vara, att den verkliga sanningen om en människas handlingar och hennes personlighet aldrig kan sägas och aldrig bevisas och att man därför här måste räkna med sanningen i en betydelse, som ingalunda utesluter, att icke andra mänskliga intressen skulle kunna vara af högre vikt.

Efter detta torde det nu också vara klart, att det innersta och afgörande i frågan om sanningens betydelse för rättstridigheten vid förtalsförbrytelserna är konflikten mellan äran och sanningen i detta ords nu angifna relativa eller inskränkta bemärkelse. Mellan äran och sanningen i egentlig mening är ingen konflikt tänkbar, eftersom den förra i verkligheten aldrig sträcker sig längre än till den senares gränser. Men mellan äran och sanningen i inskränkt mening äro konflikter både tänkbara och i det verkliga lifvet oändligt ofta förekommande. Ty det kan icke vara något tvifvel om att icke samhället och

¹ Goos Sp. D. S. 193.

11—100418. Bjerre, Om rättstridighetsmomentet.

dess medlemmar stundom kunna hafva ett högst betydligt intresse af att sanningen äfven i ordets relativa bemärkelse, d. v. s. den ungefärliga, ofullständiga eller partiella sanningen, blir känd. Frågan är endast, hur högt man vill uppskatta detta intresse, hur pass tungt man vill låta det väga i förhållande till intresset äran.

Vid besvarandet af denna fråga är det emellertid af största vikt att hålla icke endast intresset äran, utan äfven intresset sanningen i dess nu angifna bemärkelse (i hvilken detta ord hädanefter kommer att begagnas) klart och bestämdt isolerade ifrån alla andra intressen, d. v. s. att icke i den ifrågavarande intressebalanseringen indraga element, hvilka äro främmande för de intressen, som här skola vägas gentemot hvarandra. Ty det är tydligt, att man därigenom icke endast kommer att förrycka resultatet af den ifrågavarande intresseafvägningen, utan också att från början omöjliggöra ett senare riktigt bedömande af de andra intressenas innehåll och betydelse, hvilka man här sammanblandat med sanningsintresset. Men detta är återigen ett förhållande, som man enligt vår uppfattning hitintills icke tillräckligt beaktat. Ett af de oftast anförda skälen för sanningsbevisets tillåtlighet är, att det stundom kan vara en människas skyldighet att frambära äfven nedläggande beskyllningar mot en annan och att det i sådana fall under inga omständigheter går an att icke tillägga sanningen diskulperande kraft eller att förbjuda den anklagade att bevisa densamma, och detta argument åberopas af nästan alla sanningsbevisets anhängare som ett af de allra tyngst vägande. Men härvid gör man sig skyldig just till att tillägga sanningen såsom sådan en kraft, hvilken i själfva verket härflyter ur helt andra intressen. När en husbonde, hvars plikt det är att utfärda ett tjänstebetyg, däri sanningsenligt

beskyller tjänaren för oärlighet, lättja, oduglighet eller annat liknande, så är det i själfva verket icke genom det intresse, som representeras af sanningen som sådan, utan fastmera tack vare det intresse, som den eller de personer, hvilka eventuellt ämna taga den omtalade i sin tjänst, ha af att erhålla sanningsenliga upplysningar angående hans egenskaper, som den ifrågavarande handlingen blir en af rätten tillåten handling. Detta blir alldeles tydligt, om man abstraherar bort det sista intresset och alltså tänker sig samma sanningsenliga beskyllningar framställda utan denna eller någon annan anledning af analog betydelse: lika otvifvelaktigt som det är att gärningsmannen aldrig kan dragas till ansvar för beskyllningarna i det förra fallet, lika tvifvelaktigt är det (härvid naturligtvis bortsedt från gällande positiv lag), huruvida beskyllningarna äfven i det senare fallet böra blifva fria från straff. Och det samma är förhållandet öfverallt, där en plikt eller rätt att yttra sig förelegat. En sådan plikt eller rätt beror öfverallt af förefintligheten af andra intressen än dem, som sanningen ensam representerar, och det är endast i de fall, då inga dylika plikter eller rättigheter förefinnas, som man kan tala om att en verklig, ren kollision mellan äran och sanningsintresset föreligger. Det är visserligen sant, att det i yttersta hand i de allra flesta fall kommer an på, huruvida det är sanningen som har sagts eller om den handlande åtminstone trott att så varit förhållandet, men häraf följer ingalunda, att sanningen i dessa fall är det enda eller ens det tyngsta emot äran vägande intresset. Tvärtom är det afgörande i de ifrågavarande fallen i regel just det eller de intressen, som komma till vid sidan af sanningsintresset. Och just därför att dessa intressen aldrig — eller i hvarje fall ytterst sällan — kunna göra en ärerörig beskyllning till en rättsligt tillåten handling utan

att (om icke objektiv så åtminstone subjektiv) sanning förefunnits, ligger det så mycket mera vikt uppå att se klart på, hvilka intressen det i verkligheten är, som här stå i strid mot hvarandra. Dessförutan är det icke endast omöjligt att riktigt uppskatta de olika gällande lagarna om sanningsbevisets tillåtlighet, utan äfven och framför allt omöjligt att rätt bedöma och lösa de intressekollisioner på detta område, om hvilka lagarna icke innehålla några bestämmelser. —

Denna utredning har som sagdt icke åsyftat att lägga grunden till ett ställningstagande i striden om sanningsbevisets tillåtlighet och betydelse vid förtal — ett sådant faller, då frågan är afgjord genom positiv lag, utanför ämnet för denna afhandling — utan endast att bringa spörsmålen in under riktiga synpunkter. Af densamma torde emellertid hafva framgått, att sanningsbevisets anhängare lika litet som deras motståndare kunna göra anspråk på att deras åsikt skulle vara den, som a priori eller ideellt sedt har de starkaste grunderna för sig och därför måste punkt för punkt vederläggas, hvilket i regeln endast skulle kunna ske genom framdragande af praktikabilitetshänsyn. Det kan icke förnekas, att en dylik uppfattning ofta kommer till synes äfven i moderna arbeten öfver ärekränkning. Typisk i detta afseende är den framställning af problemet, som KOHLER lämnar. Efter att hafva redogjort för motsatsen mellan de lagar, hvilka, i likhet med den tyska, så godt som oinskränkt tillåta sanningsbeviset, och de lagar, hvilka efter den franska Code pénal's exempel icke i allmänhet tillägga sanningen friande kraft och därför endast i särskilda undantagsfall tillstådja sanningsbeviset, och efter att hafva anfört de viktigaste grunderna för den förra, den germanska principen, fortsätter KOHLER:¹ »So triftig nun

¹ KOHLER S. 135—136.

auch die Gründe unseres Rechtes sind, so ist doch ersichtlich, dass auch das romanische System nicht ohne Rechtfertigung bleibt, und dass es sich hier nicht um etwas absolut Gutes oder Schlechtes, legislativ Richtiges oder Unrichtiges handelt, sondern um Gründe dafür und dawider, zwischen denen schliesslich der Volkscharakter zu entscheiden hat: auf der einen Seite der Trieb der unbedingten Wahrheit, auf der andern Seite das Wohlbehagen an der Ruhe, die Scheu vor öffentlicher Belästigung, die Freude am friedlichen, höflichen Verkehr, das Missfallen am Gezänk, die krampfhaftige Furcht vor Enthüllungen, die auch dem öffentlichen Interesse schaden könnten; zwischen diesen Lebensgütern hat das Volk und seine Lebensauffassung zu wählen: geht der Germane mehr nach unbedingter Wahrheit, so liebt der Romane mehr die Schönheit des Daseins, die Ruhe des Lebens, er scheut die Einwirkung dunkler Mächte; er glaubt, mit der Wahrheit transigieren zu können; und so erklärt sich die Verschiedenheit der Gesetzgebung, und es zeigt sich auch hier wieder die Relativität des Rechts und seine Abhängigkeit von den Idealen und Zweckbestrebungen der Völker.»

Man kan knappast misstaga sig om, att bakom detta erkännande af att den s. k. romanska principen möjligen kan anses lika välgrundad som den germanska, i själfva verket ligger ett ganska djupt förakt för den förre och säkert den orubbliga öfvertygelsen, att den germanska principen är ett utslag af en rikare kraft och en starkare vilja att kämpa för ideella maktens herravälde i samhällena. Men efter det ofvan anförda torde det vara klart, att en sådan syn på tingen måste sägas vara grundfalsk, därför att den hvilar på den oriktiga förutsättningen, att det öfverhufvud taget står i människornas makt att uttala den hela och fulla sanningen om hvarandra. Så länge detta icke är förhållandet, är det på verkl en likvär-

diga skäl som de båda motsatta systemen kunna stödjas, och hvad KOHLER kallar den romanska principen behöfver ingalunda anses härflyta ur sådana nationaldrag som böjelsen för lugna och angenäma umgängesformer, krampaktig fruktan för afslöjanden eller annat liknande. För vår del hålla vi tvärtom för troligt, att sanningsbevisets förbjudande i lagarna snarare är att betrakta som ett utslag af en under utvecklingens lopp allt starkare framträdande känsla af den verkliga sanningens ouppnåelighet och det otillfredsställande i att på detta område döma efter grofva linjer, m. a. o. ett utslag af en finare, mera nyanserad uppfattning af och en ömtåligare känsla för hvad som är sanning i detta ords egentliga mening. Att så är förhållandet göres möjligen också sannolikt af rättsutvecklingen, som visar att sanningsbeviset i regeln varit oinskränkt tillåtet i alla primitiva rättssystem och först på förhållandevis sena stadier blifvit begränsadt eller förbjudet.¹ Och ett tecken i samma riktning torde få anses vara, att ett flertal moderna lagar och lagförslag öfvergått till att tillstādja sanningens bevisande, endast om den framförts för något särskildt berättigadt ändamål, d. v. s. då ett särskildt, själfständigt intresse väger till dess förmån i kollisionen mellan den och äran.² — Att här framhålla detta har antagits vara så mycket mera på sin plats, som den svenska strafflagen, som bekant, tillhör den grupp af lagar, i hvilka den anklagades rätt att freda sig genom sanningsbevis är synnerligen starkt begränsad.

Med afseende på sanningens betydelse i de fall, där den icke är det ensamt emot äran vägande intresset, utan endast

¹ WILDE: Strafrecht der Germanen. Halle 1842. s. 791.

² Jmfr nedan s. 176 f.

en visserligen högst betydelsefull omständighet i kampen mellan äran och något annat intresse, må redan här anföras följande. Att det endast i ytterst sällsynta, af alldeles särskilda förhållanden beroende undantagsfall kan finnas något intresse, som bjuder att lögnaktiga, äreröriga beskyllningar skulle få ostraffadt framföras eller spridas, är, som nyss antydts, ett själfklart förhållande. Om den enskildes ära på någon viss punkt antages böra uppoffras, så är det naturligtvis alltid — eller alltså så godt som alltid — därför, att det i detta fall anses viktigare att sanningen blifver bragt i dagen, för så vidt som detta öfverhufvud taget är möjligt, än att äran skyddas, d. v. s. därför att äfven den ofullständiga, partiella sanningen på grund af de särskilda omständigheterna anses väga tyngre än äran: att det i allmänhet skulle kunna vara fråga om att låta äran vika för lögnen, är naturligtvis en orimlig tanke. Men liksom bland de lagar, hvilka principiellt utgå från att en sann beskyllning aldrig är rättstridig, ingen enda utsträckt skyddet af sanningen ända därhän, att endast straffa bevisadt osanna beskyllningar, utan alla stannat vid att lämna endast bevisligt sanna beskyllningar ostraffade, så är det icke heller vid kollisioner mellan äran och andra intressen från början säkert, att det verkligen är osanningen och icke fastmera obevisbarheten, som gör en beskyllning till en rättstridig handling. Det är af flera skäl af vikt att fasthålla denna skillnad mellan osanningen och obevisbarheten som rättstridighetsbetingande omständighet vid förtal. Om det verkligen här vore osanningen som vore ett villkor för rättstridigheten, så skulle tydligen icke heller i dessa fall, där sanningen uppbäres af något särskildt intresse, en ärerörig beskyllning någonsin blifva ett brott, utan att det (af käranden) bevisats

att den var osann, och det faktum, att man i åtskilliga af de ifrågavarande fallen likväl för straffbarhet icke fordrar mera än att svaranden icke kan bevisa beskyllningens sanningsenlighet, skulle man då antingen nödgas lämna oförklaradt eller förklara med allmänna hänvisningar till att det innebär en processuell egendomlighet eller annat liknande, hvarigenom man förirrar sig bort ifrån de verkliga förhållandena, som äro att rättstridigheten i somliga af dessa fall är betingad af beskyllningens osanning och i andra fall af dess obevisbarhet. När det ena eller andra är förhållandet, blir för hvarje särskild grupp af intressekollisioner att särskildt undersöka, och liksom det skulle innebära att man tillade sanningen ensam en högre betydelse, om man vid vanliga äreröriga beskyllningar fordrade, att kåranden skulle bevisa beskyllningens osanning, än om man endast fordrar att svaranden icke kan bevisa dess sanning, så blir också frågan, huruvida man vid kollisioner mellan äran och andra intressen skall fordra det förre eller det senare, d. v. s. frågan om osanningen eller obevisbarheten här är rättstridighetsvillkor, beroende af hur stor betydelse det i hvarje särskildt fall ifrågavarande intresset kan anses hafva i förhållande till äran. Af ju större betydelse detta intresse är, d. v. s. ju nödvändigare det måste anses, att sanningen på den ifrågavarande punkten blifver bragt i dagen, desto starkare äro gifvetvis de skäl, som tala för att endast bevisligt osanna beskyllningar skola kunna straffas, och ju svagare det mot äran vägande intresset är, d. v. s. ju mindre vikt det kan anses ligga uppå att sanningen där får ostraffadt sägas, desto bestämdare måste man fordra att den, som framställer en sådan ärerörig beskyllning skall kunna bevisa dess sanningsenlighet. Det afgörande för huruvida obevisbarheten i verkligheten är en rättstridighetsbe-

tingande omständighet i dessa fall är m. a. o. det intresses styrka, för hvilket äran eventuellt får vika.

Att fasthålla detta kan blifva af betydelse äfven då det gäller att afgöra, huruvida de subjektiva rättstridighetsvillkoren vid förtal kunna anses föreligga eller ej. Om på grund af det intresse, som en viss beskyllning representerar, dess osanning är ett villkor för att den skall kunna betraktas som ett brott, så följer af de allmänna reglerna om att det objektiva rekvisitet måste vara (icke endast till de delar, som finnas beskrifna i lagen, utan äfven i afseende på de ur rättstridighetsrekvisitet härflytande delarna) subjektivt täckt, att en utan medvetande om osanningen, d. v. s. i tro på sanningen, framställd beskyllning aldrig kan blifva straffbar som dolös förbrytelse, utan på sin höjd som culpabrott, nämligen om oaktsamhet föreligger, d. v. s. om gärningsmannen kunde och borde hafva öfvertygat sig om beskyllningens osanning. Är det däremot obevisbarheten, som är den rättstridighetsbetingande omständigheten, så blir gärningsmannens tro på beskyllningens sanning i och för sig tydligen utan all betydelse, och det afgörande blir, huruvida gärningsmannen handlat i tro på beskyllningens bevisbarhet eller ej: endast i det senare fallet kan en dolös förtalsförbrytelse någonsin sägas föreligga. Det kan möjligen vid första anblicken förefalla, som om skillnaden emellan att tro på en beskyllnings sanning och att tro på att dess sanning kan bevisas icke vore så synnerligen stor och att det framför allt i många fall skulle kunna blifva svårt att fastställa, när det ena eller andra föreläggat. Men undersöker man de ifrågavarande förhållandena närmare, skall man lätt kunna öfvertyga sig om, att denna skillnad i verkligheten likväl är högst väsentlig och att det, trots att den anklagade naturligtvis alltid skall försöka göra

sannolikt, att han trott sig kunna bevisa beskyllningens sanning, ingalunda behöfver erbjuda öfvervinneliga svårigheter att konstatera, att så icke varit förhållandet, äfven om han möjligen trott på beskyllningens sanning. Det är också otvifvelaktigt, att det i alla de fall, där obevisbarheten är objektivt rättstridighetsrekvisit, just är tron på bevisbarheten, och icke enbart tron på beskyllningens sanning, som måste anses utesluta dolus. Lika säkert som det för rättskänslan skulle förefalla onaturligt att i dessa fall straffa som dolös förtalsförbrytelse en beskyllning, som framställts i tron på att dess sanning kunde bevisas, lika säkert är, att det i samma fall icke skulle förefalla tillfredsställande att fria från straff, blott därför att gärningsmannen trott på beskyllningens sanning. — Det skulle möjligen också kunna sättas i fråga, huruvida det öfverhufvud taget är en konsekvens af straffrättens allmänna principer, att en i tron på sanningen, resp. på bevisbarheten, framställd beskyllning aldrig kan blifva att betrakta som en dolös förtalsförbrytelse, där osanningen, resp. obevisbarheten, är en rättstridighetsbetingande omständighet. Såväl i de fall, där lagen uttryckligen bestämmer, att t. ex. en bevisbart sann beskyllning aldrig är rättstridig, som i synnerhet i de fall, där detta villkor för rättstridigheten icke är i lagen omnämndt, utan beroende af det allmänna rättstridighetsrekvisitet, kan det förefalla egendomligt, att på grund häraf en icke bevisbart sann beskyllning aldrig skulle vara straffbar (annat än möjligen som culpabrott), blott därför att gärningsmannen handlat i tro på dess bevisbarhet. Men efter hvad som här förut utvecklats, torde det vara oomstridligt, att en motsatt åskådning skulle innebära ingenting mindre än upprifvande af principen, att det objektiva brottsrekvisitet måste vara subjektivt täckt, för att en dolös

förbrytelse öfverhufvud taget skall kunna sägas föreligga. Naturligtvis finnes det ingenting, som hindrar lagstiftaren från att förlägga gränsen för hvad som skall anses rättstridigt, hvar honom behagar, och att alltså genom positiva lagstadganden bestämma t. ex. att en icke bevisbart sann beskyllning alltid är rättstridig, oberoende af huruvida framställaren trott på dess bevisbarhet eller ej. Detta är innebörden i tyska strafflagens § 186,¹ och samma bestämmelser gälla äfven enligt den engelska rätten i fråga om beskyllningar, som framkommit i sammanhang med spörsmål af offentligt intresse (matter of public interest).² Men dessa bestämmelser innebära afvikelser ifrån straffrättens allmänna regler, sannolikt tillkomna därför, att det ansetts bekvämare att föra in de ifrågavarande icke bevisbart sanna, men i tro på bevisbarheten framställda beskyllningarna under dolusbestämmelserna, än att för deras skull skapa särskilda culpabestämmelser. Att det här verkligen är fråga om afvikelser från allmänna principer, visar sig bland annat tydligt däri, att där bestämmelser af det ifrågavarande slaget upptagits i lagen, utan att de vare sig genom sin ställning eller på annat sätt angifvits såsom undantagsbestämmelser för hela eller någon viss begränsad del af förtalsdeliktet, där komma dessa bestämmelser oundvikligt i konflikt med konsekvenserna af lagens stadganden i öfrigt. Ett exempel härpå erbjuder norska

¹ BINDING, Lehrbuch. S. 158., anser visserligen, att det vid üble Nachrede (§ 186) fordras medvetande om beskyllningens obevisbarhet; men för denna åsikt har BINDING hvarken funnit något stöd i praxis eller, oss veterligt, gillande hos någon annan tysk författare. Alla synas vara ense om, att man af ordställningen i § 186 (»wird, wenn nicht diese Thatsache erweislich wahr ist» o. s. v.) måste sluta till att lagstiftaren här velat göra den objektiva obevisbarheten till rättstridighetsvillkor utan hänsyn till beskyllarens tro på bevisbarheten.

² FOLKARD. S. 260.

strafflagens § 249. I dess första moment bestämmes, att en ärerörig beskyllning aldrig är straffbar, där det förts bevis för dess sanning, och häraf följer, enligt HAGERUP,¹ på grund af de allmänna principerna (hvilka för öfrigt finnas uttryckligen fastställda i norska strafflagens § 42), att en i god tro framställd beskyllning aldrig kan bli straffbar. Men enligt andra momentet i § 249 blir den, som haft plikt eller rätt att yttra sig etc., straffbar, om han visat brist på tillbörlig aktsamhet, hvilket, enligt HAGERUP, är förhållandet bland annat, om han kunde och borde hafva öfvertygat sig om beskyllningens osanning. Detta innebär alltså, att god tro i dessa senare fall icke under alla omständigheter skyddar för straff, och denna motsägelse mellan §:ns 1:a och 2:a moment beror tydligen på att lagstiftaren icke generellt utan endast på några spridda punkter upphäft de ifrågavarande allmänna principerna. — Det måste följaktligen fasthållas, att dessa principer och deras konsekvenser öfverallt måste göras gällande, där de icke genom en positiv lagbestämmelse uttryckligen upphäfts; och i de fall, där på grund af något visst intresse en beskyllnings obevisbarhet är ett objektivt rättstridighetsvillkor, kan en i tro på bevisbarheten framställd beskyllning därför aldrig bli straffbar efter 16: 7 mom. 1 eller 16: 8, utan endast om tron på bevisbarheten berott på straffbar oaktsamhet, efter 16: 7 mom. 3, om beskyllningen afsett ett brott, och eventuellt efter 16: 9 eller 11, om den afsett en annan vanhederlig handling. —

Mest konsekvent genomförd är principen, att sanningen ensam gör hvarje ärerörig beskyllning till en af rätten tillåten handling, i den tyska strafflagen. Visserligen har, som

HAGERUP: Almindelig borgerlig straffelov. Kristiania 1903. S. 219.

redan förut framhållits, den tyska strafflagen, lika litet som någon annan lag utsträckt skyddet af sanningen ända till att för rättstridighet fordra, att den äreröriga beskyllningens osanning blifvit bevisad, och icke heller är här den subjektiva sanningen ensam, d. v. s. tron på de framställda beskyllningarnas sanning, huru välgrundad denna tro än må vara, tillräcklig för att befria från straff; men den bevisade objektiva sanningen utesluter under alla omständigheter straff för förtal. Detta är innebörden i tyska strafflagens § 186: »Wer in Beziehung auf einen anderen eine Thatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben etc. . . ., wird, wenn nicht diese Thatsache erweislich wahr ist, wegen Beleidigung mit Geldstrafe etc. . . . bestraft.» Negativt hafva äfven hänsyn till den subjektiva sanningen tagits, såtillvida som beskyllningar, om hvilkas osanning framställaren bevisligen varit medveten, äro belagda med strängare straff än enbart objektivt osant förtal (§ 187). Från regeln att sanningen, i öfverensstämmelse med dessa grundsatser, alltid och med alla medel får af käranden bevisas, finnes endast ett undantag, nämligen det som är förestäfvadt af hänsyn till res judicata, att sanningen af en beskyllning för brott icke får bevisas, om den beskyllde genom laga kraftvunnen dom blifvit frikänd för samma brott. Som pendant härtill är en lättnad i den anklagades bevisbörda skapad genom den ur samma hänsyn härflytande föreskriften, att sanningen af en beskyllning för brott alltid skall anses bevisad, om den beskyllde genom laga kraftvunnen dom blifvit dömd för brottet i fråga. Dessa bestämmelser innehållas i § 190: »Ist die behauptete oder verbreitete Thatsache eine strafbare Handlung, so ist der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist. Der

Beweis der Wahrheit ist dagegen ausgeschlossen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist.» Slutligen är att märka, att icke heller den tyske lagstiftaren tillagt ens den objektiva sanningen fullkomligt obegränsad kraft att under alla omständigheter uppväga intresset ära, i det att sanningen som rättstridighetsupphäfvande moment principiellt är begränsad till själfva förtalsdeliktet, så att en på grund af sin objektiva sanning som förtal icke straffbar beskyllning eventuellt kan straffas som ärekränkning i inskränkt mening: »Der Beweis der Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Thatsache schliesst die Bestrafung nach Vorschrift des § 185 nicht aus, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht» (§ 192). — I allt väsentligt öfverensstämmande i dessa afseenden med den tyska strafflagen är den norska. Äfven enligt denna är den bevisade objektiva sanningen alltid straffriande vid förtal, den subjektiva osanningen är belagd med strängare straff, den enda inskränkningen i den anklagades rätt att bevisa sanningen är att sanningsbeviset är uteslutet, när beskyllningen afser ett brott och den beskyllde blifvit frikänd från detta brott genom laga kraftvunnen dom, och en objektivt sann beskyllning kan under vissa omständigheter blifva straffbar som ärekränkning i inskränkt mening. Dessa bestämmelser återfinnas i norska strafflagens §§ 247 — 249, af hvilka den första handlar om enkelt förtal, den andra om förtal mot bättre vetande, och den tredje, § 249 mom. 1 och 3, är af följande lydelse: »Straf efter § 247 kommer ikke til anvendelse, saafremt der føres bevis for beskyldningens sandhed. Saadant bevis tilstedes ikke ført for strafbar handling

for hvilken den beskyldte ved endelig dom i ind- eller udland er frikjendt. — Bestemmelserne under nr. 1 og 2 i denne paragraf er ikke til hinder for, at en udtalelse straffes efter § 246, naar dens fremsættelse efter sin form eller paa grund af den maade, hvorpaa eller de omstændigheter hvorunder den sker eller af andre grunde uanseet dens sandhed maa anses tilbørlig. En skillnad mellan tysk och norsk rätt förefinnes däruti, att äfven den subjektiva sanningen, d. v. s. tron på den framställda beskyllningens sanning, i regeln alltid skyddar från straff, om den icke har sin grund i bristande aktsamhet. En uttrycklig bestämmelse härom, d. v. s. om att straff för förtal icke skulle komma till användelse, om bevis blifvit fördt om omständigheter, som berättigade till att anse beskyllningens sanning styrkt, fanns efter 1889 års strafflagsnovell intagen i den intill 1902 gällande norska strafflagen. Denna bestämmelse har icke upptagits i den nya lagen, men samma principer anses likväl, enligt HAGERUP, fortfarande vara i kraft på grund af allmänt straffrättsliga regler.¹ — Äfven den danska strafflagen står på i hufvudsak samma ståndpunkt i fråga om sanningsbevisets verkan och tillåtlighet som den tyska. Denna ståndpunkt är, som förut antydts, i lagen icke markerad genom annat än uttrycket »ubeföjet» i §§ 215 och 217. Men det kan, enligt Goos,² icke finnas något som helst tvifvel om att en bevisligt objektivt sann beskyllning enligt dansk rätt alltid måste anses hafva haft »Föje» för sig och följaktligen aldrig kan blifva att betrakta som brott, och att sanningsbeviset i enlighet härmed är tillåtet utan någon som helst begränsning. Icke ens om beskyllningen gäller ett brott och den beskyllde förut genom laga kraftvunnen dom blifvit

¹ HAGERUP: a. a. S. 219. Jmfr ofvan s. 172.

² Goos Sp. D. S. 248.

frikänd från samma brott, är sanningsbeviset här i regeln uteslutet.¹ Äfven i fråga om fordringarna i subjektivt afseende går den danska rätten längre än den tyska i riktning mot att låta sanningen vara en obetingadt rättstridighetsupphäfvande omständighet, i det att enligt dansk rätt vid en objektivt osann beskyllning, visserligen icke den subjektiva sanningen, d. v. s. tron på den framställda beskyllningens sanning, men väl tron på dess bevislighet skyddar från straff.² Att sanningsenliga beskyllningar eventuellt kunna bli straffbara som ärekränkningar i inskränkt mening anses följa däraf, att sanningen icke upphäver deras rättstridighet, för så vidt som de tillika ha karaktären föraktsyttringar.³

I skarp motsats till dessa principer stå de, som förverkligats i den franska och engelska rätten och i de lagar, för hvilka dessa utgjort den mer eller mindre direkta förebilden. I dessa rättssystem är den härskande grundprincipen, att sanningen i och för sig icke kan göra en ärerörig beskyllning till en af rätten tillåten handling, och regeln i afseende på sanningsbevisets tillåtlighet blir därför här, att den anklagade i allmänhet icke har någon rätt att bevisa sanningen af gjorda beskyllningar, och hvarje undantag ifrån denna regel måste motiveras af särskilda grunder. I den franska rätten finnas dessa principer direkt uttryckta i lagen. »La vérité du fait diffamatoire», heter det i franska presslagen art. 35, »mais seulement quand il est relatif aux fonctions, pourra être établie par les voies ordinaires, dans le cas d'imputations contre les corps constitués, les armées de terre ou de mer, les administrations publiques, et contre toutes les personnes énumé-

¹ Goos Sp. D. S. 256.

² Goos Sp. D. S. 238.

³ Goos Sp. D. S. 243.

rées dans l'art. 31. — La vérité des imputations diffamatoires et injurieuses pourra être également établie contre les directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière, faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit etc.» Häraf följer, att sanningen af äreröriga beskyllningar, hvilka riktats mot enskilda personer, aldrig får bevisas. Undantag härifrån stadgades i den äldre franska rätten i Code pénal's art. 370: »Lorsque le fait imputé sera légalement prouvé vrai, l'auteur de l'imputation sera à l'abri de toute peine. — Ne sera considérée comme preuve légale que celle qui résultera d'un jugement ou de tout autre acte authentique.» Men denna bestämmelse, som torde kunna antagas hafva varit af ett icke ringa inflytande i den öfriga europeiska lagstiftningen, upphäfdes i Frankrike redan 1819 och har sedan icke återupplifvats. Följaktligen är det numera enligt fransk rätt icke tillåtet att bevisa en ärerörig beskyllnings sanning ens i det fall, att beskyllningen gäller ett brott och den beskyllde blifvit fälld till ansvar för detta brott genom laga kraftvunnen dom. Och icke heller finnas numera några andra undantag ifrån regeln, att sanningen icke är en rättstridighetsupphäfvande omständighet vid förtal. Såsom sådana kunna nämligen icke betraktas bestämmelserna om att sanningen får bevisas, när de framställda beskyllningarna riktats mot vissa offentliga kårer och ämbetsmän eller mot cheferna för vissa ekonomiska företag af allmän samhällelig betydelse. I dessa fall är det nämligen icke sanningen såsom sådan, utan intressen af helt annat innehåll, som göra de nedsättande beskyllningarna till rättsligt tillåtna handlingar, och dessa bestämmelser falla därför utanför frågan om lagarnas ställning till kollisionerna mellan äran och sanningsintresset och bli att behandla i andra samman-

hang, nämligen i kapitlen om kollisionerna mellan äran och dessa särskilda intressen. Att märka är vidare, att kåranden i en ärekränkingsprocess icke genom att medgifva rätt för den anklagade att bevisa beskyllningens sanning kan upphäfva lagens bestämmelser om att sanningsbeviset under alla omständigheter är förbjudet, och att han i öfverensstämmelse härmed icke heller själf har rätt att bevisa de framställda beskyllningarnas falskhet, hvilket motiveras därmed, att en sådan rätt i verkligheten skulle blifva en moralisk skyldighet, hvarigenom hela systemet skulle brytas.¹ Hvad den subjektiva sanningen eller ärekränkarens tro på beskyllningens sanning beträffar, så är det gifvet att denna icke kan vara af någon som helst, vare sig positiv eller negativ, betydelse i ett sådant rättssystem som det här ifrågavarande. En viss begränsning i principen, att sanningen är utan all betydelse vid förtalsdeliktet, synes emellertid i praxis trots allt uppkomma däri-genom att domarne, i de fall då den kränkte begärt skadestånd anses ha rätt, visserligen icke att genom vittnesförhör eller andra undersökningar utforska sanningen, men väl att på grund af i processen inlämnade skrifter och handlingar bilda sig en uppfattning af densamma för att kunna bedöma skadeståndets riktiga storlek.² — Äfven i den engelska rätten gäller utan undantag regeln, att sanningen ensam icke gör en ärerörig beskyllning till en af rätten gillad eller tillåten handling. Liksom den engelska ärekränkingslagstiftningen ännu i våra dagar, i t. o. m. ännu högre grad än den engelska straffrätten i allmänhet, beror af oskrifven lag,³ så fanns icke heller denna princip uttryckt i någon egentlig

¹ POITTEVIN. S. 352—353.

² POITTEVIN. S. 350.

³ FOLKARD. S. 73.

lag, förrän det genom Lord Campbell's Libel Act af 1843 bestämdes, att »the truth . . . shall not amount to a defence unless it was for the public benefit that the said matters charged should be published». ¹ Detta innebär tydligen, att sanningen i och för sig icke anses kunna uppväga intresset ära, men att detta sistnämnda intresse stundom måste uppoffras för andra intressen af sådant innehåll, att handlingen, då de föreligga, kan sägas hafva skett i det allmännas tjänst. Dessamma är innebörden i fordran på att förtal skall hafva skett »maliciously» för att bli straffbart. ² Denna fordran innebär lika litet som fordran på »arghet» i svensk rätt, att någonting utöfver vanlig dolus måste hafva förefunnits på den subjektiva sidan, och icke heller afser den att göra straffbarheten vid förtal beroende af den moraliska halten af gärningsmannens motiv; ³ utan den är, liksom i allmänhet fordran på animus injurandi, ett uttryck för att förtal icke är straffbart, när det uppbäres af andra intressen, som anses väga tyngre än äran. ⁴ Till frågan, hvilka intressen, som enligt den engelska uppfattningen anses vara af sådan kraft, skola vi återkomma i senare sammanhang. Här är endast att framhålla, att sanningen i och för sig icke är ett af dessa intressen. Härvid är emellertid att märka, dels att detta gäller endast, då fråga är om kriminellt ansvar för ärekränkning, och dels att endast i skrift framkomna ärekränkningar (»libel» i motsats till »slander» eller muntliga ärekränkningar) öfverhufvud taget äro straffbara enligt engelsk rätt. När fråga endast är om skadestånd, d. v. s. i civila ärekränkings-

¹ FOLKARD. S. 47.

² FOLKARD. S. 35.

³ FOLKARD. S. 31.

⁴ FOLKARD. S. 339.

processer, är sanningen tvärtom ett under alla omständigheter fullgiltigt försvar och sanningsbeviset följaktligen tillåtet utan några som helst inskränkningar.¹ Den subjektiva sanningen är enligt engelsk rätt af negativ betydelse, såtillvida som medvetet osant förtal i de fall, där sanningen får bevisas, bestraffas strängare.² — I hufvudsaklig öfverensstämmelse med den franska lagstiftningen i härberörda afseende är den belgiska, som tillkommit genom direkt inflytande från 1810 års Code pénal. Äfven här är principen, att sanningen ensam icke beröfvar en ärerörig beskyllning dess rättstridighet, och flertalet af de i lagen uppräknade undantag ifrån regeln om sanningsbevisets generella undertryckande (nämligen att sanningsbeviset är tillåtet vid beskyllningar, som riktats mot vissa offentliga personer och kårer, art. 447 § 1) äro ej att betrakta såsom begränsningar i principen om sanningens betydelselöshet vid förtal, utan måste, liksom motsvarande bestämmelser i franska presslagen, ses ifrån synpunkten, att vissa andra intressen än sanningen i dessa fall ansetts väga tyngre än äran. Ett verkligt undantag ifrån den nämnda principen skulle däremot möjligen kunna anses finnas i att sanningsbeviset i den belgiska strafflagen, liksom i Code pénal af 1810, är tillåtet där bevisning kan ske genom dom eller annan autentisk handling (art. 447 § 2). Men detta undantags räckvidd har i hvarje fall högst betydligt inskränkts genom de med den engelska rätten närmast öfverensstämmande stadgandena i art. 449: »Lorsqu'il existe au moment du délit une preuve légale des faits imputés, s'il est établi que le prévenu a fait l'imputation sans aucun motif d'intérêt public ou privé ou dans l'unique but de nuire, il sera puni, comme

¹ FOLKARD. S. 19.

FOLKARD. S. 72

coupable de divulgation méchante, d'un emprisonnement etc.» Det är tydligt, att den belgiske lagstiftaren genom skapandet af detta nya delikt, hvilket enligt NYPELS afsett att utfylla »une des lacunes les plus saillantes du code de 1810»,¹ tagit ett bestämdt steg ifrån den gamla franska strafflagens ståndpunkt i riktning mot full öfverensstämmelse med de i den nu gällande franska presslagen rådande principerna. En skillnad mellan den franska och belgiska lagen, som emellertid härflyter ur den nämnda undantagsbestämmelsen i den senare, är att förtal är uppdeladt i två olika delikt, calomnie och diffamation, allteftersom sanningsbeviset är tillåtet eller icke. —

Den svenska strafflagens bestämmelser angående en för ärekränkning anklagads rätt att anföra bevisning om framställda beskyllningars sanningsenlighet i 16 kap. 13 § lyda: »Den, som för ärekränkning tilltalas, må ej till sitt fredande framställa bevisning om sanningen af sådant tillmåle, som i 8 § sägs. Är tillmåle gjordt om bestämdt brott eller visst slag af brott, och vill den tilltalade styrka, att den, emot hvilken tillmälet gjordes, är till sådant brott saker; vise då laga dom därå. Har brottet ännu icke varit under åtal eller under pröfning i fråga om skadestånd; då skall, därest den för ärekränkning tilltalade det vill och han själf är målsägande eller har rätt målsägandes uppdrag till talan, eller ock brottet hörer under allmänt åtal, och såframt tid till sådant eller till talan om skadestånd ej är försutten, efter ty därom stadgadt är, domstolen lägga den tilltalade tid före att visa, att lagligt åtal då blifvit anställdt eller påkalladt, såsom om missgärningars angifvande och åtalande föreskrifvet är, eller att målsägandes talan om skadestånd är anhängiggjord, och

¹ NYPELS: Le code pénal belge. Tome II. Bruxelles 1878. S. 613.

huru däröfver slutligen dömdt blifvit. Ej må till befrielse från ansvar för tillmåle om brott annan bevisning vara tillåten.»

Dessa bestämmelser lämna icke rum för något tvifvel om att den svenska strafflagen utgått från samma uppfattning som den franska och engelska rätten eller att sanningen icke ensam kan göra en ärerörig beskyllning till en af rätten tillåten handling. Att det var denna princip, som lagstiftaren afsåg att förverkliga genom bestämmelserna i 16: 13, visade sig redan under den diskussion, hvartill 1859 års förslag till strafflag på denna punkt gaf anledning inom Högsta Domstolen. Under granskningen af detta förslag, som i härberörda afseende stod på den direkt motsatta ståndpunkten,¹ anfördes lika utförliga skäl för sanningsbeviset som emot detsamma,² och då de senare segrade, fastslog lagstiftaren därmed otvifvelaktigt, att sanningen i den svenska rätten icke är en rättstridighetsupphäfvande omständighet vid förtal. Men detta framgår dessutom tillräckligt tydligt af de citerade bestämmelsernas eget innehåll, enligt hvilka allt sanningsbevis

¹ I 1859 års Förslag till Strafflag hade 16 kap:s 13 § följande lydelse: »Den, som för ärekränkning tilltalas, må ej med bevisning om sanningen af gjordt tillmåle sig från ansvar fria, utom i de fall, då han tillvitat annan bestämdt brott eller visst slag af brott, eller ock viss gärning, som i 8 § sägs. Har den, mot hvilken tillmålet gjordes, varit för brottet tilltalad, men blifvit genom laga kraft ägande dom från åtalet frikänd, eller är den, som tillmålet gjorde, ej målsägande, och hörer brottet ej under allmänt åtal, eller är tid till åtal försuten, efter ty i 5 kap. 14 § skils; då vare ej heller, till befrielse från ansvar för tillmålet, bevisning tillåten.» I den här omtalade 8 § behandlades äreröriga beskyllningar af samma slag som i nu gällande strafflags 16 kap:s 8 §, och sanningen var alltså i 1859 års förslag en genomgående rättstridighetsupphäfvande (straffriande) omständighet och sanningsbeviset i konsekvens därmed tillåtet öfverallt utom i de undantagsfall, som förestafvats af hänsyn till res judicata och målsägandens rätt att ensam åtala brott, som icke höra under allmänt åtal.

² Se Högsta Domstolens protokoll den 30 april 1862, s. 27 f.

öfverhufvud taget är förbjudet vid det stora flertalet äreröriga beskyllningar och sanningsbeviset vid beskyllningar för brott endast tillåtet i de undantagsfall, där det kan ske genom lagadom.

Det är af vikt att fasthålla detta, därför att ens tolkning af lagen i de afseenden, där densamma möjligen kan förefalla tvifvelaktig, gifvetvis blir beroende af hvad man här anser vara regeln och hvad man uppfattar som undantag.

Detta visar sig på en synnerligen viktig, för hela föralsdeliktets gestaltning nästan afgörande punkt i HAMMARSKJÖLDs lära, att den anklagade för att styrka, att hans handling begåtts af obetänksamhet och icke af arghet, har rätt att framställa bevisning om att han trott på sanningen af de beskyllningar, för hvilka han anklagats. Med förutskickande af att arghet nästan alltid föreligger, då beskyllaren handlat i medvetande om beskyllningens osanning, stöder HAMMARSKJÖLD sin uppfattning på följande grunder: »I 13 § har man nu, hvad angår bevisning af sanningen af en meddelelse om brott, omkastat det naturliga och vanliga ordnandet af bevisbördan, så att, i stället för att det åligger käranden att styrka, att gärningen har de karaktärer, som göra den till brott, det i detta fall är svaranden, som, om han skall frikännas, måste styrka, att den saknar en af de karaktärer — nämligen osanningen — som lagen fordrar, för att meddelelsen skall vara brott. Denna omkastning är emellertid en oegentlighet och får ej genomföras vid andra tillfällen, än då lagen uttryckligen stadgat den. Där lagen nu fordrar för ett visst brott, att det begåtts af arghet, måste denna viljeriktning hos gärningsmannen vara styrkt, innan brottet är bevisadt. Visas ej, att brottet skett af arghet, kan enligt 7 § blott obetänksamhetsstraff tillämpas, och gärning, som omtalas så-

som brott emot 8 §, blir straffri. Då nu meddelarens kändedom om osanningen af sin meddelelse är en viktig omständighet för bedömande af huruvida gärningen skett af arghet eller icke, kan det ej gärna förnekas svaranden att utreda, att han trott på sanningen af hvad han meddelat, dock att han, efter 13 §, ej får bevisa, att yttrandet varit sanning, om det angått icke straffbar gärning, eller för att styrka dess sanning begagna andra bevisningsmedel än laga dom, om yttrandet angår straffbar gärning. Kan han förete laga dom, som visar yttrandets sanning, har han i själfva verket styrkt icke egentligen sin bona fides, utan något mera, som gör hans meddelelse straffri.¹ Men hvarken den ena eller den andra af de båda tankar, som uppbära detta resonemang — nämligen att bestämmelserna i 16:13 endast skulle innebära en omkastning af bevisbördan och att beskyllarens medvetande om osanningen skulle vara en viktig omständighet vid bedömandet af huruvida arghet förelegat eller ej — kunna anses hållbara inom den svenska rätten. I själfva verket är det så långt ifrån riktigt att uppfatta de ifrågavarande bestämmelserna såsom varande af endast den formella betydelsen att hafva skapat en processuell »oegentlighet», att dessa bestämmelser tvärtom äro af en alldeles utomordentlig materiellt-straffrättslig innebörd, i det att lagstiftaren genom dem tagit ställning i ärekränkingsmateriens mest omstridda spörsmål och positivt löst ett af de allra mest tvifvelaktiga problemen inom hela läran om rättstridigheten. Detta torde efter allt det ofvan anförda få anses otvifvelaktigt och icke här behöfva vidare utredas. Ifall det då vore riktigt, att arghet framför allt kunde styrkas genom att det bevisades, att gärningsmannen varit medveten om sin beskyllnings osanning

¹ HAMMARSKJÖLD s. 140.

och att den anklagade därför måste hafva rätt att bevisa, att sådant medvetande icke förelegat, så skulle man följaktligen nödgas konstatera en bestämd motsägelse mellan rekvisiten i 16:7 och 8 och de principer, som lagstiftaren fastställt i 16:13. Dels skulle det nämligen stå i bestämd strid med principen om den objektiva sanningens betydelselöshet för rättstridigheten vid förtal att låta den subjektiva sanningen vara afgörande för straffbarhet (enligt 16:8) eller för uppdelande af deliktet i olika straffbarhetskategorier (inom 16:7), och dels skulle de ur denna princip härflytande reglerna, att sanningen öfverhufvud taget icke får bevisas, då fråga är om beskyllningar som falla under 16:8, och vid beskyllningar för brott endast genom laga dom, tydligen helt och hållet upprifvas och göras illusoriska, om hvarje ärekränkare hade rätt att bevisa, att han varit i »god tro» i denna mening; ty en sådan bevisning skulle uppenbarligen i de allra flesta fall i verkligheten bli af precis samma innehåll som bevisning angående beskyllningarnas objektiva sanningsenlighet, eftersom de omständigheter, hvilka kunnat göra beskyllningarna sannolika i beskyllarens ögon, gifvetvis i regeln äro desamma som de, hvilka i allmänhet varit ägnade att styrka deras öfverensstämmelse med sanningen. Emellertid torde af hvad som här ofvan utvecklats likaledes vara klart, att någon dylik motsägelse i verkligheten icke existerar i lagen. Med den riktiga tolkningen af uttrycket »af arghet» såsom ett betonande af fordran på rättstridigt syfte blir den subjektiva sanningen principiellt lika betydelselös som den objektiva.

Däremot skulle med något mera fog kunna sättas i fråga, huruvida icke i de särskilda undantagsfall, där den objektiva sanningen får bevisas, äfven den subjektiva sanningen, d. v. s. tron på den äreröriga beskyllningens sanningsenlighet, bör

tilläggas kraft att fria från straff (resp., om den berott på oaktsamhet, föranleda straff för culpa). Så skulle otvifvelaktigt vara förhållandet, om de undantag, som i den svenska rätten gjorts ifrån regeln, att äreröriga beskyllningars sanning icke får bevisas, äfven vore att betrakta som inskränkingar i principen, att sanningen ensam icke gör sådana beskyllningar till af rätten tillåtna handlingar. Ty det är uppenbart, att om en ärerörig beskyllnings osanning i detta särskilda fall verkligen vore en omständighet, af hvilken dess rättstridighet berodde, så skulle det objektiva brottsrequisitet aldrig kunna sägas vara subjektivt täckt och någon dolös förtalsförbrytelse följaktligen aldrig föreligga, om beskyllaren i dessa fall handlat i tro att hans beskyllning var sann. Emellertid är det redan af den omständigheten, att sanningen vid beskyllningar för brott icke får bevisas med alla medel, utan endast genom företeende af laga dom, klart, att det här icke är fråga om någon partiell begränsning af principen, att sanningen såsom sådan är betydelselös för rättstridigheten vid förtal; ty endast om sanningsbeviset på någon viss punkt lämnats fullkomligt öppet, skulle det kunna vara tal om att denna princip verkligen på den ifrågavarande punkten frångåtts. De i 16: 13 innehållna undantagen från regeln om sanningsbevisets undertryckande här flyta i verkligheten ur helt andra motiv. Dessa undantag äro nämligen alldeles uppenbart tillkomna af hänsyn till hvarje medborgares rätt till att, med undantag för de fall, då brotten ligga under enskildt åtal och den ifrågavarande själf icke är målsägande, angifva alla brott till åtal. Lagstiftaren har ansett, att bevisningsrätten i förevarande fall bör ställas i sammanhang med rättigheten att eljest få det ifrågakomna

brottet under domstols rannsaking,¹ d. v. s. att ett undertryckande af sanningsbeviset i dessa fall skulle innebära ett inkräktande på den nämnda medborgerliga rättigheten, därför att denna rättighet i sig innesluter rätten att öfverhufvud taget afslöja andras brottsliga handlingar. Men då dessa undantagsbestämmelser sålunda bero af förhållanden, som ligga helt och hållet utanför principspörsmålet om sanningens betydelse vid förtal, så är det gifvet, att man under inga omständigheter från desamma kan draga några slutsatser i fråga om den subjektiva sanningens betydelse i detta afseende; och det är följaktligen så långt ifrån att bevisning angående denna alltid skulle få framställas af den anklagade, att detta tvärtom icke ens kan anses tillåtet i de undantagsfall, där den objektiva sanningen får bevisas. — För fullständighetens skull må här framhållas, att det af denna uppfattning naturligtvis följer, att om gärningsmannen omvänt bevisligen varit öfvertygad om att beskyllningen varit osann, så är äfven detta utan betydelse, om han likväl blir i stånd att bevisa dess objektiva sanningsenlighet genom laga dom.

En helt annan fråga är, om icke den subjektiva motsvarigheten till att den objektiva sanningen får bevisas genom laga dom, möjligen bör verka straffriande, om den är väl grundad, resp. föranleda culpastraff, om den beror af bristande aktsamhet, d. v. s. om en ärerörig beskyllnings straffbarhet enligt svensk rätt är beroende af att gärningsmannen icke handlat i tron att beskyllningen kunde bevisas genom laga dom. En sådan tro måste tydligen vara synnerligen väl grundad t. ex. i det fall, att den beskyllde genom underrätts (sedermera upphäfd) dom blifvit fälld till ansvar för det brott,

¹ Högsta Domstolens protokoll den 30 april 1862, s. 29.

som beskyllningen afsett; den kan också eventuellt hafva goda grunder i beskyllarens kännedom om omständigheterna vid den handling, för hvilken han beskyllt den omtalade; att laga dom till slut icke kan åvägabringas, kan bero på att vittnen under tiden aflidit eller annat liknande. Af den svenska lagens ord kan man icke med full säkerhet sluta till dess ställning i sådana fall som dessa. Å ena sidan är det såväl på grund af de ifrågavarande bestämmelsernas plats i 16: 13 som ock på grund af deras formulering (»vise då laga dom därå»; »ej må till befriande från ansvar för tillmäle om brott annan bevisning vara tillåten») otvifvelaktigt att dessa bestämmelser äro tänkta som alldeles enastående undantagsfall, och häraf skulle då följa, att det icke kunde vara tal om straffrihet annat än då den anklagade verkligen »visat laga dom»; men å andra sidan kan det icke förnekas, att stadgande om att sanningen vid beskyllningar för brott får bevisas genom laga dom, till den grad sätter sin prägel på hela det objektiva rekvisitet vid denna del af förtalsdeliktet, att man med ett visst berättigande kan säga, att det objektiva rekvisitet här icke är subjektivt täckt, om beskyllaren varit öfvertygad om att beskyllningens sanning kunde på det föreskrifna sättet bevisas. Icke heller kan man af allmänna skäl tillägga den ena eller andra åsikten i härberörda afseende absolut riktighet. Sedan man först en gång af hänsyn till hvarje medborgares rätt att påkalla rannsaking angående brottsliga handlingar gjort ett undantag ifrån regeln om sanningsbevisets absoluta undertryckande vid förtalsförbrytelserna, är det i själfva verket en smakfråga, om man vill låta detta undantag endast gälla de fall, då laga kraftvunnen dom verkligen kan företes, eller utsträcka det till att omfatta äfven de fall, då beskyllaren handlat i tro att så var förhållandet. Dock förefaller det

senare alternativet på grund af sin öfverensstämmelse med motsvarande stadganden angående objektivt falskt åtal, till hvilket sannolikt skäl har förefunnits, vara det mest tilltalande. Då det är af hänsyn till de enskildas rätt att angifva brott till åtal, som den ifrågavarande undantagsbestämmelsen tillkommit, synes konsekvensen fordra, att den anklagade icke heller dömes för ärekränkning i de fall, då han ansetts hafva haft sannolika skäl till det för bevisnings åvägbringande anställda åtalet, och om man utgår från att detta är det riktiga, finns det knappast några skäl att undandraga ifrån frikännande de fall, då den anklagade på andra sätt kan visa sig hafva varit öfvertygad om möjligheten att bevisa den framställda beskyllningens sanningsenlighet genom laga dom, t. ex. därför att den beskyllde vid underrätt blifvit (genom dom, som sedermera upphäfts) dömd för det påstådda brottet.

I hvarje fall torde det få anses vara den svenska praxis' ståndpunkt, att beskyllarens tro på beskyllningens bevislighet genom laga dom har samma straffriande kraft som en verkliga företedd laga dom.

Detta visar sig mest otvetydigt i ett i Nytt Juridiskt Arkiv 1899 sid. 154 refererad fall: svaranden (A) hade beskyllt käranden (O) för att uppsåtligen hafva misshandlat en svaranden tillhörig häst; på begäran erhöll A uppskof i injuriemålet för att jämlikt 16: 13 styrka, att O gjort sig skyldig till det påstådda brottet; A:s härpå följande talan mot O ogillades därför att »O icke vore mot sitt nekande öfvertygad att hafva misshandlat hästen, samt bevisningen mot O, ehuru för honom besvärande, icke förekommit af beskaffenhet, att edgång kunde honom ådömas»; i injuriemålet blef A härefter af Uppsala läns norra domsagas häradsrätt

frikänd på grund af att A, med afseende å hvad som förekommit i det af honom mot O anhängiggjorda målet, icke kunde anses hafva gjort sig förfallen till straffpåföljd för hvad i förevarande mål lagts honom till last. Denna dom fastställdes såväl af Svea Hofrätt som af Högsta Domstolen. Afvikande vota förekommo, ett i Hofrätten och ett i Högsta Domstolen, enligt hvilka A bort dömas enligt 16: 7, enär han ej på sätt i 16 kap. 13 § Strafflagen föreskrifves, förmått visa tillmålets sanning. I detta fall hade svaranden icke gjort gällande någon som helst särskild rätt eller plikt att framställa den åtalade beskyllningen, och icke heller förekommo några andra omständigheter, som skulle kunnat gifva anledning till den anklagades frikännande, hvilket följaktligen alldeles otvifvelaktigt berott endast af den presterade bevisningen om beskyllarens tro på att beskyllningens sanning kunde bevisas genom laga dom.

I tvenne andra liknande fall är det däremot möjligt, att frikännandet i någon mån influerats af att svarandena ansetts hafva haft, i det ena fallet rätt, och i det andra fallet plikt, att framkomma med de ifrågavarande beskyllningarna. Dock förekommer i motiveringen till utslagen i intetdera af dessa fall någon direkt antydning om att så skulle hafva varit förhållandet.

I det förra fallet (Nytt Juridiskt Arkiv 1886, sid. 186), som gällde en beskyllning för stöld, framställd af svaranden (A) till personer, som i förtroende begärt upplysningar angående hans f. d. biträde käranden (O), hade Stockholms Rådstufvurätt utan vidare frikänt, otvifvelaktigt på grund af att A ansetts hafva haft rätt att lämna sådana upplysningar, och det var först då O besvärat sig i Hofrätten, som A begärde och erhöll uppskof för att med laga dom styrka, att O var

saker till det påstådda brottet. Detta A:s åtal ogillades, trots att bindande omständigheter och liknelser till stöd för detsamma förekommo, och O:s med anledning af detta åtal mot A väckta rekonventionstalan blef likaledes, med åberopande af 16: 6, ogillad. Härefter dömde Svea Hofrätt, med tre röster mot två, A för ärekränkning enligt 16: 7, på grund af att A icke gittat, på sätt i 16 kap. 13 § Strafflagen stadgades, visa att O vore saker till det brott A tillvitat O; men denna dom upphäfdes af Högsta Domstolen, som frikände A utan annan motivering än att A af den domstol, vid hvilken han för laglig bevisnings förebringande åtalat O för det påstådda brottet, ansetts hafva haft sannolika skäl till detta åtal och följaktligen jämlikt 16: 6 befriats från ansvar för detsamma.

En liknande motivering återfinnes i ett Stockholms Råd-stufvurätts utslag, fastställdt af Svea Hofrätt och Högsta Domstolen, i ett liknande fall (Nytt Juridiskt Arkiv 1898, sid. 101), som gällde en af sysslomännen i en konkurs mot konkursgäldenären framställd beskyllning om undansnillande af konkursboet tillhörig egendom. Här hade svarandena (E och B), utom det att de åtalat kändan (D) för det påstådda brottet (hvilket åtal ogillades, dock att D:s på grund här af mot E och B väckta rekonventionstalan likaledes ogillades) äfven gjort gällande till sitt försvar, att de genom den åtalade beskyllningen endast fullgjort sin plikt som sysslomän, i det att denna beskyllnings framställande skulle hafva varit nödvändigt för tillvaratagandet af konkursborgenärernas intressen. Men om denna omständighet förekommer, som sagdt, ingen antydan i underrättens utslag, hvilket ensamt stöddes på att D:s rekonventionstalan emot E och D blifvit ogillad. —

En annan icke oviktig punkt, där tolkningen af den svenska lagen blir direkt beroende af hvad man anser vara den principiella innebörden i 16:13, är frågan, huruvida den beskyllde i ärekränkingsprocessen har rätt att framställa bevisning om den gjorda beskyllningens osanning. Utgår man från att 16:13 endast innehåller en omkastning af de vanliga processuella reglerna angående bevisskyldigheten, hvilken såsom varande en undantagsbestämmelse icke får utsträckas längre än till hvad som bokstafligen angifvits, så är det gifvet, att det ej finnes några skäl att förbjuda den beskyllde att söka bevisa beskyllningens osanning, och detta är också Hammarskjölds åsikt om den svenska rättens ställning i denna fråga.¹ Utgår man däremot, som här ofvan ansetts vara det riktiga, från att den i 16:13 uttalade principen är, att sanningen i och för sig är utan betydelse för en förtalshandlings rättstridighet, och att de fall af tillåtet sanningsbevis, som där sammastädes stadgas, följaktligen äro att betrakta såsom undantag ifrån regeln, att sanningsbevis icke är tillåtet vid förtal, så måste man tydligen återigen komma till den direkt motsatta uppfattningen. Dels finns det under sådana omständigheter öfverhufvud taget ingen anledning att i förtalsprocessen tillåta den beskyllde att framkomma med bevisning om beskyllningens osanning, och dels skulle en sådan bevisning, om den vore tillåten, otvifvelaktigt komma att framstå som en kärandens moraliska plikt, hvarmed den i den svenska rätten härskande principen tydligen vore räddningslöst uppgifven. Men härtill kommer, att om det vore tillåtet för käranden att bevisa beskyllningens osanning, så skulle det omöjligt kunna förbjudas svaranden att göra anmärkning mot denna bevisning. Att på sådant sätt binda svaranden, under

¹ HAMMARSKJÖLD s. 132.

det att man lämnade kâranden oinskränkt frihet, skulle vara en uppenbar orättvisa, och dessutom gifvetvis äfven beröfva svarandens bevisning största delen af dess moraliska värde. HAMMARSKJÖLD rygggar icke heller tillbaka för denna konsekvens af sin åsikt. »Och kan det ej», heter det hos HAMMARSKJÖLD,¹ »förnekas den tilltalade att emot anklagarens bevisningsmedel framställa jäf och anmärkningar, ehuru han själf ej kan få åvägabrunga någon motbevisning.» Men det är uppenbart, att man härigenom skulle hafva brutit icke endast med den svenska straffrättsliga principen i detta afseende, utan äfven med den tydligt uttalade bestämmelsen, att en för ärekränkning anklagad ej får anföra annan bevisning om tillmälets sanning än den i lagen i vissa bestämda fall föreskrifna. Ty en bevisning från svarandens sida, som ginge ut på att förringa värdet af kârandens bevisning om beskyllningens osanning, skulle i verkligheten tydligen aldrig kunna bli af annan innebörd än en direkt framställd bevisning om beskyllningens sanning. Det är visserligen sant, att man praktiskt knappast kan förhindra kâranden att i inlämnade skrifter försöka bevisa den åtalade beskyllningens osanning. Men detta utgör alldeles icke något skäl till att principiellt fastslå en sådan rätt för kâranden, hvilken i så fall äfven skulle utsträckas till inkallandet af vittnen, sakkunniga etc., och ännu mindre innehåller denna praktiska omständighet ett skäl till att på något sätt låta en sådan bevisning inverka på den äreröriga beskyllningens straffbarhet eller icke straffbarhet. — En helt annan, med denna fråga i intet sammanhang stående sak är, att såväl beskyllningens objektiva sanning som beskyllarens tro på densamma, i de fall handlingen upp-

¹ HAMMARSKJÖLD, s. 132.

13—100418. *Bjerre, Om rättsstridighetsmomentet.*

burits af något annat särskildt intresse, kan bli af direkt och afgörande betydelse för beskyllningens rättstridighet, och att den beskyllde i dessa fall naturligtvis har samma rätt att bevisa beskyllningens osanning som beskyllaren att bevisa dess sanning eller sin tro på sanningen. Det är, som redan framhållits, af vikt att hålla alla fall af detta slag klart och bestämdt isolerade ifrån hittills behandlade fall, i hvilka det varit fråga om sanningens kraft att ensam uppväga intresset ära.

Om härmed nu får anses fastställt hvad som enligt den svenska rätten kan vara föremål för sanningsbevis vid förtal, så återstår till slut frågan, när det af lagen i 16:13 tillåtna sanningsbeviset kan anses presteradt. Svårigheter vid besvarandet af detta spörsmål kunna i de enskilda fallen uppkomma, i den mån som det genom den lagakraftvunna domen bevisade mer eller mindre väsentligt skiljer sig från det i den äreröriga beskyllningen påstådda. Äfven här är det af vikt att fasthålla de ifrågavarande bevisstadgarnas karaktär af undantag från regeln. I ett sådant system som t. ex. det tyska, där sanningen ensam är en rättstridighetsupphäfvande omständighet, är det utan tvifvel riktigt, att sanningsbeviset måste anses fördt, »wenn auch etwas anderes als das Behauptete erbracht wäre, sofern es nur in Bezug auf die Behandlung des Ehrenpunktes dem Behaupteten quantitativ und qualitativ äquivalent wäre». ¹ Men lika otvifvelaktigt är, att den svenska lagens bestämmelser i detta afseende böra tolkas restriktivt och att det därför i svensk rätt fordras en vida högre grad af öfverensstämmelse mellan hvad som påståtts och hvad som bevisats. I de fall, där beskyllningen gäller en viss bestämd brottslig handling, har beskyllaren sålunda inga-

¹ KOHLER S. 136.

lunda rätt att framställa bevisning om att den beskyllde begått en eller flera andra handlingar af samma slag. Den, som t. ex. beskyllt en annan för att vid ett visst tillfälle hafva stulit vissa uppgifna saker, kan icke skydda sig ifrån straff genom att bevisa, att den omtalade vid andra tillfällen begått andra stölder. På grund af lagens ord: »vill den tilltalade styrka, att den, emot hvilken tillmälet gjordes, är till sådant brott saker», skulle man möjligen kunna antaga, att detta likväl vore lagstiftarens mening. Men detta uttryck »till sådant brott» måste antagas hafva tillkommit för att kunna hänvisa icke endast till uttrycket »bestämdt brott» utan äfven till uttrycket »visst slag af brott» i den föregående satsen. Skulle man nödgas tolka den ifrågavarande bestämmelsen så, att beskyllaren blefve fri från straff, blott han kunde (genom laga dom) bevisa, att den beskyllde begått någon handling af samma slag som den påstådda, så skulle dessa bestämmelser tydligen alldeles icke komma att stå i samklang med stadgandena angående falskt åtal, af hänsyn till hvilka de likväl tillkommit; eftersom enligt dessa senare den, som till åtal angifver en annan för att hafva begått t. ex. ett visst uppgifvet inbrott, gifvetvis icke blir fri från ansvar för falsk angivelse, därför att han eventuellt kan bevisa, att den falskeligen angifne t. ex. ett år tidigare på en annan plats gjort inbrott. Och ännu mindre kan det naturligtvis vara tal om att beskyllaren skulle ha någon rätt att visa, att den beskyllde begått brottslig handling af annat slag än den påstådda, blott därför att denna skulle kunna anses utvisa samma sedliga defekt som den påstådda. I de fall, där beskyllningen återigen icke afser en bestämd handling utan ett »visst slag af brott», är det däremot gifvet, att hvarje bevisning genom laga dom om af den beskyllde begånget brott af den uppgifna

arten, skyddar från straff, och bevisningsrätten blir följaktligen alltmera obunden i samma mån som den kategori, som beskyllningen afser, är mera omfattande. Dock är naturligtvis att märka, att beskyllningen verkligen måste gälla ett visst slag af brott (och icke afse t. ex. brottslighet i allmänhet), för att bevisning öfverhufvud taget skall kunna komma i fråga. Och äfven då frågan blir om huruvida det brott, som beskyllaren vill bevisa, verkligen är af det slag som i beskyllningen påstått, torde lagens bestämmelser närmast vara att tolka i inskränkande riktning. Visserligen kan man naturligtvis icke af medborgare i allmänhet fordra en ens tillnärmelsevis exakt kännedom om lagens olika brottskategorier, och det kan därför gifvetvis icke sättas i fråga, att man utan vidare skulle kunna lägga dessa till grund för afgörandet, huruvida bevisning angående visst slag af brott får förekomma eller ej. Det afgörande härvid måste fastmera vara den uppdelning af brott i olika klasser, som är den bland lekmän vanliga, d. v. s. den uppfattning i detta afseende, som lefver i samhällets allmänna rättsmedvetande. Men så mycket strängare måste man hålla på, att en anklagad icke kan skydda sig ifrån straff genom att bevisa, att den beskyllde begått ett brott, som icke i denna mening är af den art, som beskyllningen afsett.

Kapitel 3. Konflikter mellan äran och det statsliga och kommunala lifvets intressen.

Under ofvanstående rubrik har för öfversiktlighetens skull sammanförts alla de fall, i hvilka de enskildes ära måste uppoffras, för att statens och kommunernas lif och verksamhet inom olika områden skola kunna fortgå i normalt förlopp. Hit höra, för att här inledningsvis anföra några exempel,

alla sådana fall som att enskilde medborgares ära måste vika för yttrandefriheten inom riksdagen eller för valmännens rätt till fri diskussion angående riksdagsmannakandidaters egenskaper eller öfverhufvud taget för det parlamentariska lifvets intressen; hit hör, att statens offentliga handlingar få ostraffadt återgifvas äfven där de innehålla för enskilde äreröriga beskyllningar; hit hör vederbörande myndigheters kritik öfver sökande till ämbetsställningar eller öfver sina underordnades ämbetsförvaltning, liksom äfven den rätt till kritik i detta afseende, som möjligen kan anses tillkomma hvarje medborgare i ett fritt land; hit höra de läsioner af enskildes ära, utan hvilka åtskilliga af statens funktioner t. ex. rättskipningen, öfverhufvud taget icke kunna tänkas genomförda; hit höra slutligen konflikterna mellan äran och de med de nu antydda statsliga intressena analoga intressena i det kommunala lifvet. Det kan möjligen vid första anblicken förefalla, som om det mellan många af dessa fall knappast existerade någon verkligt inre släktskap, och det skall icke förnekas, att de i detta kapitel sammanförda intressekollisionerna ofta äro af i hög grad växlande innehåll och vidt skilda slag; men då, trots all yttre olikhet, hvilken är en gifven följd af att det statsliga och kommunala lifvet själfva äro i så hög grad mångsidiga och i sina skilda grenar i så hög grad olikartade, alla de här ifrågavarande konflikterna likväl hafva den väsentliga egenskapen gemensam, att det öfverallt i yttersta hand är för ett statsligt eller kommunalt intresse, d. v. s. för att staten eller kommunerna skola kunna fylla sina uppgifter, som de enskildes ära här får vika, och då alla dessa intressekollisioner såtillvida ytterst härflyta ur samma källa, har det likväl ansetts berättigadt att här upptaga dem till behandling i ett sammanhang. —

Mellan äran och det parlamentariska lifvets intressen kunna konflikter för det första uppkomma därigenom, att de statens intressen, hvilka det åligger parlamentet eller riksdagen att tillvarataga, icke alltid kunna konsekvent genomföras, utan att enskilde utanför riksdagen stående personers eller enskilde riksdagsmedlemmars ära angripes. Under utövande af den rätt till granskning af och kritik öfver statsverkets skötsel, hvilken tillkommer riksdagen, dess utskott, dess revisorer o. s. v., liksom vid behandling af sådana ärenden, hvilka stå i oupplösligt sammanhang med enskilde medborgares förhållanden, måste konflikter af det ifrågavarande slaget, enligt sakens natur, ofta uppkomma, och på samma sätt måste otvifvelaktigt stundom också konflikter uppkomma mellan enskilde riksdagsmedlemmars ära och de intressen, som funnit sitt allmänna uttryck i den riksdagen tillförsäkrade rätten till fri diskussion i alla förekommande frågor. Med afseende på lösningen af dessa intressekollisioner är väl att märka, att de bestämmelser angående parlamentsledamöternas inviolabilitet eller immunitet, hvilka finnas gifna i nästan alla länders konstitutionella lagar, icke hafva något sammanhang med frågan, huruvida en parlamentsledamots yttranden eller öfriga handlingar såsom sådan äro att beteckna såsom rättsstridiga eller ej. I somliga länder är allt åtal af yttranden, som en medlem af den lagstiftande församlingen fällt i denna sin egenskap, definitivt förbjudet; så i Tyskland,¹ i England² i Frankrike;³ i andra länder är möjligheten att åtala en riksdagsmans yttrande inom riksdagen gjord beroende af den kammares medgifvande, till hvilken han hör; så t. ex. i Dan-

¹ Reichsverfassung Art. 30; Strafgesetzbuch § 11.

² Se FOLKARD. S. 233.

³ Franska Presslagen art. 41.

mark,¹ och enligt svenska R. F. § 110 må ej någon riksdagsman under tilltal ställas eller sin frihet beröfvas för sina gärningar eller yttranden i denna egenskap, utan att den kammare, till hvilken han hör, sådant tillåtit genom uttryckligt beslut, däruti minst fem sjättedelar af de röstande instämt. Visserligen måste äfven dessa bestämmelser anses tillkomna efter en afvägning af vissa statens eller det parlamentariska lifvets intressen gentemot alla de andra intressen, som eventuellt kunna kränkas genom riksdagsmedlemmars yttranden eller öfriga verksamhet inom riksdagen. Men den intresseafvägning, ur hvilken de nämnda bestämmelserna få anses härflyta, har icke haft till ändamål att afgöra, huruvida de ifrågavarande handlingarna böra stämplas såsom rättstridiga eller icke, utan fastmer huruvida icke statens intressen fordrade, att dessa handlingar, oafsedt deras rättstridighet eller icke rättstridighet, alltid eller under vissa villkor måste blifva fria från åtal och straff; och de lagstadganden, genom hvilka detta afgjorts, falla följaktligen utanför läran om rättstridighet. I de länder, där intet åtal af riksdagsmän för deras handlingar såsom sådana öfverhufvud taget är tillåtet, är frågan om dessa handlingars rättstridighet sålunda visserligen undandragen domstolarnas pröfning men ingalunda afgjord af lagen själf, och i de länder, där, som i Sverige, åtal i vissa fall är tillåtet, blir i dessa fall frågan, huruvida något visst en riksdagsmans yttrande är att betrakta som rättstridigt förtal eller icke, att pröfva i vanlig ordning. Det afgörande härvid äro dels grundlagarnas uttryckliga bestämmelser angående riksdagsmäns yttrandefrihet och den konstitutionella praxis i detta afseende, som sedan vårt nu-

¹ Danska grundlagen § 57.

varande statsskicks tillkomst vuxit upp på grundvalen af dessa stadganden, och dels i tvifvelaktiga fall en efter de vanliga rättstridighetsprinciperna verkställd balansering af de statens intressen, som den ifrågavarande handlingen representerar, och de intressen, som genom densamma skadats eller utsatts för fara. Men då såväl de nämnda bestämmelserna och praxis i detta ämne som också de synpunkter, hvilka för öfrigt här kunna komma i fråga, genomgående äro af statsrättslig natur, och då en redogörelse för förtalsrättstridighetsproblemets utveckling och gestaltning inom detta alldeles speciella område skulle fordra långt större utrymme än som det vore möjligt att i denna afhandling bereda åt en fråga af denna art, anse vi oss böra afstå från problemets vidare fullgörande på denna punkt, ehuru därmed visserligen en lucka i framställningen af rättstridigheten vid förtal blir följden. I någon mån torde detta också kunna försvaras af det ifrågavarande spörsmålets ytterligt ringa praktiska betydelse. Oss veterligt har ingen af riksdagens kamrar någonsin efter 1809 lämnat det tillstånd till åtalande af någon af dess medlemmar för förtalsförbrytelse, hvilket förutsättes i R. F. § 110, och förtalsrättstridighetsproblemet i denna form har följaktligen aldrig under de sista hundra åren varit föremål för svensk domstols pröfning. —

Af helt annat innehåll är den till det parlamentariska lifvets område hörande intressekonflikt, på grund af hvilken återgifvande eller spridande af inom riksdagen fälda äreröriga beskyllningar i form af referat från riksdagens förhandlingar stundom icke blir att betrakta som en rättstridig handling. Hvad de enskildes ära i dessa fall får vika för, är nämligen icke statslifvets intresse af att de ifrågavarande beskyllningarna för sin egen skull skola få ostraffadt framställas och

ännu mindre de statsrättsliga intressen, som göra det nödvändigt, att yttranden inom riksdagen, oafsedt deras rättstridighet eller icke rättstridighet, öfverhufvud taget aldrig eller endast under vissa bestämda villkor alls få åtalas. Hvad det här är fråga om är fastmera ett utanför riksdagens eget arbete liggande intresse, nämligen medborgarnes eller allmänhetens rätt att följa och stå i ständig kontakt med den lagstiftande församlingens verksamhet. Denna rättighet, eller med andra ord de parlamentariska förhandlingarnas offentlighet, är gifvetvis en af grundvalarna i hvarje konstitutionellt statsskick, den är en direkt och nödvändig konsekvens af medborgarnes rätt att genom allmänna val bestämma parlamentens sammansättning, både därför att denna sistnämnda rättighet naturligtvis icke kan utöfas, utan att väljarna äro initierade i landets dagspolitiska frågor, och därför att af densamma följer en viss rätt till kännedom om och kritik öfver de politiska personligheternas verksamhet, och den kan i yttersta hand sägas härflyta redan ur den betydelse, som riksdagens verksamhet i sina konsekvenser har för hvarje enskild statsmedborgares lif; och inför detta intresse är det som de enskildes ära får vika i alla de fall, där riksdagens protokoll eller öfriga handlingar innehålla beskyllningar, som äro för någon ämbetsman, riksdagsmedlem eller annan medborgare förklenliga. När man stundom i detta afseende utan vidare sammanställt de på riksdagens befallning utgifna referaten af riksdagsförhandlingar med riksdagsmännens yttranden eller öfriga verksamhet inom riksdagen,¹ har man därför knappast riktigt träffat grunden till att de förra aldrig kunna ådraga ansvar. Det verkliga förhållandet är att dessa hand-

¹ Se t. ex. RYDIN: Om Yttrandefrihet och Tryckfrihet. Stockholm 1859. S. 66.

lingar på grund af de intressen af nu angifvet innehåll, som de alltid måste anses representera, i ett land med konstitutionell författning aldrig kunna blifva rättstridiga, under det att riksdagsmännens yttrande inom riksdagen — bortsett från det skydd, som de åtnjuta på grund af de utanför läran om rättstridigheten fallande inviolabilitetsbestämmelserna — stundom, äfven om de innehålla äreröriga beskyllningar, på grund af de intressen, af hvilka de i hvarje särskildt fall uppbåras, kunna blifva att betraktas som af rätten tillåtna handlingar.

I åtskilliga länder är denna punkt af förtalsrättstridighetsproblemet reglerad genom positiv lagstiftning, så i Tyskland genom Reichsverfassung Art. 22 Abs. 2, som bestämmer, att »wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen in den öffentlichen Sitzung des Reichstags bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei», och Strafgesetzbuch § 12 af motsvarande innehåll i afseende på de till riket hörande staternas representationer, i Frankrike genom Presslagen art. 41 § 2, som stadgar, att »ne donnera lieu á aucune action, le compte-rendu des séances publiques des deux Chambres, fait de bonne foi dans les journaux», och i England genom lagen af d. 14 april 1840, som bland annat bestämmer, att ingen på öfver- eller underhusets befallning utgifven publikation angående hvad som i parlamentet förekommit och intet utdrag ur en sådan publikation, hvilken gjorts bona fide, skall kunna ådraga ansvar.¹ I Sverige förekommer af direkta stadganden, som kunna blifva af betydelse i detta ämne, inga andra än de, genom hvilka inskränkningar i riksdagsförhandlingarnas offentlighet medgifvits. Men det kan icke finnas något som helst

¹ FOLKARD. S. 244 f.

tvifvel om att äfven enligt svensk rätt återgifvande af inom riksdagen fällda äreröriga beskyllningar endast i vissa undantagsfall skulle bli att betrakta som rättstridigt förtal. Obedingadt uteslutna härifrån äro naturligtvis i första hand de enligt R. O. § 82, på förordnande af hvardera af riksdagens kamrar utgifna protokoll och öfriga riksdagsförhandlingar. Men äfven i fråga om på enskildt initiativ tillkomna tryckta eller muntliga referat af hvad som i riksdagen förekommit gäller som regel, att ett sådant spridande af äreröriga beskyllningar aldrig kan bli att betrakta som rättstridigt. Härvid är emellertid att märka, att den svenska grundlagen som nyss antyddes, i R. O. § 82, stadgat rätt för riksdagens kamrar att själfva afgöra, hvad som af deras förhandlingar skall höra offentligheten till, en rätt, som i ordningsstadgan för riksdagens första kammare, § 20, och i arbetsordningen för riksdagens andra kammare, § 23, närmare reglerats därhän, att det för offentlighetens uteslutande i första kammaren fordras minst sex ledamöters yrkande och i den andra kammarens bifall i vanlig ordning. Som en konsekvens af att lagstiftaren på detta sätt gjort eller medgifvit inskränkningar i principen om riksdagsförhandlingarnas offentlighet följer, att, i den mån som kamrarna i enlighet med dessa bestämmelser undandragit ifrån offentlighet vissa delar af sina förhandlingar, ett återgifvande af dessa delar icke är obetingadt skyddadt från ansvar, utan, om de innehålla äreröriga beskyllningar, spridandet däraf eventuellt kan bli att betrakta som rättstridigt förtal. — Vidare är i fråga om icke officiella referat att märka, att endast fullständiga och ordagranna sådana under alla omständigheter äro uteslutna från straffbarhet. Ett fullständigt och ordagrant referat af de delar af riksdagens förhandlingar, som tillhöra offentligheten, måste alltid

anses uppbäras af det intresse, som här väger tyngre än äran, och kan därför aldrig blifva rättstridigt. Vid partiella referat, utdrag, enstaka meddelanden, allmänna berättelser och dylikt ifrån riksdagens förhandlingar, blir däremot rättstridighetsfrågan i hvarje särskildt fall beroende af huruvida återgifvandet i fråga verkligen lämnar en riktig bild af någon viss del af dessa förhandlingar, eller m. a. o. om det verkligen fyller sin uppgift att sätta publiken eller dem, till hvilken det eljest framställts, in i hvad som vid något visst tillfälle eller i afseende på någon viss fråga i riksdagen förekommit; ty endast i så fall kan det sägas stå i det intresses tjänst, om hvilket det här är fråga. För att detta skall vara förhållandet, är det gifvetvis icke nog, att de refererade yttrandena icke direkt förfalskats eller genom sin formulering gifvits en annan innebörd än deras upphofsmän afsett; det fordras också, att dessa yttranden icke återgifvits lösryckta ur sitt naturliga sammanhang eller ställts tillhoppa med andra på ett sådant sätt, att de lämna en annan uppfattning af det ämne, som de behandla, än ett fullständigt referat skulle hafva gjort. Om en riksdagsman framställt en, t. ex. för en ämbetsman, ärerörig beskyllning, och denna beskyllning blifvit under debatten omedelbart vederlagd genom en annan riksdagsmans yttrande, så blir det otvifvelaktigt att betrakta som rättstridigt förtal, om t. ex. en tidning med sensationella rubriker återger det förra af dessa yttranden men icke det senare. Öfverhufvud taget måste vid afgörandet af huruvida ett icke ordagrant referat från riksdagens förhandlingar är rättstridigt eller ej, hänsyn tagas till alla omständigheter, som kunna utöfva inflytande på huruvida den, som får del af detsamma, därmed får en riktig uppfattning af det passerade. — Det förtjänar att framhållas, att de refererade be-

skyllningarnas öfverensstämmelse med sanningen däremot är en omständighet, som ej är af någon betydelse i dessa fall, och att referentens tro i detta afseende, d. v. s. den subjektiva sanningen, följaktligen ännu mindre kan utöfva något inflytande. Kollisionerna mellan äran och de parlamentariska intressena på denna punkt är ett af de sällsynta fall, i hvilka hvarken den objektiva sanningen eller gärningsmannens goda tro spelar någon som helst roll. Detta är naturligtvis en följd af denna intressekonflikts verkliga innehåll, som är en kraftmätning mellan äran å ena sidan och å andra sidan medborgarnes rätt att få kännedom, naturligtvis icke endast om hvad som sanningsenligt blifvit påstått inom riksdagen utan om allt hvad som därstädes förekommit, om hela riksdagsarbetets gång. —

En tredje till det parlamentariska lifvets område hörande grupp af intressekollisioner af återigen annat innehåll, utgöra de konflikter, som kunna uppkomma emellan de såsom riksdagsmannakandidater uppställda enskildes ära och de intressen, som allmännast kunna bestämmas som källan till valmannens rätt till fri diskussion angående de eventuella representanternas egenskaper. Denna rätt till fri diskussion angående kandidater till riksdagsmannakallet kan närmast sägas härflyta ur medborgarnes rätt att själfva utse sina representanter i riksdagen, men har naturligtvis sin djupaste grund i hvarje konstitutionellt styrdt samhälles intresse af att dess lagstiftande församling blir till sin sammansättning den bästa möjliga. Att en mot en riksdagsmannakandidat framställd ärerörig beskyllning på grund af det intresse af det nu nämnda slaget, som den eventuellt representerar, stundom måste betraktas som en af rätten tillåten handling, kan knappast betviflas. När en riksdagsmannakandidats handlingar, ut-

visande att han saknar alla förutsättningar för att anses värdig sina medborgares högsta förtroende, framdragas i ljuset, så är detta en handling, som tydligen uppbäres af mycket starka intressen, och skulle de i den svenska strafflagen fastställda reglerna angående sanningsbevisets tillåtlighet och betydelse vid äreröriga beskyllningar, framställda under vanliga förhållanden, gälla äfven i fråga om beskyllningar, som framställts mot riksdagsmannakandidater under valperioder, så skulle medborgarnes rätt att utse sina representanter i själfva verket vara bunden inom sådana gränser, att den blefve hart när illusorisk, och statens intresse på denna punkt skulle på ett orimligt sätt hafva uppoffrats för intresset de enskildes ära. En sådan reglering af rättstridighetsproblemet i dessa fall är därför omöjlig, och frågan är följaktligen icke huruvida utan huru långt man här måste låta intresset ära vika för andra mera betydelsefulla intressen. Svaret på denna fråga erbjuder svårigheter i flera riktningar, nämligen dels i afseende på hvilka delar af den beskylldes personlighet eller föregående verksamhet, som de framställda beskyllningarna kunna röra sig om utan att blifva rättstridiga, dels i afseende på under hvilka omständigheter som beskyllningarna kunna hafva framställts och dels i afseende på hvad som måste fordras af beskyllningarnas öfverensstämmelse med sanningen.

I det förstnämnda afseendet måste enligt sakens natur skillnad göras emellan beskyllningar, som gälla den beskylldes föregående verksamhet som politisk personlighet, och beskyllningar, som icke afse politiska handlingar. I fråga om beskyllningar af det förra slaget kan det knappast vara något tvifvel om att de — om de eljest uppfylla hvad som måste fordras i afseende på under hvilka omständigheter de framställts samt i afseende på deras sanningsenlighet —

aldrig kunna blifva att betrakta som rättstridiga. Om en riksdagsmannakandidat förut varit riksdagsman eller eljest intagit en politisk ställning, måste hans handlingar i denna egenskap gifvetvis blifva afgörande för huruvida han kan anses lämplig att äfven i framtiden utöfva en politisk verksamhet, och att afslöja handlingar ur en riksdagsmannakandidats föregående politiska lif, hvilka utvisa, att han saknar moraliska eller andra förutsättningar för att fylla det kall, för hvilket han blifvit ifrågasatt, kan därför aldrig blifva en af rätten förbjuden handling. Det skulle uppenbarligen stå i skärande strid med hela det konstitutionella statslivets och framför allt den allmänna rösträttens grundprinciper att förhindra, att det bragtes till valmännens kännedom, att en riksdagsmannakandidat förut såsom riksdagsman t. ex. sålt sin öfvertygelse för personliga fördelar eller på annat sätt redan en gång svikit det förtroende, som hans medborgare stå i beredskap att ånyo skänka honom. Mera tvifvelaktigt kan det däremot vara, huruvida äreröriga beskyllningar mot en riksdagsmannakandidat, hvilka icke gälla politiska handlingar, någonsin kunna bli af rätten tillåtna. Dock torde det icke heller i fråga om beskyllningar af sådant innehåll kunna förnekas, att de understundom tillräckligt kraftigt uppbäras af det intresse, om hvilket det här är fråga. En person, som t. ex. varit invecklad i svindlerier eller tvifvelaktiga affärer, genom hvilka han visat sig ovärdig andras förtroende, är gifvetvis icke lämplig att representera sina medborgare i landets lagstiftande församling, och att göra allmänt bekant, att en riksdagsmannakandidat begått sådana handlingar, och därigenom förhindra hans val, bör följaktligen icke kunna stämplas som brott. Emellertid är det vid beskyllningar af detta slag gifvet, att man i hvarje särskildt fall måste noga

undersöka, huruvida beskyllningen i fråga verkligen står i det angifna intresses tjänst och representerar detta intresse tillräckligt starkt för att väga tyngre än intresset ära. Det kan icke förnekas, att gränsen emellan straffritt och straffbart här är vag och svårbestämd; men där det allmänna rättsmedvetandet icke framträdtt i några som helst yttre former, kan den icke blifva annat; hvarje försök att en gång för alla uppdraga en mera bestämd gräns måste enligt sakens natur leda till godtycklighet och felaktigheter.

Med afseende på de omständigheter, under hvilka en beskyllning af det här ifrågavarande slaget kan framställas utan att redan på grund däraf blifva rättstridig, blir framför allt att göra skillnad emellan om beskyllningarna framställts under den offentliga diskussion, som föregår hvarje riksdagsmannaval, d. v. s. i pressen, på offentliga möten o. s. v., eller om beskyllningarna framkommit under rent privata förhållanden. I det förra fallet måste de otvifvelaktigt anses stå i det intresses tjänst, om hvilket det här är fråga, och alltså, om de icke redan på grund af sitt innehåll eller på grund af bristande sanningsenlighet äro rättstridiga, blifva att betrakta såsom af rätten tillåtna. I det senare fallet återigen — d. v. s. om nedsättande beskyllningar mot en riksdagsmannakandidat framställts under enskilda samtal i den privata agitationens förlopp eller utan allt direkt sammanhang med själfva riksdagsmannavalet — kan det visserligen hända, att beskyllningarna i enstaka fall kunna sägas vara i någon mån uppburna af det här omhandlade intresset, men detta intresse framträder i dylika fall otvifvelaktigt alltför svagt, för att det allmänna rättsmedvetandet skulle kunna antagas fordra, att de enskildes ära under sådana omständigheter för dess skull uppoffrades.

I fråga om hvad som bör fordras i afseende på sanningsenligheten hos beskyllningar af det här behandlade slaget är till att börja med otvifvelaktigt, att det icke kan vara osanningen, som vid sådana beskyllningar är rättstridighetsvillkor i den mening, att endast af käranden bevisade osanna beskyllningar skulle kunna blifva rättstridiga. En sådan bestämmelse skulle gifvetvis leda till alltför stor löslighet i diskussionen under valperioderna och, genom att öppna fältet för personlig förföljelse och hänsynslös agitation, långt ifrån att gagna statens intressen i fråga om den lagstiftande församlingens sammansättning tvärtom ifrån denna utesluta kanske just de allra lämpligaste. Det måste följaktligen anses vara de ifrågavarande beskyllningarnas obevisbarhet, som är villkor för deras rättstridighet, så att deras framställare har, för att skydda sig från straff för förtal, — naturligtvis med hvilka bevismedel som helst — att styrka beskyllningarnas sanningsenlighet, resp. att han var i god tro. I de fall, där beskyllarens goda tro icke hvilat på objektivt sedt tillräckligt goda grunder, kan naturligtvis culpastraff komma i fråga.

Det har stundom inom tyska och engelska litteraturen¹ rests betänkligheter emot allt privilegierande af äreröriga beskyllningar mot riksdagsmannakandidater under valperioderna, och det kan förefalla som de argument, hvilka härvid åberopats — att ett dylikt privilegierande skulle afskräcka många af de bäste af medborgarne från att uppställa sig som kandidater, att det redan dessförutan hos de olika partierna existerar tillräckligt starka tendenser att förtala motpartiets

¹ Se v. BAR: Beleidigung. S. 153 och FOLKARD. S. 265.

14—100418 Bjerre, Om rättstridighetsmomentet.

kandidat, att det skulle vara orimligt att hvar och en hade rätt att framkasta äreröriga beskyllningar mot män, som stå inför möjligheten att beklädas med sina medborgares högsta förtroende etc. —, skulle gälla för det förevarande spörsmålets lösning icke endast inom den tyska och engelska utan också inom den svenska rätten. Men att så likväl icke är förhållandet blir klart, om man tager i betraktande, att sanningen ensam inom den tyska rätten tillagts kraft att under alla omständigheter uppväga intresset ära och att sanningsbeviset därför här är så godt som oinskränkt tillåtet vid alla äreröriga beskyllningar, och att inom den engelska rätten en beskyllnings sanning alltid får bevisas och skyddar från straff, där det förut kunnat visas, att det var »for the public benefit» som beskyllningen framställdes, hvilket naturligtvis alltid är fallet, om dess uppgift varit att förhindra en ovärdig person att blifva medlem af parlamentet. Att utöfver hvad som följer af dessa regler ytterligare privilegiera beskyllningar mot riksdagsmannakandidater skulle i själfva verket endast vara möjligt genom att utesluta ifrån straffbarhet alla icke bevisligt (objektivt och subjektivt) osanna beskyllningar, och det är emot ett dylikt system, hvilket naturligtvis icke heller ifrågasatts för den svenska rättens räkning, som de nyssnämnda betänkligheterna riktat sig.

I det med vår svenska rätt i detta afseende närmast beslätade franska rättssystemet upprätthålles genom Högsta Domstolens praxis i hufvudsak samma principer, som enligt vår mening böra vara de i den svenska rätten gällande. Ehuru det fastslagits, att »le candidat qui sollicite un mandat des électeurs et se présente à leurs suffrages . . . reste un simple particulier protégé par la loi, comme tous les autres citoyens,

contre le délit de diffamation et pouvant demander réparation de ce délit suivant les règles du droit commun,»¹ blifva beskyllningar emot kandidater till deputeradeposter likväl särskildt skyddade därför, att det för att en ärerörig beskyllning öfverhufvud taget skall blifva brott fordras, att afsikt att skada förelegat, och »l'interpretation donnée à cette expression, intention coupable, par la Cour suprême, aboutit à cette consequence qu'en fait le délit disparaît, toutes les fois que le prévenu a été de bonne foi, c'est-à dire a eu exclusivement pour but, soit d'éclairer les électeurs, soit de se défendre lui-même contre d'injustes attaques.»² POITTEVIN klandrar detta system, särskildt därför att det skulle innebära ett förväxlande af begreppet motiv (mobile) och afsikt (intention); den som beskyller en riksdagmannakandidat för vanhederliga handlingar har gifvetvis för afsikt att skada den beskyllde, och äfven om beskyllaren härvid drifvits af motivet att t. ex. upplysa sina medborgare om den beskylldes ovärdighet, måste han följaktligen likväl sägas hafva haft afsikt att skada, »l'intention de nuire». Men denna kritik bevisar knappt mera än att, som förut framhållits i denna afhandling, hvarje framhåfvande af rättstridighetsrekvisitet med andra ifrån brottets subjektiva sida hämtade formler än uttrycket »i rättstridig afsikt» alltid måste blifva i någon mån inexakt och lätt kan gifva anledning till missförstånd.³ Om kassationsdomstolens praxis innebure ett förnekande af att afsikten att nedsätta den omtalade, att skada honom eller annat dylikt öfverhufvud taget föreläge vid de ifrågavarande (icke rättstridiga) beskyllningarna, skulle denna praxis otvifvelaktigt vara felaktig

¹ POITTEVIN. S. 316.

² POITTEVIN. S. 317.

³ Jmfr ofvan, s. 142 f.

men då fordran på l'intention de nuire, liksom fordran på arghet, méchanceté, malice, etc. tvärtom, efter hvad som förut utvecklats, bör tolkas såsom innebärande fordran på afsikt att åstadkomma sådan skada, som rätten vill förhindra, d. v. s. som fordran på rättstridig afsikt, kan kassationsdomstolens praxis på den ifrågavarande punkten i hvarje fall icke förkastas på grund af de af POTTÉVIN framställda anmärkningarna. — —

Af skäl som till en viss grad äro analoga med dem, på grund af hvilka riksdagens förhandlingar måste tillhöra offentligheten, måste också statsmaskineriets verksamhet försiggå öppet inför allas ögon och, där icke alldeles särskilda skäl fordra motsatsen, vara tillgänglig för allas kritik. Mer eller mindre direkt är statens verksamhet genom sina olika organer i snart sagdt hvarje ögonblick af betydelse i hvarje enskild medborgares lif, och i ett konstitutionellt styrdt land kan det därför icke vara något tvifvel om att rätten till kritik öfver dessa organers sätt att fylla sina uppgifter endast kan begränsas af mycket tungt vägande hänsyn till det allmännas väl, men i regel aldrig af hänsyn till de enskildes ära. Dessa principer äro sedan gammalt erkända i den svenska rätten och hafva som bekant i vår svenska tryckfrihetsförordning funnit ett kanske kraftigare uttryck än i något annat lands lagar.

Första förutsättningen för att en sådan kritik som den nu nämnda skall blifva möjlig är naturligtvis, att alla akter och handlingar, som inkommit till, affattats inom eller utgått ifrån statens myndigheter och ämbetsverk äro tillgängliga för allmänheten och att deras innehåll får ostraffadt återgifvas, och häraf följer då, att, där dessa handlingar innehålla uppgifter, som äro för enskildes ära förklenliga, ett spridande

af sådana äreröriga beskyllningar endast i särskilda undantagsfall kan blifva rättstridigt.

Angående i hvilket omfång återgifvande i tryck af dylika handlingars innehåll är tillåtet, gäller för den svenska rätten bestämmelserna, i T. F. 2 § 4 mom. Grundprincipen är här, att alla offentliga handlingar af hvad slag de vara må skola få fritt publiceras af hvarje medborgare, och af de undantag, som gjorts från denna regel, bero de utan all jämförelse viktigaste af helt och hållet andra hänsyn än omtanken om de enskildes ära, hvarför de icke blifva af något intresse i detta sammanhang. Så är förhållandet med begränsningarna i fråga om rätten att offentliggöra protokoll, hållna hos Konungen i ministeriella ärenden och kommandomål, statsrådets protokoll etc., ministeriella handlingar eller diplomatiska personers enskilda anteckningar, mobiliseringsplaner för hären och flottan samt öfriga i 2 § 4 mom. 2, 3 och 4 styckena omnämnda handlingar, hvilka bestämmelser gifvetvis tillkommit för att skydda politiska, diplomatiska och militära intressen, och detsamma är förhållandet med inskränkningarna i 4 mom:s 10, 11 och 12 stycken (angående utlämning och tryckning af uppgifter från skatte-skyldiga, bankinspektion, ämbetsbref och handlingar rörande patentansökningar, hvilka närmast bero af intressen af ekonomisk natur). Däremot är det otvifvelaktigt hänsyn till de enskildes ära, som gifvit upphof till de undantag från principen om statshandlingars offentlighet, hvilka finnas stadgade i 4 mom:s 5, 6, 7, 8, 9 och 13 stycken. Enligt bestämmelserna i 5:e stycket åligger det part i rättegångsmål, om han, innan dom eller utslag fallit, vill publicera några i målet förekomna handlingar, att äfven offentliggöra de handlingar, som innehålla vederpartens förklaringar och domstolens utlåtande

och som äro nödvändiga, för att allmänheten skall få en riktig och fullständig uppfattning af hvad som i saken förekommit, och det beror på domstolen att afgöra, hvilka handlingar som parten på grund af denna bestämmelse har att offentliggöra. I 6:e stycket betonas, att alla af part i mål inför domstol eller annan myndighet i tryck utgifna sammanfattningar eller redogörelser öfver hvad som i målet förekommit, måste vara sanningsenliga, d. v. s. tillräckliga, fullständiga och i öfrigt verkställda så, att de lämna en riktig bild af saken, i 7:e stycket förbjudes att utgifva handlingar i förlikta brottsmål utan båda parternas tillstånd eller förrän 50 år efter deras död, enligt 8:e stycket äro kyrkoböcker och andra själavården och kyrkodisciplinen rörande handlingar, för så vidt de innehålla något för enskilda personer förklenligt, undantagna för offentligheten i alla fall, utom de, som af allmänna lagen eller enskilda författningar angifvits, 9:e stycket innehåller en liknande bestämmelse i fråga om utdrag ur straffregister, och slutligen innehåller 13:e stycket en generell bestämmelse, att om en handling i ett mål innehåller förklenliga uppgifter om utanför målet stående personer, sådana uppgifter icke få offentliggöras, utan att den domstol, som sist dömt i målet, pröfvar dem vara nödvändiga till upplysning och styrkande af själfva hufvudsaken. Med de undantag, som följa af dessa bestämmelser är alltså spridande i tryck af i offentliga handlingar innehållna äreröriga beskyllningar aldrig rättstridigt utom i de fall, där handlingarna på grund af utanför ärekränkingsmaterien liggande hänsyn äro genom T. F:s uttryckliga bestämmelser undandragna offentligheten.

I fråga om sanningens betydelse vid äreröriga beskyllningar af det här ifrågavarande slaget gäller naturligtvis i likhet med hvad som var fallet vid beskyllningar, som framkommit

i sammanhang med referat från riksdagens förhandlingar, att beskyllningarnas osanning eller sanningsenlighet icke heller här är af någon som helst betydelse, en omständighet, hvilken naturligtvis likaledes härflyter ur de här ifrågavarande intressenas natur.

I fråga om muntligt återgifvande af innehållet i offentliga handlingar saknas i den svenska rätten positiva lagstadganden, och frågan huruvida dylika referat, där de innehålla äreröriga beskyllningar, kunna blifva att betrakta som rättstridigt förtal, blir följaktligen att afgöra efter allmänna rättstridighetsprinciper, d. v. s. beroende af huruvida de intressen, som dessa referat måste anses representera, enligt det allmänna rättsmedvetandets utslag, väga tyngre än intresset ära. Emellertid torde det icke kunna vara något tvifvel om, att det samhällets intresse af att de statsliga myndigheternas verksamhet skall försiggå öppet inför allas ögon, hvilket gifvit upphof till T. F:s nu nämnda bestämmelse angående rätt att i tryck återgifva offentliga handlingar, äfven sträcker sina verkningar såväl till muntliga referat af innehållet i sådana handlingar som äfven till återgifvande i allmänhet af hvad som offentligt förekommit inför statens myndigheter och ämbetsverk och att de enskildes ära sålunda äfven på denna punkt måste vika inför det här ifrågavarande intresset. Af rätten att i tryck återgifva offentliga handlingars innehåll kan visserligen icke med ovillkorlig nödvändighet sägas följa, att äfven muntligt spridande af innehållet i sådana handlingar eller af hvad som eljest förekommit vid offentliga förhör eller andra förrättningar måste anses vara af rätten tillåtet, ty för tryckfrihet tala otvifvelaktigt ofta skäl, hvilka icke alltid kunna göras gällande för yttrandefrihet; men det skulle å andra sidan uppenbarligen stå i mycket dålig samklang med

andan i tryckfrihetsförordningens bestämmelse, om sådant muntligt återgifvande eventuellt skulle kunna stämplas som brottsligt förtal; den rätt till fri diskussion angående hvad som tilldragit sig i statens lif, till hvilken dessa bestämmelser afse att lägga grundvalen, skulle tydligen blifva kringskuren på ett sätt, som grundlagsstiftaren gifvetvis icke afsett, om det skulle vara belagdt med straff att i tal återgifva hvad som i tryck får ostraffadt spridas.

Man skulle möjligen kunna sätta i fråga, huruvida muntliga framställningar af det här omhandlade innehållet för att blifva straffria måste i hvarje särskildt fall hafva stått i det intresses tjänst, om hvilket det här är fråga, d. v. s. hafva haft till uppgift att framlägga till kritik eller diskussion de fakta, som de beröra; men lika litet som i T. F., för att dess bestämmelser skola blifva tillämpliga, fordras någon dylik kasuell förefintlighet af det generella intresse, för hvars skull dessa bestämmelser måste antagas hafva tillkommit, lika litet torde i fråga om muntligt återgifvande af offentliga handlingars innehåll någon sådan fordran kunna uppställas. Tvärtom är det intresse, som spridandet af beskyllningar i det särskilda fallet representerar, d. v. s. det ändamål, för hvilket återgifvandet i verkligheten sker, till den grad utan betydelse, att muntliga referat af offentliga handlingar eller hvad som eljest af statsmyndigheternas verksamhet tillhör offentligheten likaväl som tryckta sådana referat måste anses af rätten tillåtna, till och med om afsikten med desamma just varit att skada någon enskilds ära. I och med det att en persons angelägenheter, med eller mot hans vilja, dragits in under statens myndigheter, måste de principiellt anses tillhöra offentligheten, och det saknas otvivelaktigt hvarje inre grund till att göra en så väsentlig

skillnad som den nyss ifrågasatta emellan tryckta och muntliga återgifvanden, af hvad som i dessa angelägenheter förekommit. — Det faller af sig själf, att samma villkor, som enligt T. F. gälla, för att förkortade referat af offentliga handlingar skola blifva straffria, äfven gälla i fråga om muntligt sammanfattade återgifvanden af alla hithörande slag, eller att m. a. o. äfven muntliga framställningar af innehållet i en offentlig handlig eller af hvad som offentligt tilldragit sig inför någon myndighet måste vara korrekta och tillräckligt fullständiga för att bibringa åhörarne en riktig uppfattning af det passerade. Likaledes är det gifvet, att de refererade äreröriga beskyllningarnas egen sanningsenlighet eller framställarens tro på denna icke är af någon betydelse för återgifvandets rättstridighet eller icke rättstridighet.

Exempel på förtalsprocesser, i hvilka frikännande följt på grund af att den åtalade handlingen uppburits af det här ifrågavarande intresset, erbjuda de i N. J. A. 1904, sid. 585, och 1905 sid. 121 refererade fallen. I det förra af dessa hade i ett vid Kinds häradsrätt anhängigt mål mellan K. Andersdotter och K. J. Johanson, den senare hemställt huruvida en viss J. O. Handberg, hvilken anmält sig som ombud för Andersdotter, borde få uppträda som ombud inför rätten, och till stöd för denna hemställan hade Johanson dels åberopat och bifogat transumt af Västbo häradsrätts dombok, innehållande en sammanfattning af åtskilliga omständigheter, som gjorde Handberg mindre lämplig att vara rättegångsombud, och slutande med att Handberg af Västbo häradsrätt förklarats i ett visst därstädes anhängigt mål icke kunna tillåtas förena partens talan, och dels hade Johanson själf i sin skrift till domstolen återgifvit åtskilligt af hvad som förekom i

nämnda transumt. På grund häraf yrkade Handberg vid Kinds häradsrätt å Johanson ansvar för ärekränkande tillmäle, hvilket väckt synnerlig uppmärksamhet. Johanson bestred käromålet, enär det af honom till häradsrätten ingifna och af Johanson åberopade domboksutdraget vore en offentlig handling, af hvilken enhvar ägde begagna sig. Häradsrätten dömde Johanson för ärekränkning enligt 16: 9, men detta utslag upphäfdes af Hofrätten, som förklarade, att Johanson genom sitt nyss beskrifna förfarande icke kunde anses hafva gjort sig skyldig till ärekränkning, och Hofrättens utslag blef af Högsta Domstolen fastställt.

I det andra fallet hade svaranden A. Stille, som var notarie hos Lunds filosofiska fakultet, vid ett matematisk-naturvetenskapliga sektionens sammanträde, då fråga var huruvida käranden, B. Lidforss, eller annan person skulle förordnas att förestå ett professorsämbete, berättat för sektionens medlemmar, att Lidforss blifvit hos polisen angifven för att hafva varit delaktig i vissa kort dessförinnan begångna af Stille närmare beskrifna brottsliga handlingar. Då Lidforss på grund häraf yrkade ansvar å Stille för ärekränkning, anförde Stille till sitt försvar bland annat, att han vid det ifrågavarande tillfället icke relaterat något annat än hvad som förekommit vid ett polisförhör, under hvilket offentligt protokoll hade förts. Rådstufvurätten fällde med två röster Stille till ansvar enligt 16: 7 mom. 3; den tredje af Rådstufvurättens medlemmar fann käromålet icke kunna bifallas, enär Stille i omstämda afseende icke blifvit öfvertygad om annat än att upplysningsvis och i berättande form hafva återgifvit hvad som förekom vid ett efter behörig angivelse hållet polisförhör samt detta Stilles förfarande icke vore af beskaffenhet att för honom föranleda ansvar. — Hofrätten upphäfde

Rådstufvurättens utslag och frikände Stille från allt ansvar på den grund, att »Stille icke vore i målet öfvertygad om annat än att han vid omstämda tillfälle upplysningsvis återgifvit hvad som förekommit vid hållen polisundersökning på af annan gjord anmälan om begångna ogärningar, och att Stille genom detta sitt förfarande, som efter hvad handlingarna utvisade, icke skett i ärekränkande syfte, ej kunde anses hafva gjort sig till ansvar förfallen». En af Hofrättens medlemmar fastställde Rådstufvurättens utslag med motivering, att »då Stille icke varit pliktig att i egenskap af tjänstgörande notarie vid sektionens sammanträde upplysa dess medlemmar om hvad han hört berättas om uppträdet ifråga, måste det antagas att Stille i ärekränkande syfte men af obetänksamhet fortspridit den om Lidforss för delaktighet i förenämnda ogärningar utsatta dikten.» — Hofrättens utslag blef af Högsta Domstolen enhälligt fastställt. — I detta fall hade svaranden till sitt fredande anført äfven att det varit hans plikt som fakultetens notarie att meddela sektionens medlemmar de ifrågavarande upplysningarna, och af andra punkten i motiveringen till Hofrättens frikännande utslag (»att Stille genom detta sitt förfarande, som efter hvad handlingarna utvisa, icke skett i ärekränkande syfte» etc.) synes framgå, att denna del af försvaret icke var utan inflytande på målets utgång. Då emellertid en fakultetsnotarie hvarken har plikt eller ens rätt att yttra sig om de till professorsförordnande föreslagnas vare sig vetenskapliga eller personliga kvalifikationer och då Stille naturligtvis icke kunde antagas hafva varit okunnig om hvad som enligt gällande statuter ålegat en fakultetsnotarie, så skulle, om hänsyn verkligen tagits till Stilles personliga uppfattning i detta afseende, i detta fall hafva upprätthållits fordran på att gärningsmannen måste hafva

varit medveten icke endast om de omständigheter, af hvilka rättstridigheten berott, utan äfven om att dessa omständigheter tillsammans gjorde handlingen till en rättstridig handling och frikännandet i det ifrågavarande fallet skulle alltså, för så vidt som det berott på dessa hänsyn, innebära en afvikelse från de principer, som, efter hvad i denna afhandlings första afdelning utvecklats, enligt vår mening måste anses vara de riktiga. — —

Af återigen annat innehåll, ehuru såtillvida besläktadt med det nu omhandlade intresset som bådadera måste i yttersta hand anses härflyta ur hänsyn till att statsorganen må komma att fylla sina funktioner på bästa möjliga sätt, är det till det statsliga lifvets område hörande intresse, på grund af hvilket äreröriga beskylldningar, som framkommit i sammanhang med kritik öfver ämbets- och tjänstemäns verksamhet eller sökanden till tjänsteställningar, under gifna omständigheter måste anses blifva af rätten tillåtna.

I fråga om sådan kritik måste enligt sakens natur först och främst göras skillnad mellan de fall, då kritiken framställts af personer, hvilka på grund af sin ställning som öfverordnade, som sakkunnige eller af andra skäl varit särskildt kallade att utöfva kritik öfver ämbetsmäns verksamhet eller att yttra sig vid ämbetsposters tillsättande, eller om den framställts af personer, hvilka icke ägt någon annan befogenhet i detta afseende än den som möjligen kan anses tillkomma hvarje medborgare.

Äreröriga beskylldningar mot ämbets- eller tjänstemän eller sökande till anställningar i statens tjänst, framställda af personer af det förra slaget under sådana omständigheter, där deras rätt till kritik får utöfvas eller deras plikt i sådant afseende bör fullgöras, måste alltid, hvad angår de omstän-

digheter, under hvilka de framställts, anses uppburna af det här ifrågavarande intresset, och fråga kan endast vara om hvad som bör fordras i afseende på under dylika omständigheter framställda beskyllningars innehåll och deras öfverensstämmelse med sanningen, för att de skola blifva att betrakta såsom af rätten tillåtna. I det förra afseendet gäller enligt sakens natur, att beskyllningarna i fråga måste afse den kritiserade ämbets- eller tjänstemannens förhållande i sin tjänst eller tjänstesökandens kvalifikationer för den sökta befattningen; i den mån beskyllningarna gå utanför detta område och komma in på sådana egenskaper hos den kritiserade eller sådana af honom begångna handlingar, hvilka icke äro af någon betydelse för bedömandet af hans lämplighet i tjänsten, kunna beskyllningarna gifvetvis icke längre sägas stå i det här ifrågavarande intressets tjänst, och det finnes då ingen anledning att bedöma dem annorlunda än under vanliga omständigheter begångna förtalsförbrytelser. I det senare afseendet torde återigen gälla, att det statsintresse, inför hvilket de enskildes ära i detta afseende får vika, måste anses vara så starkt, att det här verkligen är de äreröriga beskyllningarnas osanning (och icke deras obevisbarhet), som måste betecknas som villkor för deras rättstridighet. Skulle hvarje ämbetsmyndighet, som har att öfvervaka sina underordnades förvaltning af sina tjänster, eller hvarje sakkunnig, som haft att yttra sig vid tillsättandet af en tjänst, eller öfverhufvud taget alla personer, som varit pliktiga att uttala sig i sådana afseenden som dessa, blifva att straffa för ärekränkning öfverallt, där de icke kunnat bevisa de af dem framställda beskyllningarnas sanningsenlighet, och icke fastmer vara straffria, ända tills dessa beskyllningars (objektiva och subjektiva) osanning blifvit bevisad, så skulle deras yttrande-

frihet tydligen vara inskränkt på ett sådant sätt, att den aldrig skulle kunna fylla den uppgift för hvars skull den tillkommit, d. v. s. aldrig fullt ut tjäna de statens intressen, om hvilka det här är fråga. Enligt svensk rätt bör därför en ärerörig beskyllning af det nu nämnda slaget anses vara af rätten tillåten, där icke såväl dess objektiva osanning som äfven framställarens medvetande om osanningen blifva bevisade. Där tron på sanningen berott på straffbar oaktsamhet kan naturligtvis culpastraff komma i fråga.

Efter dessa principer har dömts i följande två i N. J. A. refererade fall. I det ena fallet¹ hade svaranden Richter, som var öfverkontrollör och såsom sådan (enligt 11 § i ordningsstadgan för brännvinsbrännerierna af d. 13 juli 1887) hade att yttra sig öfver till Konungens Befallningshåfvande inkomna ansökningar till befattning såsom brännvinskontrollör samt att afgifva förslag till kontrollörs utnämning, om kåranden X. yttrat, att X. »dels genom försummelse i tjänsten och dels genom oordentligt lefnadssätt och opålitlighet ådragit sig en, synnerligast för en innehåfvare af med statens medel aflönad förtroendesyssla, ingalunda önskvärd uppmärksamhet.» På grund häraf yrkade X. ansvar å Richter för ärekränkning, hvilket af Richter bland annat bestreds därför, att »enär det ålegat Richter att yttra sig öfver X:s ansökning och Richter på grund af upplysningar från den öfverkontrollör, under hvilken X. förut tjänstgjort, och från de personer, å hvilkas brännerier X. varit anställd som kontrollör, ansett sig böra afstyrka X:s ansökning, så hade Richter funnit det vara sin plikt att motivera afstyrkandet, på det att detta ej skulle vara betydelselöst. Det om X. fällda omdömet hade

¹ N. J. A. 1900. S. 116.

afsett uteslutande hans förhållande i kontrollörstjänsten och fölle såsom afgifvet af Richter å tjänstens vägnar icke inom området för tillämpning af 16 kap. strafflagen.» — Richter blef af Rådstufvurätten frikänd, och detta utslag fastställdes af Hofrätten med motivering, att »det icke kunde anses vara i målet ådagalagdt att Richter, hvilken i sin egenskap af öfverkontrollör haft att yttra sig angående X:s lämplighet för den af honom sökta kontrollörsbefattning, vid afgifvandet af sitt ifrågavarande yttrande handlat i ärekränkande syfte.» — Hofrättens utslag blef af Högsta Domstolen fastställt. Afvikande vota förekommo, ett inom Hofrätten och två inom Högsta Domstolen, men i intet af dessa ifrågasattes, att den af Richter å tjänstens vägnar framställda, för X:s ära menliga beskyllningen skulle vara straffbar, såsom sådan utan berodde desamma på omständigheter, som här icke äro af intresse. — I det andra fallet¹ hade den ene af svarandena, Tollander, som var distriktsläkare, i bref till provinsialläkaren beskyllt kåranden E., som var barnmorska, för att vid en viss förlösning hafva gjort sig skyldig till olika fel och förseelser af grof beskaffenhet. Häradsrätten dömde Tollander för ärekränkning enligt 16: 7, mom. 3, och synes härvid hafva utgått från att det ålegat Tollander att bevisa beskyllningarnas sanningsenlighet, i det att häradsrättens utslag bland annat motiverades med att »tillvitelsen för berörda förseelser, ehuru hos provinsialläkaren i orten anmälda icke följts af åtal». — Häradsrättens utslag upphäfdes af Hofrätten, som frikände Tollander utan annan motivering än att »hvad i målet blifvit Tollander till last lagdt icke vore af beskaffenhet, att för honom till påyrkadt ansvar föranleda». — Hofrättens utslag blef af Högsta

¹ N. J. A. 1889. S. 390.

Domstolen fastställt. — Grunden till frikännandet här var gifvetvis, att Tollander genom att hos provinsialläkaren, som var E:s förman, anmäla af E. i tjänsten begångna förseelser endast uppfyllt sin plikt som distriktsläkare och att hans handling därför måste anses uppbäras af det här ifrågasvarande statsliga intresset och att beskyllningarna följaktligen skulle kunnat hafva blifvit straffbara, endast om det bevisats att de varit osanna. —

I fråga om i kritik öfver ämbets- och tjänstemäns verksamhet såsom sådana innehållna äreröriga beskyllningar, hvilka icke framställts af personer, som äga särskild befogenhet att utöfva dylik kritik, utan af enskilde medborgare, blir återigen att göra skillnad mellan om beskyllningarna adresserats till de beskylldes öfverordnade eller andra myndigheter, som hafva till uppgift att åstadkomma rättelse af missförhållanden inom statens administration, eller om beskyllningarna framställts till utanför stående eller i detta afseende obehöriga.

I det förra fallet, d. v. s. i fråga om beskyllningar mot ämbets- och tjänstemän rörande deras tjänst, hvilka riktas till t. ex. justitieombudsmannen eller vederbörande öfverordnade myndighet, måste hvarje medborgare anses likställd med dem, som äga att direkt öfvervaka statsfunktionärernas förvaltning af sina ämbeten eller att yttra sig angående sökande till platser i statens tjänst. I dessa fall blir det visserligen oftast fråga om, huruvida beskyllningarna äro straffbara som falsk angivelse eller ej, och såtillvida faller spörsmålet om deras rättstridighet utanför ramen för denna afhandling. Men ofta kan fråga äfven uppstå, om beskyllningar af det ifrågasvarande slaget kunna straffas som förtal, och i dessa fall måste liksom i fråga om de nyss anförda anses gälla, att sådana beskyllningar äro af rätten tillåtna, där de icke äro objektivt eller

subjektivt osanna. Naturligtvis kan, om tron på sanningen beror på bristande aktsamhet, här, liksom i andra analoga fall, culpastraff eventuellt ådömas. Medborgarnes rätt att till vederbörande myndigheter anmäla ämbets- och tjänstemän för öfvergrepp, fel, försummelser och missförhållanden i deras tjänst, hvilken afser att lägga en orubblig grund för rätts-säkerheten i landet och att skapa en allmän känsla af trygghet under lagarnas skydd, skulle icke kunna fylla sin uppgift eller leda till sitt ändamål, om alla anmälningar af det ifrågavarande slaget skulle blifva straffbara, om anmälaren miss-tagit sig och följaktligen icke kunde bevisa de gjorda beskyllningarnas sanningsenlighet. En på sådant sätt begränsad rätt att påkalla rättelse i missförhållanden inom administrationen skulle tydligen vara så godt som värdelös. Ännu mindre kan det naturligtvis vara fråga om att de i 16: 13 fastställda bevisningsreglerna skulle gälla för beskyllningar af detta slag, så att hvarje sådan anmälan skulle blifva straffbar, där den icke gäller ett brott och anmälaren med laga dom kunde bevisa dess öfverensstämmelse med sanningen.

I fråga om beskyllningar af det här omtalade slaget, hvilka hvarken framställts af eller till personer, som äga särskild befogenhet att beifra missförhållanden inom ämbetsvärlden, utan af enskilde medborgare till andra enskilde eller inför allmänheten, måste slutligen skillnad göras mellan de fall, där beskyllningarna framkommit under rent privata förhållanden och de fall, där de framställts offentligt.

I de förra fallen måste beskyllningarna alltid anses utslutna från att vara skyddade på grund af här ifrågavarande intresse. Det är möjligt, att en under ett rent enskildt samtal framställd beskyllning mot en ämbetsman för att t. ex. han missbrukat sin makt eller genom andra handlingar visat sig

sakna de egenskaper, som hans ställning fordrar, kan uppbäras af ärlig medborgerlig indignation och förefalla moraliskt oklanderligt, äfven där icke är möjligt att bevisa dess sanningsenlighet genom laga dom; men säkert är, att den icke kan anses representera det statsliga intresse, för hvilket rätten i detta fall vill uppoffra skyddet af de enskildes ära. Vid sådana beskyllningar gälla därför otvifvelaktigt de vanliga i 16: 13 fastställda reglerna angående sanningsbevisets betydelse och tillåtlighet.

Annorlunda förhåller det sig med beskyllningar af samma innehåll, hvilka framställts i pressen, på offentliga möten eller på annat sätt riktats till allmänheten i det angifna eller uppenbara syftet att åstadkomma rättelse i missförhållanden inom administrationen. Vid dessa fall måste man låta rättstridighetsfrågan blifva beroende af huruvida beskyllningarna i hvarje särskildt fall kunna anses tillräckligt starkt representera det statens intresse, om hvilket det här är fråga. Ty det är gifvet, att en kritik öfver missförhållanden inom ett ämbetsverk eller ett meddelande om maktmissbruk från någon statens myndighet, har helt andra förutsättningar att åstadkomma de önskvärda rättelserna, om de framlagts offentligt än om de framställts man och man emellan. Det har satts i fråga¹ huruvida icke likväl den enda riktiga vägen att påkalla rättelse i de här afsedda förhållandena vore angivelse eller anmälan hos vederbörande myndigheter och huruvida det därför öfverhufvud taget kan anses finnas någon grund att särskildt privilegiera i pressen eller eljest offentligt framkomna äreröriga beskyllningar af det nu nämnda slaget. Men — bortsedt från att det kan tänkas att dylika missförhållanden existera

¹ Jmfr härom v. BAR: Beleidigung. S. 143. f.

och äro allmänt kända utan att vederbörande myndigheter inskrida, i hvilket fall det icke kan finnas något tvifvel om rätten att framdraga dem inför offentligheten, hvilket ju då är det enda medlet att åstadkomma ändring — så torde det kunna sägas, att statsorganernas oklanderlighet icke kan anses garanterad ensamt af medborgarnes rätt att anmäla ämbets- och tjänstemän hos deras öfverordnade, utan att den offentliga diskussionen i detta afseende har en mission att fylla, som gör att den icke får bindas inom de gränser, hvilka i allmänhet gälla för framställande af äreröriga beskyllningar angående enskilda personer. Å andra sidan är emellertid detta intresse uppenbarligen icke af den styrka eller betydelse, som det intresse, hvilket ligger till grund för den ofvan nämnda rätten att till vederbörande myndigheter anmäla missförhållanden af det ifrågavarande slaget, och det kan därför icke tilläggas sådan kraft gentemot äran att endast bevisadt osanna beskyllningar af detta slag skulle vara af rätten förbjudna. I dessa fall måste det otvifvelaktigt fordras, att den som framställer beskyllningarna skall kunna bevisa deras sanningsenlighet, och endast en välgrundad tro på bevisbarheten bör kunna skydda äfven från culpastraff. I dessa fall är det med andra ord icke beskyllningarnas osanning utan deras obevisbarhet, som är villkor för deras rättstridighet. Gifvet är, att culpastraff äfven kan ådömas, där beskyllningarna i verkligheten icke uppburits af det här omhandlade intresset och gärningsmannens tro på att så var förhållandet berott på straffbar oakt-samhet. — —

Bland de statsliga intressenas konflikter med äran äro slutligen att nämna de mångfaldiga intressekollisionerna inom det område, där statens verksamhet minst af allt kan tänkas genomförd utan ständiga läsioner af de enskildes ära, nämligen

gen rättskipningen. Det intresse, inför hvilket de enskildes ära i dessa fall får vika, kan bestämmas som hvarje medborgares rätt att åtnjuta lagarnas skydd eller, kortast uttryckt, som hvarje medborgares rätt till rättvisa.

Det är från början utan vidare klart, att rättskipning alldeles icke skulle kunna genomföras, att domstolarna tvärt om helt enkelt skulle nödgas inställa sin verksamhet, om domare, åklagare, vittnen, advokater o. s. v. under rättegångsförhandlingarna skulle vara bundna af samma hänsyn till de enskildes ära som dem, hvilka hvar och en har att iakttaga under vanliga omständigheter. Skulle åklagaren, som beskyl- ler en anklagad för brott, eller vittnet, som meddelar hvad han har sig bekant om den anklagades skuld eller domaren, som uttalar domen öfver den brottslige, kunna straffas för för- tal, där de icke vare sig med laga dom eller andra bevismedel kunde styrka sina beskyllningars sanningsenlighet, så skulle rättskipningen tydligen vara från början lamslagen, och det intresse, som den representerar, skulle helt och hållet hafva uppförats för de enskildes äras skull. Uttalande af vittnen inför domstol äro också ett af de första exemplen, som inom den svenska doktrinen anförts på fall, hvilka strafflagens be- visningsregler i 16: 13 icke kunna tillämpas.¹ För att be- skyllningar af det anförda slaget skola blifva rättstridiga måste gifvetvis såväl deras objektiva som subjektiva osanning styrkas af motparten. I regel blifva dessa beskyllningar i så fall visserligen straffbara som andra brott än förtal, som falsk angivelse, mened, ämbetsfel o. s. v., och frågan om deras rättstridighet eller icke rättstridighet faller därför i regel utanför ämnet för denna afhandling. Emellertid torde undan-

¹ HAMMARSKJÖLD. S. 136.

tagssvis fall kunna tänkas, då beskyllningar af det nu nämnda slaget, där deras osanning bevisats, kunna blifva straffbara äfven som förtal; och detsamma torde också kunna inträffa, där beskyllningarna, ehuru framställda under eller i sammanhang med rättegångsförhandlingar, likväl i verkligheten icke uppburits af det intresse, om hvilket det här är fråga, d. v. s. om vederbörande öfverskridit gränserna för sina plikter som domare, åklagare, vittnen o. s. v.

Af större betydelse i detta sammanhang och mindre själfklar i det här ifrågavarande afseendet eller i alla fall mindre uppmärksammas, är de rättssökandes ställning i fråga om äreröriga beskyllningar, som från deras sida framställts i sammanhang med domstolsförhandlingar. Emellertid kan det icke betvivlas, att de enskildes ära måste vika äfven för det intresse, som representeras af sådana äreröriga beskyllningar. Medborgarnes rätt till rättvisa måste ovillkorligen anses innebära befogenhet för hvar och en att, där denna rätt icke kan med andra medel realiseras, begå kränkningar af andras ära. Att förbjuda den bestulne att lämna polisen anvisning på den, som han på goda grunder misstänker för stölden, eller att förbjuda den äkta mannen, som tror sig vara bedragen, att anföra dessa misstankar som stöd för sin ansökan om skilsmässa, skulle uppenbarligen vara liktydigt med att af hänsyn till de enskildes ära förneka den förres rätt att återfå sin egendom och den senares rätt att erhålla skilsmässa på grund af hustruns äktenskapsbrott; och att detta skulle vara den svenska rättens ståndpunkt kan gifvetvis icke sättas i fråga. Däremot skulle man vid fall af detta slag möjligen kunna ställa i tvifvelsmål huruvida det här är beskyllningarnas osanning eller deras obevisbarhet, som är rättstridighetsvillkor. Men äfven här måste man otvifvelaktigt anse det förra vara

det riktiga. En motsatt bestämmelse, d. v. s. att alla, hvilka, under sådana omständigheter som det här är fråga om, framställt gentemot andra äreröriga beskyllningar, skulle för att blifva fria från straff för förtal hafva att — låt vara att med hvilka bevismedel som helst — styrka beskyllningarnas sanningsenlighet, skulle otvifvelaktigt leda till att de rättssökande i sina framställningar till polisen, till domstolarna o. s. v. blefve bundna på ett sådant sätt, att det likväl icke skulle blifva möjligt för dem att nå fram till rättvisa, och det intresse, som det här är fråga om, skulle därmed trots allt hafva uppofrats af hänsyn till de enskildes ära.

Ett exempel från det nu behandlade området finnes referadt i N. J. A. 1904, sid. 436. I detta fall hade svaranden, Emy Westberg dels hos detektiva polisen i Stockholm gjort anmälan, att en henne, Westberg, tillhörig kappa försvunnit ur hennes bostad, och därvid till ledning för polisens efterspaningar uppgifvit, att käranden, Elin Öhling, som varit anställd hos Westbergs föräldrar och lämnat denna tjänst kort innan kappan försvunnit, möjligen kunde misstänkas för stölden, och dels hade Westberg vid besök hos Öhlings nya husbonde, Lindhagen, yttrat samma misstankar mot Öhling. Kappan återfanns senare i Westbergs bostad och Öhling yrkade ansvar för ärekränkning å Westberg. — Rådstufvurätten frikände Westberg från allt ansvar med motivering, att »Westberg icke genom ifrågavarande anmälan och hvad hon i sammanhang därmed uppgifvit kunde anses hafva angifvit Öhling för olofligt tillgrepp af den nämnda kappan.» — Detta utslag fastställdes af Hofrätten. — Högsta Domstolen ansåg, i likhet med underdomstolarna, att »Westberg icke genom sin anmälan hos detektiva polisafdelningen och sina i sammanhang därmed lämnade uppgifter gjort sig skyldig till brottsligt förfarande», men

dömde Westberg för ärekränkning enligt 16: 7, »enär Westberg därefter vid besök hos Lindhagen, hos hvilken Öhling då var anställd, till Lindhagen fällt yttranden innefattande, att hon misstänkte Öhling för tillgrepp af en kappa, hvilka yttranden få anses hafva skett af obetänksamhet.» — Detta fall är af särskildt intresse därigenom, att det visar hurusom samma äreröriga beskyllningar, framställda af och mot samma person, blifva af rätten tillåtna (straffria), där de uppburits af det intresse, om hvilket det här är fråga, men rättstridiga (straffbara), då de framställts under sådana omständigheter, att de icke kunnat anses stå i något sådant intresses tjänst. Det förra var förhållandet, då svaranden framställde sina misstankar inför detektiva polisen, det senare, då hon framställde misstankarna till kändens nya husbonde. Underdomstolarnas frikännande utslag torde få anses hafva berott på att de underskattat betydelsen af denna skillnad och låtit det berättigade intresset, som i ena fallet uppbär svarandens handling, sträcka sina rättstridighetsupphäfvande verkningar äfven till beskyllningarnas framställande i det senare fallet. — — —

Efter det nu anförda torde det icke utförligare behöfva utvecklas, att äfven i det kommunala lifvets förlopp de enskildes ära i en mängd fall måste uppoffras för tyngre välgående intressen, och på grund af den visserligen långt ifrån fullständiga men dock i många punkter genomgående parallelliteten mellan statens och kommunernas uppgifter och verksamhetsformer är det likaledes gifvet, att dessa intressekonflikter komma att framstå såsom i allt väsentligt analoga med de i detta kapitel förut behandlade. Liksom de enskildes ära under gifna omständigheter måste uppoffras för yttrandefriheten inom riksdagen, för diskussionsfriheten vid riksdagsmannaval, för principen om statens handlingars offentlighet,

för den i olika former framträdande rätten till kritik öfver statens ämbets- och tjänstemän, för att rättskipningen i riket skall kunna genomföras o. s. v., så utgöra också yttrandefriheten inom de kommunala församlingarna, diskussionsfriheten angående kandidater till kommunala förtroendeposter, den offentlighet, som tillkommer kommunala handlingar, de olika kommunala myndigheternas eller de enskilde kommunalmedlemmarnas rätt till kritik öfver de i kommunernas tjänst anställde o. s. v. lika många grupper af omständigheter, hvilka eventuellt kunna göra framställande eller spridande af äreröriga beskyllningar till af rätten tillåtna handlingar. Vid alla fall af dessa slag kan man utgå ifrån, att där intresset de enskildes ära kommer i konflikt med ett till det kommunala lifvet hörande intresse, hvilket framstår som analogt med något af de statsliga intressen, för hvilkas konflikter med äran här ofvan redogjorts, där måste intresset ära vika, om beskyllningen i fråga uppfyller de villkor i afseende på innehåll, sanningsenlighet och de omständigheter, under hvilka den framkommit, hvilka ansetts böra fordras, för att en af motsvarande statsliga intresse uppburen ärerörig beskyllning skall blifva att anses som af rätten tillåten handling. Sålunda är t. ex. vid återgifvandet af i kommunala handlingar innehållna äreröriga beskyllningar i den mån, som dessa handlingar tillhöra offentligheten, såväl uppgifternas objektiva och subjektiva sanningsenlighet som äfven gärningsmannens afsikt med återgifvandet utan någon som helst betydelse för beskyllningarnas rättstridighet eller icke rättstridighet. Vid i sammanhang med kritik öfver de kommunala organens sätt att fylla sina uppgifter framkomna äreröriga beskyllningar, är det, om kritiken framställts af därtill särskildt befogade, beskyllningarnas osanning, men om kritiken framställts af

person, som icke ägt någon sådan befogenhet, och riktats endast till allmänheten, beskyllningarnes obevisbarhet, som är villkor för deras rättstridighet o. s. v.

Då emellertid, som nyss antyddes, parallelliteten mellan statens och kommunernas lif ingalunda är fullständig, blir gifvetvis analogien mellan de här ifrågavarande intressekollisionerna icke heller mera än ungefärlig, och det måste därför i hvarje särskildt fall noga undersökas, om något hithörande intresse i verkligheten föreligger, och i så fall af hvad natur detta intresse är. I detta afseende är t. ex. att märka, att därigenom att de kommunala primärförsamlingarna, där de icke öfverlåtitt sina befogenheter till fullmäktige, själfva äga beslutanderätt i kommunernas angelägenheter, komma dessa församlingar att i förhållande till kommunernas uppgifter intaga en ställning af liknande art som riksdagen i förhållande till statens, och — bortsedt från grundlagsbestämmelserna om riksdagsmäns inviolabilitet, hvilka icke äga någon motsvarighet inom det kommunala lifvet — kommer den emot riksdagsmäns yttrandefrihet inom riksdagen svarande, för tillgodoseende af de kommunala intressena nödvändiga yttrandefriheten att tillfalla de enskilde medborgarne inom de kommunala församlingarna; vidare blir därigenom att dessa församlingar hafva att besluta angående tillsättandet af åtskilliga kommunala tjänster de enskilda församlingsmedlemmarnas ställning i viss mån att jämföra med de öfverordnade myndigheternas eller sakkunniges, hvilka hafva att yttra sig angående sökande till ställningar i statens tjänst, och den i dylika fall existerande rätten eller plikten till kritik kommer följaktligen likaledes att falla på de enskilde medborgarne, liksom kommunalnämndernas och kyrko- och skolrådets skyldighet att hafva öfverinseende öfver olika i kommunernas tjänst anställda personers förvaltning af sina

ämbeten medför en ställning, som i viss mån är analog med de statsliga myndigheternas ställning till sina underordnade, och därför äfven ger upphof till en liknande rätt till kritik; af att de kommunala organen icke — annat än i helt och hållet enstaka undantagsfall — hafva att utöfva någon dömande myndighet följer, att någon motsvarighet till alla de i den statsliga rättskipningens normala förlopp med nödvändighet framträdande intressekollisionerna icke kunna uppkomma i det kommunala lifvet, hvarvid emellertid återigen är att märka, att i den mån, som kommunala myndigheter äga att till förhör i ordningsmål och andra ärenden inkalla enskilde medborgare, blir dessas ställning, i afseende på från deras sida under förhandlingarna framställda äreröriga beskyllningar, genomgående lika med deras ställning, hvilka uppträdt som vittnen inför statens domstolar o. s. v.

Ett rättsfall, som belyser den hvarje (i kommunens angelägenheter röstberättigade) medborgare tillkommande rätten, att inom kommunala församlingar framställa äreröriga beskyllningar, hvilka äro nödvändiga för tillvaratagandet af kommunens intressen i allmänhet och där sålunda dessa intressen generellt ansetts väga tyngre än äran, finnes refererad i N. J. A. 1905, sid. 400. I detta fall hade svaranden, J. Johansson, på en kommunalstämma, då fråga väckts om upphörande af kommunens annonsering i ortens af kändanden, C. von Schantz, utgifna tidning, bland annat yttrat, att den nämnda tidningen »urartat till ett formligt skandalblad samt att det i följd häraf vore hvarje rättänkande medborgares plikt att taga afstånd från en dylik tidning och i hvarje fall ovärdigt ett samhälle att såsom sådant understödja en dylik publikation». Då Schantz med anledning häraf yrkade ansvar å Johansson för ärekränkning, anförde Johansson till sitt försvar bland

annat, att »yttrandena fällts vid en offentlig förhandling, där det varit enhvars både rätt och plikt att säga sin mening rent ut». — Häradsrätten frikände Johansson alldenstund »i målet icke blifvit utredt, att Johansson vid ifrågavarande kommunalstämma den 28 april 1903 gjort sig skyldig till ärekränkning mot v. Schantz», och detta utslag fastställdes såväl af Hofrätten som af Högsta Domstolen. I Högsta Domstolen förekommo två afvikande vota, hvilka emellertid tydligen berodde på att Johansson vid det ifrågavarande tillfället ansågs hafva öfverskridit den honom tillkommande yttranderättens gränser och enligt hvilka Johansson därför fälldes till ansvar enligt 16:11. — Johansson hade här till sitt försvar anført äfven att han »yttrat sig endast i sak och icke riktat sig mot v. Schantz personligen», och af motiveringen till häradsrättens frikännande utslag skulle man möjligen kunna sluta till att förutsättningarna för en ärekränkning öfverhufvud taget icke ansetts föreligga i detta fall. Men då Johanssons beskyllningar mot v. Schantz i hvarje fall afsåg en gärning, som var menlig för hans yrke, fortkomst eller näring, så kan man likväl icke antaga, att detta skulle varit domstolarnas uppfattning, utan måste frikännandet hafva berott på att den äreröriga beskyllningen tillräckligt starkt uppbars af ett intresse af det slag, om hvilket det här varit fråga.

Ett fall, i hvilket hvarje medborgares rätt att inom de kommunala församlingarna i allmänhet yttra sig i kommunernas angelägenheter, sammansmält med den utaf dessa församlingars befogenhet att i vissa fall besluta angående tillsättning af tjänster härflytande rätten för hvarje medborgare att utöfva kritik öfver sökande till dessa tjänster, är det i N. J. A. 1886, sid. 401 refererade. I detta fall hade svaran-

den, W. Svensson, dels på en kyrkostämma, då fråga var om kändan, B. A. Hultgren, som var ende sökanden till en skollärarebefattning, skulle därtill antagas eller ny ansökningstid utsättas, meddelat, att han några dagar före stämman mottagit ett bref, »som mindre väl vitsordade Hultgrens moraliska förhållanden», och dels efter stämmans slut på förfrågan för några församlingsbor angifvit det närmare innehållet i brefvet, som var, att Hultgren framställdes som en drinkare eller »fyllhund». — Då Hultgren med anledning häraf yrkade ansvar å Svensson för ärekränkning, dömdes häradsrätten Svensson skyldig jämlikt 16:8 och yttrade i sitt utslag bland annat, att »som Svensson genom detta sitt åtgörande måste anses hafva af arghet om äfven af obetänksamhet fortspridt ett för Hultgrens goda namn, medborgerliga anseende och fortkomst menligt rykte, alltså dömdes etc». — Detta utslag blef af Hofrätten upphäfdt, »enär hvad i målet förekommit icke gäfvade anledning till det antagande, att Svensson genom att på sätt som skett, yppa innehållet i ifrågakomna bref i brottsligt syfte fortspridt sådant rykte som i 16 kap. 8 § omförmäles, samt Svensson icke heller på grund af anmärkta förfarande annorledes gjort sig förfallen till ansvar efter lag». En af Hofrättens medlemmar yttrade: »Emedan det ej kan anses ådagalagdt, att Svensson genom sin åtgärd att lämna upplysning om innehållet af det till honom ankomna bref, af arghet emot Hultgren utsatt sådant rykte, som afses i det af häradsrätten till stöd för dess utslag åberopade lagrummet, hvars tillämpning jämväl blifvit af Hultgren i stämningen påyrkadt, pröfvar jag med upphäfvande af häradsrättens utslag, så vidt Svensson därigenom dömts till ansvar, lagligt ogilla Hultgrens i dessa delar i målet förda talan.» — Hofrättens utslag blef af Högsta Domstolen enhälligt fast-

ställdt. Detta fall erbjuder särskildt intresse dels därigenom, att det innehåller ett exempel på att underrätten icke ansett sig kunna taga hänsyn till en rättstridighetsupphäfvande omständighet, som öfverrätten tillagt afgörande betydelse, och dels därför, att Hofrättens ändring af häradsrättens utslag uttryckligen motiverats med att handlingen icke kunde anses hafva skett i brottsligt (d. v. s. rättstridigt) syfte. Om möjligt ännu tydligare hänvisande till att lagens fordran på arghet är att betrakta som ett betonande af rättstridighetsmomentet vid förtal är den senast citerade afvikande motivering för samma resultat. Det ifrågavarande fallet är anmärkningsvärdt äfven därför, att det erbjuder en af billighetshänsyn beroende utvidgning af rättstridighetsprincipen utöfver dess rationella räckvidd. Det är nämligen tydligt, att Svenssons befogenhet att i egenskap af församlingsmedlem vid kyrkostämman uttala sig om Hultgrens lämplighet för den sökta platsen icke gaf honom någon rätt att efter kyrkostämmans slut framkomma med äreröriga beskyllningar mot Hultgren, och då dessa senare beskyllningar hvarken voro ett enbart återgifvande af hvad som vid stämman förekommit eller eljest uppburos af något särskildt berättigande intresse, kan domstolarnas frikännande i fråga om dessa endast hafva berott på att det förefallit obilligt att fälla Svensson till ansvar för dessa beskyllningar, då de framkommit i så omedelbart sammanhang med de under kyrkostämman framställda, af ett särskildt intresse uppburna och följaktligen icke rättstridiga beskyllningarna.

Ett annat fall af likartadt innehåll, i hvilket underdomstolarna likaledes lämnat den särskilda rättstridighetsupphäfvande omständigheten utan beaktande och, då beskyllningen här gällde brottslig handling, följaktligen ansett be-

visningsreglerna i 16: 13 tillämpliga, är följande i N. J. A. 1877, sid. 572 refererade.

Vid ett kyrko- och skolrådets sammanträde i Förlanda församling, hvilket hållits för att undersöka åtskilliga emot käranden, skollärare Tellander, inkomna klagomål samt för att eventuellt vidtaga lagliga åtgärder gentemot Tellander, hade svarandena, Månsson m. fl., inlämnat attester, som styrkte att Tellander dels vid ett visst tillfälle under svordomar obehörigt utvisat en af församlingens medlemmar ur skolhuset och dels upprepade gånger fällt »okristliga» yttranden, sådana som att kristendomsundervisningen vore onödig, att äktenskapet vore en mänsklig tillställning för att prästtjufvarna skulle få pengar, att människorna liksom djuren hade stor frihet att tillfredsställa allt hvartill de hade naturdrift, att hordom icke vore någon synd o. s. v. Med anledning af dessa attester och hvad i öfrigt mot Tellander förekommit, blef Tellander först tilldelad varning och därefter skild från såväl sin skollärareplats som äfven från befattningen som församlingens klockare, hvilken han jämväl innehaft. På grund häraf yrkade Tellander ansvar för ärekränkning å Månsson och de öfriga utställarne af attesterna. Häradsrätten fällde Månsson och hans medsvaranden enligt 16: 7 mom. 3, jämfördt med 16: 9, enär »svarandena erkänt, att de utfärdat de af Tellander åberopade attesterna, i hvilka honom pådiktats vissa uppgifna brott, hvilket finge antagas hafva skett af obetänksamhet, samt svarandena icke i den ordning 16 kap. 13 § strafflagen stadgar, beredt sig rätt att bevisa tillmålenas riktighet». Hofrätten frikände Månsson och hans medparter från allt ansvar med motivering, att »då annat förhållande i målet icke blifvit ådagalagdt än att Anders Månsson och hans medparter vid ett, för undersökning i anledning

af åtskilliga mot Tellander såsom skollärare framställda klagomål, af Förlanda församlings kyrko- och skolråd den 18 augusti 1875 hållet sammanträde, aflämnat ifrågavarande attester; samt detta Anders Månssons och hans medparters förfarande att deras plikt likmätigt inför nämnda offentliga myndighet om Tellander, uti de hänseenden undersökningen afsåge, meddela upplysningar, lagligen ej kunde medföra skyldighet för dem att för undgående af ansvar för ärekränkning bevisa riktigheten af samma upplysningar; förty och då Tellander ej styrkt, att vederpartens uppgifter om honom varit sanningslösa, blir med upphäfvande af häradsrättens utslag etc. — Detta Hofrättens utslag blef af Högsta Domstolen enhälligt fastställt. — Anmärkningsvärdt i detta fall är, att det i Hofrättens motivering till det frikännande utslaget uttryckligen angifvits, att det ålegat käranden att styrka, att svarandens uppgifter voro sanningslösa, d. v. s. att äreröriga beskyllningars osanning är ett villkor för deras rättstridighet, där de uppbäras af sådana intressen, som de här ifrågavarande.

En princip af, som det vid första anblicken förefaller, samma innehåll, hade i ett annat fall¹ uttalats af Oppunda Häradsrätt, men denna del af häradsrättens motivering blef af Hofrätten utesluten, ehuru såväl Hofrätten som Högsta Domstolen i det ifrågavarande fallet stannade vid samma resultat som häradsrätten. I detta fall hade svaranden F. A. Gran, som var ledamot af Stora Malms församlings skolråd, vid ett sammanträde inför skolrådet, angående käranden T. A. Kronwall, som var församlingens skollärare, bl. a. yttrat, att han hört uppgifvas, att Kronwall sökt bibringa såväl barnen i

¹ N. J. A. 1904. S. 269.

skolan som andra personer nedsättande och vilseledande uppfattningar af bibeln och dess lära. Häradsrätten, som frikände Gran från ansvar härför, yttrade i sitt utslag bl. a., att »då Gran måste anses hafva varit i sin egenskap af skolrådets ledamot pliktig, att inför skolrådet omtala allt, hvad han i förevarande afseende hört angående Kronwall, samt Grans inför skolrådet lämnade upplysningar icke kunde såsom ärekränkning anses under annan förutsättning än att de icke varit med sanningen öfverensstämmande, men Kronwall icke påstått än mindre bevisat, att Gran icke på sätt han inför skolrådet uppgifvit hört ofvannämnda personer fälla berörda yttrande, pröfvade häradsrätten etc.» — Detta utslag blef som sagdt af Hofrätten liksom äfven af Högsta Domstolen fastställt, men den del af motiveringen, som rörde beviset af beskyllningarnas sanningsenlighet, blef icke i Hofrättens utslagsrubrik upptagen. Emellertid berodde detta otvifvelaktigt icke på att Hofrätten icke skulle hafva ansett, att de ifrågavarande beskyllningarna varit rättstridiga, om käranden kunde styrka deras osanning, utan därpå, att häradsrätten, som af den nyss anförda motiveringen framgår, utgått från att hvad käranden haft att styrka icke vore beskyllningarnas osanning utan att svaranden icke, såsom han uppgifvit, hört beskyllningarna framställas, hvilket naturligtvis var otvifvelaktigt oriktigt. Det intresse, om hvilket det här är fråga — nämligen att de af kommunen anställdes tjänstutöfning må blifva oklanderlig — kan naturligtvis aldrig, för dem som hafva att vaka däröfver, grundläggas vare sig en plikt eller en rätt att frambära alla äreröriga rykten, som kommit till deras kännedom.

Kapitel 4. Konflikter mellan äran och det ekonomiska livets intressen.

Till belysande af de i detta kapitel ifrågavarande intressenas innehåll kan, såsom typiskt exempel på äreröriga beskyllningar, hvilka trots sin ärerörighet kunna blifva af rätten tillåtna, därför att de eventuellt uppbäras af intressen af detta slag, här inledningsvis anföras t. ex. upplysningar om att en köpmans solvens, affärsmetoder eller allmänna redbarhet icke är sådan, att någon bör inlåta sig i affärsförbindelser med honom, att en handlandes varor äro förfalskade eller undermåliga, att hans annonser eller reklamer äro direkt lögnaktiga eller bedrägliga, att ett bankinstitut eller annat finansiellt företag ledes på ett för den penningtillskjutande allmänheten riskabelt sätt o. s. v. Det afgörande för huruvida beskyllningar af detta slag böra blifva att betrakta som brott eller ej, är, enligt vår uppfattning, en afvägning af intresse de enskildes ära gentemot de det ekonomiska livets intressen, för hvilka i det här följande skall utförligare redogöras.

Från en hel grupp af författare inom ärekränkingslitteraturen har häfdats, att beskyllningar af det anförda slaget för såvidt som de enbart beröra den beskylldes ekonomiska angelägenheter, öfverhufvud taget aldrig skulle kunna blifva att betrakta som äreröriga, därför att första villkoret för att en beskyllning alls skall kunna anses innebära en ärekränkning enligt dessa författare är, att den riktar sig mot den beskylldes sedliga eller moraliska egenskaper. Denna ståndpunkt i afseende på de i detta kapitel afsedda beskyllningarna är gifvetvis en omedelbar och själfklar konsekvens af de ärekränkningsteorier, hvilka antagit den s. k. inre äran som källa

till eller grundvalen för all ära i juridisk mening:¹ om det är människans egenskap af fri sedlig personlighet, som gifver henne rätt till skydd för äran i yttre mening, så är det gifvet att detta skydd icke kan sträcka sig längre än till angrepp, som verkligen rikta sig mot hennes sedliga eller moraliska egenskaper. Den ifrågavarande ståndpunkten försvaras också af alla de författare, för hvilka den inre äran framstår som ärekränkingsdeliktens verkliga kriminalisationsgrund. Sålunda heter det t. ex. hos Goos:² »Naar Æren er den paa Menneskets sædelige Værdi — dels den absolute Menneskeværdighed, dels den sædelige Livsførelse — grundede Følelse eller Dom, Selvagtelse og andres Agtelse, ligger udenfor Begrebet og altsaa udenfor det, som kan være Gjenstand for Ærefornærmelser, enhver Følelse eller Dom, der har en anden Oprindelse end den etiske: Menneskets sædelige Værdi. . . Som Følge heraf ere forulempende Paasagn m. m. der have Hensyn til en Persons Formueforhold f. Ex. at han er insolvent ell. desl. ikke som saadanne Ærefornærmelser.» Samma tankegang återfinnes hos KOHLER:³ »Von der Ehre unterschieden sind die Vermögensverhältnisse. Der Vorwurf der Zahlungsfähigkeit kann nur dann hierher gehören, wenn er wenigstens mit einer gewissen Nuance gemischt ist, mit der Nuance des Vorwurfs der Unsolidität, der Gaunerei, der Unlauterkeit oder des Leichtsinns. Abgesehen davon kann der Vorwurf der Zahlungsfähigkeit Jemanden im Verkehrsleben schwer schädigen selbst dann, wenn er kein Kaufmann ist; aber Ehrverletzung ist es nicht», och hos BINDING finner man den ifrågavarande läran framställd som själfklar, då

¹ Jmfr ofvan, s. 119 f.

² Goos: Sp. D. S. 200—201.

³ KOHLER. S. 32—33.

BINDING bland Pseudo-Beleidigungen upptar bland annat »der Vorwurf, dass ein Kaufmann seine Verbindlichkeiten nicht erfüllen könnte, falls dabei nicht auf schuldhafte Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit Bezug genommen wird».¹ — Af hela denna uppfattning följer tydligt, att de här ifrågavarande beskyllningarnas straffbarhet eller icke straffbarhet alldeles icke komma att bero af huruvida i hvarje sådant fall den enskildes ära måste anses väga tyngre eller lättare än de intressen af ekonomiskt slag, som beskyllningen eventuellt kan anses representera. Enligt de citerade författarnas uppfattning är straffbarhets- eller brottslighetsfrågan tvärtom i hvarje fall från början afgjord genom beskyllningens eget innehåll: innebär beskyllningen ett angrepp mot den beskylldes sedliga egenskaper, är den redan såsom sådan straffbar; gäller den endast den beskylldes ekonomiska angelägenheter, kan den under inga omständigheter blifva att betrakta som ett ärekränkingsdelikt, och om någon intressekollision eller särskild tillämpning af rättstridighetsrekvisitet på detta område skulle det alltså öfverhufvud taget icke kunna blifva fråga.

Angående det vetenskapliga värdet af själfva den teoretiska utgångspunkten eller grundvalen i de ifrågavarande ärekränkningsteorierna hafva vi redan i ett föregående sammanhang framställt tvifvelsmål.² Här hafva vi endast att framhålla, att man med denna teori knappt blir i stånd att på ett tillfredsställande sätt lösa de praktiska svårigheterna inom det här till behandling föreliggande området. Ty i verkligheten torde det visa sig, att man hvarken utan vidare kan från straffbarhet utesluta alla enbart för den beskylldes ekonomiska eller yrkesangelägenheter nedsättande beskyllningar

¹ BINDING: Lehrbuch. S. 145.

² Ofvan, s. 121.

och att man ej heller rimligtvis kan generellt stämpla som straffbara alla hithörande beskyllningar, hvilka vid sidan af att de beröra den beskylldes ekonomiska angelägenheter äfven rikta sig mot hans moraliska egenskaper.

Det förra visar sig tydligt redan i den omständigheten, att samtliga de författare, hvilka häfda att endast moralröriga beskyllningar äro verkligt ärekränkande, i omedelbart sammanhang härmed söka begränsa konsekvensen af denna lära genom att på ett efter vår mening konstladt sätt konstruera fram ett moment af angrepp mot den beskylldes sedliga personlighet i beskyllningar, hvilka likväl uppenbart endast röra hans yrkesegenskaper eller ekonomiska angelägenheter. Såsom typiska i detta afseende kunna anföras de framställningar, som Goos och KOHLER lämna på denna punkt: »Av Vigtighed er det dernæst», heter det hos den förre¹ »at visse Kvalifikationer i Henseende til Formuesforhold, Indsigt, Dygtighed, m. m. kunne være Betingelse for et pligtmæssigt Forhold i specielle Livsstillinger. . . . Derfor blive f. Ex. Udsagn om en Dommers Uvidenhed i Lov og Ret, om en Sagførers Mangel paa Evne til at varetage en Klients Interesser eller efter Omstændighederne hans økonomiske Uvederhæftighed ærefornærmende». — Kanske ännu mera pregnant visar sig hos KOHLER det enligt vår mening konstlade i denna konstruktion. KOHLER tillbakavisar energiskt att en ärekränkning skulle kunna föreligga i något »was den blossen Intellekt betrifft», ja, han går ända därhän att förklara, att »gerade die Beschränktheit kann schwerwiegende und tadelnswerthe Charakterausschreitungen verhüten; gerade solche Personen (geistig unfähige) können eine

¹ Goos: Sp. D. S. 202.

besondere Offenheit und Herzensgüte verrathen; gerade solche Personen können oft tragisch werden, weil sie von dem besten Willen erfüllt sind und doch nicht zum Ziele gelangen». Men omedelbart därefter tillägger han: »Etwas Anderes wäre nur dann gegeben, wenn etwa der Vorwurf der Unfähigkeit sich zu dem Vorwurf zuspitzen würde, dass der Unfähige pflichtwidrig eine Stellung behaupte, die bei seiner hoffnungslosen Unfähigkeit von ihm nicht ausgefüllt werden kann, aber dann läge die Beleidigung nicht in der Behauptung der Unfähigkeit, sondern in dem Vorwurf bewusst rechtwidrigen Handelns, dann müsste die Beleidigung die Spitze enthalten, dass Jemand sich seiner hoffnungslosen Unfähigkeit voll bewusst sei und trotzdem seine Stellung behaupte, und ausserdem müsste noch der Vorwurf hinzukommen, dass er aus unlauteren Motiven von seine Stellung nicht zurücktreten möchte».¹ Detta resonemang gäller visserligen endast direkt beskyllningar, som afse den beskylldes yrkesduglighet, men samma tankegång ligger uppenbart äfven till grund för KOHLERS lära, att en beskyllning för insolvens icke får anses innebära en ärekränkning annat än om den är färgad af en »Nuance des Vorwurfs der Unsolidität, der Gaunerei, der Unlauterkiet oder des Leichtsinns». För öfrigt är det gifvetvis denna samma tankegång som ledt t. ex. HAMMARSKJÖLD, då han i enlighet med traditionen inom den äldre ärekränkingslitteraturen, bland straffbara ärekränkningar upptagit äfven »beskyllningar, som angripa eller skada den s. k. ståndsoch yrkesäran, således för gärningar och laster, som skulle visa saknad af den form af den sedlighet, som den sociala ställningen kräfver».²

¹ KOHLER. S. 29—30.

² HAMMARSKJÖLD. S. 129.

Det förefaller oss ligga i öppen dager, att intet af dessa resonemang träffar hvad som verkligen måste vara det afgörande för huruvida de ifrågavarande beskyllningarna böra betraktas som straffbara eller ej, utan att samtliga fastmera bära vitne om att vara tillkomna som nödfallsutvägar för undvikande af de nödvändiga praktiska konsekvenserna af läran, att endast beskyllningar, som rikta sig mot den angripnes sedliga personlighet, få stämplas som verkliga ärekränkingsförbrytelser. Eller skulle, om någon utspridt rykten om handlingar som utvisa, till exempel att en advokat saknar äfven de mest elementära förutsättningarna för att tillvarataga sina klienters intressen, eller att en bankirs ställning är fullständigt underminerad, dessa beskyllningars straffbarhet eller icke straffbarhet verkligen kunna göras beroende af huruvida beskyllaren äfven sökt göra troligt, att de beskyllde varit medvetna om sin »hopplösa okunnighet» och följaktligen också gjort sig skyldig till ett »pliktstridigt handlande»? Är det icke fastmera tydligt, att det väsentliga hos de ifrågavarande beskyllningarna såväl i fråga om deras verkningar som i alla andra afseenden är helt och hållet oberoende häraf och att det afgörande för dessa beskyllningars rättstridighet eller icke rättstridighet följaktligen måste sökas i helt andra förhållanden?

Att den ifrågavarande ärekränkningsteorien knappt leder till antagliga konsekvenser, visar sig måhända ännu tydligare däri, att det omvänt ingalunda går an att från början förklara alla hithörande beskyllningar, som äfven rikta sig mot den beskylldes sedliga egenskaper, för straffbara. Redan en flyktig blick på t. ex. de upplysningar, som allmänt cirkulera bland köpmän och hvilka otvifvelaktigt äro nödvändiga för det moderna ekonomiska lifvets normala fortgång, låter detta

framstå med full tydlighet. Hvad en köpman önskar och behöfver lära känna om en annan, då han reflekterar på att öppna en ny affärsförbindelse, inskränker sig ingalunda alltid till rent objektiva och opersonliga, t. ex. i siffror uttryckbara fakta i fråga om vederbörandes solvens. Tvärtom kan det han söker i många fall vara just allmänna upplysningar om den ifrågavarandes redbarhet eller skicklighet som affärsman öfverhufvud taget, och det kan tänkas att tillfredsställande upplysningar i dessa senare afseenden kunna vara tillräckliga att öfvervinna sådana fakta, som att den omfrågades ekonomiska ställning är svag, att han en gång gjort konkurs, eller annat liknande. Därför kan det, från andra sidan sedt, också för den, som sitter inne med kännedom om att en viss köpman varit invecklad i svindlerier eller i allmänhet i sina affärstransaktioner rört sig på strafflagens gränser, otvifvelaktigt ofta framstå som en plikt att åt upplysningsökanden lämna meddelanden just om den omfrågades moraliska egenskaper, detta naturligtvis framför allt i sådana fall, där dennes ekonomiska ställning är fullgod, men där det likväl skulle vara uppenbart oförsvarligt att tillåta någon annan att inlåta sig i affärer med honom. Men äfven i normala fall torde det vara otvifvelaktigt, att en köpmans redbarhet, skötsamhet, önskan att göra rätt för sig, allmänna duglighet o.s.v. få anses vara af den betydelse för huruvida andra kunna tillrådas att öppna affärsförbindelser med honom, att nedsättande upplysningar angående dessa och liknande egenskaper ingalunda generellt från början kunna stämplas såsom brottsliga. Också finner man på t. ex. Svenska Köpmannaföreningens tryckta frågosedlar, afsedda för upplysningar angående köpmän i allmänhet, bland annat frågan: »Anses firmans innehafvare redbar?» — Skulle man i alla

dessa fall låta de nedsättande beskyllningarna träffas af strafflagen blott därför att beskyllningarna gälla icke endast den beskylldes ekonomiska angelägenheter utan äfven hans moraliska eller sedliga egenskaper, så skulle man, om icke direkt hafva lamslagit hela upplysningsväsendet inom köpmannavärlden, så likväl otvifvelaktigt hafva bundit detsamma inom så alltför trånga gränser, att det alldeles icke blefve i stånd att fylla sina för det sunda affärslifvet likväl så viktiga uppgifter. Och äfven från andra hithörande områden, t. ex. i fråga om kritik öfver offentligt salubjudna varor m. m., torde med lätthet kunna framdragas analoga exempel som visa, att hvad det här kommer an på i verkligheten icke är de ifrågavarande beskyllningarnas moralrörighet eller icke moralrörighet. Men detta, att icke ens alla hithörande för den beskylldes moraliska egenskaper nedsättande beskyllningar kunna betraktas som straffbara, bevisar om möjligt ännu tydligare än att, som nyss utvecklats, icke alla enbart ekonomiska beskyllningar kunna från början förklaras strafffria, att rättstridighetsgränsen inom de här ifrågavarande beskyllningarna måste uppdragas från någon annan synpunkt än den, huruvida beskyllningar kunna anses rikta sig mot den beskyllde såsom sedlig personlighet eller ej.

Utgår man från att förtalsdeliktets objekt är af det innehåll, som i denna afhandlings andra afdelning närmare utvecklats, och att grunden till dess kriminalisation är den, som där sammastädes angifvits, så förefinnes ingen som helst anledning att uppställa en sådan principiell skillnad som den af de nu citerade författarne ifrågasatta emellan beskyllningar, som enbart beröra den beskylldes ekonomiska angelägenheter, och beskyllningar, som dessutom rikta sig mot hans sedliga egenskaper. Bådadera innebära angrepp på äran-anseen-

det i detta ords därstädes utvecklade betydelse, och bådadera äga följaktligen principiellt fullgoda förutsättningar för att konstituera förtalsförbrytelser. Härmed skall naturligtvis icke påstås, att det öfverhufvud taget icke skulle existera någon skillnad mellan de båda nämnda slagen af äreröriga beskyllningar. En till det här ifrågavarande området hörande ärerörig beskyllning, som äfven riktar sig mot den beskylldes moraliska personlighet innebär naturligtvis i regeln ett mera djupt träffande angrepp på den därför utsattes ära och anseende, och medför väl också i regel mera vidtgående och för den angripnes hela lif och verksamhet skadliga följder än en beskyllning, som endast rör hans ekonomiska angelägenheter. Med en beskyllning af det förra slaget fränkänner man den beskyllde själfva de primära grundförutsättningarna för andras ekonomiska samarbete med honom och dessutom angriper man med en sådan beskyllning hans anseende på ett sätt, som är ägnadt att medföra verkningar äfven på helt andra områden än hans ekonomiska verksamhets, bland hans personliga vänner, inom hans olika umgängeskretsar o.s.v.; med en beskyllning af det senare slaget är det däremot icke själfva de inre och förblifvande grundvalarna för den beskylldes ekonomiska anseende — hans redbarhet, goda vilja etc. — utan fastmer de yttre, tillfälliga förutsättningarna för detta anseende — hans ekonomiska ställning för ögonblicket, hans förmåga att för tillfället uppfylla sina förbindelser o.s.v. — som angripes, och dessutom är det tydligt, att följderna af en sådan beskyllning i regeln icke kunna antagas sträcka sig längre än till området för den angripnes ekonomiska verksamhet. Men dels är det ingalunda säkert, att verkningarna af en beskyllning af det förra slaget såsom helhet betraktade alltid måste framstå såsom mera betydelsefulla för den angripne

och mera nödvändiga att förhindra för staten än verkningarna af en beskyllning af det senare slaget — en beskyllning, som enbart riktar sig mot den angripnes ekonomiska ställning, kan under gifna omständigheter uppenbarligen medföra långt mycket ödesdigrare följder än en beskyllning, som äfven innebär något för hans moraliska egenskaper nedsättande — och dels utgör den nu framhållna skillnaden mellan de båda omhandlade slagen af äreröriga beskyllningar i hvarje fall alldeles icke någon grund vare sig till att generellt utesluta de senare ifrån straffbarhet eller att från början förklara de förra för under alla omständigheter straffbara och följaktligen icke heller någon grund till att på något som helst sätt modifiera de praktiska konsekvenserna af det ärebegrepp, som ofvan antagits vara det riktiga, hvilka konsekvenser på denna punkt gifvetvis blifva att såväl moralröriga som enbart för den enskildes ekonomiska anseende nedsättande beskyllningar på grund af sitt innehåll kunna blifva att betrakta som verkliga förtalsdelikt.

Att den svenska strafflagen i hvarje fall står på denna ståndpunkt och sålunda skyddar de enskildes anseende äfven gentemot beskyllningar, som icke rikta sig mot deras sedliga eller moraliska egenskaper, måste enligt vår uppfattning anses vara höjdt öfver allt tvifvel. Redan det efter ordet ära i 16 kap. 8 § omedelbart följande uttrycket »goda namn och medborgerliga anseende» torde språkligt riktigast vara att tolka såsom omfattande icke endast den enskildes anseende för att vara en i sedligt afseende oklanderlig personlighet, utan under gifna omständigheter äfven hans anseende såsom vederhäftig köpman, duglig ämbetsman o.s.v., men om det nyssnämnda uttrycket ännu möjligen lämnar rum för tvifvelsmål, så torde i hvarje fall de därefter i 8 § föl-

jande orden »yrke, näring eller fortkomst» vara fullt otvetydiga. Ty att beskyllningar för handlingar, som utvisa att en köpman icke kan fullgöra sina förbindelser, att en läkare saknar förutsättningar för att riktigt behandla sina patienter, att en ämbetsman på grund af bristande intellektuella egenskaper icke är i stånd att sköta sitt ämbete o.s.v., icke skulle vara beskyllningar, som för de resp. beskylldes »yrke, näring eller fortkomst» menliga äro, synes knappt kunna sättas i fråga. HAMMARSKJÖLD förfäktar likväl en motsatt åsikt. »Om hit» (d.v.s. till gärningar af det i 16: 8 beskrifna slaget), heter det hos HAMMARSKJÖLD,¹ »äfvén bör hänföras gärningar, som skulle visa ej en dålig karaktär men väl dumhet, okunnighet eller oskicklighet, och dymedelst skada den omtalade i hans näring, yrke eller fortkomst, är ej utsgäddt. Men då sådan meddelelse ej är ett angrepp på äran, och deras inbegripande i 8 § alltså vore en oegentlighet, synes riktigast vara att förstå ordalagen såsom icke afseende dylika fall». Men denna motivering till uteslutande af de ifrågavarande beskyllningarna från all straffbarhet — nämligen att de icke skulle innebära något angrepp på äran — är tydligen byggd på förutsättningen, att den svenska strafflagens stiftare utgått från det juridiska ärebegreppet, hvars grundval är den inre äran, och denna förutsättning är helt och hållet godtycklig. Vill man vid tolkningen af ett visst rättssystem's bestämmelse angående ett visst brott låta bestämmelserna i detalj belysas af hvad som får anses vara det ifrågavarande brottets allmänna angreppsobjekt, så måste man naturligtvis först fastställa detta angreppsobjekts väsen och innehåll genom konsekvenser ur lagens ord och anda. Det går gifvetvis

¹ HAMMARSKJÖLD. S. 129.

icke an att först från allmän teoretisk synpunkt konstruera brottets angreppsobjekt och därefter tolka lagens olika detaljbestämmelser så, att de komma i sammanhang härmed. Men i den svenska strafflagens 16 kap. finnes alls intet stöd för att lagstiftaren skulle afsett att skydda de enskilda individernas ära endast för så vidt som den kan anses härflyta ur deras egenskap af fria sedliga personligheter; tvärtom är just de citerade orden i lagtexten — »yrke, näring eller fortkomst» — ett alldeles otvifvelaktigt bevis på att det ifrågasvarande lagrummet afser att omfatta äfven beskyllningar, som rikta sig enbart emot den beskylldes sociala och ekonomiska anseende.

Den verkliga innebörden i den svenska strafflagens bestämmelser torde på denna punkt kunna särskildt klart belysas genom en jämförelse med motsvarande stadgande i utländska lagar, speciellt den franska. Franska Presslagen straffar som förtal »toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé» (art. 29), och i denna definition svarar enligt vår mening ordet l'honneur direkt emot ordet ära och ordet considération direkt emot uttrycket »yrke, näring och fortkomst» i svenska strafflagens 16 kap. 8 §, under det att uttrycket »goda namn och medborgerliga anseende» i det sistnämnda lagrummet närmast torde få betraktas som öfvergångs- eller föreningslänkar emellan de andra ytterst ställda begreppen. Skillnaden emellan begreppen l'honneur och considération framträder synnerligen klart och bestämt i ett af PORTREVIN ifrån Presslagsdiskussionen i deputeradekam-maren citeradt yttrande: »Tout ce qui touche à la réputation, à la probité, touche à l'honneur; mais on peut, sans blesser l'honneur, porter atteinte à la considération. Dire méchamment qu'un

négociant a éprouvé des pertes, qu'il gère avec inhabilité son négoce, annoncer faussement tel ou tel fait à l'appui de l'imputation, c'est laisser son *honneur* intact, c'est nuire cependant à la considération dont il joint.¹ — Här råder som synes icke något som helst tvifvel om att beskyllningar som riktats emot den beskylldes ekonomiska anseende i och för sig äro fullt ägnade att konstituera förtalsförbrytelser, alldeles oafsedt huruvida de äfven innebära angrepp på den beskylldes moraliska anseende; och detsamma gäller, med en riktig tolkning af den svenska strafflagens 16 kap. 8 §, otvifvelaktigt äfven för den svenska rätten. Icke heller enligt engelsk rätt äro beskyllningar, som endast röra den beskylldes ekonomiska anseende på grund af sitt innehåll från början uteslutna från all straffbarhet.² — I den belgiska strafflagen uteslöts efter en lång diskussion i deputeradekammaren ordet »considération» ur definitionen på förtal, just därför att lagstiftaren icke önskade skydda »la valeur intellectuelle et financière ou commerciale» utan endast »la valeur morale de l'individu». ³ Äfven här framträder sålunda skillnaden mellan »l'honneur» och »considération» med full tydlighet, ehuru den belgiska lagstiftaren valt att skydda endast det förra. — Huruvida i tysk rätt under »Thatsache, welche verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist», bör förstås äfven fakta, som icke äro för den beskylldes moraliska anseende nedsättande, är som af det ofvan anförda framgåromstridt. Dock synes i praxis allmänt betraktas som straffbart äfven enligt § 186 (d. v. s. då beskyllningen icke framställts mot bättre vetande, i hvilket fall den ju träffas af

¹ POITTEVIN. S. 235.

² Se FOLKARD. S. 285.

³ Nypels a. a. S. 522.

den särskilda bestämmelsen angående Kreditgefährdung i § 187) t. ex. en beskyllning för insolvens, riktad mot en köpman oberoende af huruvida beskyllningen inneburit något för den beskyllde såsom sedlig personlighet komprometterande.¹ —

Om efter det nu anförda för den svenska rättens räkning får anses fastställt, dels att icke endast till det här ifrågasvarande området hörande moralröriga beskyllningar utan äfven nedsättande beskyllningar af enbart ekonomisk karaktär i sitt innehåll äga förutsättningar för att utgöra verkliga ärekränkningar och dels att äreröriga beskyllningar af båda dessa slag kunna blifva af rätten tillåtna, där de tillräckligt starkt uppbaras af något af de intressen, hvilka här sammanfattats under namnet det ekonomiska lifvets intressen, så återstår alltså nu att närmare granska arten och innehållet i dessa sistnämnda intressen samt att undersöka de närmare villkoren för att en ärerörig beskyllning verkligen skall anses kunna stå i dessa intressens tjänst.

I det föregående har såsom typiskt exempel på ett intresse af det ifrågasvarande slaget genomgående anförts köpmännens ömsesidiga behof af soliditetsupplysningar, och otvivelaktigt är också, att det är inom affärslifvet, som dessa intressen framträda klarast och starkast, mest bärkraftiga. Om det i forna dagar i regeln var möjligt för en köpman att genom personliga relationer ungefärligt och tillräckligt känna de af sina yrkesbröder, med hvilka han kunde få anledning att träda i förbindelse, och om nödvändigheten att ifrån utomstående hämta upplysningar angående andra köpmäns redbar-

¹ Se t. ex. v. LISZT S. 340; FRANK S. 257; OLSHAUSEN S. 719. Den väsentliga betydelsen af det särskilda stadgandet om kredits utsättande för fara i § 187 synes allmänt uppfattas vara, att förtal mot bättre vetande äfven kan begås gentemot juridiska personer; se v. LISZT och FRANK l. c. och BINDING Lehrbuch. S. 160.

het, ekonomiska ställning o. s. v. då möjligen icke förelåg i tillräckligt hög grad för att äga kraft att grunda en rätt, d. v. s. för att göra i sådant sammanhang framkomna äreröriga beskyllningar till af rätten tillåtna, så är detta i hvarje fall icke längre förhållandet i våra dagar. I det moderna affärslifvet med dess oerhördt vidsträckta internationella omfattning och oerhördt invecklade inre organisation finnes gifvetvis ingen som helst möjlighet för den enskilde köpmannen att begränsa sina affärsförbindelser efter privat personalkännedom, tvärtom står han snart sagdt dagligen inför nödvändigheten att inlåta sig i ekonomiska förbindelser med firmor och affärsmän, om hvilka han ingenting annat känner än deras namn, och i fråga om hvilka han därför är ovillkorligen hänvisad att söka upplysningar från andra, och skulle man verkligen på allvar genomföra att stämpla alla sådana i affärslifvets normala förlopp framkomna för vederbörande enskilde köpman nedsättande beskyllningar såsom gjorda »af arghet» och följaktligen såsom straffbara, där icke deras sanningsenlighet finge och kunde bevisas genom laga dom, så skulle man därvid otvifvelaktigt hafva afklippt en af själfva lifsnerverna i det nutida handelslifvet. Frågan är därför här, liksom förut i analoga fall, icke huruvida, utan i hvilket omfång eller under hvilka omständigheter äreröriga beskyllningar af det ifrågavarande slaget måste anses af rätten tillåtna. — Men äfven inom andra kretsar än köpmännens kunna dessa samma intressen framträda såsom rättstridighetsupphäfvande om också icke med samma styrka och i samma utsträckning. Äfven för icke-köpmän medför det dagliga lifvet mer eller mindre ofta nödvändigheten att träda i ekonomisk förbindelse med personer, om hvilka de obetingadt måste söka upplysning hos andra, och det finnes ingen an-

ledning att göra skillnad mellan sådana upplysningar och upplysningar angående firmor och professionella affärsmän, lika litet som det finnes någon anledning att uppställa skillnad mellan upplysningar, lämnade af enskilde och upplysningar, lämnade af soliditetsupplysningsbyråer eller andra, som gjort upplysningsväsendet till sitt yrke. — Som en sorts pendant till, ehuru i själfva verket naturligtvis af samma art och ursprung som det köpmännens intresse af att erhålla upplysningar, hvilket sålunda eventuellt kan göra framställandet af äreröriga beskyllningar till en af rätten tillåten handling, framstår publikens eller den stora allmänhetens intresse af att på privat väg eller genom offentlig kritik få en riktig kännedom om alla affärsföretag, af vare sig detaljhandels- eller storfinansiell karaktär, hvilka i någon form söka ekonomisk förbindelse med densamma. Om en detaljhandlare i sin affär år efter år utbjuder undermåliga eller mindre värda varor, hvilka han genom någon af lagen icke träffbar manipulation lyckats ge ett sken af att vara fullvärdiga, eller om ett bolag offentligt inbjuder t. ex. till aktieteckning i ett företag, byggt på svindelprinciper och mer eller mindre direkt afsedt att aflocka i affärsförhållanden okunnige deras besparingar, så hafva medborgarne i gemen ett obestridligt intresse af att lära känna de verkliga förhållandena i fråga om de salubjudna varorna och sanningen i fråga om det finansiella företagens egentliga karaktär, och det torde icke kunna sättas i fråga att icke äreröriga beskyllningar, som framkommit i sådant sammanhang från vare sig privat eller offentligt håll för att skydda vare sig enskilde eller allmänheten öfverhufvud taget, under gifna omständigheter måste anses såsom af rätten tillåtna äfven där tillfälle icke finnes att bevisa deras sanningsenlighet på det sätt, som den svenska

strafflagen stadgar för äreröriga beskyllningar i allmänhet. Frågan bör här likaledes endast vara hvilka fordringar, som böra uppställas i afseende på dessa omständigheter och i fråga om de framställda beskyllningarnas objektiva och subjektiva sanningsenlighet, för att beskyllningarna skola kunna anses beröfvade sin karaktär af rättstridiga. — Det är gifvet, att de nu anförda exemplen icke göra anspråk på att uttömmande angifva, utan endast att allmänt karakterisera alla de intressen, om hvilkas konflikter med äran det i detta kapitel är fråga om. Dessa intressen sträcka sig, enligt sakens natur, vida utöfver det nu angifna området och kunna i olika former tänkas framträda i snart sagdt alla sammanhang, och en fullständig redogörelse för dem alla skulle öfverhufvud taget icke kunna åstadkommas annat än möjligen i form af en kasuistik. Med de anförda exemplen som utgångspunkt eller prototyper torde emellertid, där fråga uppstår om ett intresse af det här omhandlade slaget öfverhufvud taget föreligger, med någorlunda lätthet kunna afgöras om så i verkligheten är förhållandet eller icke.

Hvad nu beträffar de vidare villkor i afseende på beskyllningarnas innehåll, de omständigheter, under hvilka de framkommit, deras objektiva eller subjektiva sanningsenlighet o. s. v., hvilka måste föreligga för att en ärerörig beskyllning skall anses rättfärdigad, därför att den uppbäres af något intresse af det nu angifna slaget, så hafva vi redan i det föregående här ofvan angifvit vår ståndpunkt till det i det förstnämnda afseendet — alltså ifråga om af hvad innehåll en nedsättande beskyllning kan vara utan att redan på grund däraf blifva att betrakta som rättstridig — mest omstridda spörsmålet, nämligen huruvida en ärerörig beskyllning, som riktar sig mot den beskylldes sedliga egenskaper öfverhufvud

taget kan blifva af rätten tillåten, därför att den stått i något af de hithörande intressenas tjänst; och redan af de skäl, som anförts till att denna fråga måste besvaras jakande torde hafva framgått hvad som enligt vår uppfattning är den riktiga principen i fråga om hela detta område. Lika litet som en moralrörig beskyllning, om den verkligen varit nödvändig för att motsvara en upplysningssökandes behof af upplysningar angående den beskyllde, på grund af sitt innehåll får stämplas som rättstridig, lika litet kan man öfverhufvud taget från början, d. v. s. utan hänsyn till den föreliggande intresseskollisionen, på annat särskildt sätt begränsa de här ifrågakommande beskyllningarna i afseende på deras innehåll: den enda begränsningen i detta afseende som kan eller får finnas måste sökas just i dens eller deras behof af upplysningar, till hvilken eller hvilka den äreröriga beskyllningen framställes, d. v. s. i det intresse, af hvilket beskyllningen i det särskilda fallet uppbäres: detta intresse kan under gifna omständigheter göra äreröriga beskyllningar af hvarje tänkbart innehåll till af rätten tillåtna handlingar. Sålunda kan, för att anföras ett exempel, som torde belysa vår ståndpunkt med full klarhet, till och med beskyllningar, som angå sådana den beskylldes rent privata angelägenheter, hvilka icke stå i något som helst direkt sammanhang med hans ekonomiska ställning och hvilka det följaktligen sist af allt skulle kunna tänkas tillåtligt att angripa för skyddandet af hithörande intressen, likväl under gifna omständigheter rättfärdigas genom att de uppbäras af något intresse af detta slag, t. ex. om den affärsförhindelse, som den upplysningssökande afser att ingå med den omfrågade är af sådan art att hvad det kommer an på just är vissa denne senares rent personliga egenskaper och om den upplysningssökandes intresse i det angifna fallet

måste anses väga tyngre än det intresse, som den omfrågades ära representerar.

Med afseende på de omständigheter, under hvilka en i något af de här ifrågavarande intressenas tjänst stående ärerörig beskyllning kan tänkas framkommen utan att redan på grund af desamma blifva rättstridig, är det särskildt frågan hvilken grad af offentlighet det öfverhufvud taget kan vara lofligt att ge åt den äreröriga beskyllningen, som kan komma att gifva anledning till tvifvelsmål. Till belysande af detta spörsmål kan här lämpligen anföras den franska och engelska rättens regler i det ifrågavarande afseendet och det sätt hvarpå PORTEVIN kommenterar de förra. Det har i ett föregående sammanhang framhållits, att PORTEVIN — enligt vår mening delvis med orätt — kritiserat de franska domstolarnas praxis att, då fråga varit om soliditetsupplysningsbyråers meddelanden, motivera frikännande domar därmed, att vid de till bedömande föreliggande meddelandena saknats l'intention de nuire, och äfven på den här ifrågavarande punkten ställer sig PORTEVIN afvisande gentemot praxis. Enligt den Franska Presslagens art. 23 fordras, som motsvarighet till den offentlighet, hvilken är en förutsättning för att en muntlig ärekränkning skall blifva straffbar, att vid ärekränkningar framkomna i skrift, skrifterna för att blifva straffbara skola hafva utbjudits till salu eller distribuerats, och det moment af publicitet, som funnit sitt uttryck häruti, har i den franska praxis väl ansetts föreligga i de fall, då upplysningsbyråerna utan att afvakta särskilda förfrågningar, d. v. s. på eget initiativ, till sina klienter utsändt upplysningsregister, listor och dylikt, innehållande för enskilde köpmäns ekonomiska anseende menliga beskyllningar, men däremot icke ansetts vara förhanden där byråerna i fråga inskränkt sig till att på

särskilda och uttryckliga förfrågningar till den förfrågande lämna liknande meddelanden.¹ Denna ståndpunkt anser POITTEVIN obetingadt förkastlig, och som på grund af bristande publicitet straffria erkänner POITTEVIN endast sådana fall som t. ex. att en enskild köpman på en annans förfrågan i slutet bref lämnar upplysningar om en tredje. Bortsedt nu ifrån hvilkendera af dessa ståndpunkter, som får anses innebära den rätta tolkningen af den Franska Presslagens bestämmelser, och bortsedt äfven därifrån, att rättstridighetsspörsmålet på den här ifrågavarande punkten enligt vår uppfattning icke kan rationellt lösas ensamt genom hänsyn till den större eller mindre grad af offentlighet, som gifvits åt de äreröriga beskyllningarna, så synes oss den begränsning af den i hithörande fall öfverhufvud taget tillåtliga offentlighet, som de franska domstolarna häfdat vara den på grund af förhållandenas egen natur riktiga, och denna samma ståndpunkt synes också vara den i engelska rätten rådande. »It appears», heter det hos Folkard,² »that circular letters, and printed reports of trade protection societies sent, generally, to the members there of, furnishing defamatory information respecting individuals, their business negotiations, or their credit, are not privileged. But if sent to a bona fide inquirer, legitimately interested in the inquiry, the communication may be privileged, if the facts stated therein are true, otherwise not.»

Om denna ståndpunkt till frågan om när en hithörande beskyllning redan på grund af den offentlighet, som gifvits densamma, måste stämplas som rättstridig får anses vara den rationella, ur förhållandenas inre natur härflytande, så beror detta emellertid icke därpå, att icke äfven nedläggande beskyllningar, som framkommit t. ex. i till en

¹ POITTEVIN: *Traité de la Presse*, Tome premier, Paris 1902. S. 591 f.

² FOLKARD S. 320.

upplysningsbyrås abonnenter i allmänhet utsända listor eller dylikt, skulle kunna anses uppburna af ett visst intresse af det här ifrågavarande slaget. Ett sådant ordnande af upplysningsväsendet som att en förenings alla medlemmar eller en byrås alla abonnenter finge sig med korta mellanrum tillställda föreningens eller byråns hela material, sammanfördt i tabeller eller uppställt på annat öfverskådligt sätt, skulle naturligtvis för de upplysningsbehöfvande medföra afsevärda fördelar i fråga om bekvämlighet, och bland alla dem, till hvilka nedsättande beskyllningar angående en viss köpmans ekonomiska ställning på detta sätt komme att framställas, skulle naturligtvis förr eller senare alltid komma att finnas någon eller några, för hvilka just dessa upplysningar blefve af direkt betydelse. Och på samma sätt kan utspridandet af nedsättande beskyllningar otvifvelaktigt anses uppbåras af ett visst intresse äfven i ett sådant fall som t. ex. att en upplysningsfirma ställer sig i detaljhandlarnes tjänst genom att åtaga sig att från hvarje enskild abonnent mottaga och till samtliga abonnenter genom »svarta listor» eller annat liknande vidare befordra meddelanden angående hvilka bland abonnenternas kunder, som visat sig vara försumliga eller oeffterrättliga betalare, samt att genom hot om införande af deras namn på de ifrågavarande listorna försöka tvinga enskilda personer att fullgöra sina betalningar hos byråns abonnenter; det låter sig uppenbarligen icke förnekas, att detta för en stads eller för ett större distrikts detaljhandlare innebär såväl en bekväm väg att erhålla upplysningar om åt hvilka bland deras eventuella kunder kredit icke bör lämnas som ock ett bekvämt medel att förmå gensträfviga gäldenärer att betala. Men förhållandet är, att de intressen, som i dessa och liknande fall måste balanseras gentemot intresset de

enskildes ära, enligt vår uppfattning, icke kunna anses tillräckligt starka eller tungt vägande, för att detta senare intresse verkligen skulle böra offras till deras förmån. Upplýsningssväsendet kan tillfredsställande ordnas på sätt, som gå mindre hårdt ut öfver de enskildes ära — alltså t. ex. så, att den upplýsningssökande har att i hvarje särskildt fall hänvända sig till sin förening, sin byrå eller till någon enskild affärsvän — och detaljhandlarne kunna erhålla sina upplýsningar angående eventuella kunder och framtvunga betalning från sina gäldenärer på vägar, som likaledes äro mindre komprometterande för de enskildes anseende, och redan därför kunna i de anförda exemplen de ekonomiska intressena icke anses väga tillräckligt tungt för att göra dylikt utspridande af äreröriga beskyllningar till en af rätten tillåten handling. Detta är, på det här ifrågavarande området, tydligen endast analogitillämpning af samma princip, som nyss häfdats i fråga om af hvad innehåll en ärerörig beskyllning kan vara utan att redan på grund däraf blifva rättstridig. Liksom äreröriga beskyllningar af hvad innehåll som helst, som är nödvändigt för att motsvara det föreliggande berättigade behovet af upplýsningar, men också endast äreröriga beskyllningar af sådant innehåll, som är obetingadt nödvändigt för detta ändamål, kunna blifva af rätten tillåtna, så måste också här fordras, att icke större offentlighet än som med nödvändighet följer ur de ifrågavarande intressenas natur gifves åt de äreröriga beskyllningarna, liksom å andra sidan all för det verkliga tillgodoseendet af dessa intressen nödvändig offentlighet måste anses tillåtlig. —

Om en ärerörig beskyllning nu visat sig vara af sådant innehåll och framkommit under sådana omständigheter, att från ingendera af dessa synpunkter något hinder föreligger för

att den kan betraktas som af rätten tillåten, så återstår slutligen att undersöka huruvida den äfven uppfyller de fordringar i afseende på dess innehålls sanningsenlighet, hvilka måste uppställas, för att den skall kunna anses definitivt beröfvad karaktären af rättstridig handling. I detta afseende är till att börja med tydligt, att det icke kan sättas i fråga, att de här omhandlade intressena skulle vara af den art eller styrka, att sanningen vid af dessa intressen uppburna beskyllningar skulle åtnjuta ett så långt gående skydd, att endast bevisligt osanna beskyllningar af det ifrågavarande slaget skulle vara straffbara. Det ligger i öppen dag, att en sådan ordning som att alla för en köpmans ekonomiska anseende nedsättande beskyllningar, hvilka meddelats någon upplysningssökande, skulle blifva fria från straff, där icke den beskyllde kunde och ville prestera bevis om deras osanning, skulle innebära ett fullständigt orimligt uppoffrande af de enskildes ära för de här ifrågavarande intressenas skull, och det kan till och med sättas i fråga huruvida en dylik ordning i längden skulle vara till dessa sistnämnda intressens verkliga gagn, i det att den allmänna tillförlitligheten hos upplysningar af det ifrågavarande slaget otvifvelaktigt i hög grad beror af att upplysaren i yttersta hand är skyldig att bevisa upplysningarnas sanningsenlighet eller åtminstone att han varit i god tro och att hans goda tro varit byggd på objektiva goda grunder. I hvarje fall är det otvifvelaktigt, att rättstridighetsvillkoret vid förtal på den här behandlade punkten icke är de framställda beskyllningarnas osanning utan fastmera deras obevisbarhet, så att en af framställaren bevisad sann beskyllning af det ifrågavarande slaget under alla omständigheter blir att erkänna som en af rätten tillåten handling. Häraf följer emellertid, att där den handlande icke varit medveten om detta moment

i sin handling, d. v. s. där beskyllaren trott på beskyllningens sanning, där kan handlingen icke sägas vara begången in dolo, utan på sin höjd stämplas som culpost brott, om framställaren af beskyllningen icke iakttagit vederbörlig omsorg, då det gällt att öfvertyga sig om beskyllningens sanning. Enligt svensk rätt bör således straff som för af arghet begånget förtal lika litet ådömas för beskyllningar af det här ifrågavarande slaget, på hvilkas sanningsenlighet beskyllaren trott, som för bevisligt sanna beskyllningar af samma slag, och straff som för af obetänksamhet begånget förtal blir att tillämpa i alla de fall, där beskyllaren visserligen trott på beskyllningens bevisbarhet, men där denna tro icke varit byggd på objektivt sedt tillräckligt starka grunder. Dessa principers riktighet kan enligt vår uppfattning icke dragas i tvifvelsmål, och svårigheter vid deras praktiska tillämpning kunna knappt uppkomma annat än i fråga om hvad man af beskyllningens framställare bör fordra af omsorg vid undersökningen af beskyllningens sanningsenlighet, för att betrakta beskyllningen såsom öfverhufvud taget icke rättstridig, d. v. s. för att frikänna äfven från culpastraff. I detta afseende är återigen den praktiskt viktigaste frågan den, huruvida man kan fordra eller ej att beskyllningens framställare personligen öfvertygat sig om beskyllningens sanningsenlighet, alltså t. ex. huruvida en upplysningsbyrå måste själf hafva tagit kännedom om de fakta, af hvilket det beror att en köpmans ekonomiska ställning icke kan sägas vara god, att hans affärsmetoder måste betraktas som mindre redbara o. s. v., eller om det får anses tillräckligt, att byrån i och för sådana upplysningars anskaffande begagnat sig af ombud, hvilkas tillförlitlighet och vederhäftighet i allmänhet anses fullgoda. Denna fråga måste enligt vårt förmenande i allmänhet besvaras i den senare riktningen: upplys-

ningsväsendet skulle omöjligt kunna fylla sin uppgift i det moderna affärslifvet, om hvarje upplysningslämnande först måste hafva personligen granskat grunderna för de i upplysningarna innehållna beskyllningarna; en sådan bestämmelse skulle i själfva verket göra alla upplysningsföreningars och upplysningsbyråers verksamhet omöjlig och återvisa köpmännen till att söka sina upplysningar hos enskilda affärsvänner eller eljest på annan privat väg, och man måste därför anse att den upplysningslämnande i allmänhet fyllt sin plikt, om han vid upplysningars inhämtande endast begagnat sig af ombud, som han på goda grunder måste antaga vara fullt vederhäftiga. Dock ligger det i själfva de här behandlade förhållandenas karaktär af intressekollision att ju gravare den framställda beskyllningen är, d. v. s. ju gröfre läderingen af den enskildes ära ter sig, desto mera måste man i alla afseenden fordra på den läderingen uppvägande sidan, med andra ord, då fråga är om frihet från culpastraff eller ej, desto större måste den omsorg, som upplysningslämnaren användt vid undersökningen af beskyllningens sanning vara, för att beskyllningen icke skall blifva att stämpla som rättstridig, och i enlighet härmed kan det otvifvelaktigt i sällsynta undantagsfall hända, att beskyllningens grofhet låter det framstå som beskyllarens plikt att själf öfvertyga sig om dess sanningsenlighet. — Men om man sålunda icke i allmänhet kan fordra, att den upplysningslämnande personligen gjort sig öfvertygad om beskyllningarnas sanningsenlighet, så måste man i stället fordra så mycket mera i afseende på den omsorg, hvarmed han öfvertygat sig om de källors tillförlitlighet, ur hvilka han hämtat de upplysningar, som han fört vidare. Att den upplysningslämnande kan hänvisa till en hemulsman, hvars trovärdighet han icke haft något särskildt skäl att be-

tvifla, är gifvetvis icke tillräckligt för att fritaga honom ifrån ansvar; tvärtom måste man obetingadt fordra att han haft särskilda grunder för tilliten till sin hemulsman, t. ex. att denne är en i sin ort allmänt känd och aktad person eller annat dylikt. Och på samma sätt är det i alla öfriga punkter en hög grad af omsorg man har att fordra af dem, som framställa äreröriga beskyllningar af det här ifrågavarande slaget — en grad af omsorg, som emellertid teoretiskt knappt kan bestämmas närmare än som redan i och med det här ofvan anförda skett, nämligen så, att man måste fordra att beskyllaren i hvarje särskildt fall iakttagit just så hög grad af omsorg som det är möjligt att genomföra såsom generell fordran öfver hela det här behandlade området, utan att därför de berättigade intressen, om hvilka det här varit fråga, komma att uppoffras.

Kapitel 5. Konflikter mellan äran och intressen af kulturell natur.

Under ofvanstående rubrik ha till gemensam behandling upptagits alla de konflikter, hvilka enligt vår uppfattning kunna och i det nutida kulturlifvet snart sagdt dagligen måste förekomma emellan de enskildes ära och de intressen, som här tills vidare kunna generellt karakteriseras såsom liggande till grund för den skönlitterära, konstnärliga och vetenskapliga kritikens frihet. Till frågan om dessa intressens innehåll och ursprung skola vi i det följande återkomma. Men dessförinnan måste vi äfven här taga ställning till åtskilliga teorier, med hvilkas tillhjälp man försökt komma till rätta med de på detta område framträdande svårigheterna utan

att se förhållandena från synpunkten af att en kollision mellan olika intressen föreligger. Ty äfven inom detta område har man, liksom i de frågor, hvilka behandlats i närmast föregående kapitel, i allmänhet förnekat, att det här alls skulle vara frågan om någon intressekonflikt, och i stället från olika synpunkter och med olika förklaringsgrunder häfdat, att en berättigad kritik öfverhufvud taget aldrig kan medföra eller innehålla för andras ära nedsättande beskyllningar.

Den teori, med hvilken man sedan gammalt vanligast sökt försvara en sådan uppfattning, är den som genomgående återfinnes hos de författare, hvilka, utgående från den inre äran som grundval för äran i juridisk mening, häfda att endast beskyllningar, som rikta sig mot den beskylldes sedliga eller moraliska egenskaper, öfverhufvud taget kunna betraktas som ärekränkningar. Enligt dessa författare får kritiken, vare sig den gäller skönlitterära, konstnärliga eller vetenskapliga produkter eller, hvad som i detta afseende därmed är likställdt, prestationer inom de s. k. fria yrkena, läkarnes, advokaternas o. s. v., aldrig komma in på den kritiserades sedliga eller moraliska egenskaper, d. v. s. angripa den kritiserade såsom sedlig personlighet. Så snart den öfverskrider dessa gränser blir den oberättigad, och det finnes då ingen anledning att på något särskildt sätt behandla i sammanhang med densamma eventuellt framkomna ärekränkningar; och då å andra sidan några ärekränkningar inom de nyss angifna gränserna enligt de ifrågavarande författarnes åsikt öfverhufvud taget icke äro möjliga, så kunna konflikter mellan äran och de till grund för kritikens frihet liggande intressena tydligen öfverhufvud taget icke komma i fråga. — Denna ståndpunkt försvaras bl. a. af GOOS, BINDING, KOHLER.¹

¹ Goos: Sp. D. S. 201; BINDING: Lehrbuch. S. 145; KOHLER. S. 30—31.

En i viss mån liknande tankegång ligger till grund för den likaledes mycket vanliga teori, hvilken bestämmer gränserna för den berättigade kritiken så, att kritiken icke endast icke får angripa den kritiserade såsom sedlig personlighet utan öfverhufvud taget icke får komma in på hans personlighet på någon punkt, i det att kritiken enligt denna uppfattning endast får omhandla arbetena, men aldrig deras upphofsmän. Så länge kritiken håller sig inom dessa tydliga ännu snäfvare gränser, kunna gifvetvis några ärekränkningar ännu mindre komma i fråga; och när kritiken öfverskrider de nämnda gränserna och kommer in på »personligheter», blir den oberättigad, och ärekränkningar som framkommit i sammanhang med densamma blifva likaledes att bedöma utan några som helst särskilda hänsyn, och några konflikter mellan äran och kritikens frihet kunna sålunda icke heller från denna ståndpunkt komma i fråga. — Detta är den uppfattning, som för den franska rättens räkning försvaras af POITTEVIN: »La critique ne doit pas franchir les limites qui lui sont assignées, elle peut librement s'attaquer à l'œuvre, mais sans jamais atteindre la personnalité même de l'auteur.»¹ »Elle doit, en outre, respecter la personne dont elle discute publiquement les œuvres et le talent. Si l'œuvre appartient à la libre discussion, la personnalité de l'auteur, son caractère et sa probité professionnelle doivent rester à l'abri de toute atteinte.»² Och samma ståndpunkt synes FOLKARD, åtminstone delvis, anse vara den för den engelska rättens regler på den ifrågavarande punkten grundläggande: »As to reviews and criticisms of books and other literary

¹ POITTEVIN. S. 298.

² POITTEVIN. S. 303.

productions of the day», heter det hos FOLKARD,¹ »the authors of these are privileged in the most unlimited exercise of their reasoning powers, and of their talents for wit or satire, so long as they are confined to the legitimate object, the merits or demerits of the work before them, and are not perverted and abused for the purpose of personal defamation, for the gratification of private malice. In the cases, as in other matters of public interest, there is no 'privileged occasion' in the sense in which that term is applied to communications that are made in the discharge of a duty. The question therefore is, not whether the criticism complained of is privileged, but whether it is a libel upon the author. It is only when the writer goes beyond the limits of fair criticism, that his criticism passes into the region of libel at all.»

Återigen ännu trängre gränser för den lofliga kritiken har man velat uppdraga genom regeln, att kritiken endast skulle få afhandla fel och förtjänster hos enstaka arbeten eller prestationer och alltså lika litet som den får rikta sig mot den kritiserades vare sig sedliga eller andra personliga egenskaper öfverhufvud taget uttala något generellt omdöme öfver hela hans verksamhet, och äfven från denna ståndpunkt skulle gifvetvis hvarje möjlighet till konflikt mellan äran och kritikens frihet vara från början utesluten. Tillämpad på ett närliggande område finnes denna princip konsekvent uttryckt hos CHASSAN: »La simple critique d'un acte isolé de la profession ne constitue pas une diffamation. Ainsi, ce n'est pas diffamer un médecin, un avocat, un négociant, que de dire de l'un qu'il a mal traité

¹ FOLKARD. S. 272.

une maladie, de l'autre qu'il a mal plaidé une cause, du troisième qu'il a mal dirigé une affaire. Mais, si l'on généralise, si l'on dit du médecin qu'il traite mal ses malades, de l'avocat qu'il plaide mal, du négociant qu'il n'entend pas les affaires, le délit de diffamation apparaît.¹ För öfrigt påträffas spår af denna uppfattning hos många författare. POITTEVIN själf, från hvars arbete det nyss anförda citatet är hämtadt, anser regeln visserligen icke vara »absolument juridique», men dock tydligen väl värd att taga hänsyn till. KOHLER² betonar, att ännu mindre (än beskyllningar, som rikta sig endast mot intellektuella brister och dylikt) kunna beskyllningar, som endast afse »*einzelne Leistungen*», komma i betraktande som ärekränkningar. Och äfven v. Bar framhåller, att »*was den Vorwurf der Mangelhaftigkeit einzelner Berufsleistungen betrifft, so ist zu bemerken, dass auch wer im allgemeinen in seinem Berufe vorzügliches leistet, doch einmal oder in einzelnen Fällen ein verfehltes Werk schaffen, sich vergreifen, sich irren kann, ohne dass dies auf die Persönlichkeit ein nachtheiliges Licht wirft*».³

Hvad nu den först refererade otvifvelaktigt mest konsekventa och öfverhufvud taget mest betydelsefulla af de anförda teorierna angår, så måste mot densamma från vår ståndpunkt gifvetvis framställas principiellt samma eller analoga anmärkningar som de, hvilka här ofvan riktats mot försöken att reglera rättstridighetsmaterien inom området för i ekonomiskt afseende nedsättande beskyllningar genom principen, att endast beskyllningar, som angripa den beskyllde såsom sedlig personlighet, öfverhufvud taget kunna konsti-

¹ POITTEVIN. S. 300.

² KOHLER. S. 30.

³ v. BAR: Beleidigung. S. 102.

tuera ärekränkningar i juridisk mening: äfven inom det här ifrågavarande området gäller enligt vår åsikt, att man hvarken kan principiellt ifrån straffbarhet utesluta alla icke moralröriga beskyllningar eller utan vidare stämpla som straffbara alla i sammanhang med litterär, konstnärlig eller vetenskaplig kritik framkomna angrepp på den kritiserades moraliska eller sedliga egenskaper. I motsats till hvad som var förhållandet inom det i föregående kapitel behandlade området, blir emellertid inom det här till behandling föreliggande den senare af dessa båda anmärkningar den utan all jämförelse viktigaste.

I detta afseende är till att börja med att lägga märke till en inom den vanliga litterära eller vetenskapliga kritiken förekommande grupp af — låt vara dess bättre icke alltför vanliga — anmärkningar eller beskyllningar, hvilka enligt sakens natur måste rikta sig direkt mot de kritiserade såsom sedliga eller moraliska karaktärer. Hit höra för att anföra endast några af de mest i ögonen fallande påståenden inom den skönlitterära kritiken t. ex. om att en viss författares arbeten äro af pornografisk eller skandalskrifts natur, och inom den vetenskapliga kritiken t. ex. beskyllningar för plagiat eller bristande vetenskaplig ärlighet. När en kritiker fränkänner ett visst arbete allt litterärt värde och stämplar detsamma som ett enbart pornografiskt alster, kan det naturligtvis icke vara något tvifvel om att han därmed beskyllt författaren för att i lukrativt syfte hafva vädjat till allmänhetens sämsta lidelser, d. v. s. för en för författaren såsom moralisk karaktär nedsättande handling. Och likaledes är det uppenbart, att om någon beskyller en vetenskapsman för att t. ex. utan angifvande af källställen eller under sken af själfständighet hafva begagnat sig af en annan forskares

arbeten, så har han därmed påbördat honom en i moraliskt afseende alldeles otvifvelaktigt nedsättande handling. Skulle man i sådana fall som dessa icke mot det intresse, som de enskildes ära representerar, balansera de intressen, af hvilka de ifrågavarande beskyllningarna eventuellt måste anses uppbyggnad, utan fastmera från början principiellt stämpla dessa beskyllningar såsom straffbara, därför att de rikta sig mot den kritiserades moraliska egenskaper, och alltså i ett sådant rättssystem som det svenska låta den hemfalla under straff, där deras framställare icke kunde och finge bevisa beskyllningarnas sanningsenlighet genom laga dom, så skulle man enligt vår åsikt otvifvelaktigt hafva bundit kritiken inom sådana gränser, att den ovillkorligen måste förfela just en af sina allra mest betydelsefulla uppgifter. I de rättssystem, i hvilka redan sanningen såsom sådan tillagts rättstridighetsupphäfvande kraft, blir kritikens frihet på den ifrågavarande punkten visserligen skyddad på i hufvudsak samma sätt som t. ex. enligt den svenska rätten, så att en sanningsenlig eller i på objektivt goda grunder baserad god tro framställd beskyllning för vetenskaplig örlighet naturligtvis icke heller t. ex. enligt dansk rätt kan bli straffbar; men just detta förhållande, att beskyllningar af det ifrågavarande slaget stundom måste anses såsom af rätten tillåtna handlingar äfven enligt de rättssystemens principer, hvilka icke tillagt sanningen ensam någon betydelse, visar enligt vår tanke tydligt, att det afgörande i fråga om dessa beskyllningar i själfva verket är att de uppbäras af intressen af det här ifrågavarande slaget.

Men härtill kommer hvad som i det ifrågavarande afseendet är af ännu större betydelse och långt mycket mera omfattande räckvidd, nämligen att ett principiellt förbud för kritiken att på något som helst sätt beröra eller yttra sig

om de kritiserades sedliga eller moraliska egenskaper i yttersta hand skulle blifva liktydigt med eller mynna ut i ett förbud för kritiken att öfverhufvud taget diskutera litteraturens etiska värde, detta därför att det i verkligheten icke är möjligt att så definitivt eller radikalt som den här ifrågavarande teorien förutsätter skilja emellan ett verk och dess upphofsman, mellan t. ex. ett litterärt arbete och dess författares personlighet.

Formellt är det naturligtvis väl möjligt att skilja mellan en diktare och hans arbeten: så länge arbetena stå som objekt i kritikens satser, är naturligtvis diktarens personlighet, formellt sedt, icke indragen. Men reellt ställer sig saken enligt vår åsikt helt annorlunda. Undersöker man den konkreta verkligheten fall för fall och låter man sig härvid icke bindas af några förutfattade meningar och framför allt icke af tanken, att skillnaden mellan verket och personligheten skulle vara den enda grundval, på hvilken såväl kritikens som litteraturens frihet kan säkert byggas, så skall man ovillkorligen finna, att kritiken i oändligt många fall — i hvilka rättskänslan likväl obetingadt uppreser sig mot att sätta straff i fråga — trots att den formellt sedt endast yttrat sig om en författares arbeten, likväl i verkligheten med fullt tillräcklig bestämdhet framställt beskyllningar, hvilka träffa författaren såsom personlighet. Om sålunda en kritiker t. ex. uttalar, att ett visst litterärt arbete eller en viss författares alla arbeten äro i extrem grad osedliga, att de utgöra ett — kanske talangfullt, men just därför så mycket farligare — lofsjungande af osunda, sjukliga eller naturvidriga njutningar och ett predikande af motsvarande drifters lössläppande såsom det allena saliggörande idealet, eller om han fastställer, att en viss diktares kärlekslyrik är af genom-

gående homosexuellt innehåll, så synes det oss icke kunna finnas något tvifvel att kritikern därmed yttrat sig om de resp. författarnes sedliga egenskaper. Man kan naturligtvis säga, att äfven om en författares arbeten utvisa fullständig blindhet för alla lifvets vanliga värden och lefvande känsla endast för någon eller några enstaka laster och den tillfredsställelse, som kan finnas i deras utöfvande, och äfven om en lyrisk diktare aldrig offentliggjort en rad af annat än homosexuell kärlekspoesi, så bevisar detta likväl icke att i författarens personlighet behöfver existera några viljetendenser af det ifrågavarande lastbara slaget eller att skaldens erotiska känslolif behöfver vara ens homosexuellt färgadt: det kan tänkas, att såväl den förres förkrympta och så uteslutande lastbara människor som äfven den senares från det normala afvikande kärleksfantasier äro rena intellektuella experiment eller konstnärliga skapelser utan något som helst sammanhang med deras upphofsmäns eget viljelif, tillkomna endast som produkter af den rent konstnärliga driften att beskrifva eller finna uttryck för mänskligt själslif af olika slag; och om en kritiker fastslår, att arbetena i fråga äro af det nämnda innehållet, så behöfver han följaktligen därmed icke ens indirekt hafva på något som helst sätt uttalat sig om deras författares sedliga personligheter. Men är det icke att göra uppenbart våld å verkligheten och med påtaglig själfförblindelse fasthålla vid en omöjlig illusion, att vilja upphöja en dylik undantagsmöjlighet till generell princip för att sedan däri söka den teoretiska förklaringen på kritikens frihet? I fråga om gångna tiders diktare tviflar ju ingen på att deras verk stått i det mest oupplösliga sammanhang med deras personliga lif och personliga engenskaper; det är ju en af den moderna litteraturhistoriens mest odlade uppgifter

att ur diktarnes arbeten rekonstruera bilden af deras personligheter, och härvid förutsättes ju allmänt, att en diktares verk i grund och botten är hans bästa autobiografi. Hvarför försöker man då i fråga om samtidens författare häfda en så direkt motsatt uppfattning som att deras arbeten icke i någon mån skulle vara eller skulle få betraktas som vittnesbörd om deras personliga egenskaper?

Härmed skall naturligtvis alldeles icke vindiceras någon rätt för kritiken att — såsom den litteraturhistoriska forskningen i fråga om gångna tiders diktare — ägna sig åt att ur samtida författares skrifter draga slutledningar i afseende på deras vare sig sedliga eller andra personliga egenskaper. Någon sådan rättighet kan icke existera, helt enkelt därför att något dylikt hvarken i och för sig är kritikens uppgift eller eljest nödvändigt för att kritikens berättigade ändamål skola kunna uppnås. Det kan sättas i fråga, huruvida icke den omständigheten, att det troligen alltid funnits och väl ännu alltjämt existerar en tendens i nu antydd riktning, särskildt hos den kritik, som fäster mera afseende vid litteraturens moral än vid den konstnärliga kraft, om hvilken den bär vittne, i själfva verket delvis utgör förklaringen på att man på många håll med så stor energi fasthåller fordran på att kritiken under inga omständigheter får befatta sig med de kritiserades personliga lif eller egenskaper, och huruvida icke denna fordran följaktligen i grund och botten endast ger uttryck åt det själfklara förhållandet, att kritiken blir oberättigad i det ögonblick den slår in på de nyss antydda banorna. Hvad vi med det ofvan anförda velat framhålla är i hvarje fall endast, att kritiken i och med det att den behandlar ett litterärt arbete i ett mycket stort antal fall eo ipso yttrar sig om deras författare såsom sedliga personligheter. — Men

om detta vid en närmare undersökning af förhållandena i verkligheten visar sig ofrånkomligt, så är det återigen utan vidare tydligt, att om man med straffhot skulle förbjuda all kritik af denna art eller innebörd, så skulle man därmed i själfva verket förbjuda kritiken att öfverhufvud taget sysselsätta sig med litteraturens etiska innehåll eller moraliska tendenser, d. v. s. hänvisa kritiken till att uteslutande behandla de kritiserade arbetena från rent konstnärliga synpunkter. Men inom sådana gränser skulle kritiken enligt vår åsikt alldeles icke kunna fylla sina uppgifter.

Om man sålunda icke utan vidare kan göra alla i sammanhang med litterär kritik framkomna moral- eller sedlighetsröriga beskyllningar straffbara, så kan man, som nyss antydts, å andra sidan icke heller principiellt utesluta ifrån straffbarhet alla i sådant sammanhang framställda icke moralröriga, men eljest för den angripnes anseende nedsättande beskyllningar. Visserligen torde, som likaledes ofvan antyd-des, de fall, då ett icke moralrörigt men eljest ärerörigt uttalande, hvilket framställts under här ifrågavarande omständigheter, skulle kunna bli straffbart som förtal, i verkligheten vara ytterst få. Men detta beror enligt vår åsikt icke därpå att sådana uttalanden icke i och för sig måste anses äga alla förutsättningar för att behandlas som ärekränkningar i juridisk mening, utan fastmera dels därpå att uttalanden af detta slag, då de framställts i litterär kritik, i regeln eller så godt som undantagslöst måste anses försvarade af de intressen, som ligga till grund för kritikens frihet, och dels slutligen därpå att sådana uttalanden i själfva verket ytterst sällan äro påståenden om fakta, d. v. s. beskyllningar, utan fastmera subjektiva omdömen och följaktligen på sin höjd straffbara som ärekränkningar i inskränkt mening. Om en kritiker

t. ex. anger någon viss litterär produkt såsom fullkomligt oanvändbar för sitt ändamål, därför att den från början till slut vimlar af fel mot språkets allra enklaste lagar, eller t. ex. påstår, att en öfversättning på hvarje rad innehåller direkta förvanskningar af originaltextens innehåll, så finnes det hvarken från vår utgångspunkt något principiellt hinder för att stämpla dessa uttalanden såsom i sig själfva äreröriga eller ännu mindre i den svenska lagens ord någon omständighet, på grund af hvilken de skulle vara från början uteslutna från straffbarhet; ty det kan uppenbarligen icke sättas i fråga, att icke utgifvandet af en på nämnda sätt karakteriserad bok eller publicerandet af en så beskrifven öfversättning äro för resp. författarens och öfversättarens »yrke, näring eller fortkomst» menliga gärningar. Att uttalanden af det anförda slaget likväl så godt som alltid blifva att lämna utan straff — åtminstone som förtal — är som sagdt fastmera att skriva på de intressens konto, i hvilkas tjänst beskyllningarna framställts, där det icke beror på att dessa uttalanden i själfva verket äro att betrakta som enbart subjektiva omdömen. Emellertid bör här betonas, att helt utan praktisk betydelse får den nu framställda invändningen emot den här ifrågasvarande teorien angående kritikens frihet icke anses vara: det kan tänkas fall, då i litterär kritik framställda beskyllningar, trots att de icke rikta sig mot den kritiserade såsom sedlig personlighet utan endast beröra hans intellektuella eller andra egenskaper, likväl äro af den grofhet, orättfärdighet och lögnaktighet och så uppenbart icke framställda i den berättigade kritikens intresse, att straff bör kunna komma i fråga.

Efter det nu anförda torde vår ställning äfven till den andra af de ofvan refererade teorierna i fråga om kritikens

frihet vara i hufvudsak gifven. Om det icke kan undvikas att — otvifvelaktigt berättigade — kritiska uttalanden angående litterära arbeten i verkligheten i en mängd fall bli likvärdiga med uttalanden angående deras författaress sedliga personlighetsegenskaper, så kan det gifvetvis ännu mindre vara tal om att kritiken skulle kunna fullfölja sina uppgifter utan att realiter uttala sig om andra de kritiserades personliga egenskaper eller deras sedliga, t. ex. om deras begåfning i konstnärligt eller annat afseende. Härvid bör emellertid betonas, att om den nu ifrågavarande teorien icke skall till sitt innehåll fullkomligt sammanfalla med den här ofvan sist behandlade, så måste det förutsättas, att icke endast moralröriga utan äfven andra nedsättande beskyllningar i och för sig kunna konstitueras förtal i juridisk mening; om man utgår från den motsatta ståndpunkten, blir det gifvetvis samma innehåll i fordran att kritiken icke får komma in på den kritiserades sedliga personlighet som i fordran att kritiken öfverhufvud taget icke får beröra den kritiserades personliga egenskaper, eftersom ju i så fall det område i fråga om hvilket de båda teorierna skulle förete en skiljaktighet — nämligen i fråga om de den kritiserades moraliska egenskaper icke berörande beskyllningarna — är från början uteslutet från straffbarhet. På den förra af dessa ståndpunkter stå också såväl PORTTEVIN och FOLKARD, hvilka i viss mån försvarat den här ifrågavarande teorien, och denna ståndpunkt är, som redan flera gånger framhållits, den enligt vår mening principiellt riktiga och i hvarje fall den enligt den positiva svenska rätten gällande. Men att från denna ståndpunkt uppdraga praktiskt verkligen hållbara gränser för kritiken därmed, att endast den kritik, som icke på något sätt faller uttalanden om den kritiserades personliga egen-

skaper skulle vara lofig, blir under inga omständigheter möjligt. Därmed skulle man antingen hafva förbjudit kritiken att öfverhufvud taget uttala sig om de till kritik föreliggande arbetenas intellektuella och konstnärliga fel och förtjänster, ty att icke sådana uttalanden skulle träffa äfven upphofsmännens intellektuella och konstnärliga egenskaper kan naturligtvis icke sättas i fråga; eller skulle man låta det afgörande för ett kritiskt uttalandes loflighet eller icke loflighet bli den formella omständigheten, huruvida arbetena eller deras författare stå som objekt i uttalandenas satser: det skulle vara tillåtligt att karakterisera ett visst arbete eller till och med en viss författares alla arbeten såsom absolut talanglöst skrifna, men förbjudet att karakterisera samma författare som en person utan all litterär talang. Båda dess alternativ äro uppenbarligen till den grad omöjliga, att naturligtvis ingen velat försvara hvarken den ena eller den andra af dessa likväl oundvikliga konsekvenser af teorien i fråga. I verkligheten falla denna teoris försvarare antingen tillbaka på den teori, enligt hvilken konstnärens sedliga personlighet är det fridlysta område, dit kritiken icke får intränga, eller öfvergå de mer eller mindre uttryckligt och medvetet till den här ofvan sist refererade teorien, enligt hvilken kritiken endast får yttra sig om enstaka konstnärliga och litterära prestationer, men aldrig fälla generella omdömen om en mans hela verksamhet. Detta torde få anses vara den verkliga innebörden i t. ex. PORTEVINS framställning, då han å ena sidan utvecklar begreppet *considérations* innehåll i detta sammanhang så, att *la considération professionnelle que protège cette loi, comprend seulement les qualités essentielles pour l'exercice de cette profession, les qualités d'aptitude, d'honneur, de loyauté ... ce que*

précédemment nous avons désigné sous l'expression la probité professionnelle, mais il ne faut pas étendre cette protection jusqu'à ce qui constitue la réputation professionnelle, proprement dite», och å andra sidan betonar, att »tel romancier est, non seulement un fort honnête homme, mais encore un écrivain de talent, justement considéré; cependant il peut avoir écrit un livre dont le plan est mal conçu, dont les personnages sont antipathiques ou dans lequel sont développées des idées que l'on réprouve».¹

Hvad slutligen den sistnämnda teorien i fråga om kritikens rätta begränsning angår, så torde likaledes af det redan anförda hafva framgått, att det enligt vår åsikt å ena sidan alldeles icke går an att binda kritiken inom så trånga gränser och att man å andra sidan ej heller kan principiellt utgå från att icke uttalanden öfver enstaka konstnärliga prestationer i många fall måste anses till sitt innehåll likvärdiga med uttalanden öfver deras upphofsmäns såväl sedliga som andra personliga egenskaper.

Den riktiga kärnan i allä dessa teorier är enligt vår uppfattning, att kritiken icke får komma in på de kritiseras personliga lif och egenskaper annat än i den mån som är oundvikligt och obetingadt nödvändigt, för att kritikens ändamål öfverhufvud taget skola kunna uppnås. Men detta är i grund och botten ett själfklart förhållande, som faller helt och hållet vid sidan af de egentliga svårigheterna på detta område; därmed är i själfva verket ingenting annat utsagdt, än att de till grund för kritikens frihet liggande intressen, om hvilka det här är fråga, lika litet som några andra eventuellt rättstridighetsupphäfvande intressen få

¹ POITTEVIN. S. 298.

göras till ett försvar för framställande af äreröriga beskyllningar, hvilka i verkligheten icke uppbäras af dessa intressen. Och detta det otvifvelaktigt riktiga i de anförda teorierna är följaktligen i sig själf en hänvisning på att det afgörande för rättstridighetsspörsmålets lösning inom det här ifrågavarande området just är det afvägande af de nämnda intressena gentemot intresset de enskildes ära. —

Hvad nu beträffar det närmare innehållet i dessa till grund för kritikens frihet liggande intressen, hvilka det sålunda här gäller att balansera gentemot intresset äran, så är det på grund af de här ifrågavarande förhållandenas natur utan vidare klart, att den litterära, konstnärliga och vetenskapliga kritikens uppgifter, betydelse, nödvändighet i kulturens och samhällets lif, hvilka naturligtvis just äro den källa, ur hvilken kritikens rätt att under gifna omständigheter gå kränkande fram öfver de enskildes ära härflyter, icke i en juridisk afhandling kunna göras till föremål för mera ingående undersökningar; ett försök att med utredningar af sådant estetiskt-sociologiskt innehåll grunda och i detalj begränsa kritikens befogenheter i det här ifrågavarande afseendet skulle gifvetvis, om man icke låte det stanna vid några få alltför allmänt hållna och därför praktiskt värdelösa satser, fullkomligt spränga ramen för en afhandling af det slag som denna. Å andra sidan torde såväl kritikens sociala betydelse som ock dess uppgift i litteraturens, konstens och vetenskapens eget lif vara både allmänt kända och erkända som samhälls- och kulturintressen af hög rang; och det torde därför vara lika berättigadt som nödvändigt att här inskränka framställningen till att fastslå regeln, att där en ärerörig beskyllning af sådant innehåll, att den måste anses nödvändig, för att kritiken i det gifna fallet skulle

kunna fylla sin uppgift, där är beskyllningen icke rättstridig, om den eljest uppfyller de villkor, som måste uppställas i afseende på dess sanningsenlighet och de omständigheter, under hvilka den framkommit. Emellertid kan här likväl framhållas, att i den mån man kan skilja mellan särskildt den litterära och konstnärliga kritikens betydelse för litteraturen och konsten själfva, alltså dess inre mission i litteraturens och konstens lif såsom urskiljande, traditionsbildande makt eller annat liknande, och dess uppgifter i litteraturens och konstens yttre lif i samhället, såsom befordrande eller hindrande kraft, så är det gifvet, att det är i fullföljandet af dessa sina sistnämnda ändamål, som kritiken oftast måste råka i konflikter med intresset äran. Och vidare bör måhända i detta sammanhang äfven betonas, att kritikens uppgifter i det sistnämnda afseendet ingalunda kunna utan vidare begränsas så, att kritiken endast skulle ha att yttra sig om de till bedömande föreliggande arbetenas rent konstnärliga fel och förtjänster. Den omständigheten, att det naturligtvis är ett fel att vid kritik öfver t. ex. ett litterärt arbete sammanblanda den konstnärliga synpunkten med moraliska eller sociala synpunkter och att det otvifvelaktigt är i högsta grad beklagligt, att kritiken måhända icke alltid förmår hålla dessa synpunkter så skilda som deras olika art fordrar, hindrar icke att kritiken är fullt ut lika berättigad att bedöma litteratur och konst från moraliska eller socialt-etiska synpunkter som från rent konstnärliga. Där ett litterärt eller annat konstnärligt arbete har sin — åtminstone för samtiden — alldeles otvifvelaktigt största betydelse såsom bärare af någon moralisk eller social tendens, vore det alldeles uppenbart orimligt att förbjuda kritiken att uttala sig om annat än dess konstnärliga värde; men äfven i de

fall, där litteraturens och konstens roll som spridare af olika uppfattningar i moraliska och samhälleliga spörsmål icke framträder med sådan skärpa, måste kritiken anses berättigad att anlägga äfven andra än enbart konstnärliga synpunkter. Det är gifvet, att gränsen för kritikens befogenhet i detta afseende i många fall kan bli afgörande för huruvida en ärerörig beskyllning kan anses uppbyggen af de här ifrågakarande intressena eller ej.

Med afseende på de omständigheter, under hvilka en af de här ifrågakarande intressena uppbyggen ärerörig beskyllning kan hafva framkommit utan att på grund därav blifva rättstridig, är här återigen hufvudsakligen att märka frågan om hvilken grad af offentlighet, som får — eller på detta område måste — hafva gifvits åt beskyllningen, för att densamma skall kunna blifva af rätten tillåten. I direkt motsats till hvad som var förhållandet vid ekonomiskt nedsättande beskyllningar torde här få anses gälla, att de äreröriga beskyllningarnas offentlighet är ett villkor för att deras rättstridighet skall kunna anses utesluten. Detta torde få anses vara en nödvändig konsekvens af de intressens väsen, hvilka det här gäller att väga gentemot äran: det ligger i sakens natur, att kritiken icke kan fylla sina uppgifter, utan att den framträder offentligt, vare sig detta sker i skrift eller ord och vare sig den i det speciella fallet riktar sig till allmänheten öfverhufvud taget eller till någon trängre krets af sakkunniga, särskildt intresserade eller liknande. Liksom vid ekonomiskt nedsättande beskyllningar, framställda med större offentlighet än det strängt nödvändiga, de därstädes ifrågakommande intressena möjligen kunde i någon mån anses förefinnas, ehuru icke i tillräckligt stark grad för att göra beskyllningarna till af rätten tillåtna, så kan vis-

serligen också omvänt en icke offentligen, utan endast under enskilda samtal eller dylikt, framställd ärerörig beskyllning af det här ifrågavarande slaget stundom otvifvelaktigt anses i någon grad representera de intressen, om hvilka det här är fråga, men icke heller här kunna i sådana fall de gentemot äran stridande intressena anses tillräckligt starka för att göra beskyllningen rättsligt tillåten, och det kan därför anses otvifvelaktigt, att en i sammanhang med litterär, konstnärlig eller vetenskaplig kritik framkommen, verklig ärerörig beskyllning aldrig på grund af det intresse, som den möjligen kan anses företräda, kan bli af rätten tillåten, om den icke i någon form framställts offentligt.

För att slutgiltigt afgöra huruvida en offentlig framställd, af de till grund för kritikens frihet liggande intressena uppbyggen ärerörig beskyllning är rättstridig eller ej återstår till sist att pröfva om den uppfyller eller icke uppfyller de nödvändiga villkoren med afseende på dess innehålls öfverensstämmelse med sanningen.

Härvid bör emellertid först ytterligare betonas, att subjektiva omdömen såsom sådana äro från början uteslutna från att konstituera förtalsförbrytelser, att frågan i hvad mån sådana i offentlig kritik framställda nedsättande omdömens straffbarhet kan bli beroende af huruvida de kunna visas vara välgrundade (d. v. s. få anses som »sanna» omdömen) därför faller utanför ämnet för denna afhandling och att det spörsmål, som här föreligger till besvarande, följaktligen endast är hvilken roll sanningen spelar som rättstridighetsvillkor vid äreröriga beskyllningar i egentlig mening, hvilka framkommit under de omständigheter och i det sammanhang, hvarom här är fråga. Det är å ena sidan af vikt att här betona detta förhållande, därför att särskildt den skönlitterära

och konstnärliga, men äfven kritiken i allmänhet otvifvelaktigt förnämligast rör sig med subjektiva omdömen och dess uttalanden sålunda redan på grund häraf äro uteslagna att träffas af förtalslagstiftning. Men å andra sidan får betydelsen af den ifrågavarande omständigheten icke öfverskattas. Kritikens uttalanden innehålla i verkligheten otvifvelaktigt ofta bestämda påståenden om fakta och påståenden, som involvera tydliga beskyllningar för begångna handlingar, och där det genom inga reservationer klart angifvits, att uttalandena böra uppfattas endast som vederbörandes subjektiva uppfattning, finnes ingen anledning att icke behandla sådana uttalanden som verkliga beskyllningar och följaktligen eventuellt låta dem träffas af straff för förtal. I hvarje fall måste man bestämdt taga afstånd från de tendenser, som stundom inom litteraturen förekommit, att i den omständigheten att kritikens uttalanden måhända oftast taga formen af obevisbara omdömen se en af de väsentliga grunderna till att i sammanhang med kritik framkomna nedsättande uttalanden i regeln icke kunna straffas som ärekränkningar.¹

I fråga om sanningens betydelse som rättstridighetsvillkor vid i sammanhang med kritik framkomna äreröriga uttalanden, som sålunda verkligen ha karaktären af beskyllningar, är det till att börja med otvifvelaktigt, att det lika litet på detta område som i de flesta andra fall, där en ärerörig beskyllning uppbäres af något visst berättigande intresse, kan vara tal om att sanningen skulle åtnjuta ett så långt gående skydd, att endast bevisadt osanna beskyllningar af det ifrågavarande slaget skulle vara straffbara. På en sådan ståndpunkt står ingen af de lagar, i hvilka frågan kan anses afgjord genom positiva stadganden, och där spørgsmålet, såsom

¹ Se t. ex. v. BAR: Beleidigung. S. 123.

i den svenska rätten, måste besvaras efter hvad förhållandenas egen natur gifva vid handen, kan en sådan bestämmelse säkerligen icke anses gällande: hänsynen till kritikens frihet kunna säkert icke motivera straffrihet för alla icke bevisbart osanna beskyllningar, kritikens ändamål kunna alldeles otvifvelaktigt uppnås utan så djuptgående intrång i de enskildes ära. Å andra sidan finns det i kritikens väsen gifvetvis lika litet någon omständighet som skulle kunna gifva anledning att på detta område lämna de framställda beskyllningarnas sanningsenlighet eller icke sanningsenlighet helt ur räkningen, så att i litterär, konstnärlig eller vetenskaplig kritik framkomna beskyllningars rättstridighet skulle från början vara oberoende af deras sanningsenlighet, och det är följaktligen här de äreröriga beskyllningarnas obevisbarhet, som måste anses vara villkoret för deras rättstridighet. Det har inom den tyska litteraturen lifligt diskuterats huruvida § 193, enligt hvilken, som förut nämnts, bland annat »tadelnde Urtheile über wissenschaftliche und künstlerische Leistungen» äro straffbara, endast om de på grund af sin form eller de omständigheter, under hvilka de framkommit, måste anses innehålla en ärekränkning, gäller äfven i fråga om förtal mot bättre vetande (Verleumdung),¹ och därmed har i viss mån äfven satts i fråga, att såväl objektivt som subjektivt osanna beskyllningar af det här ifrågavarande slaget — låt vara i sällsynta undantagsfall — enligt tysk rätt skulle kunna blifva att betrakta såsom icke rättstridiga, hvilket skulle innebära, att sanningen här stundom vore utan all betydelse. Emellertid torde i själfva verket svårigen något fall kunna uppletas, i hvilket kritikens ändamål skulle fordra

¹ Se v. LISZT. S. 344; FRANK. S. 263; OLSHAUSEN. S. 736; BINDING: Lehrbuch. S. 155.

framställande af medvetet osanna beskyllningar,¹ och om flertalet af de tyska författarne stannat vid att anse § 193 tillämplig äfven i fråga om Verleumdung, så har detta otvivelaktigt sin grund däri, att det vid äreröriga beskyllningar, som uppburits af andra i denna § behandlade intressen än kritikens frihet, möjligen kan komma i fråga att till och med den medvetna osanningen måste anses af rätten tillåten. Att en i de här ifrågavarande intressenas tjänst stående beskyllning, som visat sig objektivt osann, men om hvilkens sanningsenlighet beskyllaren varit öfvertygad, icke kan betraktas som dolös förbrytelse, följer enligt vår uppfattning, som upprepade gånger i föregående sammanhang framhållits, af de allmänna dolusreglerna. En ifrån denna ståndpunkt afvikande ställning intager, som också förut antydts, den engelska rätten, enligt hvilken det lika litet vid i sammanhang med kritik framkomna uttalanden som i allmänhet vid uttalanden rörande »matters of public interest» gäller som försvar, att beskyllaren trott på de framställda beskyllningarnas sanningsenlighet.² Men denna reglering af den här omhandlade materien måste, som sagdt, anses utgöra ett undantag från de allmänna reglerna, och då någon anledning till att antaga något dylikt undantag i den svenska rätten icke förefinnes, så gäller enligt vår mening enligt svensk rätt, att en

¹ WILHELM, Das Moment der Rechtswidrigkeit bei der Beleidigung, Strassburg 1890, synes antaga att de till grund för kritikens frihet liggande intressena eventuellt skulle kunna göra äfven en medvetet osann beskyllning till en af rätten tillåten handling. »Ob aber eine Verleumdung durch § 193 gedeckt sei», heter det hos WILHELM a. a. S. 65, »dies beantwortet sich . . . bei einer Kritik . . . darnach, ob sie sich im Verhältnis zum Zweck der Kritik . . . als passendes Mittel zeigt, und dies kann unter Umständen möglich sein, jedoch nur sehr selten zutreffen.» Emellertid anför icke heller WILHELM något exempel på dylika fall.

² Se FOLKARD. S. 258, 274.

i tron på dess sanningsenlighet framställd, ehuru objektivt osann, ärerörig beskyllning, som måste anses hafva stått i de här omhandlade intressenas tjänst, icke kan ådraga annat än culpastraff, om nämligen straffbar oaktsamhet föreligger.

Kapitel 6. Konflikter mellan äran och intressen af enskild natur.

Det återstår nu till sist att lämna en öfversikt af i hvilket omfång och på hvilka punkter de enskildes ära måste uppoffras för intressen, hvilka hvarken äro af direkt statslig eller kommunal natur eller bära någon sådan social eller allmännyttighetens prägel, som de ur den materiella och andliga samhällseliga kulturens kraf härflytande intressen, för hvilkas konflikter med äran här nu har redogjorts. Till belysande af de intressens innehåll, om hvilka det i detta kapitel är fråga, kan här såsom exempel på i sådana intressens tjänst stående och därför eventuellt icke rättstridiga äreröriga beskyllningar anföras t. ex. uttalanden om tjänare i deras tjänstebetyg, meddelanden lämnade till en föreningsstyrelse om person, som söker inträde i föreningen, meddelanden till en familjefader om den, med hvilken hans dotter står i begrepp att ingå äktenskap, och öfverhufvud taget konfidentiella upplysningar, som måste anses försvarliga på grund af den persons behof af detsamma, till hvilken de lämnas. Det är tydligt, att det äfven här är fråga om till sitt egentliga innehåll eller i afseende på deras innersta bärande kraft tämligen olikartade intressen, och af det följande kommer att framgå, att gränserna emellan dessa intressen och de här förut behandlade ingalunda alltid äro skarpa och

definitiva, utan att tvärtom tvifvelaktiga öfvergångsfall i åtskilliga riktningar leda kontinuerligt öfver ifrån flera bland de förut omhandlade intressegrupperna till åtskilliga af de här ifrågavarande. Men dels framstå de här till gemensam behandling upptagna intressena likväl otvifvelaktigt som en grupp för sig genom sin karaktär af enskilda, privata, för de i hvarje särskildt fall ifrågakommande personliga intressen, och dels torde redogörelsen för dessa intressens konflikter med äran just på grund af den nyss antydda omständigheten — att det otvifvelaktigt existerar kontinuerliga öfvergångar från de förut behandlade intressekollisionsgrupperna till de nu ifrågavarande — i viss mån få karaktären af ett naturligt och nödvändigt komplement till den här förut gifna framställningen, och det har därför trots de nämnda intressenas olikhet och trots frånvaron af bestämda gränser mellan dem och de förut omtalade ansetts lämpligt att här sammanföra dessa intressekollisioner i ett sista avslutande kapitel.

Ett af de inom doktrinen tidigast framhållna och ännu alltså oftast anförda exemplen på äreröriga beskyllningar, som, på grund af att de måste anses uppburna af ett intresse af det här ifrågavarande slaget, eventuellt blifva att betrakta såsom af rätten tillåtna, äro husbönders yttranden i vederbörande betyg angående tjänares fel och förtjänster. Redan HAMMARSKJÖLD anför som det vanligaste och praktiskt mest betydelsefulla af de fall, då sanningsbevisreglerna i 16: 13 icke kunna tillämpas, nedsättande beskyllningar som framställts i orlofsedlar. »Legostadgan af den 23 nov. 1833», säger HAMMARSKJÖLD,¹ »tillförbinder i sin 41 § husbonde, att, då uppsägning af tjänst å någondera sidan skett, lämna

¹ HAMMARSKJÖLD. S. 136.

19—100418 Bjerre, Om rättstridighetsmomentet.

tjänaren orlofsedel, hvaruti, enligt 24 § husbonden är pliktig att anföra tjänarens förtjänster och fel. Den, som i orlofs-sedeln uppgifver hvad han vet osant vara, och hvaraf annan vilseledas eller skadas kan, straffas enligt 22 kap. 17 § straff-lagen, med böter högst 100 kr. Det vore nu orimligt att fordra, att husbonde, som, sin plikt likmätigt, uppgifvit tjänstehjonets fel, skulle, om tjänaren åtalade honom, blifva fälld till straff, om han ej kunde juridiskt styrka sina upp-gifter om tjänaren, orimligt framför allt, om bevisningsrätten skulle vara så begränsad och bestämd, som 16 kap. 13 § straff-lagen gör det, då genom denna hvarje slags bevisning om uppgifter, att tjänaren varit slarfvig i sina göromål, näsvis, olydig sitt husbondefolk o. s. v., vore alldeles afskuren. Legostadgans 25 § visar ock, att så ej varit meningen, ty däraf synes, att straff ådömes husbonden, blott om tjänarens väckta talan finnes grundad. Men efter den allmänna regeln, att käranden åligger sitt käromål bevisa, kan detta ej sägas vara fallet, förr än af tjänarens styrkts, att husbondens upp-gift är osann.» — Att det här är fråga om en konflikt mellan intresset de enskildes ära och andra enskilda intressen, nämligen deras behof att erhålla tillförlitliga upplysningar, hvilka eventuellt ämna taga den omtalade i sin tjänst, ligger i öppen dager. Emellertid torde det också vara tydligt, att denna intressekonflikt ingalunda inskränker sig till det om-råde, där den kan anses afgjord genom legostadgans bestäm-melser. Till att börja med är det gifvet, att äfven om något tjänstehjonsförhållande enligt legostadgan icke existerar utan endast ett vanligt legoaftal, och husbonden följaktligen icke haft någon legal plikt att utfärda tjänstebetyg, blir rätt-stridigheten af nedsättande beskyllningar, som framställts i ett t. ex. på tjänarens begäran af husbonden utfärdadt

intyg, likväl att afgöra efter huruvida de mot äran stående intressena af det nyssnämnda slaget i det ena fallet måste anses väga tyngre än äran. Vidare är det också uppenbart, att samma intressen kunna komma i fråga som rättstridighetsupphäfvande äfven under många andra omständigheter än där beskyllningarna framställts i något slag af tjänsteintyg. Sålunda är det höjdt öfver hvarje tvifvel, att muntliga upplysningar om en tjänstesökande till den eventuelle husbonden, om de eljest uppfylla hvad som måste fordras i afseende på sanningsenlighet, de omständigheter under hvilka de framställts o. s. v., måste anses af rätten tillåtna af samma skäl som i orlofssedlar innehållna äreröriga beskyllningar. På samma sätt kunna otvifvelaktigt nedsättande upplysningar angående i tjänst varande tjänare eventuellt beröfvas sin rättstridighet på grund af husbondens intresse af att erhålla de ifrågavarande upplysningarna: det kan t. ex. säkert icke sättas i fråga att stämpla som rättstridigt förtal, om någon sanningsenligt meddelar en husmoder, att en i hennes tjänst varande barnsköterska visat sig föra ett sedeslöst lif. Synnerligen tydligt framträder de här ifrågavarande rättstridighetsupphäfvande intressenas verkliga natur däri, att det knappast kan dragas i tvifvelsmål, att liksom äreröriga beskyllningar mot en tjänstesökande, hvilka framställts för att varna den som reflekterar på att taga den omtalade i sin tjänst, under gifna omständigheter kunna blifva af rätten tillåtna, därför att de representera intressen af det här omhandlade innehållet, så kunna omvänt äfven nedsättande upplysningar angående en person, hos hvilken en annan eventuellt ämnar söka tjänst, framställda för att varna den som reflekterar å tjänsten i fråga, af samma skäl blifva att betrakta som icke rättstridiga. Om någon frånråder en annan att taga tjänst hos en husbonde,

hos hvilken han själf tjänat och därvid sanningsenligt beskylles husbonden i fråga för att behandla sina tjänare brutalt, låta dem svälta eller annat liknande, så bör detta lika litet kunna betraktas som rättstridigt förtal, som om någon varnar en annan för att till tjänare antaga en person, hvilken han själf haft i sin tjänst, och hvilken därvid visat sig oduglig, lat, lögnaktig o. s. v. Men slutligen är det tydligt, att intressen af i grund och botten samma art kunna framkomma och eventuellt göra äreröriga beskyllningar till af rätten tillåtna, icke endast då fråga är om förhållande mellan husbönder och tjänare, utan öfverallt, där en person står i beredskap att taga en annans tjänster i anspråk, eller öfverhufvud taget att inlåta sig i sådan förbindelse med en annan person, att han måste anses berättigad att erhålla äfven nedsättande upplysningar om denne andre, d. v. s. att hans intresse af att erhålla fullständiga upplysningar måste anses väga tyngre än det intresse, som den andres ära representerar. Om en person, hos hvilken en annan sökt upplysningar om en läkare, en advokat eller någon annan, af hvars arbete han eventuellt ämnar begagna sig, meddelar den upplysningssökande, att läkaren t. ex. vid olika tillfällen under operationer försummat de vanliga antiseptiska försiktighetsmått eller eljest förfarit samvetslöst, vårdslöst och därmed utsatt patienternas lif för fara eller rent af vållat patientens död, eller att advokaten genom grofva försummelse och fel upprepade gånger riskerat och vanvårdat sina klienters intressen, så torde det vara otvifvelaktigt, att sådana beskyllningar — naturligtvis alltjämt förutsatt, att de icke på grund af bristande sanningsenlighet eller på grund af de omständigheter, under hvilka de framställts, blifva att stämpla som rättstridiga — kunna blifva af rätten tillåtna, därför att de måste anses uppburna

af ett intresse af i själfva verket samma slag som de här förut omtalade. På denna punkt blir det emellertid också tydligt, att den här ifrågavarande kollisionsgruppen utan någon definitiv gräns öfvergår i de här ofvan förut behandlade: i många fall är det naturligtvis tvifvelaktigt om det intresse, af hvilket de äreröriga beskyllningarna uppbäras, bör karakteriseras såsom framför allt tillhörande det ekonomiska lifvet i dess normala förlopp eller såsom varande af hufvudsakligen enskild natur, och likaledes kunna meddelanden af det nyssnämnda slaget ofta — t. ex. där den omtalade står i statens eller kommunens tjänst, eller om upplysningarna kunna anses intressera icke en, men ett större antal enskilda eller kanske hela samhället — falla in under sådana synpunkter, som behandlats i de här föregående kapitlen. —

Ett annat till det här behandlade området hörande ofta anfördt exempel på äreröriga, men eventuellt icke rättstridiga beskyllningar är nedsättande meddelanden angående en äktenskapskandidat, framställda till den andra af de eventuella kontrahenterna eller till dennes målsman. Det är, som också nyss antyddes, gifvet, att det intresse om hvilket det här är fråga, såtillvida är besläktadt med det intresse, som under gifna omständigheter kan göra äreröriga upplysningar angående tjänare till af rätten tillåtna, som det äfven här är fråga om enskildes rätt att erhålla fullständiga upplysningar om personer, med hvilka de afse att inlåta sig i någon viss förbindelse. Men det är också tydligt, att kretsen af de i detta kapitel ifrågavarande eventuellt rättstridighetsupphäfvande intressena härmed utvidgas utöfver de redan nu behandlade på ett sätt, som förtjänar att särskildt framhållas. Med det nyss anförda exemplet har man kommit öfver ifrån intressen, hvilka ehuru bestämdt enskilda likväl voro i regeln i någon

mån socialt eller ekonomiskt färgade eller i hvarje fall lågo de sociala eller ekonomiska intressena jämförelsevis nära, till i alldeles eminent grad enskilda och rent personliga intressen. Till belysande af dessa intressens art kan här som exempel på äreröriga beskyllningar, hvilka, på grund af att de måste anses uppburna af desamma, eventuellt icke kunna stämplas såsom rättstridiga, vidare anföras sådana nedsättande beskyllningar, som en person är nödsakad att framställa för att begära råd eller moraliskt stöd af någon annan, till hvilken den ifrågavarande under de gifna omständigheterna måste anses berättigad att vända sig. Sålunda kan — för att, då de här ifrågavarande intressena svårligen kunna beskrifvas annat än genom exemplifiering, här anföras ett fall ur dansk rättspraxis —¹ det säkerligen icke heller enligt svensk rätt stämplas som rättstridigt förtal, om en tjänstepiga, som af sin husbonde förföljts med otuktiga tillnärmelser, framställt beskyllning härom till sina föräldrar eller andra närstående, af hvilka hon kunde vänta hjälp eller ledning: i dylika fall måste beskyllarens behof af eller rätt att söka stöd otvifvelaktigt anses upphäfva beskyllningens rättstridighet, till och med om beskyllningens objektiva sanning icke skulle kunna bevisas (jmf. härom vidare nedan). Som exempel på af dylika rent enskilda intressen uppburna nedsättande beskyllningar kunna slutligen nämnas upplysningar, som någon meddelat en annan för intet annat ändamål än att afråda vederbörande från att inlåta sig i sällskapligt umgänge med den omtalade. Det är möjligt, att i de flesta fall af detta slag det här ifrågavarande intresset måste anses alltför svagt, för att intresset äran skulle böra uppofras för detsamma, men det kan knappast vara något

¹ Ugeskrift for Retsvesende 1901. S. 645.

tvifvel om att det mot äran vägande intresset i åtskilliga sådana fall verkligen måste anses tillräckligt starkt för att göra den äreröriga beskyllningen rättsligt tillåten: så t. ex. om någon varnar en familjefader med halfvuxna barn från att öppna sitt hem för en person, som på grund af sitt lefverne otvifvelaktigt skulle utöfva ett menligt inflytande på barnen, härvid naturligtvis förutsatt, att anledning till varningen förefunnes, d. v. s. att den varnade stode i begrepp eller eljest på grund af särskilda skäl kunde väntas komma att införa den omtalade i sin familj. Emellertid är det tydligt, att fall sådana som de nu sist nämnda beteckna gränsen för när intressen af det i detta kapitel ifrågavarande slaget kunna komma att verka rättstridighetsupphäfvande vid förtal. I regeln skarpare eller med större styrka framträder dessa sist nämnda intressen i sådana fall som det här förut nämnda, att någon framställer äreröriga beskyllningar i upplysningar till en förening, klubb eller annan sällskaplig sammanslutning angående en person, som sökt inträde i föreningen. I den mån föreningen i fråga fullföljer äfven — eller enbart — andra ändamål än sällskapliga, blir emellertid tydligen det emot äran vägande intresset vid sådana beskyllningar också — eller uteslutande — af annat innehåll än de här ifrågavarande. Sålunda är, t. ex. om någon meddelar nedsättande upplysningar till styrelsen af en sådan förening som Svenska Advokatsamfundet om en advokat, som sökt inträde i samfundet, det intresse som eventuellt gör denna beskyllning till af rätten tillåten, sammansatt af de förutvarande medlemmarnes rätt att icke i sin krets upptaga annan än den, om hvilken de erhållit fullständigt goda upplysningar, och allmänhetens rätt att ingen advokat oförtjänt utrustas med den offentliga rekommendation, som ligger i att vara medlem af Svenska Advokatsamfundet.

Slutligen är i detta sammanhang att till behandling upptaga den ofta diskuterade frågan, huruvida yttranden fällda inom familjekretsen redan såsom sådana, d. v. s. oafsedt det ändamål, för hvilka de framställts, alltid äro uteslutna från att betraktas såsom rättstridigt förtal. Det intresse, för hvilket de enskildes ära i så fall skulle offras, är nämligen otvifvelaktigt af sådant slag, hvarom här är fråga.

I åtskilliga nyare lagar är denna fråga afgjord genom positiva stadganden, så naturligtvis framför allt i de lagar, enligt hvilka en viss uttryckligt bestämd grad af offentlighet fordras, för att ärekränkningar öfverhufvud taget skola blifva straffbara. Enligt franska Presslagens art. 23 måste, såsom i ett föregående sammanhang antydts, en ärekränkning för att blifva straffbar hafva framställts »soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publiques, soit par des écrits, des imprimés vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publiques, soit par des placards ou affiches exposés aux regards du public; och beskyllningar, åt hvilka ingen sådan offentlighet gifvits, hvARBland naturligtvis komma beskyllningar, framställda inom familjekretsen, träffas följaktligen öfverhufvud taget icke af Presslagens bestämmelser, utan kunna straffas endast som »contraventions de police» enligt Code pénal, art. 471 § 11.¹ Enligt norska strafflagen § 249 mom. 2 kommer straff för förtal icke till användning vid beskyllning, som icke framförts offentligt, om icke beskyllaren visat brist på tillbörlig akt-samhet. Enligt holländska strafflagens art. 261 fordras, för att äreröriga beskyllningar skola blifva straffbara, att de fram-

¹ POITTEVIN. S. 327.

ställt »in dem offenbaren Zweck sie bekannt zu machen»;¹ och delvis af betydelse för det här ifrågavarande spörsmålet blir naturligtvis en sådan bestämmelse som den italienska strafflagens,² att förtal för att blifva straffbart skall hafva förts till flera personers kännedom.

I åtskilliga andra lagar såsom i den tyska och danska, är däremot i likhet med i svenska strafflagen den här upptagna frågan icke reglerad genom några positiva stadganden, och det återstår då endast att söka dess lösning i förhållandenas egen inre natur. Ett försök att motivera de ifrågavarande beskyllningarnas strafffrihet från en annan synpunkt än att de möjligen skulle kunna anses berättigade på grund af de intressen, af hvilka de uppbäras, har KOHLER gjort. Efter att hafva betonat, att hvarje ärekränkning måste innebära en förklaring till någon annan, d. v. s. att en monolog aldrig kan konstituera en straffbar ärekränkning, förklarar KOHLER³ att »dem Monologe aber stehen die Aeusserungen im Familienkreise gleich; denn solche Aeusserungen der Familienmitglieder in vertrautester Umgebung haben mehr den Zweck, das innere Gefühl monologisch zu entladen, als in die Aussenwelt eine Gedankens- oder Willensäusserung zu bringen; Erklärung ist aber nur eine Aeusserung, die bestimmt ist, einen Gedankeninhalt in einen anderen Kreis zu tragen; die Familie jedoch ist der eigene Kreis, sie ist gleichsam die Erweiterung des eigenen Wesens»; och häraf skulle då enligt KOHLER följa att hvarje inom familjen framkommet ärerörigt uttalande

¹ Citeradt efter den såsom bilaga till Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, årg. 1, publicerade tyska öfversättningen af holländska strafflagen af den 3 mars 1881.

² Italienska strafflagen. Art. 393.

³ KOHLER. S. 19—20.

skulle vara straffrättsligt lika irrelevant som äreröriga yttranden, hvilka öfverhufvud taget icke framställts till någon annan. Denna konstruktion, hvilken, om den vore riktig, naturligtvis skulle gälla i lika hög grad för den svenska som för den tyska rätten, torde dock svårligen kunna upprätthållas. Det kan möjligen från vissa synpunkter vara riktigt, att familjen är »gleichsam die Erweiterung des eigenen Wesens», men det går alldeles säkert icke an att lägga sådana synpunkter till grund för strafflagens tolkning; ingenstades i lagarna framträder, att något dylikt skulle hafva legat i vare sig den svenska eller tyska strafflagstiftarens afsikt, och icke heller lefver en sådan uppfattning af familjen som den ifrågavarande tillräckligt starkt i det allmänna rättsmedvetandet för att på grund däraf kunna betraktas som en del af lagen. Om äreröriga uttalanden af det ifrågavarande slaget verkligen skola kunna betraktas såsom icke rättstridiga, så måste detta otvivelaktigt förklaras därmed, att det af dessa uttalanden representerade intresset måste anses väga tyngre än intresset äran. KOHLER framhåller själf, vid sidan af teorien om att dessa yttranden icke innebära något rättsligt relevant, att det skulle föra »zu einer Vergiftung des Familienlebens, wenn man es dem Familienmitglied, namentlich dem Hausvater nicht gestattet, sich frei und unverhohlen äussern zu dürfen, wenn er fürchten muss, dass das Ohr eines Spähers, die Denunziation eines Diensthöten ihn ins Gefängnis bringt und seine Stellung untergräbt»;¹ och dessa synpunkter synas oss väl värda att beaktas just såsom framhållande det intresse, hvilket det i de ifrågavarande fallen gäller att väga gentemot äran. Emellertid synes KOHLER inom den tyska litteraturen

¹ KOHLER. S. 20.

stå ensam icke endast om den nyss citerade teoretiska motiveringen till de här omhandlade beskyllningarnas strafffrihet, utan äfven om att det öfverhufvud taget skulle finnas några skäl att utesluta beskyllningar af detta slag ifrån straffbarhet. — Likaledes afvisande gentemot tanken att låta beskyllningar af det ifrågavarande slaget vara generellt straffria ställer sig, för den danska rättens räkning, Goos. Äfven Goos¹ framhåller, att det kan sättas i fråga huruvida icke förhållandet mellan familjemedlemmar skulle till den grad störas af att förtroliga meddelanden dem emellan eventuellt kunde ådraga ansvar, att dylika uttalanden på den grund måste anses uteslutna från straffbarhet; men Goos anser det ifrågavarande familjintresset tillräckligt skyddadt redan därigenom, att beskyllningarna i regeln blifva straffria, därför att de vanligen icke komma till den omtalades kännedom; om genom någon familjemedlems indiskretion dessa äreröriga beskyllningar tränga utanför den förtroliga kretsen och når den beskyllde, anser Goos icke längre något skäl förefinnas att skydda beskyllningarnas framställare ifrån straff.

För den svenska rättens räkning gäller otvifvelaktigt, att man lika litet här som inom den tyska eller danska rätten kan uppställa någon generell regel om att äreröriga beskyllningar, framställda familjemedlemmar emellan, aldrig skulle kunna blifva att betrakta som rättstridiga. Det kan enligt vår åsikt, som nyss framhållits, icke förnekas, att den fullkomligt otvungna yttrandefriheten eller förtroligheten inom familjen representerar ett intresse, som kan komma i konflikt med äran, men detta intresse kan icke anses vara tillräckligt starkt, för att man skulle kunna för dess skull offra de en-

¹ Goos: Sp. D. S. 232.

skildes ära. Enligt vår mening utesluter sålunda den omständigheten, att en ärerörig beskyllning endast framställts i t. ex. ett bref ifrån en dotter till hennes moder, icke i och för sig, att beskyllningen får sägas hafva skett af arghet; kommer beskyllningen på någon väg till den omtalades kännedom, blir den straffbar enligt det lagrum, under hvilken den på grund af sitt innehåll hör. Härvid är emellertid att märka, att beskyllningar af detta slag utöfver det intresse, som de måste anses representera på grund af släktskapsförhållandet mellan framställaren och adressaten — hvilket alltså icke är tillräckligt starkt för att uppväga äran — i många, ja, måhända de flesta fall representera äfven något annat intresse af det slag, om hvilket det i detta kapitel varit fråga, och att beskyllningarna på grund af detta intresses rättstridighetsupphäfvande kraft kunna blifva att betrakta som af rätten tillåtna. Så var gifvetvis förhållandet till exempel i det ofvan anförda fallet, att en i tjänst varande ung flicka meddelat sina föräldrar, att hennes husbonde förföljt henne med otuktiga tillnärmelser; detsamma är tydligen förhållandet om t. ex. en bror varnar sin syster för att ingå äktenskap med en person, som fört ett utsväfvande lif o. s. v. På grund häraf har man i alla de fall, där en ärerörig beskyllning framställts endast af en familjemedlem till en annan att särskildt noga undersöka, huruvida icke något dylikt enskildt intresse föreligger, och där så är, blir naturligtvis, om detta intresse måste anses väga tyngre än äran, beskyllningen att betrakta såsom icke rättstridig. Kärnan i frågan om inom familjekretsen fällda yttrandens rättstridighet är enligt vår uppfattning med andra ord den, att, ehuru å ena sidan den omständigheten, att ett uttalande ägt rum endast familjemedlemmar emellan, icke ensam förmår beröfva ett ärerörigt uttalande

dess rättstridighet, så är den å andra sidan ett indicium på, att uttalandet i fråga representerar ett verkligen rättstridighetsupphäfvande intresse, hvarför i dylika uttalanden alltid särskild anledning föreligger att pröfva, om så är förhållandet eller ej. —

I afseende på de omständigheter, under hvilka af de nu omtalade intressena uppburna äreröriga beskyllningar kunna framställas utan att blifva rättstridiga, är knappast annat att märka än att åt sådana beskyllningar naturligtvis icke får gifvas större offentlighet än som är nödvändigt för tillgodo-seende af det intresse, som ensam gör dem berättigade, eller att beskyllningarna m. a. o. icke får framställas till andra än den eller dem, som äro särskildt berättigade att få kännedom om detsamma. En beskyllning angående en tjänare, hvilken, om den framställes till en person, som reflekterar på att taga den omtalade i sin tjänst, måste anses af rätten tillåten, blir naturligtvis rättstridig, om den bringas till andras, i saken icke intresserades kännedom; om en dotter har rätt att framställa äreröriga beskyllningar emot någon viss person till sina föräldrar för att hos dem söka råd och stöd, så har hon naturligtvis ingen rätt att sprida samma beskyllningar bland hvilka som helst utanför stående. Detta är en själfklar följd af den här ifrågavarande intressekollisionens natur, men det kan möjligen förtjäna att betonas, att man följaktligen i alla fall af detta slag måste noga pröfva, om något intresse af sådan natur som de här omhandlade verkligen föreligger eller om beskyllningens framställare åtminstone haft grundad anledning att anse, att sådana hafva förefunnits. Här liksom öfverallt i analoga fall kan naturligtvis, om beskyllaren trots på ett berättigadt intresses existens, men denna tro måste

anses hafva hvilat på objektivt alltför svaga grunder, culpastraff ådömas.

I fråga om sanningens betydelse som rättmässighetsvillkor vid äreröriga beskyllningar af de nu behandlade slaget torde på grund af den ytterst växlande graden af styrka, hvarmed de gentemot äran vägande intressena vid beskyllningar af detta slag kunna framträda, knappast någon annan för alla hithörande fall gällande regel kunna gifvas än den generella, att ju starkare det gentemot äran stående intresset måste anses vara, d. v. s. af ju större betydelse det är, att sanningen på den ifrågavarande punkten får sägas, desto större skäl har man att stämpla såsom straffbara endast bevisadt osanna beskyllningar, och ju svagare det intresse är, som skall balanseras gentemot äran, desto bestämdare måste man fordra, att beskyllningens framställare skall kunna bevisa beskyllningens sanningsenlighet, och man kommer därför på det här ifrågavarande området oftast att bli nödsakad att för hvarje särskildt fall undersöka, huruvida det beskyllningen uppbärande intresset kan anses vara så starkt, att det är beskyllningens osanning, som är villkor för dess rättstridighet, eller om detta intresse endast kan anses vara af den betydelse, att beskyllningens obevisbarhet är villkor för dess rättstridighet. Emellertid kan man likväl urskilja en grupp af hithörande fall, för hvilka det från början kan fastslås, att beskyllningens osanning verkligen är villkor för dess rättstridighet: det gäller alla de fall, i hvilka framställarens rättighet att framkomma med den äreröriga beskyllningen innebär en skyldighet att framställa densamma; i sådana fall kan det icke vara något tvifvel om att beskyllningens straffbarhet är beroende af att dess osanning (af den beskyllde) bevisas och att i enlighet härmed endast culpastraff kan

komma i fråga, om beskyllningen visserligen visar sig objektivt osann, men beskyllaren varit i god tro. För i orlofs-sedlar framställda äreröriga beskyllningars räkning framgår detta, som redan nämnt, direkt af legostadgans bestämmelser och strafflagen 22: 17, men äfven där det icke kan stödjas på något uttryckligt lagstadgande gäller detsamma otvifvelaktigt äfven öfverallt, där en juridisk plikt att yttra sig föreläggat för beskyllaren. Å andra sidan torde man också kunna afskilja en stor grupp af fall, vid hvilka det från början står fullt klart, att det måste åligga beskyllningens framställare att för att fria sig från straff bevisa beskyllningens sanningsenlighet: detta gäller öfverallt där, utan att några särskilda biomständigheter af något som helst slag tillkomma, ett rent enskildt intresse, nämligen upplysningsmottagarens behof af att erhålla upplysningarna i fråga eller den nytta han kan vänta af desamma, står emot det andra rent enskilda intresset, den omtalades ära; i sådana fall finns det gifvetvis inga skäl att fordra, att den beskyllde skall kunna bevisa beskyllningens osanning för att få beskyllaren fälld till straff. Tvifvelaktig blir frågan i alla de emellan dessa båda ytterligheter liggande fall, i hvilka någon speciell omständighet, t. ex. å ena sidan den beskylldes ömtåliga ställning eller å andra sidan, att det för beskyllaren framstått som en moralisk plikt att uttala sig, kommer vågskålen att sänka sig till antingen ärans eller det motvägande intressets fördel; här är det som man endast fall för fall torde kunna afgöra, om beskyllaren har att bevisa beskyllningens sanningsenlighet eller den beskyllde dess osanning. Sålunda kan man t. ex. alldeles icke generellt fastslå, att beskyllaren öfverallt, där en moralisk plikt att yttra sig föreläggat, skulle blifva fri från straff, om icke den beskyllde kan bevisa beskyllningens osanning; men

å andra sidan torde det icke kunna förnekas, att där rättigheten att uttala sig accentuerat sig till en alldeles otvifvelaktig moralisk yttrandeplikt kunna förhållandena komma att gestalta sig så, att beskyllningens rättstridighet måste anses utesluten, där icke dess osanning blifvit bevisad.

De nu för den svenska rättens räkning utvecklade principerna för reglerandet af rättstridighetsrekvisitet vid förtal inom det här ifrågavarande området, synas i hufvudsak tillämpas äfven inom den tyska och engelska rätten. Som exempel på »Äusserungen, welche zur Ausführung oder Vertheidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden» anföras i allmänhet i de tyska strafflagskommentarierna¹ bland annat utställande af tjänstebetyg och andra af sådana rent enskilda intressen som de här omhandlade uppburna äreröriga beskyllningar, och dylika beskyllningar bli således äfven enligt tysk rätt straffria äfven där sanningsenligheten icke kunnat bevisas, men framställaren varit i god tro. Och äfven enligt den engelska rätten, där fall af detta slag — uttalanden öfver tjänare, konfidentiella meddelanden mellan nära anhöriga eller vänner till ömsesidig hjälp o. s. v. — sammanförts med åtskilliga närbesläktade i denna afhandling förut behandlade fall till en gemensam grupp af »communications made in the discharge of social and other duties»,² gäller vid sådana beskyllningar, att »although the defamatory matter be untrue, yet if the person making the communication acted fairly and honestly in so doing, bona fide believing it to be true, it may be privileged if warranted by the occasion and circumstances, and if made without actual malice».

¹ Se t. ex. OLSHAUSEN. S. 741.

² FOLKARD. S. 283 f.

Ett svenskt rättsfall, där frikännandet följt, på grund af att den åtalade beskyllningen måste anses hafva representerat ett intresse af det slag, hvarom här varit fråga, är det här ofvan i annat sammanhang delvis anförda,¹ i N. J. A. 1889 sid. 390 refererade. I detta fall hade den andre af svarandena, regementsläkaren R. Schultz, i bref till inspektoren å Krusenbergs egendom, där Schultz var husläkare, uppgifvit att kåranden, E., som var barnmorska, vid ett visst tillfälle begått grofva försummelser i sitt yrkes utöfvande. Häradsrätten fällde äfven Schultz till ansvar enligt 16: 7 mom. 3. Vid öfverklagandet af häradsrättens utslag anförde Schultz, att han ansåg sig hafva endast gjort sin plikt, då han meddelat inspektoren å en egendom, där läkarevård vore Schultz anförtrodd, underrättelse om den sjukas tillstånd och om sannolika anledningen till sjukdomens svåra beskaffenhet. För öfrigt innefattade det bref Schultz skrifvit ett meddelande i förtroende, afsedt endast för adressaten. Äfven för Schultz räkning upphäfdes häradsrättens utslag af Hofrätten och Hofrättens utslag blef af Högsta Domstolen enhälligt fastställt. — Det är tydligt, att det intresse, för hvars skull äran i detta fall uppofrats, var af ren enskild natur och att den plikt, som ålåg Schultz — i motsats till den plikt, som ålåg den andra af svarandena — var af enbart moralisk karaktär.

¹ Se ofvan, s. 223.

STOCKHOLMS HÖGSKOLAS
Juridiska Bibliotek

Af den använda litteraturen hafva följande arbeten citerats förkortadt så som efter hvart och ett inom [] angifvits:

v. Bar: Zur Lehre von der Beleidigung mit besonderer Rücksicht auf die Presse. Gerichtsaa! Band 52. S. 81 f. [*v. Bar* Beleidigung].

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Erstes Band. Zweite Aufl. Leipzig 1902. [*Binding* Lehrbuch].

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. 2 Aufl. Erstes Band. Leipzig 1890. [*Binding* Normen].

Folkard: The law of slander and libel. Sixth Edition. London 1897. [*Folkard*].

Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 3:te und 4:te Aufl. Leipzig 1903. [*Frank*].

Goos: Den danske Strafferets almindelige Del. Kjøbenhavn 1878. [*Goos* Alm. D.].

Goos: Den danske Strafferets specielle Del. Første Del. Kjøbenhavn 1895. [*Goos* Sp. D.].

Hammar skjöld: Om falsk angivelse och ärekränkning. Upsala 1875. [*Hammar skjöld*].

Kohler: Ehre und Beleidigung. Goltdammers Arkiv. Band 47. [*Kohler*].

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12:te und 13:te Aufl. Berlin 1903. [*v. Liszt*].

Poittevin: Traité de la Presse. Tome II. Paris 1903. [*Poittevin*].

Torp: Den danske Strafferets almindelige Del. Kjøbenhavn 1905. [*Torp*].

INNEHÅLLSFÖRTECKNING.

	Sid.
Afdelning I. Det allmänna rättstridighetsrekvisitet	1.
Afdelning II. Begreppet ära	95.
Afdelning III. Rättstridighetsrekvisitet vid förtal	127.
Kapitel 1. Rättstridighetsrekvisitets behandling i förtalslagstiftningen	127.
Kapitel 2. Konflikter mellan äran och sannings- intresset	152.
Kapitel 3. Konflikter mellan äran och det stats- liga och kommunala livvets intressen	197.
Kapitel 4. Konflikter mellan äran och det eko- nomiska livvets intressen	241.
Kapitel 5. Konflikter mellan äran och intressen af kulturell natur	266.
Kapitel 6. Konflikter mellan äran och intressen af enskild natur	288.

