

DITLEV TAMM

# Global retskultur

– en indføring i komparativ ret på historisk grundlag

Samfundslitteratur

Ditlev Tamm

*Global retskultur – en indføring i komparativ ret på historisk grundlag*

1. udgave 2009

Vinder af Lærebogsprisen 2007

© Samfundslitteratur 2009

Grafisk tilrettelæggelse: SL Grafik

Tryk: Narayana Press

Omslag: Imperiet

ISBN: 978-87-593-1364-0

Samfundslitteratur

Rosenørns Allé 9

1970 Frederiksberg C

Tlf: 3815 3880

Fax: 3535 7822

slforlagene@samfundslitteratur.dk

www.samfundslitteratur.dk

På [www.samfundslitteratur.dk](http://www.samfundslitteratur.dk) kan man tilmelde sig forlagets e-nyhedsbrev og let få information om nye udgivelser

Alle rettigheder forbeholdes.

Kopiering fra denne bog må kun finde sted på institutioner, der har indgået aftale med COPY-DAN, og kun inden for de i aftalen nævnte rammer. Undtaget herfra er korte uddrag til anmeldelse.

# Forord

Vi lever i en globaliseret verden. Det gælder også juraen og juristerne. Hvad der sker i USA's højesteret, når den kinesiske folkekongres vedtager nye love, når hinduer og muslimer kæmper om rettigheder i Indien, eller når den sydafrikanske forfatningsdomstol træffer en afgørelse, er en del af en ret, som er til stede i verden på lige fod med den ret, der skabes af EF-domstolen eller vore egne danske domstole, og selv om afstanden er større, er også den ret i dag af betydning for os. Grundtanken bag denne bog er, at jura ikke blot er alt for interessant til at isoleres nationalt, men at en global synsvinkel simpelthen er nødvendig for en moderne jurist. Først når vi kigger ud over verden, opdager vi, hvor rigt facetteret og spændende det egentlig er at beskæftige sig med ret, fordi retten er meget mere end teknik og videnskab. Retten er også et kulturfænomen og en vej til at lære andre kulturer at kende og dermed også til at forstå os selv i en global sammenhæng. Men hertil kommer, at den generation af jurister, der vokser op i dag, for en meget stor dels vedkommende vil komme til at beskæftige sig med retten i en meget bredere sammenhæng end den nationale. En uddannelse, der alene lægger vægt på den nationale ret, er alt for snæver, og den jurist, som kun kender sit eget, ved ganske enkelt ikke nok.

Bogen udspringer af inspiration hentet gennem nogle års undervisning på Københavns Universitet som led i den juridiske overbygningsuddannelse i faget *Major legal traditions of the World*. Det var en faglig udfordring, som førte til en erkendelse af, at viden om verden og retten i verden hører hjemme som en del af den juridiske uddannelse også på et tidligere stadium. Denne bog er derfor især skrevet for jurister på grund- eller bacheloruddannelsen, hvor den vil blive anvendt i faget retshistorie, der er et fag, som indeholder meget mere end bare historie. Bogen er skrevet med henblik på at være lærebog på den juridiske uddannelse, men kan forhåbentlig også læses af andre. I hvert fald er det forsøgt at forklare så meget som muligt i et sprog, der også er forståeligt for ikke-jurister.

En række personer har ydet bistand undervejs. Nogle af dem har

skrevet bøger, som har inspireret til denne fremstilling, andre har læst manuskriptet og kommenteret. Det gælder især mine medlærere i retshistorie Helle Vogt, Inge Rasmussen og Anders Frandsen samt stud.jur. Amalie Gjødesen Thystrup og stud.jur. Sophia Tarrow.

De bringes hermed en varm tak.

Søllerød i juli 2008

*Ditlev Tamm*

# Indledning

Denne bogs emne er bredt og vidtfaavnende. Det er globalt. Det handler om hele verden set fra en bestemt synsvinkel. World history og world law er ikke nye juridiske discipliner, men det er nyt at tænke både historie og ret i disse baner og at anlægge en grundlæggende retskulturel synsvinkel på retten frem for inddelinger af retssystemerne i grupper bestemt af tilhørsforhold til såkaldte "retsfamilier". Stikordet er på engelsk world law, som er svært at oversætte direkte til dansk. World law handler ikke om alverdens ret, men er retten som et globalt fænomen eller måske snarere om forståelsen af retten som forskellig i forskellige lande og kulturer, men alligevel som et fænomen, der kan rummes i en bog, der som denne anlægger et overordnet synspunkt på retten. Der er i de senere år især i den engelsksprogede litteratur tale om både retten som system, som kultur og som traditioner. I denne bog lægges vægt på retten som kulturfænomen, men tillige på retten som udtryk for og som afhængig af traditioner. Bogen tager også udgangspunkt i den omstændighed, at nogle bestemte retssystemer er toneangivende over hele verden. Først og fremmest USA, til dels den engelske common law, men også de vigtigste lande i den kontinentaleuropæisk baserede civil law, bl.a. tysk ret og fransk ret indgår i dag i en art retligt supermarked, hvor retlige løsninger kan erhverves. Kina er formentlig for tiden den største kunde i den butik.

I årevis har retsstudiet i Europa været nationalt. Det er den nationale ret, der undervises i, og metoder, synspunkter og traditioner er nationale. Den tyske jurist, Rudolph von Jhering, der i det 19. århundrede trak store skarer af jurister fra andre lande til Heidelberg og Göttingen som tilhørere, udtrykte situationen på den måde, at det var en ydmygende og uværdig situation for en videnskab i den grad at være stængt inde bag og bestemt af nationale grænser.<sup>1</sup> I datidens Tyskland studerede man endnu retsvidenskab på grundlag af de antikke romer-

---

1 Rudolph von Jhering (1818-1892), i indledningen til hovedværket *Geist des römischen Rechts* (1. udg. 1852-65).

ske retskilder, som i århundreder har dannet grundlaget for en europæisk retsvidenskab. Det betød ikke, at retsvidenskaben var en enhedsvidenskab i den forstand, at retsstudierne og de juridiske autoritative forfattere var helt identiske over hele Europa, men der var tale om en videnskab, som ikke var national. Det gjaldt især før reformationen i 1500-årene, der bragte Nord- og Sydeuropa længere fra hinanden. Siden tiden omkring 1800 har det over det meste af Europa været anderledes. De studerende hører sporadisk om ældre jurister af et vist format, mens udenlandske jurister som regel er helt ukendte. Nogle internationale juristnavne kendes af nogle få, men det er karakteristisk ikke mindst for dansk selvopfattelse, at kendskab til retstænkning i andre lande som regel ikke anses for en nødvendig del af en juridisk dannelse. Synspunktet synes at være, at det kan være interessant nok, hvad der foregår i USA, eller hvor ellers der tænkes nyt, men det anses sjældent for at have større interesse for dansk måde at gribe konkrete retstilfælde an på, hvad der skrives herom på fremmede sprog. Retten er national, og det samme er dommere og andre jurister. Selv længere studieophold i udlandet ændrer ikke meget ved denne holdning. Ofte vil de studerende, som læser i udlandet, kun i begrænset omfang få et mere dybtgående kendskab til fremmede retssystemer, idet de foretrækker internationale kurser. Svaret på den meget nationale tilgang til juraen har været oprettelsen af faget komparativ ret, der imidlertid de fleste steder fører en skyggetilværelse. Faget trives ved amerikanske universiteter, men anses i Europa som mindre vigtigt og har f.eks. ikke fundet vej til den danske juridiske studieordning.

Denne bog er tænkt som et opgør med en sådan nationalt begrænset tilgang til jura. Ideen bag en bog om det emne, der traditionelt kaldes komparativ ret, er i dag en helt anden, end den ville have været tidligere. Traditionel komparativ ret giver et overblik over en række retssystemer eller retsfamilier, som det ofte kaldes, og giver eksempler på, hvordan forskellige retlige spørgsmål kan løses på forskellig måde efter forskellige principper i de enkelte lande. Denne bog griber det anderledes an. Her ses ikke på løsningen af enkelte juridiske problemer, men overordnet på sammenhænge mellem de enkelte landes historie, sprog og kultur i bred forstand. Udgangspunktet er, at de faktorer, som er bestemmende for, hvordan retten har udviklet sig og anvendes rundt om i verden, i dag kan beskrives med et tyngdepunkt i en række repræsen-

tative og passende store kulturer. Udgangspunktet er ikke europæisk, men globalt, og bl.a. Indien, Kina og grænseområdet Rusland er eksempler på store områder, som ofte er forsømt, men hvis retssystemer er interessante, og som her vil blive anskuet på lige fod med de traditionelle europæiske retskulturer, den romano-germanske, som er centreret omkring den franske lovbog eller Tyskland, og den engelsk-amerikanske ret. Ideen er således at give et overblik over retten i verden og relevante dele af verdenshistorien set i et helt overordnet perspektiv, hvor det er informationer om og adgang til viden om retten, der står i centrum.

Bogen vil besvare grundlæggende spørgsmål om forskellene mellem kontinentaleuropæisk retsopfattelse og den engelske common law, den vil drøfte mulighederne for og bestræbelserne på harmonisering, og den vil tillige følge retten ud over verden og beskrive det fænomen, at adskillige retssystemer udviklede sig til en common law, en fælles ret (i en anden forstand end den engelske common law), som var med til at skabe en sammenhæng mellem f. eks. spansk ret og retten i Latinamerika, eller som skabte blandede systemer med elementer af religiøs ret og europæisk ret i Mellemøsten og Indien eller i en helt anden form i Kina, hvor religiøse forestillinger har været uden betydning, og hvor den traditionelle opfattelse af forholdet mellem ret og moral var en ganske anden, end den vi kender. Koloniseringen er som bærer af europæisk ret på den måde et vigtigt fænomen, men vigtig er også netop den selvstændiggørelse af retten, der har fundet sted i tidligere kolonier med Indien som et væsentligt eksempel. Forholdet mellem ret og religion, som for nogle år siden var et perifert emne, men som i dag er yderst aktuelt, vil også være et vigtigt element i fremstillingen. Bogen vil beskrive en række udvalgte globalt spredte og vigtige retlige traditioner eller kulturer og på det grundlag søge at fremme forståelse af, at retten er et kulturfænomen og trods harmonisering og globalisering også et fænomen, som afgørende er præget af de enkelte landes egen historie.

Undervejs inddrages en række teksteksempler på formuleringen af love, domme m.v. for at sammenligne de enkelte retssystemers stil. Der er mange måder at gribe fænomenet an på. Skal synsvinklen bag denne bog angives, må den nærmest betragtes som pluralistisk. Det er mangfoldigheden og ikke enheden, der er bogens bærende tanke. En bog om den globale ret er en bog, som modvirker ensidig beskæftigelse med retten som nationalt fænomen og åbner øjnene for store forskelligheder

og ligheder. Bogens enkelte kapitler er derfor heller ikke bygget op på samme måde, men de enkelte kapitler tager spørgsmål op, der er særlig relateret til de enkelte retskulturer. Bogen er dog ikke bygget op på grundlag af inddelingen i retsfamilier og heller ikke på grundlag af en inddeling i retlige traditioner.

Fremstillingen forsøger at tage udgangspunkt i verdenskortet, som det ser ud i begyndelsen af det 21. århundrede. Synsvinklen er historisk. Den historiske baggrund for retten i de enkelte lande danner baggrunden for en beskrivelse af særpræg og egenart. Vi begynder med det mest kendte, nemlig romerretten og den kontinentaleuropæiske tradition, og i den sammenhæng behandles også Østeuropa og Latinamerika og for sig Rusland. Derfra går turen til England og USA, hvorfra blikket kastes tilbage til koloniseringen og dens betydning for udbredelsen af engelsk ret og også fransk ret, som to dominerende systemer ud over verden. Mellemøsten, Indien, Kina, Japan og Afrika er eksempler på kulturer, hvor egne traditioner mødes med en kolonimagts ret, eller hvor der frivilligt er sket en reception af fremmed ret.

Som indledning til det følgende kan der være grund til at citere, hvad en af retssammenligningens pionerer, den dengang meget kendte tyske jurist, Ernst Rabel, skrev i 1924:

”Den, som studerer rettens problemer, må overskue al verdens ret, tidligere og i dag, og alt, hvad der påvirker retten, så som geografi, klima og race, den udvikling og de begivenheder, som har formet et lands historie – krig, revolution, kolonisering, underkastelse - religion og moral, individernes ambitioner og kreativitet, produktions og forbrugets behov, gruppe-, parti- og klasseinteresser (...) Alt i den sociale, økonomiske og retlige sfære interagerer”.<sup>2</sup>

Hvordan skal man da egentlig afgrænse sit felt, hvis man vil studere fremmed ret? Zweigert og Kötz giver i deres indføring den tommelfingerregel, at når det gælder kendskab til *common law*, skal man især studere engelsk og amerikansk ret, mens man skal studere Frankrig og Italien, når det gælder den romanistiske familie. Når det gælder den germanske retsfamilie, er de vigtigste lande Tyskland og Schweiz, og

2 Ernst Rabel: *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, 1924.

dertil, skriver Zweigert og Kötz, kan det være værd også at inddrage dansk og svensk ret, trods sprogproblemerne for udlændinge på grund af de nordiske landes "forfriskende" mangel på dogmatisk tilgang til retten.<sup>3</sup>

Med disse ord er allerede skitseret, hvor komplekst billedet af fremmed ret ser ud. Vi har at gøre med en lang række traditioner blot inden for Europa, som vi skal holde styr på. En stilling for sig indtager engelsk ret og også retten i de nordiske lande, mens traditionerne i det øvrige Europa kan føres tilbage til en indflydelse fra romerretten, men alligevel tager sig forskelligt ud i Nordeuropa og Sydeuropa. På engelsk tales sammenfattende som "civil law" om de retssystemer, der på en eller anden måde kan regne romerretten som en grundlæggende del af deres tradition. I realiteten er der som allerede antydnet tale om ret forskellige traditioner, hvor den sydeuropæiske især bygger på indflydelsen fra den franske lovbog *Code civil* fra 1804, mens der i den tysktalende verden er gået nogle andre veje. Det er derfor almindeligt at tale om en romansk tradition og en tysk eller "germansk", som – ligesom common law – har fået stor udbredelse i Asien, Mellemøsten, Afrika og Latinamerika.

Engelsk ret omtales ofte som common law, og i et senere kapitel skal vi se på den engelske retstradition, som med koloniseringen nåede vidt omkring, og som i dag ud over Canada, Australien og New Zealand også omfatter en lang række andre tidligere kolonier. USA er til dels gået egne veje, spøgefuldt taler man om England og USA som to lande "separated by a common law". Det kunne have været fristende at omtale USA i et kapitel om Nord- og Sydamerika for at understrege, at engelsk og amerikansk common law ikke er det samme, men det ville underbetone de grundlæggende forskelligheder mellem de sydamerikanske lande, der bygger på en civil law tradition, og USA, hvis retssystem tager sit udgangspunkt i arven fra engelsk common law.

## Praktiske oplysninger

En bog som denne kommer let til at fremtræde som en bog skrevet af en amatør for amatører, hvad den på sin vis også er. Ingen kan være eks-

---

3 Zweigert og Kötz: *An Introduction to Comparative Law*, 1998, s. 41.

pert i al ret endsige i alverdens retlige traditioner eller global retskultur. Det anbefales derfor samtidig med bogen at benytte f.eks. internettets utallige muligheder for fordybelse i de mange emner, der tages op her. Forfatteren står ved udarbejdelsen i gæld til ikke blot talrige bogværker, men også til internettet som en fantastisk kilde til globalt overblik her og nu. Det er utroligt, hvad der kan erhverves af information ved kritisk brug af nettet. Det anbefales også varmt under læsning at slå op i andre værker for at få de mange korte oplysninger sat i perspektiv. Især kan det anbefales at efterse domshenvisninger. Hvor bogen kun kan give et referat, kan originaltekster og mange kommentarer findes på nettet.

Hvert kapitel afsluttes med en litteraturfortegnelse. Kapitlerne er forsynet med litteraturhenvisninger og noter med supplerende forklaringer samt oversigter, faktabokse med kilder og supplerende oplysninger om historie, politik, vigtige retssager og personer.

I tilknytning til bogen er oprettet en hjemmeside, der løbende opdateres med henvisninger til netsteder, hvor der kan findes relevante lovtekster, domme, artikler eller andre oplysninger, der kan supplere denne bog. Se [www.retskultur.samfundslitteratur.dk](http://www.retskultur.samfundslitteratur.dk).