
Norden, rätten, historia – Festskrift till Lars Björne

Toimittajat/redaktörer

Jukka Kekkonen

Pia Letto-Vanamo

Päivi Paasto

Heikki Pihlajamäki

Toimitussihteeri/redaktionssekreterare

Pasi Mustonen

Tilausosoite/beställningar

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 HELSINKI

p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-237-1

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2004

Innehåll

Nordisk rättshistoria: Lars Björne 60 år	7
<i>Inger Dübeck</i>	
Forholdet mellem konkubinat og ægteskab i dansk retshistorie: et spørgsmål om ret eller moral?	9
<i>Jyri Inha</i>	
Diskret maktkamp mellan kejsaren och hans energiske prokurator – Matthias Calonius och upphovet till lagenlighetstillsyn i den Kejsarliga regeringskonseljen	35
<i>Jukka Kekkonen</i>	
Fragment ur den rättshistoriska metoddiskussionen	51
<i>Mia Korpiola</i>	
Kyrkotukt för hela folket: hertig Gustafs av Saxen ”horerij” och luthersk kyrkodisciplin i Sverige på 1500- och 1600-talen	65
<i>Toomas Kotkas</i>	
Lemminkäinen-sånger i <i>Kalevala</i> – en historia om arkaisk rätt	101
<i>Pia Letto-Vanamo</i>	
Internationella idéer och den nationella realiteten	115
<i>Sigurður Línadal</i>	
At sælge viden	129
<i>Bo H. Lindberg</i>	
Salus publica och dominium: korporativism och äganderätt i tidig ny tid.	143
<i>Dag Michalsen</i>	
Rettsvitenskapens mange identiteter – bidrag til den rettsvitenskapshistoriske metode.	171

Kjell Å. Modéer

Östersjöområdets rättsliga kartor –
rättskulturella konstruktioner i förändring. 193

Rolf Nygren

Reflexioner om den svenska kommunala självstyrelsen –
ett svenskt-finskt rättsarv. 207

Päivi Paasto

Om äganderättens ursprung i den nordiska
och den europeiska diskussionen på 1800-talet. 223

Claes Peterson

Debatten om 1826 års förslag till en allmän civillag –
en svensk kodifikationsstrid? 245

Heikki Pihlajamäki

”At synd och laster icke skall blifwa ostraffade”:
straffrättsligt appellationsförbud i svensk rättshistoria 265

Marie Sandström

Den svenska modellen –
en juridisk metodlära i tre platta paket 291

Ditlev Tamm

Holbergs naturret og nordiske retsvidenskab 311

Heikki Ylikangas

Twisten om nybyggarrättigheter som orsak för storskiftet 325

Författare 345

Kjell Å. Modéer

Östersjöområdets rättsliga kartor – rättskulturella konstruktioner i förändring

Preambeln: Till Lars!

Rättshistoria är förvisso en spännande framtidsdisciplin! Vår tids rättsvetenskapliga teori- och metoddiskurser har på nytt berett plats för en historisk argumentation med såväl paradigmatiska (diskontinuerliga) som djupstrukturella (kontinuerliga) perspektiv. Lars Björne har genom sin gedigna forskningsinsats om den nordiska rättsvetenskapens historiska utveckling lagt grunden för fortsatt forskning om de nordiska juristernas kunskapsstrukturer och om juristkulturerna i de nordiska länderna. I denna artikel – tillägnad Lars – vill jag söka visa hur den komparativa rätten såväl i tid som i rum erbjuder viktiga forskningsområden också i vår europeiska region.

Kartan som metafor och rättsliga konstruktioner

Det är den portugisiske rättssociologen Boaventura de Sousa Santos som senast använt kartmetaforen för att illustrera och beskriva sina rättsliga konstruktioner.¹ Han ritar sina mentala kartor för att synliggöra en postmodern och postkolonial värld. Med hjälp av metaforiska begrepp som ”södern”, ”gränsen” och ”barocken” låter han oss upptäcka både skillnader och likheter mellan de globalt dominerande västerländska rättskulturerna och de i den postkoloniala tredje världen, i Latinamerika, Afrika och Sydostasien. Han lär oss upptäcka nya perspektiv.

¹ Boaventura de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law*, 14 *Journal of Law and Society* 1987, 279 ff. – B. de Sousa Santos, *Three Metaphors for a new Conception of Law: The Frontier, the Baroque and the South*, 29 *Law & Society Review* 1995, s. 569 ff.

De Sousa Santos' viktigaste budskap är dock enligt min uppfattning, att han skapar medvetenhet om våra vetenskapliga *konstruktioner*. Kartan blir den konstruktion vi behöver i den nuvarande rättsvetenskapliga diskursen när dagens jurister å ena sidan ska försöka att tillämpa sina traditionella systematiska konstruktioner i en förändrad värld, och å andra sidan vill – eller kanske rättare måste komma bort från 1900-talets modernistiska begreppssfär. En sådan medvetenhet om vårt nuvarande modell- eller systembygge hjälper oss att bättre förstå de historiska rättssystemen – just som *konstruktioner*.

I denna artikel inskränker jag mig till att undersöka juristernas rättskultur och ställer frågan: hur har juristerna i Östersjöområdet konstruerat sina identiteter – och varför?

Rättslig komparation i tid och rum

För att kunna besvara den frågan måste vi utgå från rättsvetenskapens metadiscipliner, de som i Tyskland benämndes ”Grundlagenfächer”, dvs. rättshistoria, komparativ rätt och allmän rättslära. Juristernas identiteter är nämligen nära förbundna med de föreställningar som juristerna skapar om tid och rum med hjälp av sina rättsliga kunskapsstrukturer.

I detta sammanhang är det tillräckligt att gå drygt hundra år tillbaka, närmare bestämt till sekelskiftets Paris 1900. Där avhölls i anledning av sekelskiftet avhölls en imponerande världsutställning. Till den europeiska världsmetropolen kom folk från de mest skilda kulturer, nya tekniker och infrastrukturella fenomen hade gjort det möjligt att här sammanföra representanter för industri och handel från hela världen. Folkens kulturer skilde sig åt, men den nya industriella tekniken kunde nyttiggöras över hela världen.

I anledning av världsutställningen kom detta år också vetenskapsmän från hela världen till Paris. Där grundades exempelvis en världsförening för jämförande litteratur² och även juristerna samlades till en i dag legendarisk kongress i *Société française de législation comparée*. Därefter har regelbundet arrangerats internationella konferenser i komparativ rätt.³

² Carl Fehrman, *Litteraturhistorien i Europaperspektiv: Från komparation till kanon*. [Absalonserien 15], Lund 1999.

³ Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrecht*. Tübingen 1971, s. 2. – Roderick Munday, Accounting for an encounter, i Pierre Legrand & Roderick Munday, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge 2003, s. 3.

Vid sekelskiftet 1900 fanns det särskilda skäl för juristerna att nyttiggöra komparativrättsliga perspektiv. Modernismen synliggjordes på skilda sätt i samhället. Sekularisering, urbanisering och industrialisering utgjorde viktiga förutsättningar för den moderna demokratis genombrott. De växande starka socialstaterna i Europa behövde legala förebilder med väl fungerande funktionella normativa begrepp. Denna funktionella ansats var den mest framträdande för den tidens komparativister. Det hade en viktig förklaring i den tidens nationalstatstänkande och den historiska rättsskolan. Rudolph von Jhering hade med en ironisk formulering identifierat den tyska rättsvetenskapen som begreppsjurisprudens, *Begriffsjurisprudenz*. I den moderna socialstaten iklädde juristerna rollen av socialingenjörer. Den främste franska representanten av den legislativa skolan var också samtidens kanske mest betydande komparatist, Edouard Lambert.

Det fanns emellertid också vid denna tid en annan grupp av rättsjämförare, som intog en helt annan rättsvetenskaplig position och som fann helt andra rättsjämförande forskningsuppgifter. De sökte sina förebilder hos Montesquieu och hos 1800-talets tyska universalhistoriker som Thibaut och Gans. De prioriterade i sina rättsjämförelser de kulturella och historiska sammanhangen. Med vår samtida terminologi arbetade den legislativa gruppen främst med normativa *texter*, de var regelorienterade, medan den andra fängslades av *kontextuella* frågeställningar. Den främste företrädaren för den kontextuella skolan var Lamberts lärare, Raymond Saleilles.

I 1900-talets fortlöpande moderniseringsprocess har Saleilles och hans företrädare för ämnet komparativ rätt konstant varit i minoritet, och denna grupp har successivt haft allt färre representanter.⁴ Denna dikotomisering av ämnets forskningsuppgifter för ett sekel sedan ska vi emellertid ha i minnet, när vi i dag jämför den med dagens rättsvetenskapliga situation. Finns det i dag en kontinuitet eller en diskontinuitet i vår tids komparativrättsliga perspektiv? Eller mer provocativt formulerat, kan vi överhuvudtaget bortse från de historiska och kulturella dimensionerna av ämnet, när vi i dag försöker att identifiera rättskulturerna i östersjöområdet?

⁴ Kjell Å. Modéer, *Der Verlierer als Sieger. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung – ein neuer Schulstreit*. I Kjell Å. Modéer (red.), *Europäische Rechtsgeschichte und europäische Integration. Festschrift till Heinz Mohnhaupt*. Stockholm 2002, 93 ff.

Modernismens lösningar

För vår analys står efterkrigstidens moderna västerländska rättssystem i fokus. De främsta företrädarna för den komparativa rätten under 1950- och 60-talen var i hög grad präglade av en tidsanda, som fortfarande hade andra världskriget som en skuggande fondbild. Tidens nyckelord var universalism. Det sena 1940-talets europeiska jurister var starkt påverkade av naturrättsliga föreställningar. De bidrog till att *konstruera* inte bara FN:s deklaration om mänskliga rättigheter, som antogs i Paris 1948, utan också Europarådets konvention för mänskliga rättigheter 1950.

Den tidens komparativister både i USA och i Europa försökte samtidigt att i sina konstruktioner finna universella, harmoniserande lösningar. Vilka grundvärden var gemensamma för oss människor? *Dignitatis humanae*, *human dignity*, *Menschenwürde* – vi finner denna värdestabila terminologi överallt: vid det andra vatikankonciliet 1962–65, i de amerikanska *civil rights*-diskurserna på 1950–60-talen och i den västtyska författningens preambel 1949. Dessa universalister fanns också bland rättskomparativisterna. Vid University of Chicago var det den tyske immigranten Max Rheinstein som var den främste representanten för denna skola, och i Europa var det dels i Frankrike René David, som utgav 1950-talets legendariska arbete, *Les grands systèmes de droit contemporains*,⁵ och dels kring 1970 de båda tyska komparativisterna Konrad Zweigert och Hein Kötz. Samtliga utgick från ett västerländskt perspektiv och skapade de moderna universella systemkonstruktionerna. René David talade om *rättsfamiljer*, Zweigert och Kötz om *rättskretsar*, och dessa territoriella enheter identifierades med hjälp av efterkrigstidens västerländska geopolitik: den romanska, den tyska, den anglo-amerikanska och den socialistiska rättskretsen. Till dessa rättskretsar fördes också de koloniala eller subalternas rättssystemen i Asien, Afrika och Latinamerika. Den romanska rättskretsen och dess *Codes Napoleon*-kultur omfattade exempelvis de länder i Afrika och Latinamerika, som under kolonialtiden tillämpat franska och spanska kodifikationer, och under den anglo-amerikanska rättskretsen och dess *case law*-kultur fogades exempelvis Sydafrika, Indien och Australien.

Zweigert och Kötz identifierade också en nordisk rättskrets. Den ansågs vara en hybrid, ”*in between*”, mellan *civil law*-systemen och *common law*

⁵ René David, Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris 2002.

-systemen. Den nordiska rättskretsen, som omfattade rättsordningarna i de nordeuropeiska länderna,⁶ lät inte inordna sig i varken *common law* eller *civil law* -kategorier.⁷ Historiskt och politiskt tillhörde Danmark, Island och Norge det *västnordiska* territoriet med politiskt och vetenskapligt centrum i Köpenhamn, medan Sverige och Finland bildade en *östnordisk* enhet med politiskt centrum i Stockholm och vetenskapligt i Uppsala.⁸ Dessa geopolitiska och rättskulturella kartor ändrades först i början av 1800-talet. Student-skandinavismen utgjorde en förutsättning för den rättsliga harmoniseringsprocess som från slutet av samma sekel involverade de skandinaviska länderna i ett lagstiftningssamarbete, som kom att harmonisera en stor del av civilrätten, framför allt avtalsrätten, köprätten, familjerätten, arvsrätten och upphovsrätten. De nordiska juristernas nätverk konsoliderades också från denna tid genom regelbundet återkommande Nordiska juristmöten och nordiska juridiska tidskrifter. Senare kom de gemensamma upplevelserna under andra världskriget att emotionellt svetsa samman en omfattande efterkrigs-generation av nordiska jurister.⁹

Efterkrigstidens komparativister ritade således sina rättssystematiska kartor utifrån ett västerländskt perspektiv med programmatiska och universalistiska värderingar och harmoniserande målsättningar. Följdriktigt blev övriga rättssystem i världen med detta perspektiv styvmoderligt behandlade. Fjärran östern, den islamiska rätten och det hinduiska rättssystemet erhöll exempelvis endast ca 30 avslutande sidor i Zweigerts och Kötz' 450 sidiga framställning. Det var ett påtagligt bevis för det fenomen som sedermera den postkoloniala devisen uttryckte: "vi och den andra", "*We and the other*". Det var en konstruktion som väl passade in i efterkrigstidens modernistiska synsätt, där den normativa positivistiska regelkomparationen nära nog hade monopol på den komparativa rätten.

⁶ Dvs. Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige.

⁷ Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Band I: Grundlagen. Tübingen 1971, s. 339 ff.

⁸ Inger Dübeck, *De nordiske lovbøger 1683, 1687 og 1734*, Rättshistoriska studier, Bd 14. Lund 1988, s. 53 ff.

⁹ Kjell Å. Modéer, "*Den kulan visste var den tog!*" *Svenska juristers omvärldssyn 1935–1955. Festskrift till Per Henrik Lindblom*. Uppsala 2004, s. 443 ff.

Senmodernismens alternativ

Mot denna bakgrund kan vi nu närma oss den nu aktuella situationen, och vår tids behov av att konstruera nya rättsliga kartor.

En av den komparativa rättens främsta företrädare under efterkrigstiden, professor John Merryman på Stanford University, framhöll i en intervju för några år sedan att ämnets framtida *forsknings*suppgifter inte kan få påverkas av den dominerande formen av regelorienterad forskning, vilken han med rätta från ett rättsvetenskapligt perspektiv betraktade som en relativt trivial företeelse.¹⁰ Den postmoderna forskningen från 1970-talet och framåt kan beskyllas för många överdrifter och modeinslag av dagslände-karaktär, men för den rättsvetenskapliga forskningen har den, trots detta, varit av stor betydelse, genom att den lärt oss att se på rätten inte bara från det modernistiska *antingen – eller* perspektivet. I stället har den fragmentiserat bilden och ställt de monolitiska och positivistiska perspektiven i en offside-position. I dag ser vi rätten ur ett *både – och* perspektiv. Vi lever inte längre i homogena nationella rättskulturer. I stället är såväl stat som samhälle i våra dagar fragmentiserade i heterogena rättskulturer. Det måste därför vara rättsvetenskapens, och i synnerhet de komparativt orienterade rättshistorikernas uppgift att utifrån rättshistoriska och rättskulturella utgångspunkter utveckla nya modeller, nya strukturer och nya perspektiv på den rättsliga såväl makro- som mikronivån.

Den nya geopolitiska situationen efter ”die Wende” och Sovjetunionens sammanbrott ca 1990 har skapat helt nya förutsättningar – och utmaningar – för länderna i Östersjöområdet. Rättskulturerna utsattes för påtagliga förändringar och stod nu inför ett vägskäl: antingen en dramatisk, revolutionär, paradigmatiske förändring, eller en kontinuerlig och evolutionär knuten till rättens djupstrukturer. I de flesta länderna runt Östersjön har frågan om diskontinuitet eller kontinuitet aktualiserats på ett påtagligt sätt.

I det återförenade Tyskland blev de nya Förbundsländerna inkorporerade i det västtyska rättsstatliga konceptet. Den västtyska författningen 1949 blev en konstitution också för det gamla DDR:s territorier. Rättskulturerna i Sovjetunionens före detta satellitstater kom från ca 1990 framför allt att präglas av en ny författningskultur. De rättskretsar som Zweigert & Kötz hade konstruerat, var avsedda för privaträttsliga system, inte för offentligrättsliga.

¹⁰ Pierre Legrand, John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue, 47 *American Journal of Comparative Law* 1999, s. 4.

Juristkulturerna fick emellertid nu sina nya förutsättningar definierade i den politiska filosofins principer: Antingen en paradigmatiske förändring genom reception av Montesquieus *maktdelningslära* eller en kontinuerlig fortsättning med Rousseaus *folksuveränitet*. Författningsutvecklingen i de baltiska staterna, Polen och Tyskland under det senaste decenniet har påvisat svårigheterna att kunna implementera en författningsändring utan att samtidigt repliera på en ny generation av utbildade representanter för juristyrkena. Dessa vet hur begrepp som demokrati, rättsstat och mänskliga rättigheter – vilka samtliga klargör den författningsmässiga individuella friheten i förhållande till staten – ska tolkas.

I de nya förbundsländerna i Tyskland var det genom tillgången på västerländskt skolade jurister möjligt att genomföra en rättslig revolution, medan det i de övriga Östersjöländerna – just i anledning av denna brist på rättsstatligt fostrade jurister – uppstod en betydligt svårare och mer komplicerad rättskulturell situation.¹¹

Utvecklingen i de nordiska länderna har också blivit mer komplicerad. Det gamla harmoniseringskonceptet fick sin dödsstöt 1972, när det Nordiska juristmötet firade sin sekularfest i Helsingfors. Den dåvarande socialdemokratiska svenska regeringen under Olof Palme representerades vid detta tillfälle av den ställföreträdande justitieministern Carl Lidbom. Lidbom framförde den svenska regeringens lyckönskningar och tackade för det hittillsvarande framgångsrika nordiska lagsamarbetet, men nu hade detta enligt honom kommit till en slutpunkt. Den progressiva och reforminriktade svenska regeringen ville fortsättningsvis genomföra sina lagreformer i sin egen (snabbare) takt för att kunna genomföra den moderna välfärdsstaten. De övriga nordiska länderna fick gärna deltaga i det svenska lagstiftningsarbetet om de ville; om det inte var fallet tackade den svenska regeringen för det gångna århundradet och gick ensam vidare i reformarbetet av den svenska lagstiftningen.¹²

Sedan 1972 har Nordens rättskulturella kartor successivt förändrats. Samma år anordnades i Norge och Danmark folkomröstningar om ländernas deltagande i de Europeiska Gemenskaperna. Norge röstade nej och Dan-

¹¹ Om förhållandena i de nya förbundsländerna efter "die Wende", se Inga Markowitz, *Die Abwicklung*. München 1993. Densamma, Justice in Lüritz, 50 *American Journal of Comparative Law*, 2002, s. 819 ff.

¹² Kjell Å. Modéer, Asien börjar i Malmö. Om rättskulturer i Öresundsregionen, i Henrik Dam, Lise Dybdahl og Finn Taksøe-Jensen (red.), *Jura & Historie. Festschrift till Inger Dübeck som forsker*. Köpenhamn 2003, s. 81 ff.

mark röstade ja. Sedan 1973 är således Danmark med säravtal medlem av de Europeiska Gemenskaperna. 1994 genomfördes på nytt folkomröstningar i de nordiska länderna, nu om deltagande i den Europeiska unionen. Finland röstade ja, likaså Sverige om än mer tveksamt, och i Norge blev omröstningsresultatet än en gång negativt. Nu var Danmark, Finland och Sverige medlemmar, medan Norge och Island stod utanför.

De gångna tio åren efter omröstningarna visar också entydigt, att de nordiska länderna inte längre präglas av en harmoniseringskultur. Tvärtom, Finland har nära nog fullständigt anpassat sig till en EU-kultur, i Sverige är EU-kritikerna f.n. i flertal, och Norge har genom sitt ställningstagande 1994 kommit att stå utanför de europeiska nätverk som juristerna i de övriga nordiska länderna har tillgång till. Mot bakgrund härav kan man ställa den viktiga frågan: är den nordiska rättskretsen fortfarande en relevant konstruktion? Kanske vore det mot bakgrund av den uppkomna geopolitiska situationen bättre att jämföra de kontextuella skillnaderna i de nordiska ländernas rättskulturer – inte likheterna? Och kanske ska vi i dag försöka att finna nya parametrar för att identifiera rättskulturer i Östersjöområdet?

Norden som en territoriell periferiregion i Europa är i dag inte lika självklar som tidigare. Den nya regionen i norra Europa har istället blivit Östersjöområdet. Den revolutionära förändringen av de rättsliga förhållandena i Östeuropa har beträffande rättskulturer tillfogat intressanta dimensioner, nämligen de historiska, de traditionsmedvetna och det identitetsskapande. En rättslig identitet är per definition historiskt betingad.

Den kvardröjande modernismen

Modernismen ligger alltså bakom oss och därmed också efterkrigstidens gamla, modernistiska komparativrättsliga konstruktioner. I stället är det nu vår uppgift att försöka identifiera och utveckla de postmoderna eller senmoderna konstruktioner, som ska hjälpa oss att kunna rita de nya rättskulturella kartorna i vår region.

Den nya geopolitiska situationen i Östersjöområdet utgör inte den enda förändringsfaktorn. Också globaliseringsdiskurserna kan hjälpa oss i vår identifikationsprocess. De postkoloniala och postimperialistiska förhållandena i Asien, Afrika och Latinamerika har sina paralleller i satellitstaterna till f.d. Sovjetunionen. Dessa nya politiska och rättsliga förhållanden har också bidragit till nya perspektiv och metoder till den komparativa rätten. En viktig

nyhet är behovet av en kontextualisering av rättens makrosystem. En annan nyhet är de senaste decenniernas omfattande kulturdiskurs som också haft betydelse för den rättskulturella perspektiviseringen.¹³ Detta nya interdisciplinära förvetenskapligande av den komparativa rätten har under de senaste åren visat sig vara både mångsidig och fruktbar. I synnerhet i USA har dessa diskurserna vunnit stark terräng.

Det betyder att vi för närvarande är inne i en förändringsprocess i vilken de modernistiska metoderna framstår som traditionella och konservativa, medan de post- eller senmoderna perspektiven och metoderna utgör de kreativa förnyarna. Fortfarande är traditionalisterna, dvs. företrädarna för en regelorienterad komparativ rätt, i majoritet. Lamberts ättlingar företräder en pragmatisk och truistisk position, som hävdar att de flesta komparativa forskningsuppgifterna måste vara regelorienterade, och att den komparativa rätten i en av de multinationella advokatbyråerna styrd värld alltmer krasst koncentreras till en praktisk kommersiell nödvändighet, *practical commercial necessity*.¹⁴ Det är därför ”en relativt sett mycket liten grupp av rättsvetenskapsmän som föredrar att fokusera på och jämföra de skilda rättssystemens mer allmänt rättsliga och sociala kännetecken och till och med hela grupper av rättssystem”.¹⁵ Här är inte platsen att bemöta kommersiella eller kvantitativa argument, inte heller att hävda att en regelorienterad komparativ rätt skall förkastas. Varje rättsvetenskaplig disciplin utgår från regler och normer. Nej, förändringen innebär att texten förutsätter en kontext. Det är inte *antingen–eller* utan *både–och*.

En traditionell, positivistiskt orienterad regelkomparativist kan till och med uttala: ”En svensk komparativist som jämför sin egen lag med den i någon av de andra nordiska länderna behöver normalt sett inte ägna mycket tid att studera samhället där, för det kan anses var likt den i Sverige.”¹⁶ Frågan om en komparativist ska jämföra likheter eller skillnader reduceras av samma forskare till en fråga av rent pedagogisk natur, ”eftersom likheter och

¹³ Kjell Å. Modéer, Vad är rättskultur? Om vår tids historiska skolstrid vid juridisk fakultet. I Lars M. Andersson m.fl. (red.), *Rätten. En festskrift till Bengt Ankarloo*. Lund 2000, s. 384 ff.

¹⁴ Basil Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*. Oxford 2003, s. 66.

¹⁵ Michael Bogdan, *On the value and method of rule-comparison in comparative law. Festschrift für Erik Jayme*. 2004, s. 1233 ff (1235).

¹⁶ ”A Swedish comparatist comparing his own law with that of one of the other Nordic countries does not normally have to devote much time to studies of the society there, because it can be presumed to be similar to Sweden.” Bogdan, a.a., s. 1239.

skillnader är två sidor av samma mynt: en likhet är ingenting mer eller mindre än brist på skillnader, och skillnader är ingenting annat än brist på likheter”.¹⁷ I de nordiska länderna bör man enligt samme forskare av rent praktiska skäl intressera sig för att försöka hitta förklaringar till skillnader i stället för att presentera de i stort sätt uppenbara förklaringarna till likheterna, ”i vart fall när de förväntade läsarna också kan förväntas vara medvetna om de nära historiska, geografiska, kulturella, språkliga, religiösa etc. banden mellan de nordiska länderna”.¹⁸

Med detta modernistiska synsätt följer ett försvar av efterkrigstidens konstruktioner. Syftet med rättsfamiljerna blir med ett sådant perspektiv främst pedagogiskt. Deras huvudsakliga syfte blir att underlätta det för studenterna och andra att få en snabb introduktion till och överblick av den fantastiska mångfald av rättssystem som finns i världen idag.¹⁹ Också den senmoderna kritiken av de universalistiska rättssystemens euro-amerikanska dominans avfärdas med det pragmatiska argumentet att ”så länge som de flesta läsare och studenter av kommersiella eller andra praktiska orsaker i första hand är intresserade av att lära sig den västerländska rätten” finns ingen anledning ändra den vetenskapliga positionen.²⁰ Vågar man påstå att den komparativa rättens modernistiska företrädare själva reducerat disciplinen från en forskningsposition till en mer pragmatisk utbildningsposition från vilken ämnets metodologiska och teoretiska frågor blir både obetydliga och oviktiga? I så fall kan hävdas att det modernistiska kunskapsparadigmet i Thomas Kuhns mening nu är fullbordat, och att det inte återstår annat än att skriva eller snarare bekräfta den slutliga läroboken.

¹⁷ ”As similarities and differences are two sides of the same coin: a similarity is nothing more or less than lack of differences and a difference is nothing else than lack of similarity.” Bogdan, a.a., s. 1240.

¹⁸ ”When presenting the results of a comparison between legal rules of two closely-related legal systems, for instance the legal systems of the Nordic countries, it is normally more interesting to search for explanations for the differences that one has found than to provide the largely obvious explanations for similarities, at least when the addresses (the expected readers) can be expected to be aware of the close historical, geographical, cultural, linguistic religious, etc. ties between the Nordic countries. Bogdan, a.a., s. 1240.

¹⁹ ”They serve mainly to facilitate students and others to obtain a quick introduction into and overview over the amazing multitude of legal systems existing in the world today.” Bogdan, a.a., s. 1241.

²⁰ ”It is, for example, wrong to criticise the prevailing divisions for being ’Euro-American-centric’, i.e. for dealing in more detail with Western legal systems than with the legal systems of, for example, Africa, as long as most readers and students are, because of commercial and other practical reasons, primarily interested in learning about Western law.” Bogdan, a.a., s. 1241.

Hur formuleras en ny rättslig kartografi?

Avslutningsvis kan därför frågan ställas: Vilka nya rättsjämförande metoder kan bidra till att utveckla en ny rättslig kartografi?

Som Ulrich Beck formulerat det: Om modernismen präglats av ett *an-tingen-eller* perspektiv, så utgår vår tids senmodernism från ett *både-och* perspektiv.²¹ För att kunna rita nya kartor krävs alternativa lösningar. Allt sedan 1800-talet har den komparativa rätten i första hand varit en privaträttslig angelägenhet. Eftersom nära nog samtliga länder runt Östersjön numera blivit medlemmar av den Europeiska Unionen, kommer deras rättskulturer också att utvecklas inom ramen för en form av federativ författningskultur präglad av integration. I framtiden måste således rättskulturerne inte bara jämföras utifrån ett privaträttsligt perspektiv utan också ur ett författningsrättsligt.

I den amerikanska Högsta domstolen framhöll den konservative domaren Antonin Scalia för några år sedan i ett avgörande, att ”comparative analysis [is] inappropriate to the task of interpreting a constitution, though it [is] of course quite relevant to the task of writing one”.²² *Mutatis mutandis* är detta uttalande i så måtto också relevant för den europeiska diskursen, eftersom förslaget till en ny europeisk författning för närvarande remitterats till medlemsländerna för ställningstagande. Den nya europaförfattningen omfattar inte bara institutionella regleringar; författningstexten är också inbäddad i det man vill betrakta som gemensamma kulturella, politisk-filosofiska värderingar. De politiska reaktionerna och de rättskulturella diskurserna i anledning av författningsförslaget tecknar redan det ett viktigt mönster för den nya rättskulturella kartbilden. I en alltmer gränslös värld med öppna gränser spelar överhuvudtaget den komparativa rätten en allt viktigare roll i uttolkningen av en ny författning, i vart fall i jämförelse med synen på den historiska konstitutionen i USA från 1787. 1990-talets nya författningar har andra tolkningsmönster. I Sydafrika har exempelvis författningsdomarna i tolkningen av den postkoloniala s.k. Mandela-författningen 1994 beträffande tillämpningen av dödsstraffet åberopat sig på utländska förebilder, när detta straff enligt domarnas uppfattning inte skulle tillämpas.²³ Komparativ kons-

²¹ Ulrich Beck, So macht Gleichheit Ungleiche aus uns allen, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Feuilleton, Nr 235 (8.10.2004), s. 36.

²² *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 921 n. 11 (1997).

²³ ”Germany after Nazism, Italy after fascism, and Portugal, Peru, Nicaragua, Brazil, Argentina, the Philippines and Spain all abolished capital punishment for peacetime offenses ... It is not unreasonable to think that similar considerations influenced the framers of our Constitution as well.” – Ruti Teitel, *Comparative Constitutional Law in a Global Age*, [Book review], 117 *Harvard Law Review* (June 2004), s. 2588, fotnot 82.

titutionalism är ett idag växande forskningsområde, inom vilket såväl historiska och politiska kontexter som särskilt demokratiska transformationsprocesser erbjuder viktiga parametrar för rättskulturforskningen.²⁴

Ett annat raster för att identifiera de rättskulturella kartorna i Östersjöområdet kan förhållandet mellan rätt och religion erbjuda. I USA har professor Harold J. Berman hänvisat till de religiösa trossystemen som ett relevant kartraster för rättskulturen. Vid Östersjönationernas östgräns finner vi från norr Gammelstads senmedeltida stenkatedral längst in i Bottenviken vid Luleå via Åbo, Tartu, Vilnius, Krakow, Prag till Istanbul i söder en gammal historisk gräns mellan de romersk-katolska katedralerna och de grekisk-ortodoxa kyrkorna. I de senmoderna rättskulturen synliggörs religionerna på nytt, de spelar åter en viktig roll i nationernas offentliga liv. Sekulariserings- och avkristningsfenomen i en s.k. samhällsreligion, *civil religion*, konkurrerar med andra världsreligioner, ex.vis islam, inom vilken de familjerättsliga sharia-lagarna och sharia-domstolarna också gör anspråk på att åberopa sig på i vart fall informella jurisdiktioner. Religionernas plats i det offentliga rummet har påvisat behovet av en analys av förhållandet mellan politik, rätt och religion i det traditionellt protestantiska norra Europa.

Även om man kan finna likheter i rättskulturen runt Östersjön, har dessa överensstämmelser på senare tid blivit mångsidigare: historia som inspirationskälla i den nationella identifikationsprocessen, och användandet av en historisk argumentation såväl inom det reformistiska lagstiftningsarbetet som i rättstillämpningen betyder, att juristernas kunskapsstrukturer alltmer kommit att fokuserats på en nationell rättslig identitet. Det är en av paradoxerna i den integrationspolitik som den Europeiska Unionen och dess institutioner för närvarande bedriver. Pierre Legrands påstående att "*European Legal Systems are not Converging*"²⁵ kan bekräftas vid en jämförelse mellan policydiskussionerna på makronivå i den Europeiska Unionen och identifikationsprocessen på mikronivå i de enskilda medlemsstaterna.

Om man således tidigare i välfärdsstatens tidsålder främst jämförde funktionella rättsliga likheter, så har den komparativa rättsforskningen i den senmoderna marknadsorienterade staten alltmer blivit intresserad av kontextuella skillnader. Professor Reinhard Zimmermann talar ex.vis om blandade rätts-

²⁴ Vicki Jackson & Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law, Cases and Material*, 1999.

²⁵ Pierre Legrand, *European Legal Systems are not Converging*, 45 *International & Comparative Law Quarterly* 1996, s. 52 ff.

system och rättskulturer, *mixed legal systems / mixed legal cultures*.²⁶ En historisk analys av de rättsliga normernas och normstrukturenas ideologier, författningar, aktörer och juridiska yrkesroller kan lämna viktiga bidrag till identifieringen av rättskulturerna i varje land. I det 21:a århundradets alltmer uttalat mångkulturella och mångreligiösa sk. ”konglomeratstat”²⁷ finner vi intressanta likheter med 1600-talets uttalade konglomeratstat, i vilken varje stånd och socialgrupp hade sina egna rättsliga och judiciella privilegier att bevaka (*suum cuique*).

Det betyder avslutningsvis att de nya senmoderna rättskulturella kartorna i Östersjöområdet å ena sidan förmedlar en historiskt medveten och välgrundad kontinuitet och å andra sidan i förhållande till modernismens rättsjämförande konstruktioner demonstrerar en dekonstruktiv diskontinuität. Avsikten är att det stora nordiska rättshistoriska projektet om Nordens rättskulturella kartor i förändring, som inledes den 1 januari 2005 ska kunna bidra till att skapa nya kartblad till denna del av den Europeiska rättens atlas.

²⁶ Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law – The Civilian Tradition Today*. Oxford 2001.

²⁷ Harald Gustafsson, Stormaktstidens lapptäcke. Det svenska väldet på 1600- och 1700-talen var ett konglomerat, knappast en nationalstat. *Forskning och Framsteg*, Nr 2 (2003), s. 32 ff.