

Familjer inom jämförande juridik – släktforskning, ätter och stamtavlor eller någonting annat?

1 Introduktion

Jurister tycker om att tänka att juridiken är inte bara en praktisk sak utan också en akademisk gren, och att olika typer av juridik, t.ex. rättsdogmatik (normativ rättsvetenskap), rättshistoria, rättssociologi, rättsteori och jämförande rätt, på något sätt också är vetenskap. I första hand, talar vi om *jurisprudens* som är ett vetenskapligt sätt att studera juridiken.¹ Å andra sidan brukar man också tänka att juridiken och andra vetenskapsgrenar är *annorlunda*; de har inte särskilt mycket gemensamt med biologi, medicin och rättsdogmatik. Det betyder att när man försöker förklara på vilket speciellt sätt juridiken är vetenskaplig man måste göra vissa teoretiska reservationer. Det här gäller troligen alla rättsvetenskapliga grenar och jämförande rättsvetenskap är inte något undantag.

Om man läser teoretisk och metodologisk litteratur om jämförande juridik inser man ganska snart att om man talar om världens rättssystem, eller i bredare mening om rättsfamiljer, och för olika sätt att klassificera rättsordningar brukar man göra reservationer: det här är *inte samma sak* som i biologin när man klassificerar olika arter och klassifikationen som

¹ I själva fallet översättning från latins *iuris prudentia* (som begrepp används t.ex. av Ulpianus: "*iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia ...*" *Digesta* 1.1.10) är inte rättsvetenskap men "praktisk klokhet om rätt" som är också känt från grekisk filosofins *φρόνησις*, men man är van vid att följa tysk modell som bytte ut *prudentia* med *scientia* i början av 1800-talet: *Rechtsgelehrsamkeit* blev *Rechtswissenschaft*. Se också J. Schröder, *Theoretische und praktische Jurisprudenz. Die Verwissenschaftlichung der Rechtsgelehrsamkeit um 1800. Berichte zur Wissenschaftsgeschichte* (1993) s. 229–240.

framkommer är inte vetenskaplig *i egentlig bemärkelse*. Men, även om den klassifikationen inte är vetenskaplig taxonomi kan den vara nyttig på många olika sätt – det påstår man i all fall.

Inom den jämförande juridikens teori har det varit – och är även idag – mycket populärt att försöka klassificera olika rättssystem och konstruera större grupper av vissa rättstyper t.ex. *common law*, kontinental europeisk (tysk-romersk) rätt, islamisk rätt osv.² Som rättsvetare är vi mer än vana vid att använda sådana kategoriska begrepp; det faller sig så naturligt att säga ”okej det där är typiskt för *common law* men inte för nordisk rätt” eller ”i sådana rättsordningar som har sin yttersta historiska grund i den romerska rätten brukar man tänka att ...”. Att tänka kategoriskt och på makronivå har mycket djupa rötter i allmänt rättsvetenskapligt tänkande när man talar om andra rättsordningar. Men även om vi är så vana vid att använda de här kategoriska makrobegreppen vet vi förvånansvärt litet om vad de här makrobegreppen egentligen är. Vilka teoretiska och praktiska grunder har de?

I den här presentationen försöker jag på teoretisk nivå förklara vad de här makrobegreppen är och varför vi använder sådana också i 2010-talets rättsvetenskap. Nyckelargumentet här hävdar att även om ”rättsfamilj” (eller andra makrobegrepp som t.ex. rättskultur eller rättstradition) inte är ett helt objektivt sätt (med andra ord inte är vetenskapligt i strikt mening) att beskriva verkligheten för olika rättssystem kan det vara nyttigt och ha en annan viktig funktion för rättsvetenskapligt tänkande. Diskussionen som följer koncentrerar sig på begreppet rättsfamilj. Jag kommer även att använda några centrala idéer från social vetenskaplig diskursteori och allmän vetenskapsteori i det avslutande kapitlet.

2 Den globala rättens ätter och klassificeringar

Antikens grekiska filosof *Herakleitos* sade att ”allt flyter och ingenting står till” men det verkar inte vara så i makrokomparativ rättsvetenskap.³ Idén med makrokomparativ rättsvetenskap har nämligen alltid varit densamma: att kunna gruppera hela världens rättsordningar i större grupper

² J. Husa, Legal Families, in Elgar Encyclopedia of Comparative Law (ed.) Jan Smits. Edward Elgar. Cheltenham/Northampton. 2006 s. 382–393.

³ På klassisk grekiska: ”τὰ ὄντα ἰέναι τε πάντα καὶ μένειν οὐδέν” (källa: Platon, *Kratylos*, 401 avsnitt rad 5). Se mer om Herakleitos och hans filosofi i Roman Dilcher, *Studies in Heraclitus*. Hildesheim. Georg Olms. 1995.

för att kunna överkomma den empiriska pluralitet som råder i rättens värld. Från filosofins historia vet vi att filosofen *Leibniz* drömde om världens rättsskarta som han 1667 kallade *theatrum legale mundi*. Viljan att teoretiskt behärska global rättslig pluralism har alltid varit stark inom alla slags makrokomparativa klassificeringsförsök.⁴ Det är kanske lite överraskande att som makrobegrepp har rättsfamilj ingenting att göra med familjerätt (d.v.s. del av civilrätten). Men precis som i en familj kan man ha släktingar också i rättens värld. I rättens värld man kan ha mödrar, fäder, syskon, barn, kusiner och kanske även familjens svarta får.

Med en rättsfamilj menar man att det finns en viss grupp rättsordningar som *är historiskt relaterade* till varandra liksom man i en familj eller i en ätt är besläktade med varandra. Till exempel kan man föreställa sig att den nordiska rättsfamiljen är en kusin till den tysk-romerska rätten, kanske lite mer självständig och lantlig än rättsordningarna i kontinental-Europa men i alla fall en familjemedlem, medan *common law* förblir en mycket avlägsen släkting. Med andra ord: man använder en metafor från genealogin så att en rättslig släkt är en grupp rättsordningar som har en känd gemensam förfader som t.ex. *ius commune* eller den engelska *common law*. Den här författarens eget rättssystem (Finland) är en del av nordisk rätt som är en del av den kontinentala rättsfamiljen som i sin tur hör till den större västerländska rättstraditionen.

Man kan gå längre med metaforerna: den kubanska rättsordningen är den socialistiska rättens änka medan den kinesiska rätten är den socialistiska rättens mäktiga men otrogna hustru som har många oäktingar med *common law* och tysk-romersk rätt. Det här är någonting som klart skiljer begreppet rättsfamilj från andra liknande begrepp: rättskultur, rättskrets eller rättstradition innehåller inte den inbyggda idén om att rättssystem är släkt med varandra. Alltså, makrokomparativ rättsvetenskap avser doktrinen om rättsordningens släktförhållanden d.v.s. rättens stamtavla och den använder systematisering och taxonomi som sin främsta metod. Men det här är inte allt som rättsfamilj som makrokomparativt försök att behärska den globala rättens pluralism innebär.

Systematisering, gruppering och klassificering av världens rättssystem är kärnan i makrokomparativ juridik. Denna disciplin jämför hela rättssystem, inte bara specifika juridiska problem i en liten skala.⁵ Att använda sig av synsättet på rättsfamiljerna strävar endast efter att besvara en

⁴ Se C. Varga, *Legal Traditions*. Acta Juridica Hungarica (2005) s. 177–198.

⁵ Se E. Örüci, *Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach*, in

grundfråga: kan det stora antalet rättssystem i världen delas in i några få större helheter, d.v.s. familjer, sfärer eller något motsvarande? Jämförande juridik har i decennier försökt att på makronivå få en uppfattning om bredden av rättssystemen som finns i världen. Inom den jämförande juridiken har man alltid fascinerats av att tänka på och gestalta juridik som en representant för en större kategori. Kunskapsbehovet av att rita en juridisk världskarta har oförnekligen varit en drivande kraft. Även i dag finns det en drift att höja sig över de komplexa detaljerna på mikronivå och en önskan att gestalta juridiken som ett globalt fenomen. För vissa komparativt inriktade rättsvetare innebär globalt tänkande ett behov av att betona dessa gemensamma nämnare, d.v.s. det som är liknande (integrativ komparation) medan det för andra innebär ett behov av att inse och understryka skillnaderna mellan rättssystemen (kontrastiv komparation).⁶

3 Juridisk genetik?

Vad som förefaller klart är det faktum att ingen specifik klassificering eller gruppering kan betraktas som den rätta eftersom alla klassificeringar och grupperingar måste i metodologisk mening blicka bakåt och bygga upp sin taxonomi på hur situationen var när uppgifterna samlades in samt vilka specifika drag som beaktades. Därför är alla grupperingar av en relativ natur.⁷ Vad som är rätt är levande och förändras ständigt även om vissa kulturella och traditionellt djupt rotade drag förändras anmärkningsvärt långsamt. I enlighet med de ofrånkomliga begränsningarna i juridikens historia följer inte någon specifik systematisering något logiskt mönster. Dessa systematiseringar återspeglar i stora drag den historiskt rotade juridiken som gradvis antar nya former.⁸

Från 1800-talet till 2000-talet har otaliga avvikande klassificeringsförsök gjorts. Emellertid har man inom den rättsjämförande disciplinen

M. van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004 s. 359–75.

⁶ R. B. Schlesinger, *The Past and Future of Comparative Law*, *American Journal of Comparative Law* (1995) s. 477–81.

⁷ Se H. Heiss, *Hierarchische Rechtskreiseinteilung: Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?*, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* (2001) s. 396–424.

⁸ J. Husa, *Classification of Legal Families Today – Is It Time for a Memorial Hymn?*, *Revue internationale de droit comparé* (2004) s. 11–38.

medgett att det är så gott som omöjligt att konstruera ett klassificerings-system som ens skulle komma i närheten av den typ av taxonomier som utvecklats av zoologer, botaniker eller släktträd som tagits fram av släktforskare.⁹ Den största svårigheten med att klassificera rättsfamiljer ligger i att hitta ett lämpligt indelningskriterium. Tidigare har klassificeringsförsöken i stort sett gjorts på basen av ett eller flera kriterier men det moderna synsättet är att beakta flera olika kriterier som innehåller faktorer som anses relevanta.¹⁰ Trots att det finns en del skillnader, är de element som beaktats mycket likartade: historia, ideologi, juridisk stil, juridisk argumentation och tänkande, juridisk kodifieringsnivå, rättsligt resonemang, rättens strukturella system, rättsväsendets struktur, anda och mentalitet hos juridiska aktörer, juristutbildning, rättens relation till religion och politik, rättens ekonomiska grund, det rättsliga tänkandets filosofiska bakgrund, rättens källdoktrin, det empiriska ikraftträdandet hos formella juridiska regler, traditionens roll i juridiken, paradigmatiska samhällsuppfattningar om rätten osv.¹¹

På 2010-talet finns det många konkurrerande uppfattningar om "rättsfamiljer" inom den jämförande juridiken. I synnerhet begreppen "rättskultur" och "rättstradition" utmanar begreppet rättsfamilj.¹² Emel-

⁹ M. Bogdan, *Comparative Law*, Stockholm. Kluwer/Norstedts/Tano. 1994 s. 82–83.

¹⁰ Å. Malmström, *The System of Legal Systems. Notes on a Problem of Classification in Comparative Law*, Scandinavian Studies in Law (1969) s. 129–49.

¹¹ Se t.ex M. Sarfatti, *Introduzione allo Studio del Diritto Comparato*, Turin. Giapichelli. 1993; P. Arminjon, B. Nolde och M. Wolff, *Traité de droit comparé*, Paris. Librairie générale. 1951; E. Martínez-Paz, *Introducción al estudio del derecho civil comparado*, Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1960; M. Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Munich. Beck. 1987; G. Eörsi, *Comparative Civil (Private) Law: Law Types, Law Groups, the Roads of Legal Development*, Budapest. Akadémiai Kiadó. 1979; R. David med C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris. Dalloz. 1982; J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2nd edn, Stanford, CA. Stanford University. 1985; M. A. Glendon, Michael Wallace Gordon och Christopher Osakwe, *Comparative Legal Traditions: Texts, Materials, and Cases on the Civil Law, Common Law, and Socialist Traditions, with Special Reference to French, West German, and Soviet Law*, St. Paul, MN. West Publishing Co.; Press. 1985; P. De Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, London. Cavendish. 1995; A. Gambaro och R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Turin. UTET. 1996. Se även J. Husa, *Johdatus oikeusvertailuun*, Helsinki. Lakimiesliiton kustannus. 1998.

¹² H. P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford. Oxford University Press. 2000. Boken har redan tre senare editioner 2004, 2007 och 2010.

lertid finns det många som hävdar att man borde tala om kulturfamiljer (juridiska sådana) istället för endast om rättsfamiljer eftersom begreppet rättsfamilj uppfattar rätten som isolerad från den omgivande kulturen.¹³ Därutöver har begreppen ”rättsfär” och ”rättskomponenter” föreslagits.¹⁴

Utan att gå djupare med begreppen, har idén om familj vissa fördelar såsom tidigare konstaterats. Vi kan sålunda utvidga denna metafor och tala om familjemedlemmar. Vi kan tala om nära eller avlägsna släktingar och således kan vi tala om *juridisk genetik*, d.v.s. historiska förhållanden mellan olika rättssystem.¹⁵ Ändå är det en mycket komplex fråga huruvida det finns s.k. föräldrasystem och om dessa skall ges prioritet över andra system. Klassificeringen av rättssystem enligt familjeprincipen har rätteligen anklagats för att vara alltför västerländsk och därmed även partisk i grunden. Den metodologiska kapaciteten inom komparativ juridik att verkligen förstå kulturellt avlägsna eller kulturellt sett annorlunda system har följaktligen ifrågasatts.¹⁶

Man bör i varje fall påminna sig om att begreppet ”rättsfamilj” inte är en vetenskapligt exakt beskrivning av en samling rättssystem utan en analytisk struktur som ger en grov överblick över rättssystemen, vilket kan användas för mer detaljerade komparativa studier. Som sådant innehåller begreppet ”rättsfamilj” såväl empiriska som analytiska drag. Först och främst är det en bred kunskapsmatris inom makrokomparativ juridik.¹⁷ I allmänhet godtar även de som annars betraktar begreppet ”rättsfamilj” med misstänksamhet dess pedagogiska värde: klassificeringen av rättssystemen i form av släktrelationer underlättar studier av utländsk rätt samt erbjuder en allmän översikt över ett system för en student som inte kan fördjupa sig i substansinnehållet i ett utländskt rättssystem.

¹³ M. Van Hoecke och M. Warrington, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*. *International and Comparative Law Quarterly* (1998) s. 495–536.

¹⁴ L.-J. Constantinesco, *Die Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* (1981) s. 161–78 och R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, *American Journal of Comparative Law* (1991) s. 1–34 och (II)s. 343–401.

¹⁵ A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd edn, Athens, GA. University of Georgia Press. 1993.

¹⁶ H. Henrj, *Kulturfremdes Recht Erkennen: Ein Beitrag zur Methodenlehre der Rechtsvergleichung*, Helsinki. Forum Iuris. 2004.

¹⁷ J. Husa, *Legal Families in Comparative Law – Are They of Any Real Use?*, *Retfærd* (2001) s. 15–24.

4 Rättsliga stamtavlor, släktforskning och andra försök

Vid den första internationella kongressen i komparativ juridik i Paris år 1900 presenterade *Esmein* (1905) en klassificering baserad på ett flertal kriterier.¹⁸ Indelningen baserades på historia, geografi och religion. *Esmein* beaktade också ras som ett indelningskriterium. Han framlade fem olika rättsfamiljer vilka var romersk, tysk, anglosaxisk, slavisk och islamisk rätt. Afrikansk och asiatisk rätt uteslöts. Den här systematiseringen framstår för oss inte som helt föråldrad i dag, mer än 100 år senare. Och det är lätt att se att dagens klassificeringssystem av rättsfamiljer redan fanns då. Tidens gång har inte utmanat grundelementen: romersk-tysk rätt, *common law* och "övriga" system. Utvecklingen av den Europeiska unionen har emellertid förorsakat en del ändringar i klassificeringsförsöken.¹⁹

De tidigare klassificeringarna konstruerades i ett väldigt annorlunda intellektuellt klimat jämfört med det som råder i dag. Många klassificeringskriterier som användes då granskas idag med väldigt kritiska ögon. Det här gäller inte bara *Esmein*. Vi kan också nämna *Sauser-Halls* (1913) ökända klassificering som baserades på att mänskligheten delades in i olika raser.²⁰ Den här gränsdragningen resulterade i arisk eller indoeuropeisk rätt, semitisk, mongolisk (gällde främst Kina och Japan) och de barbariska folkens rätt (d.v.s. främst afrikaner och melanesier). I dag kan den här typen av klassificering, som så uppenbart är baserad på ett rasistiskt tänkande, inte betraktas som någon giltig form av makrokomparativ juridik. Ras som ett klassificeringskriterium kommer oåterkalleligen helt enkelt inte på fråga inom modern komparativ juridik som en akademisk övning.

Då vi närmar oss den moderna komparativa juridiken hittar vi ett inflytelserikt grupperingsförsök gjort av *Arminjon*, *Nolde* och *Wolff* (1951).²¹ Det grundade sig starkt på privaträtt och beaktade historia, juridiska källor, juridisk teknik, juridiska termer och begrepp samt kultur. Ändå omfattade deras försök i hög grad även språk vilket gav upphov till sju rättsfamiljer. Dessa var fransk, tysk, skandinavisk, engelsk, rysk, islamisk och hinduisk

¹⁸ P. Esmein, *Le droit comparé et enseignement du droit*, in *Congrès international de droit comparé – Actes*, vol. I, 451, Paris: s.n. (1905).

¹⁹ Se t.ex. J. Smits, *Some Consequences for Legal Thinking in Civil Law Countries*, in *Methodology and Epistemology of Comparative Law* (ed.) Mark Van Hoecke, Oxford. Hart. 2004 s. 229–245.

²⁰ G. Sauser-Hall, *Fonction et méthode du droit comparé*, Geneva. Kündig. 1913.

²¹ *Arminjon et al.* (1951).

rätt. *Arminjons*, *Noldes* och *Wolffs* klassificeringsförsök ser på många sätt rätt modernt ut. De flesta av dem beaktade individuella elementen som beaktas även idag även om de förändringar som ägt rum i världen i allmänhet har placerat deras gruppering i den komparativa juridikens historia. Trots detta är deras gruppering av rättsystemen den intellektuella grunden för *Zweigerts och Kötz*' (1998) välkända taxonomi (se nedan).²²

Som en sista representant för tidigare klassificeringar nämns här *Schnitzers* (1961) strävan att konstruera ett system som skulle återspegla både juridikens historia och de tidigare gjorda klassificeringsförsöken.²³ *Schnitzer* delade in rättsystemen i världen i fem familjer vilka var de primitiva folkens (i vid bemärkelse) rätt, kulturfolkens i Medelhavsområdets rätt, den euro-amerikanska rättsfären, religiös rätt som omfattar judisk, kristen och islamisk rätt, samt de afrikanska och asiatiska folkens rätt. I den här klassificeringen delades den euro-amerikanska rättsfären ytterligare in i fyra grupper: romersk, tysk, slavisk och angloamerikansk rätt. Inom dessa undergrupper identifieras t.ex. fransk, italiensk, tysk, nordisk, baltisk, sovjetisk, polsk, ungersk, amerikansk och engelsk rätt. *Schnitzers* tendens att betona kulturen har i dag många efterföljare inom den komparativa juridiken även om formen är en annan. Den moderna tendensen att understryka vikten av juridisk mentalitet och juridiken som en form av kultur kan t.ex. ses som ett slags arvinge till det här synsättet.²⁴

5 Paradigm – stamtavlan står still

Det finns två starka och uppenbarligen hållbara moderna grupperingar som överlevt såväl förändringar som kritik. Dessa grupperingars akademiska styrka har vuxit till följd av de otaliga upplagor och översättningar av de ursprungliga verken till andra språk under årens lopp. Dessa två är de klassificeringar som gjorts å ena sidan av *David* och å andra sidan av *Zweigert och Kötz*. Trots att de av dem framtagna systemen utgör den grund på vilken den komparativa juridiken har byggts under de senaste 40 åren är deras position allt annat än säkerställd. *Zweigerts och Kötz*' system anses t.ex. inte korrekt eller tillfredsställande för nuvarande behov

²² K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edn, Oxford. Clarendon Press. 1998.

²³ A. F. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, I, 2nd edn, Basel. Basel Recht und Gesellschaft. 1961.

²⁴ P. Legrand, *Fragments on Law-as-Culture*, Deventer. Tjeenk-Willink. 1999.

men ändå finns systemet och upphovsmännens specifika tänkesätt kvar. I den här meningen hade de här systemen – och har fortfarande i någon utsträckning – en implicit paradigmatisisk karaktär fastän de bestrids av den jämförande juridikens kritiska teori.²⁵

David (1982) är mycket känd för sin inflytelserika indelning av rätts-systemen i s.k. "Grands Systèmes", som bygger på den historiska grunden av privaträtt främst inom väststaterna.²⁶ Han är en komparativ forskare som placerade begreppet '*famille de droit*' i förgrunden för makrokomparativ rätt. Han urskiljde fyra stora rättsfamiljer: romersk-tysk, *common law*, socialistisk rätt samt filosofiska eller religiösa system. I den sistnämnda gruppen inkluderade han muslimsk rätt, hinduisk rätt, rätten i Fjärran Östern samt afrikansk rätt dit även Madagaskar räknades. Dock var Davids sista grupp inte en rättsfamilj i egentlig mening eftersom systemen som gruppen omfattade var sinsemellan oberoende vilket kontrasterade mot systemen i de övriga genuina rättsfamiljerna. De huvudsakliga klassificeringskriterierna var ideologi och rättsteknik även om större vikt lades vid det första kriteriet. Även Eörsis socialistiska rättsapproach (1979) betonade starkt betydelsen av ideologiska faktorer, d.v.s. ett samhälles ekonomiska grundstruktur medan den klassificeringen delade in rättssystemen i olika typer enligt deras aktuella utvecklingsstadium.²⁷

David tilldelade den nu nästan försvunna socialistiska rätten stor betydelse. Anledningen till detta var att han i sitt tänkande ansåg att komparativ rätt var ett redskap med hjälp av vilket det kalla krigets fiender kunde finna en gemensam grund att stå på. David ville hitta gemensamma drag inom juridiken i socialiststaterna och väststaterna. Det här systemet har varit det populäraste och dess metodologiska effekt är fortfarande uppenbar trots att den socialistiska rätten har kollapsat. Taxonomin och klassificeringen inom Grands Systèmes-indelningen accepterades länge som rimlig av många trots att dess svagheter var kända.²⁸

Davids indelning av rättsfamiljerna inom den makrokomparativa rätten har i praktiken ersatts av *Zweigerts* och *Kötz*' (1998) inflytelserika

²⁵ D. Kennedy, *The Methods and Politics of Comparative Law*, in P. Legrand och R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge. Cambridge University Press. 2003 s. 345–433.

²⁶ Se David (1982). [Ursprungligen 1969]

²⁷ Se Eörsi (1979).

²⁸ J. L. Esquirol, René David: *At the Head of the Legal Family*, in Annlise Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford/Portland, Oregon. Hart Publishing. 2001 s. 212–253.

och utbredda klassificering av rättsfamiljerna, vilken nu anses vara den mest renläriga. Deras gruppering skiljer sig egentligen inte så mycket från Arminjons, Noldes och Wolffs. Zweigert och Kötz skiljer nu ut efter den socialistiska rättens hopfallande, romanistiska, germanska, nordiska rättsfamiljer tillsammans med *common law*. Utöver dessa grupper tillägger de även den Kinesiska Folkrepublikens rätt, japansk rätt, islamisk rätt samt hinduisk rätt. De utgår från en mängd kriterier istället för ett enda kriterium. Deras viktigaste kriterium är ett rättssystems stil: då man jämför rättssystemen måste man förstå ett rättssystems stil och använda de karakteristiska dragen som basis för att klassificera dem i grupper. Precis som sina närmaste föregångare utgår Zweigerts och Kötz' klassificering från privaträtten.

Flera enskilda faktorer måste beaktas då man klassificerar ett rättssystem. Dessa är den historiska utvecklingen, det distinkta juridiska tänkandet, karakteristiska rättsinstitutioner samt juridisk ideologi och dess källor. I det här avseendet är Zweigerts och Kötz' klassificeringssystem en kombination av många tidigare kännetecken i tidigare klassificeringsförsök. Deras viktigaste nyhet var, redan i de tidiga tyska upplagorna, att de skiljer på romersk (d.v.s. fransk) och tysk rätt. Zweigert och Kötz erkände dessutom att det är problematiskt att placera in rättsliga hybridsystem i en enda familj eller grupp. I likhet med David betonade de också att deras indelning tjänade syftet att åskådliggöra de stora rättssystemen i världen.²⁹

6 Nytt paradigm – ätter utan familjerelationer?

Trots omfattande kritik finns ett även nyare försök att klassificera och omgruppera de olika rättssystemen i världen. Ett intressant försök har gjorts av Mattei (1997).³⁰ Han ansåg att de gamla kategoriseringarna var föråldrade och efterlyste en nyare modell. Mattei utgår ifrån juridisk teori och Max Webers rättssociologi. Mattei särskiljer tre normtyper som påverkar mänsklighetens beteende. Den viktigaste punkten är att undersöka

²⁹ Det här betyder att Zweigert och Kötz är epistemologiskt och metodologiskt mycket nära David's Grands Systèmes metod. Och, här verkar funka också för klassificeringar av Glendon et al. och (1985) och Gambaro & Sacco (1996).

³⁰ U. Mattei, Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, American Journal of Comparative Law (1997) s. 5–44.

varifrån juridiska normer kommer. Han indelar de juridiska källorna i tre huvudgrupper: juridisk, filosofisk eller religiös tradition. Mattei anser att det i varje rättssystem finns många olika drag men att ett av dem kan anses vara dominerande, d.v.s. ett hegemoniskt mönster i ett individuellt system.

Den föreslagna klassificeringen eller taxonomin består av grenarna professionell rätt, politisk rätt och traditionell rätt. I gruppen professionell rätt finns *common law* samt romersk-tysk rätt vilka skiljs åt inom politiskt och juridiskt beslutsfattande. Dessutom är rätten i hög grad sekulariserad. Inom den politiska rättens gren bestäms rättsutövning och juridiska processer i stor utsträckning av politiska relationer. Här finner man det före detta Sovjetunionens rättssystem och en del asiatiska system. Traditionell rätt omfattar enligt Mattei de system inom vilka man inte skiljer på rätt och religion eller alternativt filosofiska-religiösa traditioner. Dessa rättssystem är t.ex. islamisk rätt och hinduisk rätt och inkluderar även asiatiska och konfucianska rättsuppfattningar. Den föreslagna taxonomin har utvecklats i syftet att skapa ett nytt system som åtminstone i någon mån skulle ha en förklarande eller förutsäggande funktion i jämförande rättsstudier. Men Matteis problem är att han helt utesluter de genealogiska släktbanden inom juridiken. Inom rättshistoria förefaller en sådan klassificering kall och livlös, t.o.m. som en klinisk klassificering eller nästan som en rättsvetenskaplig obduktion.

7 Avslutande reflexion – inte bara stamtavlor?

Inom samhällsvetenskaperna har man i årtionden diskuterat förhållandet mellan verklighet och språk. Kortfattat kan man sammanfatta denna debatt med att realisterna hävdar att verkligheten ligger utanför språket och att språket enbart är ett redskap för denna utanförliggande verklighet. Å andra sidan menar konstruktivisterna att vissa språkliga element (i synnerhet sådana som berör människan, samhället och kulturen) inte bara beskriver verkligheten utan även konstruerar vår bild av verkligheten och sålunda också bidrar till att konstruera verkligheten i sig. Man kanske inte håller med något av dessa ytterlighetsperspektiv, men sett utifrån den komparativa juridikens makrokonstruktioner förefaller konstruktivisternas argument förnuftigt. Vi talar inte endast om rättssystem och endast på ett sätt som objektivt beskriver verkligheten. Istället påverkas denna realitet av *hur* vi talar om den. Om vi följer den här argumentationslinjen är den makrokomparativa konstruktionerna egentligen *diskurser* snarare än vetenskapligt exakta grupperingar.

Enligt kulturteoretikern och sociologen *Stuart Hall* är en diskurs ”en grupp påståenden som ger ett språk för att kunna diskutera – d.v.s. ett sätt att presentera – en särskild sorts kunskap om ett ämne”.³¹ Dessa diskurser skapas genom språk och språkutövning, d.v.s. de uppstår egentligen inte från någon realitet i empirisk mening. Deras förhållande till den sociala verkligheten är märklig: det finns sätt att tala om och även handla i riktning mot en idé. En av nyckelinsikterna gällande diskurser är att ”vem som helst som skapar en diskurs måste sätta sig i en position *som om* de själva vore föremålet för diskursen”.³² Det här är i hög grad hur komparativister talar om makrokonstruktioner; de talar inte om något som existerar utanför dem själva utan om något som de själva är inneslutna i.³³

Diskurs är en grupp påståenden som producerar ett språk som gör det möjligt att tala om en viss information som anknyter till ett visst objekt, d.v.s. diskursen ger ett språkligt verktyg med hjälp av vilket vi kan förmedla information. När man alltså talar om t.ex. nordisk rätt och detta sker inom den makrokomparativa juridikens diskurs, då kan man förstå nordisk rätt på ett visst sätt då man talar om den och en viss ordning framträder i ämnet. Medan diskussionen pågår begränsas också andra möjliga sätt att diskutera nordisk rätt. Andra framställningssätt blir svåra, om inte rentav omöjliga eftersom man är tvungen att använda den makrokomparativa juridikens språkbruk om man vill hålla sig inom dess professionella diskurs. Det här språket i sin tur består av påståenden (prejudikat vs. lagstiftning, delat rättssystem vs. enhetligt rättssystem, positiv rätt vs. rättspraxis o.s.v.) vilka skapas genom att ett komparativistiskt språkbruk används. Ett möjligt sätt att ta itu med de problem som berör rättsfamiljer är att inse att de är berättelser som vi skapar för oss själva: skapelser *som inte bara beskriver verkligheten utan även påverkar hur vi förstår denna verklighet*.³⁴

Då man t.ex. forskar i nordisk rätt och redan har en uppfattning om vad nordisk rätt egentligen är, dras slutsatserna inte ur intet – det finns redan en viss struktur och ett visst teoretiskt språk som ofrånkomligen

³¹ S. Hall, *The West and the Rest: Discourse and power*, in (eds.) Hall, Held, Hubert and Thompson, *Modernity: An introduction to Modern Societies*. Blackwell, MA. Malden. 1996 s. 185–225, s. 201.

³² Hall (1996) s. 202 (översättning och kursivering av/i original).

³³ Se även H. Andersson, *Rättens narratologiska dimensioner – interaktion och konstruktion*, in (red.) Minna Gräns och Staffan Westerlund, *Interaktiv rättsvetenskap*. Universitet i Uppsala. Uppsala. 2006 s. 11–46.

³⁴ Jfr R. Cotterell, *Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically*. *Journal of Law and Society* (1998) s. 171–192.

håller oss i sitt grepp. Situationen är rätt så långt densamma som en gång beskrevs av vetenskapsfilosofen *Otto Neurath* på följande vis:

’Det finns inget sätt att använda helt säkert etablerade rena regelmässiga meningar som en vetenskaplig utgångspunkt. Ingen *tabula rasa* existerar. I likhet med sjömän måste vi alla bygga upp vårt skepp igen på öppet hav och kan aldrig ta isär det och bygga upp det på torra land med de finaste materialen ... Vaga språkliga sammansättningar förblir alltid på ett eller annat sätt beståndsdelarna i skeppet.’³⁵

Om det verkligen är så här verkar vi fortsätta att berätta dessa berättelser om rättsliga släkträd för oss själva eftersom vi måste stanna kvar ombord på våra skepp för att inte drunkna i de utländska rättsystemens hav. Amerikansk *common law*, kontinental rätt liksom nordisk rätt (betraktad som kusin till tysk-romersk rätt) utgör element i en organiserad makrokomparativ diskurs. Ändå är dessa begrepp inte bara berättelser om vi betraktar dem som diskurser. Den här dimensionen av begreppet rättsfamiljer har betydelse: vi tenderar att söka efter släktband även om det inte finns några, och vi uppfattar vår egen rättstradition som en del av en större stamtavla antingen imaginär eller verklig. Med andra ord: ”Dold samstämmighet är bättre än öppen” som *Herakleitos* uttryckte det.³⁶

³⁵ O. Neurath, Protocol sentences, in *Logical Positivism* (ed.) A.J. Ayer. Free Press. Glencoe. 1959 s. 199–208, s. 201. (Svensk översättning av original.)

³⁶ På klassisk grekiska: ”Ἀρμονίη ἀφανὴς φανερῆς κρείσσων” (Källa: Plutarkhos, *De animae procreatione* in *Timaeo* 27, s. 1026.)

