

University of Virginia jogi kar

Közjogi és jogelméleti kutatási tanulmány sorozat 2018-31

Május 2018



SCHOOL of LAW

A jogi pragmatizmus három formája

A által

Charles L. Barzun
University of Virginia jogi kar

Ez a tanulmány ingyenesen letölthető a Social Science Research Network Electronic Paper Collection (Társadalomtudományi Kutatási Hálózat elektronikus dokumentumgyűjteménye) honlapjáról: <https://ssrn.com/abstract=3178155>.

A University of Virginia School of Law kutatási tanulmányainak teljes indexe a következő címen érhető el: Law and Economics: <http://www.ssrn.com/link/U-Virginia-LEC.html>
Közjog és jogelmélet: <http://www.ssrn.com/link/U-Virginia-PUB.html>

Washington University

Law Review

VOLUME

95SZÁM

52018

A JOGI PRAGMATIZMUS HÁROM FORMÁJA

CHARLES L. BARZUN

Minden tudományágon belül állítólag vannak lumpolók és osztogatók, sündisznók és rókák.¹ Az én hajlamaim a zsúfoltság felé mutatnak, de ebben az esszében célom, hogy egy kicsit szétválasszam őket. Konkrétan a jogi pragmatizmus három különböző formája között igyekszem különbséget tenni. Bár az egyik irányzat iránti szimpátiám valószínűleg világossá válik, célom elsősorban a két irányzat azonosítása és megkülönböztetése, nem pedig viszonylagos erényeik és hibáik értékelése.

Egy ilyen erőfeszítésbe belevágva nemcsak Tamanaha professzorral, hanem egy másik társammal, Gerald Postemával is együtt dolgozom. Mind Tamanaha professzor, mind Postema professzor az angol-amerikai jog olyan megközelítéseit vagy elméleteit fogalmazta meg, amelyeket "harmadik útként" vagy a jogi gondolkodás egymással versengő hagyományainak összeegyeztetésére tett erőfeszítésként jellemeznék.² Legutóbbi könyvében Tamanaha professzor az általa "társadalmi jogelméletnek" nevezett elméletet támogatja, mint az analitikus és természetjogi hagyományok riválisát.³ Hasonlóképpen, Postema professzor a természetjog és a jogi pozitivizmus alternatívájaként védte a common law elméletet.⁴ Bár nem azonosak, mindkettő

1. ISAIAH BERLIN, A SÜN ÉS A RÓKA (1951).

2. Haack professzor egy harmadik utat véd az ismeretelméletben, a "foundherentizmust" ajánlva alternatívaként a foundationalizmus és a koherentizmus mellé. Gyanítom, hogy érdekes rokonságok vannak az ő és néhány jogtudományi harmadik út között, de ezt a kérdést félreteszem. SUSAN HAACK, EVIDENCE AND INQUIRY: A PRAGMATIST RECONSTRUCTION OF EPISTEMOLOGY (2009).

3. BRIAN Z. TAMANAHA, A JOG RÉÁLIS ELMÉLETE 27-30 (2017).

4. Gerald J. Postema, *Philosophy of the Common Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW (588, Jules Coleman & Scott Shapiro szerk., 2002).

e "harmadik utak" intellektuális inspirációt keresnek a common law hagyományban, a filozófiai pragmatizmusban vagy mindkettőben.⁵

Lehetséges lenne, hogy a saját beszámolómat az imént említettek riválisának tekintsük, mivel osztozik azok pragmatista és common law rokonságában, de más értelmezést kínál arra vonatkozóan, hogy mit követel meg az e hagyományokhoz való hűség. Tamanaha professzor például a szociális jogelméletet "empirikusan orientálnak" (és nem "normatívnak" vagy "analitikusnak") jellemzi, és William Jamest idézi nézete alátámasztására.⁶ Véleményem szerint azonban James a pragmatizmust az empirikus, normatív és fogalmi követelmények összeegyeztetésének eszközeként értelmezte.

De ugyanilyen hihető, és valószínűleg hasznosabb is, ha a következő beszámolót úgy tekintjük, mint egy erőfeszítést, hogy további különbségeket tegyünk ezeken a "harmadik utakon" *belül*. Vagyis három különböző módot kívánok megkülönböztetni, amelyekkel a bírák és a jogtudósok a jogi gondolkodás néhány hagyományos kettősségének összeegyeztetésére vagy alternatívájára törekednek. Ez nem jelenti azt, hogy az én értelmezésem tökéletesen összhangban van az általam említett többi értelmezéssel. Nem így van. Például eltérő megítélést eredményez azzal kapcsolatban, hogy hogyan kell besorolni bizonyos jogelméleteket, mint például Lon Fuller, Hart és Sacks, valamint Ronald Dworkin.⁷ És valóban, a céлом részben az, hogy megmutassam, hogy néhány olyan jogi gondolkodó, akit jellemzően nem a pragmatista hagyomány részeként tartanak számon, valójában a pragmatista hagyományhoz tartozik. Mégis, inkább arra törekszem, hogy tovább finomítsak néhány, ezekkel a többi beszámolóval közös témát, mintsem hogy újszerű beszámolót nyújtsak jelentésükről vagy jelentőségükről. Tartalmilag és módszertanilag az ő útjukat követem.

Vegyük például Postema professzor munkáját a szokásjog filozófiájáról. Postema így magyarázza, hogy a common law elmélete miben különbözik a hagyományos pozitívizmustól: "A common law konvencionális az elméleti figyelmet a törvényekről - a törvényhozó intézmények által létrehozott autoritatív irányelvekről - a joggal és a jogon belüli gyakorlati érvelés folyamatára helyezi át. A jog e felfogás szerint konvenció, de ez egy különleges konvenció, nevezetesen a gyakorlati érvelés begyakorolt fegyelme."⁸ Éppen ezt az elmozdulást üdvözlöm. Engem kevésbé érdekel a

5. Lásd Brian Z. Tamanaha, *Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction*, 41 AM. J. OF JURIS. 315, 317 (1996) (azzal érvelve, hogy a filozófiai pragmatizmus alapot nyújt a "társadalmi-jogi tanulmányokhoz").

6. TAMANAHA, *Supra* note 3, 2-3. (Jamesre hivatkozva), 30. (empirikus); lásd még Tamanaha, *Supra* note 5, 318-19. (azzal érvelve, hogy a filozófiai pragmatizmus alapot nyújt a tény-

érték megkülönböztetéséhez).

7. Lásd TAMANAHA, *supra* note 3, 29. o. (Fullert és Dworkint a természetjogi hagyományhoz sorolja).

8. Postema, *fentebb* 4. lábjegyzet, 601. lábjegyzet. Postema alternatív felfogását a jogtudomány feladatáról úgy értelmezem, hogy az összhangban van a jognak Tamanaha és Posner által kínált felfogásával. Lásd TAMANAHA, *supra* note at (3,73a jog meghatározása: "bármí, amit az emberek társadalmi gyakorlataik révén "jogként" azonosítanak és kezelnek"); lásd még RICHARD POSNER, THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE (2251990).

"Mi a jog?" kérdésben, mint abban a kérdésben, hogy "hogyan érvelnek, és hogyan kell a bírának gyakorlatilag a jogi anyagokkal és azokkal kapcsolatban érvelniük?".

Nem ezek az egyetlen filozófiai kérdések, amelyeket a joggal és a jogi gyakorlattal kapcsolatban fel lehet tenni. Talán nem is ezek a legfontosabbak. De én itt ezeket veszem fel, bár nagyon magas szintű általánosságban. Központi tézisem az, hogy e kérdések megválaszolásának három különböző módja van, és hogy mindegyiknek szellemi gyökerei a huszadik század eleji, a filozófiai pragmatizmus által befolyásolt common law módszerének megértésében gyökereznek. Más szóval, a harmadik út jogi pragmatizmusának három különböző formája van. Ezeket a pragmatizmus *instrumentalista*, *quietista* és *holisztikus* változatának nevezem.

Ennek az esszének az a célja, hogy elmagyarázza, mit értek e címkék alatt, és hozzárendelje őket az angol-amerikai jogi hagyomány néhány ismert alakjához. A megrajzolt portré szükségszerűen vázlatos és az érvelés vázlatos lesz. Remélem azonban, hogy sikerül megmutatnom, hogy mindegyik típus sajátos megoldást kínál ugyanarra az alapvető problémára - amelyet kezdetben a huszadik század eleji pragmatista filozófusok, bírák és jogtudósok vetettek fel és szembesültek vele, majd a század közepén kissé módosított formában ismét. Ily módon az én megközelítésemet a jog tanulmányozásának genealógiai megközelítésének egy változatának tekinthetjük, amelyet Tamanaha professzor támogat és gyakorol nemrég megjelent könyvében.⁹

Miért érdemes egy ilyen vállalkozással foglalkozni? Íme az egyik válasz. A múlt század végén a modern filozófus, Richard Rorty, akit talán a leginkább a filozófiai pragmatizmussal hoznak összefüggésbe, azt állította, hogy a jogi pragmatizmus "banálissá" vált, mivel gyakorlatilag minden jogelméletirő valamilyen pragmatista.¹⁰ Felismerte a különbségeket például Posner bíró és Ronald Dworkin nézetei között. De úgy vélte, hogy a különbségek elsősorban politikai jellegűek. Rorty szerint nem voltak közöttük érdekes *filozófiai* különbségek.¹¹

Ez az esszé egy válasz Rortynak erre a kérdésre. Véleményem szerint Rortynak igaza van abban, hogy a "pragmatista" jelzöt széles körben alkalmazza a különböző jogtudósokra, de túl gyorsan összeveti őket. Továbbra is érdekes filozófiai különbségek vannak azok között a jogelméleti szakemberek között, akik a

(a "jog tevékenységelméletének" védelmében, amely a jogot "olyasvalaminek tekinti, amit az engedéllyel rendelkező személyek, főként bírák, ügyvédek és törvényhozók csinálnak, nem pedig egy doboznak, amelyet a polcra húznak le, amikor egy jogi kérdés megjelenik, abban a reményben, hogy megtalálják benne a választ").

9. TAMANAHA, *Supra* note 3, 82. o. (olyan megközelítést alkalmaz és támogat, amely "a jogot visszafelé követi - és onnan előre tekintve a korábbi megnyilvánulásokat, folytonosságokat, változásokat és növekedéseket").

10. Richard Rorty, *The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice*, 63 S. CAL. L. REV. 1811 (1990).

11. *Id.* at 1813 ("Nehéznek találok, hogy bármilyen érdekes *filozófiai* különbséget észleljek Unger, Dworkin és Posner között; a különbségek számomra teljesen politikaiak, mint különbségek arról, hogy mennyi változásra és milyen változásra van szüksége az amerikai intézményeknek").

a pragmatista jogi gondolkodás esernyője, még akkor is, ha - különösen, ha - ez az esernyő nagy, ahogyan érvelni fogok. Ezek a különbségek a gyakorlati érvelés természetével kapcsolatosak - különösen azzal kapcsolatban, hogy a bírák hogyan érvelnek a tényekről és az értékekről.

I. PRAGMATIZMUS, SZOCIOLÓGIAI JURISPRUDENCE ÉS

REALIZMUS Mielőtt különbséget tehetnénk a pragmatista jogtudomány

három ága között.

elméletet, meg kell találnunk a közös eredetüket. A két legismertebb korai huszadik századi jogászok, Roscoe Pound és Benjamin Cardozo mindketten "pragmatistaként" jellemezték az általuk képviselt jogfelfogást, és ugyanezekben a művekben mindketten William James *Pragmatizmus* című művére hivatkoztak.¹² Ebben James egy olyan dilemmára kínált megoldást, amely analóg azzal, amelyet Pound és Cardozo az ítélkezéssel összefüggésben próbált megoldani. Az e megoldások filozófiai és jogtudományi változataiban egyaránt lappangó kétértelműségek segítenek megmagyarázni a jogi pragmatizmuson belüli első nagy megosztottságot - amelyet két jól ismert jogi realista által fogunk hangsúlyozni.

A. William James pragmatizmusa

James a *pragmatizmusról* szóló előadásait a megbékélés erőfeszítéseként fogalmazza meg. Konkrétan két nagy filozófiai hagyomány, az empirizmus és a racionalizmus összeegyeztetésére törekszik. James pszichológiai szempontból úgy jellemzi ezt a két egymással versengő hagyományt, mint amelyek kétféle intellektuális temperamentumot képviselnek. Az empirizmus a "keményen gondolkodók" filozófiája, akik szkeptikusak és materialisták, és a tényekre összpontosítanak. A "gyengéd gondolkodású" filozófusok ezzel szemben optimisták és intellektualisták, és az elvek felfedezésének szentelik magukat.¹³ James azt állítja, hogy a legtöbb ember "mindkét oldalon vágyik a jó dolgokra" - érdeklik őket a tények és az elvek.¹⁴ A modern ember a tudomány korában él, és csodálja annak eredményeit. De a világról - és az ember benne elfoglalt helyéről - alkotott nézete "materialista és lehangoló".¹⁵ Sokan közülünk nem akarják feladni "az emberi értékekbe vetett régi bizalmat és az ebből fakadó spontaneitást, legyen az vallásos vagy romantikus típusú".¹⁶ A kérdés tehát az, hogyan tudunk mindkettőhöz ragaszkodni?

12. Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, COLUMB. L. REV. 605, 608-09 (1908); BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 10212, (1921).

13. WILLIAM JAMES, PRAGMATIZMUS: ÚJ NÉV NÉHÁNY RÉGI GONDOLKODÁSMÓDNÁK (121907).

14. *Id.* 13.

15. *Id.* 16.

16. *Id.* 20.

James a pragmatizmust kínálja fel, mint olyan módszert, amely választ ad erre a kérdésre.¹⁷ Képes a valódi metafizikai viták azonosítására, majd mindkét filozófiai hagyománynak megfelelő módon történő megoldására. Pontosabban, módot kínál arra, hogy a hagyományos racionalista tanokat empirista alapon igazolja. A pragmatista bármely adott metafizikai vitával kapcsolatban felteszi a kérdést: "Milyen különbséget jelentene gyakorlatilag bárkinek is, ha inkább ez a fogalom lenne igaz, mint az a fogalom?".¹⁸ Ha ez nem jelent különbséget a világban, akkor a vita értelmetlen; de ha igenis jelent különbséget, akkor valódi kérdés a létezése. Charles Peirce munkásságát idézve James ragaszkodik ahhoz, hogy valamilyen fogalommal kapcsolatban tisztába jussunk, meg kell kérdeznünk, hogy "milyen érzéseket várhatunk tőle, és milyen reakciókra kell felkészülnünk".¹⁹ Amint azt minden jó empirista megköveteli, a *tapasztalat* adja a végső próbát.

James ezután egy további lépést tesz, és azt sugallja, hogy a pragmatizmus módot kínál annak megállapítására, hogy egy eszmébe, fogalomba vagy tanításba vetett hit *igaz-e*. A teszt ismét a konkrét tapasztalatokon alapul. A pragmatista azt kérdezi, hogy egy adott tanítás vagy eszme "jó-e a hit szempontjából",²⁰ ahol a "jó" azt jelenti, hogy az abban való hit lehetővé teszi számunkra, hogy az életet jobb módon éljük meg. Így például, ha az Istenben való hit "bebizonyítja, hogy a konkrét élet számára értéket képvisel", akkor egy ilyen hit igaznak minősül.²¹ Ily módon a megközelítés az "empirista hozzáállást" képviseli, de James szerint "radikálisabb és kevésbé kifogásolható formában" teszi ezt, mert nem hordoz "materialista elfogultságot".²² A pragmatizmus így békíti össze a filozófia két egymással versengő hagyományát: "A racionalizmus ragaszkodik a logikához és az empirizmushoz. Az empirizmus a külső érzékekhez ragaszkodik. A pragmatizmus hajlandó bármit elfogadni, akár a logikát, akár az érzékeket követi, és a legszerényebb és legszemélyesebb tapasztalatokat is számításba veszi."²³

Jakab elismeri az ezzel a nézettel szembeni nyilvánvaló ellenvetést. Ha a teszt pusztán az, hogy egy hit "jó"-e számunkra, akkor a pragmatizmus úgy tűnik, hogy mindenféle "szentimentális babonában" való hitet engedélyez.²⁴ Erre az aggodalomra az a válasz, hogy a tapasztalat próbája *minden* hitünkre is vonatkozik, tehát ha egy új hit elfogadása ütközne más, korábban vallott hitünkkel - amelyek maguk is "létfontosságúak" az élethez -, akkor az helyesen lehet

17. *Id.* 33.

18. *Id.* 45.

19. *Id.* 46-47. o. (idézi C. S. Peirce, *How to Make our Ideas Clear*, POPULAR12 SCI. MONTHLY 286-302 (1878)).

20. JAMES, fentebb, a 13,76.

21. *Id.* 73.

22. *Id.* 51,72.

23. *Id.* 80.

24. *Id.* 77.

emiatt elutasították.²⁵ Az ilyen elutasítás gyakran azért történik, magyarázza James, mert hajlamosak vagyunk "szélsőségesen konzervatívok" lenni a hitünkkel kapcsolatban, és a lehető legtöbbet megmenteni azokból, amelyeket már vallunk.²⁶ Ez nem jelenti azt, hogy ezeket soha nem lehet felülvizsgálni, de azt igen, hogy ritkán és lassan felülvizsgáljuk őket. Ennek az az eredménye, hogy csak akkor hajlamosak vagyunk új eszméket elfogadni, ha ez lehetővé teszi számunkra, hogy "minimális módosítással megőrizzük [] az igazságok régebbi állományát, és éppen csak annyira nyújtjuk őket, hogy az újdonságot elismerjék".²⁷

A hiedelmek érvényesítésének ezzel a módszerével szemben rengeteg lehetséges ellenvetés van, de ahelyett, hogy ezeket az ellenvetéseket felhoznám, szeretnék különbséget tenni a "tapasztalat" pragmatista tesztjének egy szűk és egy tág értelmezési módja között. A szűk látásmód az *érzékszervi* tapasztalatokra korlátozza azt a fajta tapasztalatot, amely a hiedelmek érvényesítésére alkalmas - arra, amit látunk, szagolunk, hallunk, érzünk vagy megérintünk. A tág nézet magában foglalja az *érzékszervi* tapasztalatot és azokat az "érzelmi" reakciókat, amelyeket gyakran egyidejűleg élünk át bizonyos jelenségek *érzékszervi* észlelésével, és amelyek arra készítetnek bennünket, hogy vonzónak vagy visszataszítónak, jónak vagy rossznak, helyesnek vagy helytelennek, transzcendensnek vagy hétköznapiinak ítéljük meg azokat. Hajlamos vagyok a "megélt tapasztalat" kifejezést használni a tapasztalat e tágabb értelemben vett *érzékelésének* *érzékeltetésére*, bár ez a kifejezés néha olyan specifikusabb jelentéstartalmat kap, amelyet itt nem szándékozom kifejezni.²⁸

Mindkét nézet érthető pragmatista motivációból fakad. Egyrészt a pragmatizmus hangsúlyozása arra, ami a gyakorlatban működik, részben azért tűnik hihetőnek, mert olyan szépen illeszkedik a világról és az ember benne elfoglalt helyéről alkotott naturalista, darwinista képhez - egy olyan képhez, amelyhez (feltehetően) úgy jutottak el, hogy gondosan megkülönböztették az *érzékszervi* tapasztalatot és az azt kísérő "érzelmi" reakciókat, ahogyan azt a hagyományos empirizmus megköveteli. Másfelől, ha elméletileg *minden* meggyőződésünk felülvizsgálható, és valóban nem tudunk értelmet adni a világ olyan "objektív" beszámolójának, amelynek tudásunk "megfelel",²⁹ akkor miért ne vizsgálhatnánk felül magát a darwini képet a megélt tapasztalataink fényében?

25. *Id.*

26. *Id.* 60.

27. *Id.*

28. Különösen az elnyomott vagy marginalizált csoportok megélt tapasztalatainak leírására használják. *Lásd pl.* Peter Brooks, *Narrative Transactions-Does the Law Need a Narratology*, 18 YALE J. L. & HUMAN. 1, 2 (2006) ("Valamiféle közhellyé vált - túlságosan is közhellyé -, hogy a jogi történetmesélésnek megvan az az erénye, hogy a marginalizált csoportok vagy egyének megélt tapasztalatait úgy mutatja be, ahogy a hagyományos jogi érvelés nem."). Bár, mint mondtam, ez a konnotáció itt nem áll szándékomban, az a tény, hogy az emberek megélt tapasztalata fajuktól, nemüktől, osztályuktól vagy szexuális irányultságuktól függően nagymértékben eltérhet, kétségtelenül kihát a bírói döntéshozatalban betöltött megfelelő szerepének értékelésére.

29. JAMES, *supra* note 13, 64. o. ("Tisztán objektív igazságot, olyan igazságot, amelynek

létrehozásában ~~ÉOLYÓHRA~~ hogy a tapasztalat korábbi részeinek újabb részekkel való összeházasításában emberi elégedettséget nyújtson, semmilyen szerepet nem játszott, sehol sem találunk.").

Az, hogy a pragmatikus e két út közül melyiket választja, nagyban befolyásolja, hogy a pragmatikus módszer milyen vizsgálatot von maga után. Ez jogos és fontos kérdés, amit minden állítólagos pragmatikusnak fel kell tennie. Úgy tűnik, hogy maga James egyértelműen a tapasztalat széles látószögét választotta.³⁰ Engem azonban kevésbé érdekel ennek az állításnak a megvédése, mint annak bemutatása, hogy a jogi pragmatikus számára hogyan merül fel egy analóg értelmezési kérdés.

B. Roscoe Pound kritikája a "mechanikus jogtudományról"

Pound híres arról, hogy bírálta az általa "mechanikus jogtudománynak" nevezett jogtudományt. Ezt a kifejezést az érvelés olyan formális stílusának leírására használta, amelyben a bíróságok olyan széleskörű elvekre támaszkodva döntenek az ügyekben, mint például a "szerződési szabadság".³¹ Ahogy James bírálta a racionalisták "megoldó nevek" - mint Isten, az anyag és az ész - használatát a metafizikai viták megoldására, Pound (Jamesre hivatkozva) bírálta a bíróságokat, amiért olyan megoldó szavakra hivatkoznak, mint az estoppel, a privitás vagy a rosszhiszeműség, hogy konkrét ügyeket döntsenek el.³² Ezzel a megközelítéssel az volt a probléma, hogy az ilyen fogalmak gyakran nem tudták pontosan leírni a bíróságok előtt álló tényleges tényeket. A szerződési szabadság doktrínája például úgy kezelte a feleket, mintha két magánszemély lenne, akik szabadon cserét folytatnak, holott valójában legalább az egyik fél (és néha mindkettő) egyáltalán nem magánszemély volt, hanem nagy szervezetek, például vállalatok vagy szakszervezetek.³³ De Jameshez hasonlóan Pound sem az ilyen megoldó szavak megszüntetésére törekedett, hanem új alapot kívánt adni nekik. Az a törekvés, hogy a jogot "tudománnyá" tegyék, Pound szerint mindaddig méltó maradt, amíg a tudomány fogalmát megfelelően értelmezik. Bármely doktrína megfelelőségének próbája az kell legyen, hogy legyen, hogy milyen hatásokat vált ki a való világban: "Mivel tudományos, mint egy cél felé vezető eszköz, az általa elért eredmények alapján kell megítélni, nem pedig belső szerkezetének finomságai alapján".³⁴ Más szóval, a teszt a tapasztalat pragmatikus tesztje.

Jameshez hasonlóan Pound is felismerte, hogy ez a hajlandóság a tanok felülvizsgálatára "eredményeik" fényében sebezhetőnek tűnik azzal az ellenvetéssel szemben, hogy ez túlságosan megengedő. Ezért bírálta azokat a bírákat, akik "tekintetüket az ügy nyers méltányosságára szegezik, és a könyvekben keresgélnek olyan eseteket, amelyek alátámasztják a kívánt eredményt".³⁵ Ehelyett a helyesen értelmezett jogtudomány megkövetelte

30. *Id.* at (80kifejtve, hogy a pragmatizmus "a misztikus élményeket akkor veszi figyelembe, ha azok gyakorlati következményekkel járnak"). *Lásd még* CHERYL MISAK, THE AMERICAN PRAGMATISTS (702013) ("James empirizmusa összhangban van a nagyon korai amerikai filozófiával és pragmatista kortársaival abban, hogy a tapasztalat fogalmát a fizikai érzékeken túlmutatóvá próbálja tenni.")

31. Pound, *fenti* jegyzet, 12,615-16. o.

32. *Id.* 621.

2018]

- 33. *Id.* 616.
- 34. *Id.* 605.
- 35. *Id.* 622.

JOGI
PRAGMATIZMUS

1009

hogy a bíró igyekezzen a James "igazságkészlétének" jogi analógiájával, nevezetesen a jogi corpusban foglalt elvek összességével összhangban álló döntéseket hozni. Pound szerint a bírának meg kell kísérelniük, hogy "friss illusztrációt adjanak az elvek intelligens alkalmazásáról egy konkrét ügyre, amely működőképes és igazságos eredményt hoz".³⁶

C. Benjamin Cardozo szociológiai módszere

Ahogy előadásainak címe is jelzi, *A bírósági eljárás természete* című könyvében Cardozo a "bírói eljárásról" igyekezett számot adni. Pontosabban, előadásainak nagy részét annak a különböző módszereknek a kifejtésére fordítja, amelyekkel a bírák, miután azonosították az adott ügyre potenciálisan alkalmazható szabályt vagy elvet, ezután igyekeztek "rögzíteni az elv határait, valamint a fejlődés és a növekedés tendenciáit".³⁷ Bár négy ilyen módszert jelent be, hamarosan világossá válik, hogy fő gondja ezek közül kettőnek - a "filozófia módszerének" és a "szociológia módszerének" - az összeegyeztetése.³⁸ E második módszer kidolgozása során látjuk, hogy Cardozo ugyanabba az értelmezési problémába ütközik, amelyet az imént James *Pragmatizmusában* azonosított.

A "filozófiai módszer" mind az általános szabályokból az egyes esetekre való deduktív következtetés folyamatára, mind pedig az analógia útján történő következtetésre vonatkozik. Cardozo hangsúlyozta, hogy ez a módszer nem feltétlenül a legfontosabb, de "bizonyos vélelem szól mellette", mivel egy sok esetet racionalizálni képes elvnek "van egy - jogos - hajlama arra, hogy az egységesítésre és racionalizálásra való képességének határain belül új esetekre vetítse ki és terjessze ki magát".³⁹ Ezért, amikor Cardozo ragaszkodott ahhoz, hogy a bíróként elé kerülő esetek többségére egyetlen egyértelmű helyes válasz létezik, az alkalmazott módszer implicit módon a filozófia módszere.⁴⁰

A bírák számára az a probléma, hogy néha több elv is vonatkozik ugyanarra az ügyre, így a filozófiai módszerre való hagyatkozás nem elegendő a végeredmény meghatározásához. Ilyenkor a bíró leghasznosabb eszköze a "szociológia módszere", amely "a legnagyobb [módszer] mind közül". Ez a módszer abból indul ki, hogy "a jog végső oka a

36. *Id.*

37. CARDOZO, *Supra* note at 12,30.

38. *Id.* 30-31. Cardozo mindössze hat oldalt szentel a történelem módszerének, további hatot a hagyomány módszerének, majd elismeri, hogy a hagyomány és a szociológia módszere "ugyanabban a talajban gyökerezik". *Id.* 51-64. o. A filozófia és a szociológia módszerének elsőbbségére utalnak azok a tények is, hogy a szociológia módszerét a többi módszer "döntőbírójaként" kezeli, és hogy (ahogy a főszovegben is említi) a legtöbb esetet könnyen eldönthetőnek tartja (a filozófia módszerével). *Id.* 66., 164. o.

39. *Id.* 31.

40. *Id.* 164.

a társadalom jólétét."⁴¹ Ez azt jelenti, hogy a bírácoknak mérlegelniük kell az adott ügyben érintett különböző "társadalmi érdekeket".⁴² Az egyik legfontosabb társadalmi érdek az "egységes és pártatlan" joghoz fűződő érdek, de ugyanígy "az a társadalmi érdek is, amelyet a méltányosság és a méltányosság vagy a társadalmi jólét más elemei szolgálnak".⁴³ Ezért a szociológia módszere végül is "döntőbíró a többi módszer között, amely végső soron meghatározza az egyes módszerek választását, mérlegeli egymással versengő igényeiket, határt szab az igényeiknek, kiegyensúlyozza, mérsékli és harmonizálja mindegyiket".⁴⁴ Cardozo számára a szociológiai módszer dominanciája megmutatta, hogy "a common law jogfilozófiája alapján véve a pragmatizmus filozófiája".⁴⁵ Ennek oka az, hogy a szociológiai módszer azon a kettős feltételezésen alapul, hogy (1) a jog célja a társadalmi jólét javítása, és (2) ez a cél adja a megfelelő mércét, amely alapján a jog fogalmait értelmezni kell, és amely alapján növekedését irányítani kell. Így *instrumentálisan* kezeli a fogalmakat és az absztrakciókat, ugyanúgy, ahogyan azt mind Pound, mind James is képviselte. Hozzájuk hasonlóan Cardozo is úgy látja, hogy a szokásjogot végső soron a természettudományok mintájára a tapasztalat vezérli. "Módszere induktív," Cardozo kifejti, "és általánosításait a részletekből meríti".⁴⁶ Ez mind szép és jó, de amikor arról van szó, hogy leírja, hogy mi ez a "induktív" érvelési folyamat valójában hogyan néz ki, Cardozo nehezen tudja pontosan meghatározni. Néhány reprezentatív részlet elegendő a pont illusztrálására:

- "[A]z, ami számít, nem az, hogy én mit tartok helyesnek. Hanem az, hogy én ésszerűen mit hihetek, amit egy másik normális értelmű és lelkiismeretű ember ésszerűen helyesnek tarthat."⁴⁷
- "A bírósági eljárás elemzésem tehát erre fut ki, és nem sokkal többre: a logika, a történelem, a szokás és a hasznosság, valamint a helyes magatartás elfogadott normái azok az erők, amelyek külön-külön vagy együttesen alakítják a jog fejlődését."⁴⁸
- "[A bírónak] minden összetevőjét, filozófiáját, logikáját, analógiáit, történelmét, szokásait, jogérzékét és minden mást egyensúlyba kell hoznia, és egy kicsit hozzáadva itt és elvéve

41. *Id.* 65-66.

42. *Id.* 112.

43. *Id.* 112-13.

44. *Id.* 98.

45. *Id.* at (102idézi Pound, *Supra* note at 12,609).

46. *Id.* 23.

47. *Id.* 89.

48. *Id.* 112.

ott egy kicsit, a lehető legbölcsebben kell eldöntenie, hogy melyik súly döntse el a mérleg nyelvét. Ha ez gyenge és eredménytelen összefoglalónak tűnik, nem vagyok benne biztos, hogy az én hibám."⁴⁹

A Cardozo által a "bírói eljárás" különböző megfogalmazásaiban rejlő kétértelműségek - hogyan "mérlegelhetjük" a hasznosságot a társadalmi erkölcsökkel szemben, vagy a "jogérzékünket" a "történelemmel" szemben - megmutatják az alapvető nehézséget, amely az általa és Pound által is támogatott szociológiai jogtudomány középpontjában áll: pontosan hogyan "mérlegelje" a bíró a társadalmi "érdekeket"?⁵⁰ Milyen természetű ez a feladat? Empirikus vizsgálatról van-e szó, amely a társadalmi viszonyokra vonatkozó tények összegyűjtését igényli? Etikai, amely az egymással versengő értékek jelentőségének elemzését vagy önvizsgálatát igényli? Cardozo előadásainak címe ellenére soha nem ad kielégítő választ az ilyen kérdésekre. "Ha azt kérdezi, honnan tudhatja [a bíró], hogy az egyik érdek felülírja a másikat" - vallja be Cardozo -, "csak azt tudom válaszolni, hogy úgy kell szereznie a tudását, ahogyan a törvényhozó is, tapasztalatból, tanulmányozásból és reflexióból; röviden, magából az életből".⁵¹

Csábító a középút kijelölése azzal, hogy a pragmatikusnak a társadalom normáit vagy értékítéleteit kell figyelembe vennie, nem pedig a bírót, hogy meghatározza a szóban forgó érdekek súlyát. A szokásjogi módszert régóta úgy értelmezik, hogy az megköveteli a társadalmi erkölcsök ilyen vizsgálatát.⁵² Cardozo időnként azt sugallja, hogy ez a helyes módszer - a négy bírói módszer közül végül is az egyik a "hagyomány vagy a szokás módszere". "Ez a helyes gondolkodású férfiak és nők megszokott erkölce" - magyarázza - "amelyet [a bírónak] a rendeletével kell érvényesítenie".⁵³ De mint a "józan gondolkodásúak" módosítószó használata elárulja, ez a lépés csak visszalöki a kérdést: továbbra is fel kell tenni a kérdést, hogy a feladat alapvetően empirikus-e, vagy ehelyett a bírónak a saját intuíciójára kell hagyatkoznia, hogy kiderítse, mit gondolnak a "józan gondolkodású férfiak és nők".

A lényeg itt nem az, hogy Cardozo zavaros vagy ellentmondásos voltát kritizáljuk, csupán azt akarjuk megmutatni, hogy kétértelműségei a fent említett kérdés jogtudományi analógja körül forognak, miszerint hogyan kell értelmezni a pragmatizmus "tapasztalat" tesztjét. A filozófiai kontextusban különbséget tettünk a pragmatista között, aki csak az érzéki tapasztalatot kezeli

49. *Id.* at 162.

50. *Lásd pl.* , Roscoe Pound, *Interests of Personality*, 28 HARV. L. REV. 343, 344 (1915) ("Szigorúan a jognak a társadalmi érdekekkel kell foglalkoznia, mivel az egyéni érdek biztosításához fűződő társadalmi érdekeknek kell meghatározni az azt biztosító jogot.").

51. CARDOZO, *Supra* note at 12,113.

52. *Lásd pl.* Postema, *Supra* note at (4,602kifejtve, hogy a Postema által "common law conventionalism"-nek nevezett nézet szerint a jog "létezése a közösség szélesebb körű gyakorlatával való jelentős egyezésen és folytonosságon múlik").

53. CARDOZO, *Supra* note at 12,106.

mint olyan tapasztalat, amely igazolhatja az ember hitét egy erkölcsi vagy metafizikai tanításban ("szűk látókör"), és olyan, aki hagyja, hogy az érzelmi vagy "megélt" tapasztalatai pragmatikus ítéleteibe is beépüljenek ("tág látókör"). Az ítélkezési kontextusban hasonlóképpen különbséget tehetünk a pragmatista bíró között, aki, ha a jog nem egyértelmű, kizárólag azzal foglalkozik, hogy a lehető legtöbb tényt összegyűjtse az ügy szempontjából potenciálisan releváns társadalmi és gazdasági körülményekről, és aki hagyja, hogy az "igazságos" végeredményre vagy az értékek megfelelő "egyensúlyára" vonatkozó intuíciói irányítsák. Mindkét bíró pragmatista abban az értelemben, hogy nem tartja magát szigorúan kötve a jogi igazságok (azaz a jogi corpus tanai és elvei) állományához, és így szabadon kiigazíthatja azokat az új tapasztalatok fényében. De, ahogy a filozófus-pragmatikus analógiából kiderül, nagyon különböző feltételezésekből indulnak ki a bíró előtt álló gyakorlati és elméleti vizsgálat természetét illetően. Ez a különbség még élesebben megmutatkozik, ha összehasonlítunk két, nem sokkal Cardozo előadásai után megjelent jogelméleti művet.

D. Walter Wheeler Cook tudományos módszere

Ahogy az *A tudományos módszer és a jog* című rövid esszéjének címe is sugallja, Walter Wheeler Cook a jogot a módszer tudományosabbá tételével igyekezett javítani.⁵⁴ Cook számára ez annak felismerését jelentette, hogy bármely tudomány fogalmi csupán eszközök a környezet manipulálására és bizonyos célok elérésére.⁵⁵ Cook szerint James és mások kimutatták, hogy a jelenségek osztályozására tett minden erőfeszítést csak valamilyen, az osztályozás céljára való hivatkozással lehet igazolni. Így a tudós igazi feladata "annak megállapítása, hogy az érintett különbségek, amelyek miatt újnak gondoljuk, gyakorlati szempontból, azaz a következményeik által tesztelve fontosak-e a kitűzött cél szempontjából".⁵⁶

Ezután kifejtette, hogy ez mit jelent a bíró számára. Csak néhány bíró, mint például Holmes és Cardozo, ismerte fel, hogy a bírák valóban értelmet adnak a jogi kifejezéseknek, ahelyett, hogy kivonnák azt belőlük. Annak érdekében, hogy kitalálja, hogyan lehet a legjobban "törvényt alkotni" ilyen módon, Cook ragaszkodott ahhoz, hogy a bírónak a "társadalmi vagy gazdaságpolitikai megfontolásokat" kell figyelembe vennie. Így két dolgot kell tudnia: "(1) milyen társadalmi következményekre vagy eredményekre kell törekedni; és (2) hogyan befolyásolja az egyik vagy másik irányú döntés ezen eredmények elérését".⁵⁷ A jogtudósnak, akinek célja a jog hatékonyságának felmérése, hasonló érvelést kell folytatnia: "tudnunk kell, hogy minden egyes

54. Walter W. Cook, *Scientific Method and the Law*, A 13.B.A. J. (3031927).

55. *Id.* 305.

56. *Id.* 306.

57. *Id.* 308.

adott időszakban ezek a célok, és azt is, hogy a választott eszközök, az adott jogi szabályok valóban alkalmasak-e ezek biztosítására".⁵⁸

E. Frank Jeromos "Tudományos szellem"

Néhány évvel később Jerome Frank kiadta a *Law and the Modern Mind című* könyvét, amelyben egészen másként látta a probléma természetét és megoldását.⁵⁹ Frank egyetértett Cookkal abban, hogy az ügyvédek és bírák túlságosan dogmatikusan ragaszkodnak a formális szabályokhoz, doktrínákhoz és gyakorlatokhoz.⁶⁰ Abban azonban nem értett egyet Cookkal, hogy a megoldáshoz szigorúbb értékelésre van szükség, hogy miként lehet a legjobban elérni az egyes célokat.⁶¹ Ehelyett Frank más tanulságot vont le Jamesből. A fontos dolog az volt, hogy feladjuk magát a bizonyosság célját, még akkor is, ha ez a bizonyosság arról szól, hogyan lehet a legjobban elérni egy adott eredményt.⁶² Az élet kaotikus, és a világról való tudásunk bizonytalan. Amint az ember megbarátkozik ezekkel a tényekkel, el kell hagynia, vagy legalábbis csökkentenie kell annak jelentőségét, hogy eleve osztályozásokat állítson fel. Frank számára "tudományosnak" lenni azt jelentette, hogy egy bizonyos álláspontot vagy attitűdöt - amit ő "tudományos szellemnek" nevezett -, nem pedig egy bizonyos analitikus módszer alkalmazását.⁶³ Ez a hozzáállás a "kreatív tudós" álláspontja, aki "a proteikus részletek manipulálásának új módjainak szenteli magát, és nem a megingathatatlan univerzális keresésének".⁶⁴ Az e hozzáállás eléréséhez szükséges folyamat nagyrészt érzelmi, nem pedig intellektuális jellegű volt. Mindenekelőtt azt követelte meg, hogy a bírák és az ügyvédek megszabaduljanak a biztonság és az atyai tekintély iránti igényükből fakadó "érzelmi blokkoltságtól". Amint ezt megtették, nem vetítik tovább a bizonyosságot a jogra, és kényelmesebben tudják majd használni annak szabályait, doktrínáit és fogalmait az igazságszolgáltatás érdekében.⁶⁵

Frank tehát egészen más szerepet szán a bírónak, mint Cook. Frank szerint olyan bírókra van szükségünk, "akikben van egy csipetnyi olyan tulajdonság, ami költővé teszi őket", akik "művészetként gyakorolják az igazságszolgáltatást", ezért "bátorítanunk kell a képzelőerőt, az intuíciót és az éleslátást, nem pedig elvetnünk".⁶⁶ Mert az, hogy a bírák és az ügyvédek szerint milyennek kellene lennie a jognak, "joggal teszi ki az ügyvédek és a bírák gondolkodásának nem kis részét. Az ilyen gondolkodás

58. *Id.*

59. JEROME FRANK, A JOG ÉS A MODERN ELME (1930).

60. *Id.* 100.

61. *Lásd id.* 101-03.

62. *Id.* 17.

63. *Id.* 98-99. Frank tudományos szellemről alkotott felfogásának hosszabb tárgyalását lásd Charles L. Barzun, *Jerome Frank and the Modern Mind*, BUFF58. L. REV. 1127 (2010).

64. FRANK, *fenti* megjegyzés 59,(98kiemelés kihagyva).

65. *Id.* 167.

66. *Id.* 168-69. o. (belső idézetek kihagyva).

nem csökkenteni, hanem növelni kell."⁶⁷ Ha képesek vagyunk ilyen érzékenységet ápolni a bírákban, akkor ösztönözhetjük a "konstruktívabb típusú spekulációt", amelyben a bírák "a tapasztalat esetlegesen hasznos átrendeződéseit" képzelik el.⁶⁸

* * *

Láthatjuk tehát, hogy Cook és Frank eltérően értelmezi a bírák pragmatista tesztjét, és ezt olyan módon teszik, amely a Cardozo előadásaiban azonosított kétértelműségekre utal. Cook úgy értelmezi, hogy a bírának a jogi doktrínák értékét az általuk kiváltott megfigyelhető társadalmi és gazdasági következmények alapján kell vizsgálniuk. Ezért a kulcs az, hogy a bírák világosan gondolkodjanak a célokról, és szigorúan próbálják megjósolni döntéseik következményeit.⁶⁹ Frank eközben tágabban értelmezi azt a fajta "tapasztalatot", amely egy döntést érvényesít. Ez magában foglalja a bíró saját érzelmi reakcióit és átélte tapasztalatait. A cél tehát a bírói érzékenység olyan módon történő ápolása, hogy az adott ügy konkrét tényeire a megfelelő reakciókat produkálja - olyan reakciókat, amelyek "mélyebb értelemben" jobbiztonságot eredményeznek.⁷⁰

Azt is láthatjuk, hogy mindegyik megközelítésnek megvannak a maga nehézségei vagy kihívásai. Cook elképzelése a bíróról, aki a világról szóló (megfigyelhető) tények összegyűjtésére szorítkozik, valamilyen kritériumot kell felállítania, vagy valamilyen célt kell kitűznie, amelyhez a sikert mérni lehet. Szükséges-e ehhez egy utilitarista mérlegelés, ahogyan Cardozo "társadalmi jólét" kifejezése ma sugallná? Ha igen, milyen értékeket kell maximalizálni? És hogyan mérjük őket? Végül, honnan származik a kritérium? Ha magából a jogi corpusból származik, akkor a bíró pragmatizmusa nem működik - egyszerűen csak deduktív módon alkalmazza a bevett jogot. De ha nem onnan származik, akkor honnan származik? Úgy tűnik, hogy az új érzékszervi tapasztalatok önmagukban nem képesek ilyen mércét biztosítani.

Frank befogadóbb vagy "szélesebb" megközelítése azonban saját problémákat hordoz magában. Jobb választ ad arra a kérdésre, hogy honnan származnak az értékítéletek. Ezek a bíró saját (érzelmi) reakcióiból származnak a világra - vagyis a (tágra értelmezett) tapasztalatból, ahogy egy pragmatista számára annak lennie kell. De akkor az a kérdés, hogy a bíró miért *bizik* ezekben a reakciókban. Valóban, Frank híres módon rengeteg okot ad arra, hogy miért gondolja azt.

67. *Id.* 168.

68. *Id.* 168.

69. Cooktiszta volt azzal, hogy a bírakat jellemzően nem látják el ilyen információkkal az ügyvédek, de ezt a tényt fájalta. *Lásd id.* 129-30. o.

70. *Id.* 134.

hogy általában véve *nem* szabad megbízni a bírák megérzéseiben - túlságosan gyakran az atyai tekintély iránti gyermeki igény szorításában vannak.⁷¹

Az imént leírt nehézségek forrása ugyanaz a probléma, amelyre James a pragmatizmust ajánlotta megoldásként: hogyan lehet értelmet adni az "emberi értékeknek" egy olyan világban, amely a tudomány szerint csak mozgó anyagot tartalmaz.⁷² Durvábban fogalmazva, a probléma az, hogyan lehet összeegyeztetni a tényeket és az értékeket. Cook és Frank kudarcai azt mutatják, hogy e probléma megoldására törekedve a pragmatista könnyen egy dilemma szarvára kerülhet: empirizmusa kifelé irányítja figyelmét, és azt követeli, hogy figyelje meg valamilyen fogalom, szabály vagy hitrendszer tényleges következményeit. De ő a szó szoros értelmében nem látja az igazságtalanságot vagy igazságtalanságot, a jót vagy a rosszat. Inkább úgy tűnik, hogy az érték forrása valahogy belülről jön. És mégis, a világ tudományos megértése nem ad okot arra, hogy bízzunk az önvizsgálatban, amelyre az ilyen értékek felismerésében támaszkodunk.

II. HART ÉS SACKS (ÉS FULLER): EGY ÚJ MEGBÉKÉLÉS FELÉ?

A Henry Hart és Albert Sacks által írt híres tananyag, *A jogi folyamat*, megírásuk idején talán a jogtudósok legambiciózusabb erőfeszítése volt az imént leírt dilemma megoldására.⁷³ Hart és Sacks megoldásának két kulcsfontosságú eleme volt. Először is, a jognak és a jogi intézményeknek egy elsődleges társadalmi célt tulajdonítottak, és ezzel kritériumot adtak mind azok számára, akiknek a jogi intézményeken belüli döntéshozatal a feladata (azaz az ügyvédek és a bírák), mind pedig azok számára, akik elemzik és értékelik ezeket az intézményeket (azaz a jogtudósok).⁷⁴ Másodsor, módszertani kérdésként ragaszkodtak ahhoz, hogy a tény- és értékítéletek - vagy ahogyan ők fogalmaztak: "eszközök" és

71. *Id.* 21.

72. JAMES, 13. lábjegyzet, 20. pont. Ez az egyik példája annak, amit a filozófusok ma néha "elhelyezési problémának" neveznek. Lásd David Macarthur, *Naturalizing the Human or Humanizing Nature: Science, Nature and the Supernatural*, ERKENNTNIS (6129,200430) ("[A] probléma az, hogy megpróbáljuk megtalálni az elme, valamint annak minden aspektusa és tartalma helyét a tudományok által leírt világban. Nevezük ezt a tudományos naturalizmus elhelyezési problémáinak."). (kiemelés elhagyva); lásd még Huw Price & Frank Jackson, *Naturalism and the Fate of the M-Worlds*, 71 PROC. ARISTOTELIAN SOC'Y 247, 247 (1997) ("[A] veszélyeztetett területek az emberi életben a legközpontibbak közé tartoznak - például a négy Ms: Az erkölcs, a modalitás, a jelentés és a mentális. A kortárs metafizika néhány kulcskérdése e fogalmak helyét és sorsát érinti a naturalista világképben."). Ez az is, amit Edward Purcell professzor "az érték problémájának" nevez. Lásd: EDWARD A. PURCELL, JR., THE CRISIS OF DEMOCRATIC THEORY: SCIENTIFIC NATURALISM & THE PROBLEM OF VALUE (1973). Ennek az esszének az egyik következménye az, hogy Purcell lenyűgöző története arról, hogy a különböző tudományágak teoretikusai és társadalomtudósai hogyan foglalkoztak az "érték problémájával", nem szentel kellő figyelmet e probléma egy olyan megoldásának (pontosabban a megoldási kísérletek egy csoportjának), amely a pragmatista hagyományból nőtt ki, a huszadik század nagy részét átfogta, és különösen nagy hatással volt a jogtudósokra.

73. HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, A JOGI ELJÁRÁS: A JOGÁSZSÁG ALAPPROBLÉMÁI MAKING AND APPLICATION OF LAW (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey szerk., 1994).

74. Az ebben a részben kifejtetthez hasonló, bár nem azonos érvelést lásd Charles L. Barzun, *The Forgotten Foundations of Hart and Sacks*, VA99. L. REV. 1 (2013).

célok" - kölcsönösen függenek egymástól. Ez utóbbi, módszertani meggyőződés az, ami feltárja megoldásuk pragmatista gyökereit.

A. A (jogi) intézmények (társadalmi) célja

Hart és Sacks azzal kezdi, hogy elmagyarázza, hogy az emberi lét egyik "alapfeltétele" az, hogy az embernek vannak vágyai vagy "igényei". Ezek a vágyak különbözőek, a túlélés alapvető szükségleteitől kezdve a "világegyetemmel való egység érzésének eléréséig".⁷⁵ Mivel e vágyak legalábbis egy része a "külső sugallatok" és a "belső reflexió" fényében felülvizsgálható, maga az emberi élet "egy szüntelen folyamat, amelyben rögzítjük azokat a [vágyakat], amelyekre időt és erőfeszítést kell fordítani, és megpróbáljuk kielégíteni őket".⁷⁶ Mivel azonban a szükségletek kielégítése gyakran mások munkáját vagy támogatását igényli, az emberi lények úgy döntenek, hogy csoportokban élnek. Ha már így tesznek, elkerülhetetlenül közös érdekeket alakítanak ki. A csoportokban élő embereknek legalábbis közös érdekük, hogy fenntartsák azokat a feltételeket, amelyek lehetővé teszik a csoportéletet. Ezek a feltételek magukban foglalják a társadalmi élet alapjául szolgáló "megértésekkel" kapcsolatos nézeteltérések rendezésére szolgáló, elfogadott eljárások összességét, a megértések egyikének megsértése esetén alkalmazandó eljárásokat, és végül a megértések megváltoztatására szolgáló eljárásokat.⁷⁷

Tekintettel az ilyen eljárások szükségességére, Hart és Sacks arra a következtetésre jut, hogy a "konstitutív vagy eljárási értelmezések ... nyilvánvalóan alapvetőbbek, mint az érdemi rendelkezések a társadalom szerkezetében, ha nem is a végső célok megvalósításában".⁷⁸ Ezek megint csak azért alapvetőbbek, mert olyan érdeket szolgálnak, amelyben mindenki osztozik, nevezetesen a csoportélet fenntartását. Ezért van az, hogy Hart és Sacks számára a jog "központi gondolata" az, amit ők az "intézményes rendezés elvének" neveznek, amely azt az ítéletet fejezi ki, hogy "az ilyen jellegű, szabályosan kialakított eljárások szabályosan elért eredményét képező döntéseket az egész társadalomra nézve kötelezőnek kell elfogadni, hacsak és amíg azokat szabályosan meg nem változtatják".⁷⁹

Az intézményi rendezés elvének egyik következménye, hogy az ilyen döntések "szabályszerű" meghozatalával megbízott különböző intézmények - bíróságok, törvényhozás, magánrendelkezések és közigazgatási szervek - hatáskörét és határait meghatározó szabályokat "az egész jogrendszer legjelentősebb és legmaradandóbb részének tekintik, mert ezek alkotják minden másnak a mátrixát".⁸⁰ Ez az egyik (de csak az egyik) oka annak, hogy a kurzus a

75. HART & SACKS, *Supra* note at (73,1kiemelés kihagyva).

76. *Id.*

77. *Id.* 3.

78. *Id.* (kiemelés elhagyva).

79. *Id.* 4.

80. *Id.* 6.

A jogi eljárásnak nevezték el azt a dokumentumot, amelyet az anyagok íródtak. Az általa kínált nézet szerint a jog elsősorban azzal foglalkozik, hogy meghatározza, hogyan születnek a döntések, és ki a megfelelő megbízott a döntéshozatalra.

Hart és Sacks tehát többek között úgy oldja fel a Cardozo előadásában látott dilemmát, hogy visszaveti a bíróságok ambícióit. A bíróságok feladata már nem annyira a "társadalmi érdekek" közvetlen kiegyensúlyozása, mint inkább annak a folyamatnak a felügyelete, amelynek során ezeket az érdekeket más intézmények - magánfelek, jogalkotók vagy közigazgatási szervek - védik. Hart és Sacks szerint az ítékezés csak akkor megfelelő, ha az "racionálisan" végezhető, ami alatt valamilyen közösen elfogadott szabványt értettek.⁸¹ Ez a mérce megtalálható a jogalkotó törvényi rendelkezéseinek céljában, vagy ha azok kifutnak, a jog és a társadalom alapvető céljaiban. Mivel azonban a "társadalmi céloknak" való minősítéshez leginkább elegendő konszenzusnak örvendő célok az érdemi nézeteltérések rendezésének módjára vonatkozó eljárásalapúak, a bíráskodást irányító célok valószínűleg eljárási jellegűek is.

Ez a "folyamat" és nem a "tartalom" közötti fordulat az egyik oka annak, hogy Hart és Sacks a jogtudósok fiatalabb generációja támadásoknak volt kitéve. E tudósok szerint Hart és Sacks az ítékezés racionalitását ért szkeptikus támadásokra csak azzal válaszolt, hogy a "tartalmi" (a jogalkotó hatáskörébe utalt) kérdések esetében elfogadta az értékrelativizmust, miközben ragaszkodott ahhoz, hogy a bíróságok "semleges" dönthetnek az "eljárási" kérdésekben.⁸² E kritika szerint azonban Hart és Sacks tévedett, mert az eljárási kérdések eldöntése szükségszerűen megköveteli, hogy ítéleteket hozzanak arról, hogy kinek az érdekeit és hogyan veszik figyelembe. Az eljárási kérdések ugyanolyan elkerülhetetlenül politikaiak, mint az "érdemi" kérdések.⁸³

B. Az intézményi elemzés (pragmatikus) módszere

Ez a jellemzés annyiban pontos, amennyiben Hart és Sacks úgy vélte, hogy a bíróságok szilárdabb talajon állnak az eljárási kérdések eldöntése során. Téves azonban azt állítani, hogy Hart és Sacks azt állította, hogy az értékekre való hivatkozás nélkül is lehet ilyen döntéseket hozni. Éppen ellenkezőleg, többször hangsúlyozták

81. *Id.* 148.

82. *Lásd pl.* „LAURA KALMAN, THE STRANGE CAREER OF LEGAL LIBERALISM (361996) (kifejtve, hogy a folyamatelméleti teoretikusok megpróbálták "elválasztani a jogot a politikától, a folyamatot az anyagtól, a tényeket az értékektől"); Gary Peller, *Neutral Principles in the 1950's*, 21 U. MICH. J.L. REFORM 561, 590 (1988) (megjegyezve, hogy a jogi folyamatelméleti teoretikusok számára "az eljárás területén semleges, értéktelen érvelés volt lehetséges").

83. Peller, *supra* note 82, at 608 ("Ugyanazok a problémák, amelyeket az ötvenes évek tudósai úgy gondoltak, hogy elkerülnek a relativista, politikai alapú anyagi terület és a normatív, de semleges és determinált eljárási terület közötti földrajzi elhatárolással, újra megjelentek a proceduralista megoldás tényleges alkalmazásában.")

hogy egy intézmény leírásához is szükséges volt utalni arra a célra, amiért az intézmény létezik. És mivel az ilyen leírások vagy elemzések felhasználhatók az intézményekkel kapcsolatos vagy azokon belüli döntések meghozatalához, ebből következik, hogy az ilyen beszámolók felajánlása értékítéleteket igényel.⁸⁴

Ez a második módja annak, ahogy Hart és Sacks megpróbálta összeegyeztetni a Cardozo-ügyben azonosított kétértelműséget - és ez az a mód, ahogyan ők is jogi pragmatistáknak mutatkoznak. Véleményük szerint az általuk "társadalom tudományának" nevezett tudományhoz egyszerre volt szükség empirikus tanulmányokra és önvizsgálatra - vagy ahogy ők fogalmaztak: "tapasztalatra és reflexióra".⁸⁵ Egy bíró nem egyszerűen megállapítja, hogy mi a célja valamilyen törvénynek vagy esetjognak, és aztán kitalálja, hogy milyen döntés vagy doktrína valósítja meg azt a legjobban. Ehelyett magát a törvényt vizsgálja, és megpróbálja kikövetkeztetni, hogy mi a mögöttes célja.⁸⁶ Így tehát akkor is, amikor egy bírónak vagy jogtudósoknak meg kell állapítania valamilyen jogintézmény mögöttes célját, nem egyszerűen meghatároz egy társadalmi célt, majd kitalálja, hogy melyik a leghatékonyabb eszköz ennek elérésére. Ehelyett azokat a feltételeket vizsgálja, amelyek mellett az intézmény jól működik, és amelyeket általánosan elfogadott legitimnek tartanak. Ahogy Hart és Sacks fogalmazott, az ilyen tapasztalatok és a tényleges gyakorlatra való reflexió "sokat elárul a társadalomtudósoknak ... annak az intézményrendszernek a végső céljairól, amellyel foglalkozik".⁸⁷

Hart és Sacks, kollégájuk, Lon Fuller nyomán, ezt az elemzési módszert "a társadalmi célok és a társadalmi eszközök közötti kölcsönhatásként" írta le.⁸⁸ Ez volt anyaguk és Fuller munkásságának átható témája.⁸⁹ Valószínűleg mindkettőjükre hatással volt John Dewey, aki a gyakorlati érvelés ilyen formájával járó filozófiai kérdéseket szélesebb körben vizsgálta.⁹⁰ A megközelítés a james-i értelemben vett *pragmatikusnak* minősíthető, mivel az absztrakciók - legyenek azok fogalmak, szabályok, elvek vagy egész jogintézmények - megfelelőségét annak alapján teszteli, hogy mennyire működnek jól a gyakorlatban.⁹¹ De - és ez a fontos pont - ez

84. HART & SACKS, *Supra* note at 73,107-08.

85. *Id.* 111.

86. Természetesen az "ő" általános névmásként való használata erősen anakronisztikus. Hart és Sacks egyértelműen férfi közönségnek írt. *Lásd pl. id.* 7. o. ("Tekintsük először is az emberi élet néhány egyszerű, de tipikus problémáját, ahogyan azok az egyén számára magánéleti és egyéni minőségében jelentkeznek. ... Vegyem el ezt a lányt?").

87. *Id.* 111.

88. *Id.* (idézi Lon L. Fuller, *American Legal Philosophy at Mid-Century-A Review of Edwin W. Patterson's Jurisprudence, Men and Ideas of the Law*, 36. LEGAL EDUC. 457,480 (1954)).

89. *Lásd pl.* „Fuller, *Supra* note 88; Lon L. Fuller, *Means and Ends*, in THE PRINCIPLES OF TÁRSADALMI REND 61-6561, (Kenneth I. Winston szerk., 2001).

90. JOHN DEWEY, AZ ÉRTÉKELÉS ELMÉLETE (1939). *Lásd még* Elizabeth Anderson, *Dewey's Moral Philosophy*, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY 17-18 (Edward N. Zalta szerk., 2014), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/dewey-moral/>.

91. *Lásd* HART & SACKS, *supra* note at 73, (147"A [szabály következetes alkalmazásának] szükségessége az absztrakciók általános megállapodásokban való alkalmazásának szükségességéből és a

attól függ, amit én a tapasztalat "tág értelmezésének" neveztem. Végül is a döntés előtt álló bíró nem *láthatja* annak az intézménynek a céljait, amelynek a hatáskörének a kiterjesztése vagy behatárolása a feladata. Tehát az empirikus információ önmagában nem elegendő, még "eljárási" kérdésekben sem. A jog éppen azért "ítélkező" vagy "prudenciális" társadalomtudomány, mert megköveteli az ügyvédtől, bírótól vagy jogtudóstól, hogy figyeljen saját intuícióira azzal kapcsolatban, hogy mi a "helyes" vagy "működőképes" - intuíciók, amelyeket a jogi egyetemi kurzus, amelyhez az anyagokat írták, arra hivatott, hogy beoltja őket.⁹²

III. A JOGI FOLYAMATELMÉLET KRITIKÁJA ÉS HÁROM VÁLASZ ERRE A KRITIKÁRA

A folyamatelméletnek ez a tendenciája, hogy a tényeket és az értéket egymástól függőnek tekinti, talán ez vezetett az ellene irányuló támadásokhoz. Még ha az értékek nem is olvashatók le közvetlenül a gyakorlatokból, úgy tűnt, hogy kevés erkölcsi forrást kínál a társadalmi és jogi intézmények egész kategóriáinak *tömeges* elítéléséhez. Így egy olyan időszakban, amikor az amerikai társadalomban éles erkölcsi konfliktusok kezdtek kialakulni, mind a polgárjogi mozgalom, mind pedig a vietnami háború körül, a jogi folyamatok megközelítése önelégültnek és konzervatívnak tűnt.⁹³

A folyamatelméletet két különböző oldalról is támadás érte, mert túl rózsás képet alkotott a jogi intézmények működéséről. Először is, közgazdászok és politológusok megkérdőjelezték azt a feltételezést, hogy a törvényhozás és a bíróságok valóban olyan társadalmi célokat követnek, mint amilyeneket Hart és Sacks tulajdonított nekik. Kenneth Arrow munkásságának meglátásaira építve a közválasztás-elméleti szakemberek igyekeztek feltárni és megmagyarázni, hogy milyen nehéz - sőt, bizonyos feltételek mellett lehetetlen - a szavazási eljárások segítségével kollektív döntéseket hozni.⁹⁴ Ráadásul az ilyen elméletalkotók által alkalmazott modellek szerint az intézményi szereplők saját érdekeiket követték, ami a törvényhozók esetében jellemzően az újraválasztást jelentette.⁹⁵ Így az az elképzelés, hogy az egyik

az ebből adódó elkerülhetetlen meghatározatlanság. Az absztrakció megfogalmazása önmagában a tapasztalat racionalizálása - szervezése vagy mintázása. Mint már hangsúlyoztuk, az emberi életet és a társadalmi életet semmiképpen sem lehetne elgondolni vagy irányítani, ha ez az erőfeszítés nem történné meg.").

92. *Id.* 107., 179. o. ("Az ügyvédi képzés szükséges ahhoz, hogy a bírói kreativitás megfelelő terjedelmének megalapozott megítéléséhez.").

93. Elizabeth Mensch, *The History of Mainstream Legal Thought*, in: A JOG POLITIKÁJA: A PROGRESSIVE CRITIQUE 23, 36-38 (David Kairys szerk., 1998). *Lásd még* PURCELL, *supra* note 72, 272. o. ("A relativista elmélet [a háború utáni értelmiségiek általánosságban], a maga előíró-leíró kétértelműségével biztosította azt a logikai átjárót, amely lehetővé tette, hogy az Amerika normatív koncepciója beszéljen és átvegye az akadémiai társadalmi és politikai gondolkodás nagy részét. Ez segített megmagyarázni azt is, hogy miért fogadhatott el oly sok tudós - maga is intelligens, becsületos, humánus és demokratikus - egy olyan ideológiát, amely valójában egy meglehetősen tökéletlen status quo igazolására szolgált").

94. KENNETH J. ARROW, TÁRSADALMI VÁLASZTÁS ÉS EGYÉNI ÉRTÉKEK (1951). A vonatkozó szakirodalom áttekintését *lásd*: DENNIS C. MUELLER, PUBLIC CHOICE (1979).

95. *Lásd* Edward L. Rubin, *The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions*, 109 HARV. L. REV. 1393, 1398-99 (1996) (idéz és tárgyalja az ilyen

hogy a törvényhozás vagy akár a bíróságok tevékenységében koherens és közérdekű célokat tudnának felismerni, naivnak ⁹⁶tűnt.

Ugyanakkor a kritikus jogtudósok történelmi kritikákat fogalmaztak meg, amelyek megmutatták, hogy a jogi rendszerek és intézmények hogyan szolgálták egyes osztályok hatalmának fenntartását. Morton Horwitz például azzal érvelt, hogy a fellebbviteli bírák a tizenkilencedik században különböző magánjogi doktrínákat manipuláltak annak érdekében, hogy a vasutak és más vállalkozások ne viseljék azokat a költségeket, amelyeket a gyors iparosodás a társadalomra rótt. ⁹⁷ Gordon professzor általánosította a lényegét, és azzal érvelt, hogy az általa "historizálónak" nevezett érvek jelentős veszélyt jelentenek a jogtudomány hagyományos formáira, nemcsak azért, mert megcáfolják azt az elképzelést, hogy a jog megfelelően reagál a "társadalmi szükségletekre", hanem azért is, mert eleve nem léteztek természetes módon felmerülő "társadalmi szükségletek", hanem csak ellentétes érdekek voltak - érdekek, amelyek maguk is a jog termékei voltak. ⁹⁸

Bár különböző ideológiai indíttatásból és módszertani szempontból eltérő módon indult, mindkét kritika hatékonyan igyekezett aláásni a folyamatelmélet feltevéseit azáltal, hogy megmagyarázta, *mi is történik valójában az amerikai jogi gyakorlatban*. Ezért együttesen *magyarázó kritikaként* fogok hivatkozni rájuk.

A következőkben a magyarázó kritikára adott válaszok három fajtáját igyekszem azonosítani. Nem azt állítom, hogy mindegyiket tudatosan fogalmazták meg, vagy fogalmazták meg ilyen válaszként (bár legalább az egyiket igen). Ehelyett az a célom, hogy megmutassam, hogy mindegyik olyan modellt kínál a bírói érvelés (és általában a gyakorlati érvelés) számára, amely valamilyen módon figyelembe veszi az imént említett történelmi és társadalomtudományi kritikákat. Mivel a magyarázó kritika ugyanannak az alapvető dilemmának egy másik változatát mutatja be, amellyel a pragmatizmus a kezdetektől fogva foglalkozott - a tények és az értékek összeegyeztetésének kísérlete -, nem meglepő, hogy mindegyik válasz ismerős pragmatista stratégiákat alkalmaz. Ezeket a pragmatizmus instrumentalista, quietista és holisztikus változatának nevezem.

96. Lásd Frank H. Easterbrook, *Ways of Criticizing the Court*, 95 HARV. L. REV. 802, 823-31 (1982) (Arrow lehetlenségi tételét alkalmazza a Legfelsőbb Bíróságra, hogy megmutassa, hogy bizonyos hihető feltételek mellett lehetetlen, hogy a Bíróság az idők során következetes, elvszerű módon döntsön az ügyekben).

97. MORTON J. HORWITZ, *AZ AMERIKAI JOG ÁTALAKULÁSA, 1780-1860* (1977).

98. Robert W. Gordon, *Historicism in Legal Scholarship*, 90 YALE L.J. 1017, 1035 (1981) (kifejtve, hogy a kritikai történészek hogyan tudták megmutatni, "hogyan vesznek részt a jogi szövegek a társadalmi világ felépítésében, benépesítve azt a jog saját maga által kitalált teremtményekkel, absztrakt önrendelkező egyénnel és mesterséges társasági személyekkel, "érdekeket" tulajdonítva nekik, és eldöntve, hogy szenvedéseik mikor minősülnek felismerhető "károknak", és kifejtve továbbá, hogy "[a]z általában posztulált társadalmi szükségletek, amellet, hogy részben a jogrendszer konstrukciói, és nem a jogtól függetlenül, objektíven jelen vannak a társadalomban, gyakran ellentmondásban állnak egymással").

A. A hangszeres

Az első változatot *instrumentalistának* nevezem, mert a gyakorlati érvelésről szóló filozófiai irodalomban már használják ezt a kifejezést.⁹⁹ Az instrumentalista az általam "szűk" értelmezésnek nevezett módon értelmezi azt a fajta tapasztalatot, amely a hiedelmeket érvényesítheti, az érzékszervi tapasztalatokra korlátozva azt. E modell szerint a célokat és az eszközöket külön kell kezelni, mert míg az eszközökre vonatkozó meggyőződések a tapasztalat által igazolhatóak, a célok olyan "vágyak", amelyek nem képesek ilyen igazolásra.¹⁰⁰ Így, ha az egyén egyszer kitűz egy célt, akkor aztán érvelhet arról, hogy hogyan lehet a legjobban elérni ezt a célt. Magukat a célokat azonban nem lehet sem levezetni, sem felfedezni. Ez többé-kevésbé ugyanaz az érvelési modell, mint amit Cooknál láttunk. Ha tovább akarunk visszamenni, valószínűleg valami hasonlót találhatunk Holmesnál, talán a leghíresebb jogi pragmatikusnál.¹⁰¹ Mindenesetre az instrumentalizmus ma is az érvelésnek a társadalomtudományok nagy részében feltételezett standard modellje.¹⁰²

Az instrumentalista válasz a magyarázó kritikára az, hogy elfogadja azt. Valójában, mint már említettük, a kritikát részben közgazdászok indították el, akik úgy vélték, hogy a jogi folyamatok azon törekvése, hogy általános társadalmi célokat tulajdonítsanak a jogi intézményeknek, éppen azért nem sikerült, mert nem nyújtott kellően reális képet arról, hogy az emberi lények hogyan gondolkodnak arról, hogy mit tegyenek.¹⁰³ Az egyéneknek jellemzően nagyon konkrét céljaik vannak, és megpróbálják maximalizálni az esélyeiket ezek elérésére.

A bírói instrumentalizmus legismertebb mai képviselője Posner bíró, bár ezt az állítást gyorsan szeretném pontosítani. Posner bíró sokat írt a jogi pragmatizmus témájában, és véleményem szerint nem minden írása illik az instrumentalizmushoz.¹⁰⁴ Engem azonban inkább az ideáltípusok közötti különbségtétel érdekel, és Posner bíró legalábbis néhány helyen világosan megfogalmazta az instrumentalista nézetet. Hangsúlyozta például a "célokról" való érvelés viszonylagos hiábavalóságát az eszközökhöz képest.¹⁰⁵

99. Lásd Elijah Millgram, *Practical Reasoning*: Millgram szerk., 2001); R. Jay Wallace, *Practical Reason*, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (11Edward N. Zalta szerk., 2014), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/practical-reason/>.

100. Lásd Millgram, *Supra* 99. lábjegyzet, 5. o. (megjegyezve, hogy az instrumentalizmus gyakran kötődik a "hit-vágy pszichológiához").

101. Oliver Wendell Holmes, *A törvény útja*, BOS. L. SCH. MAG Feb., 1897, 11.

102. Wallace, 99, 11. o.; Millgram, 11. o.; Millgram, 11. o. 99, 4.

103. Lásd Rubin, *fenti* megjegyzés, 95, 1398-99. o.

104. *Lásd pl.*, Richard A. Posner, *The Jurisprudence of Skepticism*, MICH 86. L. REV. 827, 838-39 (1988) (helyesli az ész egy olyan formáját, amelyet "gyakorlati észnek" nevez, amelyet "a vizsgálati és meggyőzőési módszerek zsákmánya" alkot, és amely gyakran "a bizonyosság olyan magas fokát adja, mint a logikai bizonyítások").

105. RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY (282003) [a továbbiakban: POSNER, LAW, PRAGMATISM] (kifejtve, hogy "az eszközök a célokhoz képest relatívak, és a cél megválasztásához másfajta érvelésre van szükség. De a cél megválasztásának nem kell, talán nem is lehet az érvelés terméke"); Richard A. Posner, *Reply to Critics of The Problematics of Moral and Legal Theory*, 111

Posner bíró szerint a tudás a "megküzdés eszköze", ami azt jelenti, hogy az emberek számára azok a kérdések a legalkalmasabbak, amelyek valamilyen előzetes célt feltételeznek.¹⁰⁶ De a megfelelő célok vagy a legfontosabb értékek mibenlétéről szóló vitákat nem lehet racionálisan eldönteni. Ehelyett "az a fajta érvelés, amely a labdát a pályán mozgatja, az eszközökről való tanácskozás".¹⁰⁷ E nézet szerint az erkölcsi elvek racionális kritikájának egyetlen alapja az, ha megmutatjuk, hogy azok hatástalan eszközök bizonyos társadalmi célok elérésére.¹⁰⁸

Posner instrumentalizmusát ugyanolyan megfontolásokra alapozza, mint amilyenek a magyarázó kritikát motiválják. A világról alkotott naturalista, darwinista képet vallja, amelyben az emberi természet a *homo sapiens* természetes szelekcióban elért sikereinek a terméke.¹⁰⁹ Ebből a tényből néhány további tényre következtethetünk azzal kapcsolatban, hogy az ember milyen érvelésre képes. Ez például arra utal, hogy "értelmi képességeink [a] helyi fizikai és társadalmi környezetünk manipulálására irányulnak".¹¹⁰ Éppen ezért "nem lehetünk optimisták azzal kapcsolatban, hogy képesek vagyunk-e felfedezni metafizikai entitásokat, ha vannak ilyenek (amelyeket nem ismerhetünk), akár a filozófia, akár a kutatás bármely más módja révén".¹¹¹

Hasonló okok miatt Posner ugyanolyan kevésbé támaszkodik az erkölcsi érvelésre, mint a metafizikai elméletekre, különösen az ítélkezéssel összefüggésben. Az ő fajta pragmatista bíróját elsősorban az érdekli, hogy ésszerű eredményt érjen el abban a konkrét kontextusban, amelyben az ügy felmerül, és kevésbé bízik az olyan általános elvek erejében, mint a "méltányosság, igazságosság, autonómia és egyenlőség", amelyek ehhez hasznos útmutatást nyújtanak. Posner színesen fogalmazza meg a lényegét:

A pragmatikusok úgy gondolják, hogy ha az alkotmányos kérdés az, hogy mondjuk a nem honosított bevándorlók gyermekei jogosultak-e ingyenes közoktatásra, vagy hogy a közoktatásra fordított egy tanulóra jutó kiadásokat ki kell-e egyenlíteni az iskolai körzetek között, vagy hogy az ima megengedett-e az állami iskolákban, akkor az alkotmányjogásznak tanulmányoznia kell az oktatást, a bevándorlást, az államháztartást és a vallást.

HARV. L. REV. 1796, 1803 (1998) ("A releváns különbségtétel a célok és az eszközök feletti érvelés között van. Előadásaimban amellett érvelek, hogy az utóbbi produktív, az előbbi pedig nem produktív.").

106. POSNER, JOG, PRAGMATIZMUS, lásd a105, fenti lábjegyzet.42, 52.

107. Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 111 HARV. L. REV. 1637, (1980). *Lásd még id.* 1669. o.

108. *Id.*, 1668. o. ("Amit a tudósok tehetnek - de ez nem tartozik az erkölcselméletnek -, az az erkölcsi kódexek kritizálása azáltal, hogy megmutatják, hogy hiányzik belőlük a funkcionalitás, az instrumentális hatékonyság vagy a racionalitás.").

109. POSNER, LAW, PRAGMATISM, *supra* note 105, at 4 ("A filozófiai pragmatizmus első és talán legalapvetőbb tézise, legalábbis a filozófiai pragmatizmus azon fajtája, amelyet én a leginkább rokonszenvesnek találok ... , az, hogy Darwinnak és evolúcióbíológiai utódainak igazuk volt abban, hogy az emberek csupán okos állatok.").

110. *Id.* 4.

111. *Id.* 5.

ahelyett, hogy az alkotmányelmélet bódító gőzét szívják be, hogy jobban manipulálhassák az üres szlogeneket (mint például "az [egyház és az állam közötti] szétválasztás fala") és a kérdéseket megkérdőjelező ürességeket (mint például "egyenlőség" és "alapvető jogok"). Melyik értelmes ember hagyná magát ilyen nehéz, vitás és tényekkel teli kérdésekben egy filozófus vagy annak jogászprofesszori hasonmása által irányítani?¹¹²

Ehelyett Posner arra ösztönzi a bírákat, hogy viszonylag alacsony szintű általánosságban hozzanak döntéseket, szem előtt tartva azok várható következményeit. Emiatt az e következmények előrejelzését segítő társadalomtudományok sokkal hasznosabb forrásokat kínálnak mind az általános elmélet, mind az empirikus információk tekintetében, mint a normatív elméletalkotás.¹¹³ Ugyanakkor Posner úgy véli, hogy a történelem hasznos módot kínál arra is, hogy leleplezze bizonyos jogi doktrínák vagy gyakorlatok irracionálisát - ismét csak úgy, ahogyan a kritikus jogtörténészek tették ezt a joggyakorlattal szemben általában.¹¹⁴

A. A csendőr

A quietista a tapasztalat fentebb említett "széles" szemléletét vallja, amely lehetővé teszi, hogy az ember érzelmi reakciói vagy erkölcsi intuíciói hozzájáruljanak az erkölcsi és jogi kötelezettségvállalások igazolásához. A quietista azonban nem támaszkodik a tapasztalatnak erre a tág felfogására, hogy megkérdőjelezze az instrumentalista naturalista ontológiáját, amelyben az ember erkölcsi és kognitív képességeit a természetes szelekció termékeként értelmezi. Ugyanezen okból kifolyólag a quietista nem érzi magát rákényszerítve, hogy tagadja a jogi folyamatfeltevések magyarázó kritikáját. Ehelyett a quietista egyszerűen irrelevánsnak tekinti az ilyen magyarázó állításokat - legyenek azok metafizikaiak vagy kauzálisak - az olyan gyakorlati kérdések szempontjából, amelyekkel a bírának szembe kell nézniük.¹¹⁵ Az ilyen állításokat átértelmezi a tennivalókra vonatkozó normatív állításokként.

A legcsendesebb válasz eredete legalább Lon Fullerig és Henry Hartig vezethető vissza. Fuller például többször hangsúlyozta, hogy egy jogelmélet megfelelőségének megfelelő tesztje abban rejlik, hogy milyen következményekkel járna az elmélet azokra nézve, akik arra támaszkodnak vagy arra hivatkoznak.¹¹⁶ Az úgynevezett Hart-Fuller vitához való hozzájárulásában dicsérte Hartot, amiért elismerte, hogy "a definíciókat a

112. *Id.* 79-80.

113. *Id.* 76-79.

114. *Id.* at Lásd 6.még Richard A. Posner, *Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship*, 67 U. CHI. L. REV. 573, 579-606 (2000).

115. Ily módon tágabb értelemben használom a kifejezést, mint azok a filozófusok, akik a kifejezetten meta-metafizikai álláspontra utalnak vele, amely tagadja a metafizikai viták értelmességét vagy hasznosságát. A quietizmusról lásd Charles Barzun, *Metaphysical Quietism and Functional Explanation in the Law*, 34 LAW & PHIL. 89, 92 (2015).

116. LON L. FULLER, THE LAW IN QUEST OF ITSELF 2-3 (azt javasolva, hogy a jogtudományi vitákat úgy kell megítélni, hogy feltesszük a kérdést: "[a]z egyik vagy a másik nézet elfogadása befolyásolná-e azt, ahogyan a bíró, az ügyvéd, a jogi tanár vagy a joghallgató a munkanapját tölti?").

"mi a jog valójában", nem pusztán a tapasztalat valamilyen adatának képei, hanem irányjelzők az emberi energiák alkalmazásához".¹¹⁷ Henry Hart hasonló módon kritizálta Holmesnak a "rossz ember" heurisztikáját, megkérdezve: "Miért segít ez, hacsak nem azért, hogy hatékonyabb tanácsadói [sic] legyünk a rossznak, soha nem értettem Egy ügyvéd, aki akár az ügyfelét, akár a szakmáját szolgálja.

nos, ha a tanácsát pusztán arra alapozza, hogy az ügyfelét milyen valószínűséggel kapják el, és mi történne, ha elkapnák?"¹¹⁸

Fuller a saját jogtudományi felfogását "pragmatikusnak" nevezte, méghozzá jó okkal. Úgy tűnik például, hogy beváltja James reményét, miszerint az elméletek "eszközökké válnak, nem pedig rejtélyekre adott válaszokká, amelyekben megpihenhetünk", hogy "előrehaladhassunk, és esetenként a segítségükkel újra természetet teremthessünk".¹¹⁹ Egy elmélet megfelelőségét a gyakorlatra és a cselekvésre gyakorolt hatása alapján vizsgálja. És az elmélet ilyen felfogása alapján dolgozta ki mind ő, mind Hart a jogi intézményeknek *A jogi folyamat* tananyagában oly emblemikus célracionalista értelmezését - amelyet mindketten az emberi viselkedésre vonatkozó jogrealista feltételezésekre adott kifejezett válaszként védtek.¹²⁰

Napjainkban a legbeszédeesebb modern kori quietista a néhai Ronald Dworkin.¹²¹ Érdekes módon Dworkin igyekezett elhatárolódni attól az "instrumentalista" jogfelfogástól, amelyet Hartnál és Sacksnál talált, és egyik fő jogtudományi célpontját "pragmatizmusnak" nevezte.¹²² De nem nehéz belátni, hogy "értelmező" módszertani megközelítése az imént ismertetett fulleriánus megközelítés közeli rokona. A *Law's Empire* című könyvében Dworkin amellettt érvelt, hogy a bírák "konstruktív értelmezési aktusokat" végeznek, amelyek során rendet tesznek az adott ügy szempontjából releváns jogi anyagokban, hogy a lehető legjobb erkölcsi értelmet nyerjék belőlük.¹²³ És a jogfilozófus ugyanezt teszi a joggyakorlattal összességében, úgy értelmezi azt, hogy a legjobb megvilágításba helyezi, hogy ennek eredményeként a gyakorlat javuljon.¹²⁴

117. Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart*, 71 HARV. L. REV. 630, 632 (1957).

118. Henry M. Hart, Jr., *Holmes' Positivism-An Addendum*, HARV64. L. REV. 929,932 (1951).

119. JAMES, *Supra* note at13, Ez53. nem azt jelenti, hogy James quietista volt. Teljesen nyilvánvalóan nem volt az, mert metafizikai elméleteket dolgozott ki. *Lásd* HILARY PUTNAM, PRAGMATISM: AN OPEN QUESTION 22 (1995) (utalva James "tagadhatatlan metafizikai hajlamára"). De az, hogy egy hitrendszer következményeire összpontosít, nem pedig metafizikai hitvallására, a pragmatizmus központi jellemzője, és véleményem szerint ez motíválja a quietista fordulatot - legalábbis a normatív jellegű quietizmusét, amelyre itt gondolok. A quietizmus egy kevésbé normatív, inkább leíró vagy "genealógiai" fajtájának tárgyalását *lásd* Barzun, *Supra* 115. lábjegyzet.

120. HART & SACKS, *fentebb*, 73,108. lábjegyzet; FULLER, *fentebb*, 108. lábjegyzet. 116.

121. Nem én vagyok az első, aki ezzel a címkével illeti Dworkint. *Lásd pl.* Tristram McPherson, *A quietista normatív realizmus ellen*, PHIL154. STUD. n. 223,2243 (2011).

122. RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 6-7 (1977) (instrumentalizmus); RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1511986) [a továbbiakban DWORKIN, EMPIRE] (pragmatizmus).

123. DWORKIN, EMPIRE, *fenti* jegyzet, hivatkozás:122, (2). 52.

124. *Id.* 90.

Amint azt más tudósok is megfigyelték, Dworkin érdemi jogelmélete - a jogi gyakorlat saját "konstruktív értelmezése" - szintén magán viseli a jogi folyamatelmélet jegyeit.¹²⁵ Korai munkáiban ugyanarra a megkülönböztetésre hivatkozott az "elvek" és a "politikák" között, mint Hart és Sacks. Később pedig olyan jogértelmezést kínált, amelyet "a jog mint integritás" néven emlegetett, és amely a bírói döntéshozatalhoz ugyanolyan céltudatos, elveken alapuló megközelítést követel, mint amit Hart és Sacks "indokolt kidolgozásnak" nevezett.¹²⁶ Mindketten úgy képzelik el a bíró feladatát, hogy deduktív következtetéseket von le a társadalmi gyakorlatok mögöttes céljaiból levezetett általános elvekből.

A hagyományos vélekedés szerint Dworkin kiterjesztette és elmélyítette Hart és Sacks elemzését azzal, hogy "tartalmasabb", erkölcsi alapot adott neki. Szerinte a bírák megfelelően az olyan szubsztantív erkölcsi elvekre alapozzák döntéseiket, mint az egyenlőség és a szabadság. Nem kell őket "eljárás" feltételekkel kaszálni, amelyek azt állítják, hogy "semlegesek" a versengő erkölcsi víziók vagy politikai ideológiák között.¹²⁷

Van némi igazság ebben a nézetben, de érdemes felismerni, hogy Dworkin csak úgy biztosította a sűrűbb erkölcsi beszámolót, hogy nem volt hajlandó ontológiai állításokat tenni az ember vagy a társadalom természetéről. Itt lép be a quietizmusa. Dworkin válasza az általa a bírának tulajdonított érvelési móddal szembeni szkeptikus támadásokra - legyen szó akár a "morális tények" valóságát tagadó meta-etikai, akár a kritikai-történeti szkepticizmusról, amely azt akarja megmutatni, hogy a jogi doktrínák hogyan alakultak ki a hatalmasok érdekeinek szolgálatában -, a bírák normatív impotenciájának bizonyítása. Ami a meta-etikai kritikát illeti, Dworkin tagadja, hogy az ilyen "külső szkepticizmus" érthető támadást jelenthetne az érdemi morális álláspontok ellen.¹²⁸ Ami pedig a történelmi kritikákat illeti, ragaszkodik ahhoz, hogy ezek rossz formájú érvek, mert nem eléggé gyakorlatias irányultságúak. Azt állítják, hogy a jogi anyagokat *magyarázzák*, holott amit a döntés előtt álló bíró keres, az útmutatás egy döntés *indoklása* formájában az egyik vagy a másik irányba.

125. Vincent A. Wellman, *Dworkin és a jogi eljárás hagyománya: The Legacy of Hart & Sacks*, ARIZ29. L. REV. 413,470 (1987); William N. Eskridge, Jr. & Gary Peller, *The New Public Law Movement: Moderation as a Postmodern Cultural Form*, MICH89. L. REV. 707,731 (1991) (megjegyezve, hogy "[a]z 1950-es évek jogi folyamat-szintézise és Ronald Dworkin "a jog mint integritás" elmélete között néhány feltűnő hasonlóság van").

126. DWORKIN, EMPIRE, *fenti* jegyzet, 122,225-76. o.; HART & SACKS, *fenti* jegyzet, 73,143-49. o.

127. *Lásd pl.*, Eskridge & Peller, *supra* note 125, at 731 ("Dworkin munkája nem "csak" jogi folyamat, mert öntudatosan értékeli. A bírónak a jogi szöveget a "lehető legjobban" kell tennie, és Dworkin felismeri, hogy ez azt jelenti, hogy a bírónak tartalmi kritikusnak és folyamatszintetizátornak is kell lennie.").

128. DWORKIN, EMPIRE, *supra* 122. lábjegyzet, 82. o. ("Mivel a külső szkepticizmus nem ad okot [egy érdemi erkölcsi nézet] visszavonására vagy módosítására, nem ad okot [az erkölcsi nézet objektivitásának állítására] sem"). Dworkin bővebb védelmet adott metaetikai elméletének (pontosabban annak tagadásának, hogy szükség van rá) Ronald Dworkin, *Objectivity and Truth: You'd Better Believe it*, 25 PHIL. & PUB. AFF. 87, 88-89 (1996). A kérdéssel szembeni legfrissebb vitáját lásd: RONALD DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS 23-96 (2011) [a továbbiakban DWORKIN, HEDGEHOGS].

más, ezekből az anyagokból származó egyéb.¹²⁹ Dworkin a *Justice for Hedgehogs* című könyvében még tovább ment, és azt állította, hogy az érték teljes területe "független" a tények területétől.¹³⁰

Ezek az észrevételek nem jelentenek kritikát. Bizonyos értelemben csak még inkább alátámasztják Dworkin pragmatista hitvallását. Sőt, Richard Rorty számára - aki maga is egy quietista hajlamú ember - éppen az, hogy Dworkin elutasítja az "objektivitás" követelményét, indokolja, hogy őt a pragmatisták közé sorolják.¹³¹

De jól illusztrálja, hogy Dworkin beszámolója a jogi gyakorlatról miben különbözik Fuller és Hart beszámolójától. Annak érdekében, hogy igazolni tudják, hogy a bírák feladata az elvek alkalmazása és a jogszabályok céltudatos értelmezése, Fuller és Hart úgy érezte, hogy kénytelen az emberi természetről és a társadalomról olyan beszámolót adni, amely elutasítja a jogi realista kritikákban rejlő nézetet. A liberális és demokratikus intézményeket az "emberi létezés néhány alapvető ténye" alapján igyekeztek megalapozni - különösen azon közös érdek alapján, hogy az embereknek közös érdekük a társadalmat összetartó intézmények fenntartása, még akkor is, ha a társadalom változik és fejlődik, hogy megfeleljen az új igényeknek (a "jogi folyamat" másik jelentése a folyamat).¹³² Nos, Fuller és Hart talán nem volt sikeres abban, hogy ilyen "alapvető tények" alapján, az alapoktól kezdve értékeket teremtsen, és talán természetesen vették a politikai konszenzus azon szintjét, amely az Egyesült Államokban a háború utáni időszakban, amelyben írtak, létezett. De legalább felismerték a tények és az értékek közötti szakadékot, mint *problémát*, még ha végül nem is sikerült megoldaniuk.¹³³

A quietista Dworkin ezzel szemben tagadja, hogy létezne ilyen probléma. Ehelyett végül is "teljesen hamis filozófiai projekteknek" nevezi azokat az erőfeszítéseket, amelyek arra irányulnak, hogy "'kibékítsük' az erkölcsi és a természeti világot", vagy "összehangoljuk a "gyakorlati" perspektívát, amelyet életünk élése során veszünk fel, azzal az "elméleti" perspektívával, amelyből a természet részeként tanulmányozzuk magunkat".¹³⁴

129. DWORKIN, EMPIRE, *supra* 122. lábjegyzet, 13., 273. o. (azzal érvelve, hogy az ilyen kritikai történetek "genetikailag írják le a jogot", és ezáltal "komoly félreértést tükrözhetnek a szkeptikus álláspont megalapozásához szükséges érvelés típusát illetően: az érvelésnek inkább értelmezőnek, mint történeti jellegűnek kell lennie").

130. DWORKIN, HEDGEHOGS, *fenti* megjegyzés, hivatkozás:128, (2) . 17.

131. Rorty, *supra* note 10, at 1811 ("Igaz, hogy Ronald Dworkin még mindig a pragmatizmust szidja, és ragaszkodik ahhoz, hogy a nehéz jogi kérdésekre "egyetlen helyes válasz" létezik. Másrészt Dworkin azt mondja, hogy nem akar többé 'objektivitásról' beszélni."). Rorty saját quietizmusának bizonyítékait lásd: Richard Rorty, *Naturalism and Quietism*, in NATURALISM AND NORMATIVITY 44 (Mario De Caro & David MacArthur szerk., 2010).

132. HART & SACKS, *fenti* megjegyzés, 73,1-2. pont. *Lásd* Barzun, *Supra* note at 74,44.

133. Talán ez az oka annak, hogy Hart és Sacks a Jogi folyamat című tananyag első fejezetét minden más fejezetnél gyakrabban írta át, és ezért nem érezték magukat eléggé biztosnak ahhoz, hogy kiadják. *Lásd* William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *An Historical and Critical Introduction to THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW*, *supra* note 73, at li, xc (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey eds., 1994).

134. DWORKIN, HEDGEHOGS, *fenti* megjegyzés, hivatkozás:128, (2) . 9.

B. A Holist

A holisztikus, akárcsak a quietista, a tapasztalat "széles" szemszögéből szemléli a tapasztalatot. Éppen ezért - szintén a quietistához hasonlóan - úgy véli, hogy erkölcsi tapasztalatunk valódi útmutatóként szolgálhat a gyakorlati döntéshozatalhoz. De a quietistával ellentétben ő nem utasítja el a lehetséges metafizikai vagy kauzális magyarázatokat, mint a gyakorlati érvelés szempontjából irrelevánsakat. Ehelyett az ilyen magyarázatokat potenciálisan relevánsnak tartja az erkölcsi indoklás szempontjából, és - ami még ellentmondásosabb - fordítva. Érvelése *holisztikus*, mert a ténybeli és értékelő megfontolásokat egymástól függőnek tekinti.¹³⁵

A quietistákhoz hasonlóan Hartban és Fullerben is megtalálhatjuk a holizmus gyökereit. A már említett "eszközök és célok kölcsönhatásáról" szóló beszédük valóban ilyen holisztikus hajlamokat tükröz.¹³⁶ A gondolat az volt, hogy racionálisan átértékelhetjük értékeinket vagy céljainkat az elérésükhöz szükséges eszközök fényében, vagy azért, mert az eszközök túlságosan megterhelőek, vagy - ami még érdekesebb - azért, mert az eszközök egy új, korábban nem látott vagy nem értékelt értéket jeleznek, amelyet érdemes követni. A bíraskodás természetének elemzése során Fuller például arra a tényre reflektált, hogy két tény mindkettő igaznak tűnt: (1) Ahhoz, hogy az adjudikáció racionális legyen, kell lennie valamilyen mércének, amelyet a bíró az ügy tényeire alkalmaz a fél felelősségének vagy követelésének érvényességének megállapításakor (értékpremissza), de (2) úgy tűnt, hogy a felek akkor is elfogadják az adjudikáció eredményeit, ha nem áll rendelkezésre egyértelműen megállapított szabály (ténypremissza), amely mérceként szolgálhatna.¹³⁷ Ezekből a premisszákból Fuller arra következtetett, hogy a bíróságok racionálisan dönthetnek ügyekben a közösség mögöttes céljaiból levezetett elvek szerint, még akkor is, ha maguk az elvek nem ismertek vagy nem ismerték el az adott közösségen belül mindenki által.¹³⁸

Ez az érvelés természetesen további előfeltételektől függ, nevezetesen (3) attól, hogy a felek az eljárás racionalitásába vetett hitükkel magyarázzák a bírói ítéleteket, és (4) hogy ez a hit valóban megalapozott. Fuller felismerte ezeket a premisszákat, és elismerte, hogy azok hamisak lehetnek.¹³⁹ A lényeg azonban az, hogy folyamatosan kereste a módját annak, hogy értelmet adjon *mind* a tisztességes eljárások és legitim jogintézmények mibenlétére vonatkozó (erkölcsi) intuícióinak, mind pedig a

135. A "holizmus" kifejezés használata itt félrevezető lehet, mert Dworkin a JUSTICE FOR HEDGEHOGS-ban az "értékholizmus" kifejezést használja saját nézete leírására. Lásd DWORKIN, HEDGEHOGS, *supra* 128. lábjegyzet, 120. pont. Az a fajta holizmus, amelyre én gondolok, holisztikusabb, mert mind az értékelő, mind a tényállításokat egymásra utalónak értelmezi. Lásd MORTON WHITE, A KULTÚRA FILOSZÓFIA: A HOLISZTIKUS PRAGMATIZMUS HATÓKÖRE (2002).

136. Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication* (Henry Hart Papers, Box Folder35, 8) (a Harvard Law School Library állományában).

137. *Id.* 9-12.

138. *Id.* 12.

139. *Id.*

(leíró) magyarázatok arról, hogy ezek az eljárások és intézmények hogyan működnek valójában.

Véleményem szerint a pragmatizmus holisztikus irányzatának modernkori képviselője David Souter volt bíró. Nem fogom teljes mértékben megvédeni ezt a jellemzést, mert ezt már megtettem máshol.¹⁴⁰ Az alapvető állítás azonban az, hogy Souter bíró a történelmet olyan módon tekinti relevánsnak a bírói érvelés szempontjából, amelynek csak a holisztikus megközelítés keretében van értelme. Különösen bíróként néha a történelmi körülményekre támaszkodott, hogy alátámassza vagy aláássa egy korábbi döntés jogi érvelését.

Hasonlítsa össze például Souter bíró különvéleményét a *Seminole Tribe kontra Florida*¹⁴¹ ügyben, valamint a *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania kontra Casey* ügyben megfogalmazott közös véleményben szereplő *stare decisis* elemzést.¹⁴² A *Seminole Tribe* különvéleményében Souter azzal érvelt, hogy a Bíróságnak nem kellene mérvadó precedensként kezelnie a *Hans kontra Louisiana ügyet*, egy 1896-os ügyet, amelyben a Bíróság úgy ítélte meg, hogy Louisiana immunis az egyik kötvénytulajdonos által indított perrel szemben, mivel az a döntés leginkább a Bíróság saját intézményi hatalmával kapcsolatos aggodalmának eredményeként magyarázható.¹⁴³ Ezzel szemben a *Casey-ügyben* a közös vélemény, amikor a *Roe kontra Wade ítéletet* helybenhagyta, megkülönböztette a *Roe-t* a *Lochner kontra New York* és a *Plessy kontra Ferguson* ügyektől azon az alapon, hogy az említett ügyek és az azokat felülbíró határozatok között eltelt évek alatt "a tények" vagy a "tények megítélése" oly módon változott, hogy a korábbi ügyeket joggal tekintették téves döntésnek. Még ha a "külön, de egyenlő" elv még elviselhetőnek is tűnt például 1896-ban, 1954-re világossá vált, hogy ez nem egyeztethető össze a törvény szerinti egyenlőséggel, ami a doktrína elvi megfordítását indokolta. A *Roe* óta eltelt években azonban nem történt hasonló változás a tényekben. Ezért Souter szerint a döntésnek meg kell maradnia.¹⁴⁴

A bírák ritkán hivatkoznak társadalmi, politikai vagy egyéb "külső" történelmi magyarázatokra a múltbeli esetek kapcsán, ahogyan Souter tette ezekben az esetekben.¹⁴⁵ Hogy ez sajnálatra vagy öröme ad-e okot, nem tartozik rám. A lényeg ehelyett az, hogy megmutassam, hogy használata a tények és az értékek, a történelem és a politikai filozófia holizmusát feltételezi, és hogy ezt olyan módon teszi, amely egy harmadik, különálló válaszra utal a magyarázó kritikára.

Emlékezzünk vissza, hogy az instrumentalista elfogadja a magyarázó kritikát, és helyesli a társadalmi célokkal és erkölcsi elvekkel kapcsolatos szkepticizmust, úgy tűnik, hogy

140. Ezt az érvelést továbbfejleszttem Charles L. Barzun, *Justice Souter's Common Law*, 104 VA. L. REV (megjelenés: 2018).

141. 517 U.S. (44,199676) (Souter, J., más véleményen).

142. 505 USA (833,1992843).

143. *Seminole Tribe*, U517.S. at (121Souter, J., más véleményen).

144. *Planned Parenthood*, U505.S., 861-64. sz.

145. Ezért vádolta Rehnquist főbíró a *Seminole Tribe* ügyben, hogy Souter bíró

2018]

JOGI

1029

"dokumentálatlan és erősen spekulatív joggyakorlati magatartás ... rossz szolgálatot tesz a Bíróság hagyományos ítélkezési módszerének". 517 U.S. at 68-69. o.

implikálni, míg a quietista a magyarázó kritikát normatív értelemben inertnek tekinti, majd a Dworkin-féle "konstruktív értelmezés" részeként erkölcsi elveket állít fel. A holisztikus azonban mind a normatív, *mind a* történelmi vagy magyarázó érveket relevánsnak tekinti egy jogi doktrína vagy rendszer végső gyakorlati értékelése szempontjából.¹⁴⁶ Ezért az ő válasza az, hogy elismeri a magyarázó kritika erejét, de továbbra is tudatában van annak a lehetőségnek, hogy egy adott eset konkrét tényei alapján a társadalmi célok és erkölcsi elvek jóindulatúbb története jobb általános magyarázatot adhat a gyakorlatra. Más szóval olyan magyarázatot keres, amely összeegyezteti a ténybeli meggyőződésekkel és a normatív ítéleteket.¹⁴⁷

Elismerem, hogy nem írtam le pontosan, hogy a holisztikus érvelési stílus hogyan működik. Fentebb bíráltam Cardozót a bírói eljárás kétértelmű jellemzése miatt, ugyanakkor nem ajánlottam semmi jobbat a holisztikus nézet nevében. Az egyetlen ellensúlyozó erénye talán az, hogy némileg nyersen fejezi ki azt a fajta "antinómiát", amelyről maga Cardozo is úgy gondolta, hogy áthatja a szokásjogot.¹⁴⁸ Ebben az esetben ez az antinómia a gyakorlati igazolás és az elméleti magyarázat követelménye között áll fenn - pontosan az a feszültség, amelyet Dworkin "kamu"-ként utasít el.

Ugyanezen okból kifolyólag a holisztikusok is joggal tarthatnak igényt arra, hogy a pragmatista hagyomány örökösei legyenek.¹⁴⁹ Bizonyos értelemben még komolyabban veszi, mint a pragmatisták másik két fajtája a James eredeti dilemmája által felvetett nehézséget - empirizmus és racionalizmus, optimizmus és pesszimizmus, idealizmus és materializmus, "szabad akarat" és determinizmus között.¹⁵⁰ Az instrumentalista egy naturalista ontológiát fogad el, amely egyszerre terméke és igazolása annak, hogy az érzékszervi tapasztalatot előnyben részesíti azzal szemben, amit érzelmi vagy "megélt" tapasztalatnak nevezünk. A quietista egy gyakorlati álláspontot fogad el (amely névlegesen elfogadja a naturalista ontológiát, de az erkölcsi vizsgálat szempontjából irrelevánsnak tekinti azt), mint a megélt tapasztalatnak való megfelelés eredményét és igazolását - csak azt követeli meg, hogy az összhangban legyen más erkölcsi elkötelezettségeivel.

146. *Lásd pl. , id.* at 122 n.17 (Souter, J., más véleményen), (kifejtve, hogy "éppen azért, mert a *Hans* annyira teljesen tarthatatlan a jogi elemzés érdemében, hogy az ember kénytelen máshol keresni, hogy megértse, hogyan tévedhetett a Bíróság ilyen nagyot").

147. Az ilyen jellegű érvelés más példáit lásd Barzun, *Supra* note (140, kézirat 33. o.). 41).

148. BENJAMIN N. CARDOZO, *THE PARADOXES OF LEGAL SCIENCE* (1928) ("A 4 megbékélés az összeegyeztethetetlenek, az ellentétek egyesítése, az ellentétek szintézise, ezek a jog nagy problémái.")

149. PUTNAM, *supra* note 119, at 19 ("Ha James nézetei mind életében, mind később ellenséges érzelmeket váltottak ki, mindig is vonzották a követőit is. És ha megkockáztathatók egy tipp, James világnézetének éppen az a vonása, amelyre utaltam - a tények, az elmélet, az érték és az értelmezés egymásra utaltságának víziója - az egyik forrása ennek a vonzalomnak.")

150. JAMES, fentebb, a 13, 12.

A holisztikus ember eközben a tapasztalatot tágan szemléli, felismeri a feszültséget a gyakorlati és az elméleti álláspontok között, amelyeket a tapasztalattal szemben képviselhet, és nem zárja ki előre, hogy melyik fog győzedelmeskedni, amikor egy adott gyakorlati döntés meghozatalára kerül a sor. Ez egy olyan pragmatizmus, amely "bár a tényeknek szenteli magát", ahogy James fogalmazott, "nem rendelkezik olyan materialista elfogultsággal, mint amilyennel a közönséges empirizmus küszködik", és így "egyáltalán nincs kifogása az absztrakciók megvalósítása ellen, mindaddig, amíg a segítségükkel a részletek között mozogsz, és azok valóban elvisznek valahová".¹⁵¹ Még ha a holisztikus soha nem is képes "megoldani" ezt a dilemmát, talán hajlandóbb lesz, mint a többiek, hogy azt tegye, amit Lon Fuller javasolt, és "őszintén elfogadja a feloldatlan konfliktus vagy feszültség állapotát érvelésünkben".¹⁵²

KÖVETKEZTETÉS: PRAGMATIZMUS ÉS JOG

Ennek az esszének a célja elsősorban leíró jellegű. Arra törekedtem, hogy megmutassam, hogy egyes nézetek (mint például Hart, Sacks és Dworkin), amelyeket jellemzően nem neveznek "pragmatistának", a pragmatista hagyomány részének tekinthetők, és hogy más, gyakran e címke alatt egy kalap alá vett nézetek másfajta gyakorlati érvelést ösztönöznek. Ezt a tézist azzal támasztottam alá, hogy bemutattam, hogyan reagálnak az egyes nézetek a korábbi jogászok és jogelméleti szakemberek által felvetett és megfogalmazott nehézségekre. A pragmatizmus fent tárgyalt három formája mindegyike elutasítja a jogi formalizmust, és mindegyikük a bírói érvelést valamilyen módon célzatosnak vagy "instrumentálisnak" tekinti, tágan értelmezve. De nem pusztán politikai szempontból különböznek egymástól, ahogy Rorty állította. Eltérnek abban, hogy a bírának hogyan kellene megfelelően érvelniük a tények és értékek tekintetében.

Hadd fejezzem be egy módszertani ellenvetés megválaszolásával, ami lehetővé teszi számomra, hogy egy utolsó, bevallottan spekulatív javaslatot tegyek. Valaki kifogásolhatja, hogy az ebben a tanulmányban alkalmazott értelmezői megközelítés egyszerre eredményez rossz történelmet és rossz filozófiát. Rossz történelem, mert nemcsak azért, mert figyelmen kívül hagytam az általam tárgyalt alakokról szóló összes létező történeti irodalmat, hanem mert a saját beszámolóim is hiányos. Csak egy maroknyi jogi gondolkodóra összpontosít, figyelmen kívül hagyja szellemi hatásaikat, kiragadja őket társadalmi és politikai kontextusukból, és általában anakronisztikusan kezeli őket. Ez a legrosszabb fajta whiggista, jogi irodalomtörténet. Rossz filozófia, mert nem csak azért nem vettem figyelembe az összes létező filozófiai irodalmat a mélymetafizikai, ismeretelméleti és jogtudományi kérdésekről, hanem a saját tárgyalásom is nyers és felületes. Figyelmen kívül hagytam a döntő fontosságú megkülönböztetéseket, és nem definiáltam a fogalmakat olyan pontossággal, amely szükséges lenne ahhoz, hogy a filozófiai vitákat előre mozdítsam.

2018]

JOGI

1031

151. *Id.* 72.

PRAGMATIZMUS

152. Lon L. Fuller, *Reason and Fiat in Case Law*, HARV 59. L. REV. 376,377 (1946).

előre. Posner bíró szavaival élve, ez egy igazi filozófus "jogászprofesszor koppintása".¹⁵³

Bizonyos mértékig bűnösnek vallom magam. Mindkét fronton van némi igazságtartalma a kifogásnak. De van egy hátsó szándék is, ami részben megmagyarázza a megközelítést. Bár a pragmatizmus minden egyes formáját úgy fogalmaztam meg, mint amely a gyakorlati érvelés egy bizonyos modelljét jelenti a *bíró* számára, nem nehéz belátni, hogy mindegyik nagyjából megfelel a különböző *jogtudósok* által alkalmazott elméleti érvelésnek is. Az instrumentalista a jogi közgazdászok és politológusok (legalábbis egy bizonyos, racionális választási módszerrel dolgozók) módszerét írja le. A quietista olyan módszert alkalmaz, amely nem különbözik a meta-etikai kérdéseket figyelmen kívül hagyó morálfilozófusoktól, valamint a doktrinalistáktól, akik tudományos törekvéseiket úgy védik, mint amelyek a jogi gyakorlat "belső" nézőpontját képviselik. A holisztikus megközelítés pedig a különböző történészek, szociológusok és "jog- és bölcsészettudományok" kutatóinak módszerei mögött állhat - legalábbis azoké mögött, akik valamilyen normatív implikációt igyekeznek kihozni tanulmányaikból.

Az, hogy a gyakorlati érvelésről szóló beszámoló az elméleti érvelés modelljeként is szolgálhat, nem különösebben meglepő, mivel a pragmatizmus egyik központi tanulsága az, hogy a kettő nem választható el tisztán egymástól.¹⁵⁴ De nem azért hagytam ki az említett diszciplináris hatások megemlítését, mert nem voltak hatással a jogi gondolkodásra; bizonyára voltak. Az ok inkább az volt, hogy elkerüljek egy bizonyos képet a mai jogelméletről, amely véleményem szerint mélyen beágyazott és torzító.¹⁵⁵ Ez a kép a jogot olyan társadalmi gyakorlatként ábrázolja, amelynek megvannak a maga sajátos "belső" forrásai, módszerei és értékei, de amelynek folyamatosan szembe kell néznie a "külső" tudományágak - legyen az történelem, közgazdaságtan, pszichológia, filozófia vagy irodalomelmélet - fenyegetéseivel.¹⁵⁶ E nézet szerint, bár a jog néha képes magába szívni e tudományágak meglátásait, ezt csak akkor teszi, ha saját szakmai és előírási igényeit szolgálja.¹⁵⁷ A bírák vagy jogelméleti szakemberek arra irányuló erőfeszítései, hogy más tudományágakat felhasználjanak, így egyfajta

153. POSNER, JOG, PRAGMATIZMUS, 105,79-80. o., *fentebbi* jegyzet.

154. *Lásd id.* 4. pont ("Az elméleti gondolkodás inkább a gyakorlati gondolkodással folyamatos, mint különálló emberi képesség."). Christopher Hookway, *Pragmatism*, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta szerk., 2016), <http://plato.stanford.edu/entries/pragmatism/> ("Az összes pragmatista, de leginkább Dewey, megkérdőjelezi azt az éles dichotómiát, amelyet más filozófusok az elméleti meggyőződések és a gyakorlati megfontolások közé vonnak.").

155. Ezt már korábban is megpróbáltam kifejteni, hosszasan, Charles Barzun, *Inside-Out: Beyond the Internal/External Distinction in Legal Scholarship*, VA101. L. REV. 1203 (2015).

156. *Lásd* Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Law and the Humanities*: YALE18 J.L. & HUMAN. 155, 165 (2006).

157. *Id.* 183-84. o. ("Központi érvünk . . . az, hogy az interdiszciplináris jogi tanulmányok sikerrel erősen befolyásolja a jogi egyetemek szakmai orientációja és a jogi normativitás előíró jellege.").

e tudományágak korrupciója. Innen ered a történészek gyakori panasza, hogy a jogászprofesszorok ""jogász hivatali történelmet"" írnak.¹⁵⁸

Ehelyett azt igyekeztem bemutatni, hogy a fent leírt érvelési módok, bár más területek tudósai is kidolgozták és finomították őket, mégis természetes módon, a jog és az ítélkezés középpontjában álló alapvető és tartós filozófiai problémákra adott válaszként merülnek fel. Ezért támaszkodtam a jogelmélet néhány jól ismert és befolyásos művére az elmúlt évszázadból, de nem úgy kezeltem őket, ahogyan egy történész tenné, vagyis mint egy adott szellemi és politikai kontextus termékeit. Ehelyett tudatosan úgy fogalmaztam meg őket, mint a jogi döntéshozatal által felvetett alapvető problémákról folytatott közös párbeszéd résztvevőit.

Hogy ne értsenek félre, hangsúlyoznom kell, hogy ezzel *nem azt* akarom sugallni, hogy a gyakorlati érvelés ezen módszerei a jog területére tartoznak, vagy hogy a jogászok és jogelméleti szakemberek valamilyen különleges rálátással vagy képességgel rendelkeznek, ami igazolja, hogy elutasítják a más tudományágakban dolgozók által felvetett meglátásokat és kritikákat. Csupán arra utalok, hogy a jognak az a tendenciája, hogy előíró követelményeket támaszt a bármely oldalról érkező intellektuális hozzájárulásokkal szemben, lehet - egy divatos kifejezéssel élve -, hogy ez nem hiba, hanem jellemző. És ez alatt *intellektuális* jellemzőt értek. Ugyanis nem csak a jognak kell folyamatosan megpróbálnia összeegyeztetni az elméleti és a gyakorlati követelményeket, hanem minden tudósnak és minden embernek is.

Ez visszavezet minket William Jameshez és a pragmatizmushoz. Bár ezt az esszét úgy fogalmaztam meg, hogy James filozófiai spekulációi hatással voltak a későbbi jogi gondolkodókra, érdemes megjegyezni, hogy a fegyelmi hatás a másik irányban is érvényesült. Talán nem volt véletlen, hogy a pragmatizmus születésének helyet adó "Metafizikai Klub" nyolc tagja közül négy jogász volt;¹⁵⁹ vagy hogy Charles Peirce egyiküket, Nicholas St. John Greent "a pragmatizmus nagyapjának" tartotta.¹⁶⁰ És talán nem pusztán véletlen, hogy James az igazság pragmatista felfogásának illusztrálására a common law bíró alakját használta.¹⁶¹ Ha mégsem,

158. *Id.* at 165.

159. Jerome Frank, *Konfliktus a feledéssel: Néhány észrevétel a jogi pragmatizmus alapítójáról*, 9 RUTGERS L. REV. 425, 427 (1954). A négyen Holmes, John Fiske, Nicholas St. John Green és Joseph B. Warner voltak.

160. *Id.* 428.

161. JAMES, fentebb, 13,240-41. pont.

A common law bírák néha úgy beszélnek a jogról ... hogy hallgatóságuk azt higgye, hogy a döntések előtt létező entitásokra gondolnak. . egyértelműen meghatározzák őket, és megkövetelik, hogy engedelmeskedjenek nekik. De a legcsekélyebb reflexió [sic] rávilágít arra, hogy ahelyett, hogy ilyen elvek lennének, [a jog] . . . [egy] eredmény[.]. A jogszerű és a

BRAGMATIZMUS
jogellenes magatartás közötti különbségek nem alakultak ki az emberek részletes tapasztalatainak kölcsönhatásai között; és semmi más módon nem alakulnak ki az igaz és a hamis közötti különbségek a hitben. Az igazság rátapad a korábbi igazságra, és eközben módosítja azt, ahogyan ... a törvény a korábbi igazságon.

akkor a szokásjogi hagyomány nem csupán egy sajátos, harmadik jogfilozófiát, hanem egy családnyi kapcsolódó nézetet eredményezhetett arról, hogy miként lehet a világról szóló tudást megszerezni, hogy azt a világban felhasználhassuk.¹⁶²

törvény. Adott a korábbi jog és egy újszerű eset, és a bíró új joggá csavarja őket.

162. Vö. Lee Epstein & Gary King, *A Reply*, U69. CHI. L. REV. 191,192 (2002) (szembeállítva a jogi tudományosság pusztán meggyőző céljait az empirikus kutatás céljaival, amelynek célja "a világ megismerése").