



DUKE JOGI KAR

Duke Law School Jogi Tanulmányok
Research Paper Series

November 87-i számú kutatási
dokumentum 2005

Az összehasonlító jog funkcionális módszere

Ralf Michaels
A Duke Egyetem jogi
professzora
michaels@law.duke.edu

Ez a tanulmány ingyenesen letölthető a Social Science
Network Electronic Paper Collection
(Társadalomtudományi Hálózat elektronikus
dokumentumgyűjteménye) honlapjáról:
<http://ssrn.com/abstract=839826>.

Szerzői jog 2005 Ralf Michaels

Az összehasonlító jog funkcionális módszere

Ralf Michaels*

Ez csak egy tervezet. A végleges változat a The Oxford Handbook of Comparative Law (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, szerk., megjelenik az Oxford University Press kiadónál) című kötetben fog megjelenni.

I. "A FUNKCIONÁLIS MÓDSZER"2

II. A FUNKCIONALIZMUSFOGALMAI5

1. NEOARISZTOTELÉSZI FUNKCIONALIZMUS 7
2. EVOLÚCIÓS FUNKCIONALIZMUS..... 9
3. STRUKTURÁLIS FUNKCIONALIZMUS 11
4. NEOKANTIÁNUS FUNKCIONALIZMUS..... 17
5. EKVIVALENCIA-FUNKCIONALIZMUS 19
6. FUNKCIONALISTA ÖSSZEHAONLÍTÓ JOG: SZINTÉZIS VAGY EKLEKTIKA ?
23

III. A FUNKCIÓ FUNKCIÓI.....25

1. AZ ISMERETELMÉLETI FUNKCIÓ: A JOG MEGÉRTÉSE.....26
2. AZ ÖSSZEHAONLÍTÓ FUNKCIÓ: FUNKCIÓ MINT *TERTIUM COMPARATIONIS*.....29
3. A VÉLELMÉZŐ FUNKCIÓ: *PRAESUMPTIO SIMILITUDINIS*..... 31
4. A FORMALIZÁLÓ FUNKCIÓ: EGY RENDSZER FELÉPÍTÉSE.....34
5. AZ ÉRTÉKELŐ FUNKCIÓ: A JOBB JOG MEGHATÁROZÁSA36
6. AZ UNIVERZALIZÁLÓ FUNKCIÓ: EGYSÉGESÍTŐ TÖRVÉNY39
7. A KRITIKAI FUNKCIÓ: A JOGRENDEK KRITIKÁJA42

IV. AZ ÉRTELMEZŐ FUNKCIONALIZMUS FELÉ AZ ÖSSZEHAONLÍTÓ JOGBAN? 44

* A Duke Egyetem jogászprofesszora. Ez az esszé akkor készült el, amikor a berlini Amerikai Akadémia

Lloyd Cutler ösztöndíjasa voltam.

I. "A funkcionális módszer"

A funkcionális módszer egyszerre vált a kortárs összehasonlító jog mantrájává és bête noire-jává. Hívei számára ez a legtermékenyebb, talán az egyetlen összehasonlító jogi¹ módszer. Ellenzői számára mindazt jelenti, ami rossz a mainstream összehasonlító jogban. A funkcionális módszerrel kapcsolatos vita tehát sokkal több, mint egy érdektelen tudományos módszertani vita. Ez a vita áll a középpontjában az összehasonlító jog egészéről, a tudományos projektek és érdekek központjairól és perifériáiról, a mainstreamről és az avantgárdról, az etnocentrizmusról és az orientalizmusról, a konvergenciáról és a pluralizmusról, a technokrata instrumentalizmusról és a kulturális tudatosságról stb. folytatott szinte valamennyi vitának.

Nem meglepő, hogy ez a funkcionális módszer mind elméletként, mind az összehasonlító jog gyakorlataként kiméra. Ami az elméletet illeti, a tipikus hivatkozási pont mind a támogatók, mind az ellenzők számára egy kevesebb mint húsz oldalas fejezet egy bevezető tankönyvben, egy olyan szövegben, amely eredeti koncepciójában majdnem ötven éves,² és amelynek szerzője egyszerre fejezte ki megvetését a módszertani viták³ iránt és a módszertani szigor helyett az inspiráció iránti szenvedélyét, mint a

¹ Lásd pl. az Egyesült Államokra vonatkozóan John Reitz, "How to do Comparative Law", (1998) 46 *Am. J. Comp. L.* 620-623617.; Mathias Reimann, "The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century", (2003) 50 *Am. J. Comp. L.* 671, 679 f.; Franciaország esetében Marc Ancel, *Utilité et methodes de droit comparé* (1971), 97 f., 101-103; id, "Le problème de la comparabilité et la méthode fonctionnelle en droit comparé", in Ronald H. Graveson et al. (szerk.), *Festschrift für Imre Zajtay* (1982), 1-6; Anglia esetében Hugh Collins, *Methods and Aims of Comparative Contract Law*, (1989) 11 *OJLS* 396, 399 ff.; Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (1995); Németország esetében Hein Kötz, "Comparative Law in Germany Today", (1999) 51 *Rev. int. dr. comp.* 753, 755 f.; Skandináviáért Michael Bogdan, *Comparative Law* (1994), 59-60; szocialista szemléletért Szabó Imre, "Theoretical Questions of Comparative Law", in Szabó Imre, Péteri Zoltán (szerk.), *A Socialist Approach to Comparative Law* (1977), 36-389.; emelkedésért és bukásért Olaszországban Pier Giuseppe Monateri, "Critique et différence: Le droit comparé en Italie", (1999) 51 *Rev. int. dr. comp.* 989,991.

² Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3rd ed. 1996), Ch. (az idézetek és az idézetek ebben a szövegben Tony Weir, "An Introduction to Comparative Law" [1998] angol fordításából származnak). Az értekezés első kötetének első kiadása, amely ezt a fejezetet tartalmazza, 1971-ben jelent meg. A fejezet nagyrészt Konrad Zweigert, "Méthodologie du droit comparé", in *Mélanges Maury I* (1960), 579-596 = "Zur Methode der Rechtsvergleichung", (1960) 13 *Studium Generale - Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildung und Forschungsmethoden*, 193-200, alapján készült; enyhe átdolgozás in Ernst von Caemmerer, Konrad Zweigert, "Évolution et état actuel de la méthode du droit comparé en Allemagne", in *Livre du Centenaire de la société de législation comparé* (1969), 282-297267,. Az összehasonlító jog 1960funkcionális megközelítésével már Németországban is elterjedt volt; lásd Max Rheinstein, "Comparative Law and Conflict of Laws in Germany", (1934/35) 2 *U. Chi. LR* 232, 250; Walter Erbe, "Der Gegenstand der Rechtsvergleichung", (1942) 14 *RabelsZ* 196, 224 f., idézi Vittorio Tedeschi, *Il diritto privato comparato* (1936), f12.; Hans G. Ficker, "L'état du droit comparé en Allemagne", (1958).

10 *Rev. int. dr. comp.* 701, 716-718; más országokra vonatkozóan lásd pl. M. Schmitthoff, *The science of Comparative Law*, (1939-41) 7 *CLJ* 94, 96 ff.; Tullio Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* (1952), ff.1

3

Zweigert híres megvetését a módszertani viták iránt lásd Zweigert, Kötz (é. n. 2) 33, "általánosan igaznak" nevezve egy idézetet Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (9th. kiadás 1958) 242-ből: "azok a tudományok, amelyeknek saját módszertanukkal kell foglalkozniuk, beteg tudományok". Egy mérsékeltebb változata

az összehasonlító végső útmutatója.⁴ Még egy ilyen korszakalkotó szöveg sem adhatja meg a funkcionális összehasonlító jog minden lehetséges elemét, és még a megközelítéssel szemben megfogalmazott valamennyi kritikát sem tudja kezelni. Sőt, még az összehasonlító jogelmélet hamis áttekintése is rávilágít arra, hogy a funkcionalizmus csak egy a számos megközelítés közül, és mindig is az volt. Még ha eltekintünk is mind a jogrendszereknek a jogcsaládokba való besorolásától (ami vitathatóan inkább előfeltétele az összehasonlító jogi tanulmányoknak, mint a tényleges összehasonlításnak), mind pedig a sok olyan összehasonlító tanulmánytól, amely semmilyen felismerhető módszert nem alkalmaz, akkor is legalább három fő jelenlegi megközelítést találunk a funkcionalizmuson kívül az összehasonlító jognak: az összehasonlító jogtörténetet, a jogátültetések tanulmányozását és a jogi kultúrák összehasonlító tanulmányozását.

Ami pedig a gyakorlatot illeti, az összehasonlító jogban természetesen van néhány híres példa a sikeres és módszeres, kifejezetten funkcionális összehasonlításra, de ezek nem kis részben azért híresek, mert olyan ritkák.⁵ A "funkcionális módszer" gyakran csupán a hagyományos összehasonlító jogra való hivatkozásként szolgál, megint csak a támogatók és az ellenzők számára egyaránt. Két, hasonló témájú, közelmúltbeli munka illusztrálja ezt. Egyrészt Stefan Vogenauer a jogszabály-értelmezésről szóló átfogó összehasonlító tanulmányát kifejezetten a funkcionális hagyományba helyezi, bár érvelése módszertani, nem pedig funkcionális.⁶ Másrészt Mitchel Lasser a bírói érvelési stílusok összehasonlítása mögött álló módszert a *mentalitás*⁷ (kulturális) elemzéseként írja le, de a jogrendszerek közötti különbségek magyarázatát - az átláthatóság, a bírói

az idézet Zweigert, "Zur Methode" (2. sz.) 193. Lásd már Franz v. Liszt, "Das "richtige Recht" in der Strafgesetzbuch", in Konrad Zweigert, Hans-Jürgen Puttfarcken (szerk.), *Rechtsvergleichung* (1978), 57, 58 (eredetileg [1906] 26 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 553-557): "Es pflegen nicht eben die schaffenskräftigsten unter den Gelehrten zu sein, die sich der Erörterung methodologischer Fragen zuwenden."

⁴ Infra n. 94.

⁵ Hasonlóan vélekedik Michele Graziadei, "The Functional Heritage", in Pierre Legrand, Roderick Munday (szerk.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (2003), 100, 100 f.; és Vernon Valentine Palmer, "From Lertholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology", *Global Jurist Frontiers* Vol. 4 Issue 2 (2004) Article 1, <http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol4/iss2/art1>, 24. o. = *De Tous Horizons - Mélanges Blanc-Jouvan* (2005), . Anneclise Riles, "Wigmore kincsesládája: Comparative Law in the Era of Information", (1999) *Harv40. Int'l L. J.* 236221, f., "kompromittált módszertanról" beszél.

⁶ Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, I. kötet (2001), 18 n. 105, lásd még *ibid.* 4. o. ("*praesumptio similitudinis*"). Az egyik kritikus Vogenauer módszertani hivatkozását használja kiindulópontként egy alapvető kritikához mind a könyvvel, mind a funkcionalista összehasonlító jogtudományokkal szemben; lásd Kent Lerch, "Das Verschwinden der Unterschiede. Vom Nutzen und Nachteil der vergleichenden Methode für die Rechtsgeschichte", (2003) 3 *Rechtsgeschichte* 38-44. Nem meglepő, hogy kritikája mind speciális, mind általános célját elhibázza. Lásd most még Stefan

Vogenauer, "Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts - Pädoyer und Programm", (2005) *ZEuP* 246-249234,.

7

Mitchel de S.-O.-L'E. Lasser, *Judicial Deliberations* (2004), 362; Lasser saját módszerének bővebb (és önkritikus) elemzését lásd id.: "The Question of Understanding", in Legrand, Munday (n. 5), 197-239.

az elszámoltathatóság és az ellenőrzés minden jogrendszerben biztosított, bár különböző eszközökkel⁸ - tipikusan funkcionalista érv a funkcionális ekvivalensek alapján.

Röviden, a "funkcionális módszer" hármas félreértés: Nem egy ("a") funkcionális módszer létezik, hanem sok, nem minden úgynevezett módszer *funkcionális egyáltalán*, és egyes projektek, amelyek azt állítják, hogy követik ezt a módszert, nem is követnek semmilyen felismerhető *módszert*. Jelent tehát a funkcionalista összehasonlító jog egyáltalán valamit? Van néhány közös elem, amelyben a funkcionalista komparatisták egyetértenek. Először is, a funkcionális összehasonlító nem a szabályokra, hanem azok hatásaira, nem doktrinális struktúrákra és érvekre, hanem eseményekre összpontosít. Ennek következtében tárgyai gyakran a bírói döntések, mint a valós élethelyzetekre adott reakciók, és a jogrendszereket a hasonló helyzetekre adott válaszaik tekintetében hasonlítják össze. Ennyiben a funkcionalista összehasonlító jogtudomány hasonlít az ún. esetmódszerre vagy ténymegállapítási módszerre,⁹ és ezt a módszert valóban gyakran nevezik funkcionalistának. Míg azonban a ténybeli módszer csupán az eseményeket vizsgálja, és keveset tud mondani azok jelentéséről, a funkcionalista összehasonlító jog a ténybeli megközelítést azzal az elmélettel ötvözi, hogy ezeket a tényeket a társadalomhoz való funkcionális viszonyuk fényében kell értelmezni. Ez az elméleti háttér a funkcionalista összehasonlító jog második fontos eleme. A jog és a társadalom így elválaszthatónak, de összekapcsolódónak tekinthető. Következésképpen - és ez a harmadik elem - a funkció az összehasonlítás mércéjeként, *tertium comparationis-ként* szolgál. A jogi és nem jogi intézmények, még a doktrinálisan különbözőek is, összehasonlíthatóak, ha funkcionálisan egyenértékűek, ha hasonló funkciókat töltenek be a különböző jogrendszerekben. A negyedik elem, amelyet nem mindenki oszt, hogy a funkcionalitás értékelési kritériumként szolgálhat. A funkcionalista jogösszehasonlítás ekkor "jobb jog összehasonlításává" válik - több jog közül az a jobb, amelyik jobban betölti a funkcióját, mint a többi.

Ahhoz, hogy értékelni tudjuk ezt a módszert, először rekonstruálnunk kell. Ezért először a funkcionalista módszert történelmi és interdiszciplináris kontextusba helyezem, hogy lássuk a funkcionalizmusról más tudományágakban folyó vitákkal való összefüggéseit és az azokkal szemben álló sajátosságait. Másodszor megpróbálom a funkcionalista módszert magára a módszerre alkalmazni, hogy megállapítsam, mennyire funkcionális. Ez szükségessé teszi, hogy a funkcionalizmust egy nagyobb keretbe helyezzem - nem az összehasonlító jog fejlődésén belül, hanem a funkcionalizmus felemelkedésén és bukásán belül más

- ⁸ Lasser, *Judicial Deliberations* (7. sz.), 299 ff.; lásd még id.: "The European Pasteurization of French Law", (2005) 90 *Cornell LR* 995-1083.
- ⁹ Pl. Stefan Rozmaryn, "Etude comparative de cas administratifs concrets", (1967) 19 *Rev. int. dr. comp.* 421-424; Basil Markesinis, "Case Law and Comparative Law: Any Wider Lessons?", (2003) 11 *Eur. Rev. Priv. L.* ff.717

tudományágak, különösen a társadalomtudományok. Természetesen kockázatos, ha egy összehasonlító jogász a sajátjától idegen tudományágakat - szociológiát, antropológiát, filozófiát - használ a saját diszciplínájára nézve. A kockázatot igazolni lehet az összehasonlító jogtudomány azon felismerése tekintetében, hogy az idegen jog szemével nézve jobban megérthetjük magunkat. Egy ilyen kapcsolat három ígéretet eredményez. Először is, az interdiszciplináris tekintetnek lehetővé kell tennie számunkra, hogy az összehasonlító jog elméletileg megalapozottabb funkcionális elméletét (újra) felépítsük, mint ahogyan azt általában bemutatják. Másodsor, segítenie kell bennünket e koncepció kritikájának megfogalmazásában és értékelésében. Ahogy az összehasonlító jog kölcsönözhet a funkcionális módszerek fejlődéséből a társadalomtudományokban, úgy kölcsönözhet a kritika fejlődéséből is. Az összehasonlító jog azonban nem társadalomtudomány, és itt rejlik az interdiszciplináris megközelítés harmadik ígérete: A más tudományágak funkcionalizmusával való összehasonlítás lehetővé teheti számunkra, hogy lássuk, mi a különleges a funkcionális módszerben az összehasonlító jogban, és hogy ami más tudományágakban joggal tekinthető módszertani hiányosságnak, az miért lehet gyümölcsöző az összehasonlító jog számára.

II. A funkcionális fogalmi

Konrad Zweigert 1971-ben módszertani monopóliumot posztulált: "Minden összehasonlító jog módszertani alapelve a funkcionalitás".¹⁰ Tizenkét évvel előtte Kingsley David tett valamit a szociológia és az antropológia számára, amikor a strukturális-funkcionális elemzést "a szociológiai elemzés szinonimájának" nevezte.¹¹ Hasonlóképpen ismét a jogdogmatika és -elmélet számára Laura Kálmán azzal viccelődik, hogy az a kijelentés, miszerint "most már mindannyian realisták vagyunk", mint közhely, maga is közhelyszerűvé vált.¹²

A monopóliumra vonatkozó ilyen állítások a fogalmi tisztánlátás vagy az elméleti kifinomultság hiányára, vagy mindkettőre utalnak. Ha egy tudományágban a funkcionális az egyetlen módszer, akkor jó eséllyel vagy a tudományág nem ismeri fel az összes lehetőségét, vagy a funkcionális módszer fogalmát olyannyira felfűjják, hogy az értelmetlen fogalommá válik. Valójában sem Davis, sem Kalman nem gondolta, hogy a funkcionális egy meghatározott változata győzött volna a saját tudományágukban. Davis a következőket javasolta

¹⁰ Zweigert, Kötz (n. 2) 34.

¹¹ Kingsley Davis, "The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology",

- ¹² (1959) 24 *American Sociological Review* 757, 757.
- Laura Kalman, *Legal Realism at Yale, 1927-1960* (1986), Lásd 229.még Lawrence Rosen, "Beyond Compare", in Legrand, Munday (n. 5) 493, 504, a funkcionalizmus kritikáját azzal fejezi be, hogy kijelenti: "Bizonyos értelemben persze mindannyian funkcionalisták vagyunk, és ez jó, amennyiben olyan összefüggések meglátására készítet bennünket, amelyekről máskülönben talán nem gondoltuk volna, hogy megkapjuk őket".

a funkcionalizmus fogalmának elhagyása, mert az elmosódott a mögöttes módszertani különbségek miatt.¹³ Hasonlóképpen, a "mindannyian realisták vagyunk" idézetet stratégiaként használták a jogi realizmus¹⁴ speciális hozzájárulásainak elrejtésére, ahelyett, hogy átvennék általános hozzájárulásait, a realizmus halálra ölelésével a realizmus legyőzésére. Ha mindannyian funkcionalisták vagyunk, ahogy Zweigert hirdeti, akkor a funkcionalizmus nem sokat jelenthet - de ahogyan azt is, ahogyan azt hajlamosak vagyunk figyelmen kívül hagyni, a kritikusai általi elutasítása sem. Ez még inkább igaz az összehasonlító jogtudományok vitájára, mint más tudományágakéra.

Amint megpróbáljuk rekonstruálni a funkcionalizmus konkrétabb fogalmát az egyes diszciplínákban, egy másik, kevésbé nyilvánvaló, de annál fontosabb problémához érkezünk. Felületesen azt gondolhatnánk, hogy a funkcionalizmus nagyjából ugyanaz a különböző diszciplínákban. Végül is a 19-20th. században az esszencialista módszerektől a funkcionalista módszerek felé való fordulás, a tárgyak önmagukban való megfigyelésétől az egymás közötti és az egészhez való viszonyuk megfigyelése felé való fordulás olyannyira elterjedt volt, hogy a híres nyelvészeti fordulattal párhuzamosan minden tudományágban (és azon túl, például az építészetben) beszélhetnénk egy általános "funkcionalista fordulatról" az esszencializmustól.¹⁵ Talán nincs is divatosabb fogalom a 20th. században, mint a funkció fogalma.¹⁶ A funkcionalizmus egyidejű felemelkedésének és bukásának története a különböző tudományágakban hasonló, sőt talán közös eszmei fejlődést vagy evolúciót sugall.¹⁷ A hasonlóság még hihetőbbé válik, ha felismerjük, hogy a funkcionalizmus fejlődése nemcsak párhuzamos volt, hanem a diszciplínák közötti kölcsönös megtermékenyítésen alapult:¹⁸ Ernst Cassirer átültette a fogalmat a

¹³ Egyszer egy nagy funkcionalista, Radcliffe-Brown antifunkcionalistának nevezte magát, csak azért, hogy megkülönböztesse magát a másik nagy funkcionalistától, Malinowskitól és az ő fogalom-meghatározásától: A. R. Radcliffe-Brown, "Funkcionalizmus: (1949) *American Anthropologist*: "A Protest", (1949) *American Anthropologist*. 321.

¹⁴ Lásd legutóbb Hanoch Dagan, "The Realist Conception of Law", (2005) *Tel Aviv University Law Faculty Papers* h21, <http://law.bepress.com/taulwps/fp/art21/>.

¹⁵ "A forma követi a funkciót." (Louis Sullivan, "The tall office building artistic considered" (1896), <http://www.njit.edu/v2/Library/archlib/pub-domain/sullivan-1896-tall-bldg.html>.) Az összes modern építészet funkcionalistaként való meghatározására irányuló újabb kísérletet lásd John Summerson, "The Case for a Theory of Modern Architecture", (1957) 64 *Journal of the Royal Institute of British Architecture*, 307-310, különösen 309; a kritikát lásd Stanford Anderson, "The Fiction of Function", (1987) *Assemblage* 2 18-31. A kritikát lásd Stanford Anderson, "The Fiction of Function", (1987) *Assemblage* 18-31.

¹⁶ Reiner Wiehl, *Subjektivität und System* (2000), 375.

¹⁷ Összefüggéseket vázol pl. Rudolf B. Schlesinger et al., *Comparative Law* (6th ed. 1998), 49; Rosen (12. sz.),

504.

18

Két különböző tudományágból származó példákat lásd a következő hivatkozásokban: Robert K. Merton, "Manifest and Latent Functions", in id. in: *Social Theory and Social Structure* (1968), 73, 101 n. 50 (reprinted e.g. in N.J. Demerath III, Richard A. Peterson [eds.], *System, Change, and Conflict. A Reader on Contemporary Sociological Theory and the Debate over Functionalism* [1967] 10); Felix S. Cohen, 'Transcendental Nonsense and the Functional Method', (1935) 35 *Colum. LR* 809, 824-829; id. e., "The Problems of a Functional Jurisprudence" (A funkcionális jogtudomány problémái), (1937) *MLR* 9.

a matematikától és a természettudományoktól a filozófiáig, a ¹⁹szociológusok Comte-tól és Spencertől Durkheimen át Parsonsig és Luhmannig a biológiai fogalmak kölcsönzésével, a jogászok, mint Jhering és Pound, a szociológiai funkcióról szóló elképzelésekből merítettek ihletet. De az ilyen keresztbe termékenyítés, ahogyan azt a jogi transzplantációs vitából jól tudjuk, nem mentes a félreértésektől és a tudatos és tudatlan változtatásoktól. A közös fejlődés története, bármennyire is szuggesztív, hajlamos figyelmen kívül hagyni a fogalmak és tudományágak közötti különbségeket, és ennek következtében a funkcionalizmus különböző fajtái közötti különbségeket. Ez különösen problematikus egy olyan tudományág esetében, mint az összehasonlító jog, amely egyrészt a társadalomtudományok, másrészt a jogtudományok között látja a helyét, és mindkettőből merít módszertani inspirációt. Ha e diszciplínák fogalmai és módszerei különböznek, az eredmény csak módszertani zűrzavar lehet.

Valójában a funkcionalizmus öt különböző koncepcióját különböztethetjük meg: az inherens teleológián alapuló neoarisztotelészi funkcionalizmust (1), a darwini hagyományú evolúciós funkcionalizmust(2), a durkheimi szociológiához kapcsolódó strukturális funkcionalizmust (3), a relációs episztemológiát hangsúlyozó neokantiánus funkcionalizmust (4), valamint a funkcionális kapcsolatok nem-eleológiai, nem-okozati aspektusát hangsúlyozó, ezekre a koncepciókra épülő ekvivalencia-funcionalizmust (5). A funkcionalista összehasonlító jog mindegyiket használja, nem törődve az összeegyeztethetlenségekkel (6).

1. Neoarisztotelészi funkcionalizmus

Nyilvánvaló, hogy az az elképzelés, hogy a jog valamilyen funkciót lát el a társadalom számára, nem konkrét értelemben régi. Bizonyos értelemben már Arisztotelésznél is megtalálható, aki számára a dolgok célja, *telosza* vagy *causa finalis*, a dolgok természetének része volt. Ennek háttérében a világ teleologikus képe állt, amelyben minden a tökéletesség felé törekedett. A van és a kell összekapcsolódott, a dolgok természetéből le lehetett vezetni a helyes törvényeket. Az ilyen gondolatokat később mind a filozófiában, mind a jogelméletben elvetették, de a jogi pozitivizmus válsága a huszadik században egyidejű visszatérést serkentett a természetjoghoz és az összehasonlító joghoz, valamint az arisztotelészi eszmékhez. Miután sikerült kimutatni, hogy nemcsak a problémák, hanem azok megoldásai is hasonlóak, lehetségesnek tűnt a visszatérés a természetjog vagy legalábbis a *ius gentium* egy minimális változatához, amely az arisztotelészi funkciófogalmon alapul. E célból a topik újraéledt retorikai hagyományát gyümölcsözővé lehetett tenni.²⁰ A topik, amely a

¹⁹ Ernst Cassirer, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff* (1910); angol fordításban: *Substance and Function*. (1923).

²⁰Max Salomon – mellett lásd különösen Fritz v. Hippel, *Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung*. (1931); Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* (1954, szerk⁵th. 1974) = *Topik és jog* (1993); Ernst A.

problémák, önmagukban nem ösztönöztek univerzális megoldásokat, de hasonló elemzésekre ösztönöztek, amelyek tendenciaszerűen hasonlítanak egymásra.

E hagyomány legfontosabb műve és egyben a funkcionalista összehasonlító jogtudomány egyik legfontosabb alkotása Josef Esser alapműve a bírói jogalkotás elveiről és szabályairól.²¹ Esser funkcionalizmusa gazdagabb és kifinomultabb, mint a később Zweigert által kidolgozott, de központi elemei feltűnően hasonlóak: az intézmények kontingensek, míg a problémák univerzálisak, a funkció *tertium comparationis*ként szolgálhat, a különböző jogrendszerek különböző eszközökkel találnak hasonló megoldásokat, így az egyetemes jogelvek megtalálhatók és megfogalmazhatók saját terminológiával rendelkező rendszerként.²² A hasonlóság oka, hogy a problémák magukban hordozzák a saját megoldásaikat, és a *Natur der Sache* (a dolog természete) alapján lehet érvelni; az értékek közössége a következmény. Egy másik komparatista, aki nyíltabban Arisztotelész és Aquinói Tamás hagyományában áll, James Gordley.²³ Bár az ő megközelítése filozófikusabb, mint Esseré, általános megközelítése meglehetősen hasonló: Gordley is úgy tekint a különböző törvényekre, mint ugyanazon, egyetemes problémákra adott különböző válaszokra.²⁴ A neoarisztoteléusok azt a tételt állítják, hogy az összehasonlító jogelvek elvezethetnek bennünket az egyetemes közös jogelvekhez. A különböző törvények olyan hasonló problémákra adnak válaszokat, amelyek doktrinálisan (formailag) különböznek, de tartalmilag hasonlóak, és viszonylagos hasonlóságuk e problémákra eredendően helyes megoldásokat sugall - egy természetjogot, egy *ius commune*-t (Gordley) vagy egy *ius gentium*ot (Esser).

Mind Esser, mind Gordley funkcionálisnak nevezi a megközelítést, és nagy hatással volt a funkcionalista összehasonlító jogra. A funkciót azonban nagyon sajátos értelemben használják: Számukra a funkció a cél és a *causa finalis* szinonimája. Ez merőben eltér a funkció Durkheim által kidolgozott modern fogalmától, aki kifejezetten elvetette a *causa arisztotelészi* négyes fogalmát azáltal, hogy az "okot" a *causa efficiens*re korlátozta, és a célt (*causa finalis*) a funkcióval helyettesítette.²⁵

Kramer, "Topik und Rechtsvergleichung", (33) *RabelsZ* 1-16; a jogi témák történetéhez lásd még Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft* (2001) 23-48, a hivatkozásokkal együtt a következő helyen: n23. 97.

²¹ Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung* (1956), különösen 31 ff., 346 ff. Sajnos angol fordítás nem létezik; az angol nyelvű recenziókat lásd Max Rheinstein (akinek Esser a könyvét ajánlotta), (1959) 24 *U. Chi. LR* 597-605; Friedmann, (1957) 57 *Col. LR* 449; Arthur T. von Mehren, (1957) 22 *RabelsZ* 548. Esser módszerének egyik tanítványa általi alkalmazásáról lásd Dieter Rothoef, *System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung* (1968).

²² Esser (21. sz.), ch. 10.

²³ James Gordley, "The Universalist Heritage", in Legrand, Munday (é. n. 5.) 31-45; id. a., *The Foundations of*

Private Law: Property, Tort, Tort, Contract, Unjust Enrichment (megjelenés alatt), ff1.

²⁴ Lásd pl. James Gordley, "Is Comparative Law a Distinct Discipline?", (1998) *Am46. J. Comp. L.* , ff607.

²⁵ Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, (5th ed. 1988, eredetileg megjelent 1894/95), 188: "Nous nous servons du mot de fonction de préférence à celui de fin ou de but, précisément parce que les phénomènes sociaux n'existent généralement pas en vue des résultats utiles qu'ils produisent."

Azóta egy dolog (vagy törvény) funkcióját nemcsak eredetének és fejlődésének okaitól,²⁶ hanem lényegétől is elválasztották; a funkcionális viszonyok elkülönültek maguktól a dolgoktól. Esser és Gordley funkcionalizmusát az arisztotelészi ontológia és metafizika háttérében kell érteni, és az arisztotelészi hagyomány gyengeségei az ő funkcionalizmusuk számára is problémákat okoznak.

2. Evolúciós funkcionalizmus

Az arisztotelészi világképet megingatta a darwinizmus, de a darwinizmus nem vetette el teljesen a teleológiát.²⁷ Bár az egyének most már nem a saját természetükért, hanem a saját érdekeikért küzdöttek, mégis hozzájárultak az egész fejlődéséhez. A darwini eszmék a 19th. században minden tudományágra hatással voltak, így a szociológia új diszciplínájára, és benne a funkció fogalmára is. Auguste Comte, aki a szociológiának a nevét adta, bevezette a társadalomról alkotott elképzelést, amely szerint a társadalom egy komplex organizmus, amely egészként fejlődik, miközben minden eleme bizonyos funkciókat lát el e fejlődés érdekében. Herbert Spencer, aki közelebb állt a darwinizmushoz, a társadalmat inkább úgy fogalmazta meg, mint a mindenki küzdelmét mindenki ellen, de hangsúlyozta a struktúrák és azok funkciói közötti, a társadalom számára fontos kölcsönhatást.²⁸ Nem meglepő, hogy az evolucionista gondolkodás a korabeli jogászokra is hatással volt, talán senki másra nem volt nagyobb hatással, mint Jheringre.²⁹ Az ő elemzése nyíltan teleologikus volt, csak a *telosz* forrása a természetből a társadalomba helyeződött át.

Ez az evolúciós funkcionalizmus különösen alkalmasnak tűnt az összehasonlító tanulmányok számára,³⁰ amelyek nagyrészt az összehasonlító jogtörténetből, mint az eszmék és tanok történetéből és elterjedéséből álltak. A jog és a társadalom közötti összefüggések iránti új szociológiai érdeklődés megváltoztatta a hangsúlyt. A jogot most már nem a szövegekből vagy egy adott nép szellemiségéből, hanem a társadalmakról és azok fejlődéséről alkotott általános elképzelésekből kellett levonni. Következésképpen lehetővé váltak a határokon átnyúló általánosítások, és az összehasonlító jog olyan tudománnyá válhatott, amely azzal foglalkozik, hogy a társadalmak miként kezelik a következő kérdéseket

²⁶ Durkheim (25. o.), 183. "Faire voir à quoi un fait est utile n'est pas expliquer comment il est né ni comment il est ce qu'il est".

²⁷ Ez vitatott. Darwin nagyrabecsüléséről Arisztotelész iránt (akit élete végén fedezett fel) lásd Allan Gotthelf, "Darwin on Aristotle", (1999) 32 *J. of the History of Biology* 3-30.

²⁸ Vö. Jonathan H. Turner & Alexandra Maryanski, *Functionalism* (1979), 2-14; Richard Münch, "Funktionalismus - Geschichte und Zukunftsperspektiven einer Theorietradition", in Jens Jetzkowitz, Carsten Stark (szerk.), *Soziologischer Funktionalismus* (2003), 23-26.17,

²⁹ Rudolf v. Jhering, *Der Zweck im Recht* (1877-1883) = *A jog mint eszköz* (1913); id., *Der Kampf ums Recht*

(1872) = *The Struggle for Law* (1979); Jhering evolúciós koncepciójáról lásd Okko Behrends (szerk.), *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken* (1993); Marc Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht* (2002) 148-167.

30

Konrad Zweigert, Kurt Siehr, "Jhering hatása az összehasonlító jogi módszer fejlődésére", (1971) 19 *Am. J. Comp. L.* 215-231.

hasonló problémákkal küzdenek a haladás felé vezető úton. Úgy tűnt, hogy a jognak szociológiává (vagy Holmes híres szavaival élve közgazdaságtanná) kellett válnia, hogy egyszerre maradjon megfelelő és tudományos. E fejlemények középpontjában a jog egészének és egyes intézményeinek funkciói álltak. Ez lehetővé tette az evolúciós funkcionalizmus második, előiróbb alkalmazását az összehasonlító jogra: a jog mint társadalmi tervezés és annak összehasonlító jogi alkalmazása a jog és fejlődés mozgalomban. Ha a jog hozzájárult egy társadalom fejlődéséhez, akkor lehetővé kell tenni, hogy jól működő jogszabályokat exportáljunk a fejlődő országokba, és ezáltal segítsük fejlődésüket és fejlődésüket.

Az evolúciós funkcionalizmus ma már csak nagyon csökkentett formában él tovább. A politikatudományban a konvergencia, különösen az Európai Unió³¹ magyarázataként használják. Az összehasonlító jogtudományban a volt Kelet-Európa országain próbálkoznak újra azzal az elképzeléssel, hogy a jog segítheti az országok fejlődését, különböző sikerrel. Egyébként a teleologikus evolúciós funkcionalizmusba vetett hit szenvedett. A két világháború katasztrófája megingatta mind a teleologikus evolucionizmusba, mind a jogon keresztül történő haladásba vetett hitet. Miután a világ iránya elvesztette belső teleológiáját, a világ összetettsége miatt az eszközök és célok egyszerű funkcionalizmusát mind magyarázó elméletként, mind vezérelvként nehezebb volt igazolni. Módszertanilag az evolúciós funkcionalizmus hamis determinizmust látszott sugallni, ezt a kritikát az evolúciós funkcionalizmussal mint a jogi fejlődés magyarázatával szemben is felhozták.³² A jogalkotás normatív elméleteként nagyrészt azért bukott meg, mert a társadalmi tervezés sokkal összetettebbnek bizonyult, mint gondolták, különböző okokból: a jogi intézmények monofunkcionalitásába vetett naiv hit, a jogi szabályozás elégtelensége annak megakadályozására, hogy a társadalom más, jogi eszközökkel érje el a nemkívánatos eredményeket.³³ A jog és a fejlesztés számára további problémát jelentett a kulturális különbségek tudatosításának hiánya.

- ami az egyik rendszerben jól működik, az egy másikban egyáltalán nem biztos, hogy működik. Az evolúciós funkcionalizmust ezért ideológiai és etnocentrikusnak nevezték, és ez a kritika az összehasonlító jogban is visszaköszön.

³¹ David Mitranyi, *A működő békerendszer*: Haas, *Beyond the Nation-State: An Argument for the Functional Development of International Organization* (1943); Ernst B. Haas, *Beyond the Nation-State: Functionalism and International Organization* (1964); vö. Jürg Martin Gabriel, *Funktionalismus - Ein Überblick* (1996); David Long, Lucian M. Ashworth, "Working for Peace: the Functional Approach, Functionalism and Beyond", in id. (szerk.),

New Perspectives on International Functionalism (1999), 1-26.

³² William Gordon, "Critical Legal Histories", (1984) 36 *Stan. LR* 57-125; Günter Frankenberg, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", (1985) *Harv26. Int'l L. J.* 412,438.

³³ Kerry Rittich, "Funcionalizmus és formalizmus: (2005) U55. *Toronto L. J.* 853-868.

3. Strukturális funkcionalizmus

Az evolúciós funkcionalizmus a belső teleológia eszméire támaszkodott, és a fejlődésbe vetett kissé naiv hiten alapult. Az értékmentes szociológiai tudomány iránt érdeklődő szociológusok egy nem teleologikus, nem evolúciós funkcionalizmust, a funkcionalizmus harmadik koncepcióját próbálták kidolgozni. Ez Émile Durkheimre vezethető vissza, aki két fontos gondolatot vezetett be. Először is, mint láttuk, elválasztotta a funkciókat az eredetitől, és a funkciókat az elemek közötti kapcsolatokként, nem pedig azok tulajdonságaiként határozta meg. Másodszor, hangsúlyozta, hogy az egyének céljai esetlegesek, és ezért nem lehetnek a tudományos törekvések érvényes tárgyai; a szociológia mint tudomány csak az objektív funkciókra összpontosíthat.³⁴ Mindkét lépés döntő jelentőségű volt. Ha egy intézmény végcéljai vagy céljai annak inherens elemei, akkor minden magyarázatnak teleologikusnak kellett lennie, és az elemzésnek vagy egy transzcendens teremtő akaratára, vagy a dolgok inherens természetére kellett összpontosítania. Ha az intézményeket az alkotóik által meghatározott célok határoznák meg, akkor a szisztematikus elemzés valószínűleg lehetetlen lenne, mert az egyes célokat nehéz lenne megfigyelni, és önkényesek és esetlegesek lennének. Az objektív, az eredettől és a céltól egyaránt megkülönböztetett funkciók hangsúlyozása lehetővé tette az általános törvények keresését, ami minden tudomány célja, és Durkheim szerint valóban figyelemre méltó mértékű szabályszerűséget és hasonlóságot tárt fel a társadalmak között.

Durkheim funkcionalizmusának több eleme is megjelenik a funkcionalista összehasonlító jogban: a kutatás tudományos jellege és objektivitása, a társadalom egésznek tekintése, amely meghaladja részeinek összegét, mivel elemei összefüggnek egymással, az az elképzelés, hogy a társadalmaknak szükségleteik vannak, az az elképzelés, hogy a jog az általa kielégített szükségletek szempontjából érthető meg, a megfigyelhető tényekre való összpontosítás az egyéni elképzelések helyett (a cselekvő jog a könyvekben szereplő joggal szemben), és különösen a különböző társadalmak intézményei közötti hasonlóság megállapítása. De bár Durkheim maga is képzett jogász volt, elmélete viszonylag kevés közvetlen hatást gyakorolt a funkcionalizmusra az összehasonlító jogban. Saleilles 1900-ban meghatározta, hogy az összehasonlító jog "cherche à définir le type d'idéal tout relatif qui se dégage de la comparaison des législations, de leur *fonctionnement* et de leurs résultats", és hangsúlyozta "l'unité des résultats dans la diversité des formes juridiques d'application".³⁵ A legtöbb, a durkheimi hagyományhoz tartozó komparatista azonban inkább a nem-teleologikus összehasonlító jogtörténetre, mint a funkcionális elemzésre³⁶ összpontosított, és ellenezte a funkcionalista összehasonlító jogtudományt.³⁷

³⁴ Durkheim (25. sz.) 194 ff.

³⁵ Raymond Saleilles, "Conception et objet de la science du droit comparé", in *Congrès international de droit comparé. Procès verbaux I* (1905)167,173,, 178.

³⁶ Roger Cotterell, "Comparatists and Sociology", in Munday, Legrand (n. 5), ff.131,136

Ez a kritika valóban feltárja a különbségeket ahhoz képest, ami a szociológiai funkcionalizmus legközelebbi jogi analógiájának tűnhet, nevezetesen a jogi realizmushoz az instrumentalizmus formájában. Az instrumentalizmus kifejezetten normatív, míg a funkcionalizmus nem az (és emiatt a realizmus és a jog és fejlődés közötti különbség sokkal kevésbé egyértelmű, mint a durkheimi és a komteusi szociológia közötti különbség). Mégis az az elképzelés, hogy a jogi intézmények a társadalom számára funkciókat töltenek be, mindkét tudományágban közös. Ha a jog funkciókat tölt be és kielégíti a társadalmi szükségleteket, akkor a jogász feladata, hogy olyan jogszabályokat dolgozzon ki, amelyek alkalmasak erre a feladatra, és az összehasonlító jogtudomány segíthet összehasonlítani a különböző megoldásokat a problémamegoldó képességük tekintetében. Már Jhering is hangsúlyozta, hogy a jog nem az egyén, hanem a társadalom céljaira fejlődött ki. Az ilyen funkcionalizmus korai példája Ferenc v. Lisztől származik, aki a Beccaria hagyományában álló funkcionális büntetőjog híve volt.³⁸ Azt javasolta, hogy mivel a büntetés szükséges a jogrend fenntartásához, a jogrend pedig viszont szükséges az állam fenntartásához és fejlődéséhez, a büntetőjogi normákat a jogrend fenntartására való képességük alapján kell megítélni (jogi funkcionalizmus), és ez a funkció a *tertium comparationis* a különböző jogrendek büntetőjogának összehasonlításához (funkcionalista összehasonlító jog).³⁹ Hasonlóképpen a század eleji antiformalista jogi gondolkodás is a funkcionalizmus hatását 20th mutatta. Philipp Heck, az érdekek jogtudományának legfontosabb képviselője szintén a funkcionalista összehasonlító jog mellett érvelt: Mivel a különböző társadalmak hasonló értékrenddel rendelkeztek, törvényeik csak a doktrínában különböztek, de az eredményekben hasonlóak voltak.⁴⁰ Az Egyesült Államokban a jogszociológiai iskola, a jogi realizmus egyik elődje, ezekből az európai fejleményekből merített ihletet. Roscoe Pound érdeklődése - a szociológiai-funkcionális jogban és az összehasonlító jogban egyaránt - a "cselekvő jog, nem pedig a könyvekben szereplő jog" iránt irányult,⁴¹ és az iránt, hogy "hogyan lehet ugyanazokat a dolgokat megvalósítani, ugyanazt a problémát megoldani egy jogi

³⁷ Pierre Lepaulle, "Az összehasonlító jog funkciója. A szociológiai jogtudomány kritikájával", (1921/22) *Harv. LR* 838-858 (szintén Zweigert, Puttfarcken [n. 3], 63-84).

³⁸ Vö. Franz v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882-83/2002) .

³⁹ v. Liszt (n. 3) 60.

⁴⁰ Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1929), 133 f.; id., *Grundriss des Schuldrechts* (1929), 11: "Die nationalen Rechte unterscheiden sich weniger in der Entscheidung der Interessenkonflikte als in den angewendeten Gebotsbegriffen und Gebotssystemen. Auch in dieser Hinsicht findet sich eine Aequivalenz der Konstruktionen und der Gebotssysteme. Die Verlegung des Schwergewichts auf die Interessenwirkung verringert den Gegensatz." Heck talán Max Rheinstein tulajdonjogról szóló könyvének recenziója révén ismerte fel az elmélete és az összehasonlító jog közötti kapcsolatot; lásd Max Rheinstein, (1931) 60 *Juristische Wochenschrift* 2897, 2899: "Die Rechtsvergleichung ist eine notwendige Ergänzung

und Weiterführung der Interessenjurisprudenz". Heck korai érdeklődéséről az összehasonlító jog iránt lásd Heinrich Schoppmeyer, *Juristische Methode als Lebensaufgabe* (2001), f69. a 154. sz. alatt.

41

Roscoe Pound, "Law in the Books and Law in Action", (1910) 44 *Am. LR* 12-36; vö. Karl H. Neumayer, "Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung", (1970) *RabelsZ*34 411-425,

intézmény vagy tanítás vagy előírás az egyik jogrendszerben és egy másik, egészen más intézmény vagy tanítás vagy előírás egy másikban⁴² - mindkettő a funkcionalista összehasonlító jog központi eleme. A jogi realizmus megjelenésével a funkcionalizmus divatossá vált a jogi folyóiratcikkekben és a jogi tantervek reformjára vonatkozó javaslatokban, ⁴³bár némileg meglepő módon a jogi realizmusnak az összehasonlító jog iránt csekély volt az érdeklődése. Mindezek a megközelítések a szociológiai értelemben vett funkció fogalmából indulnak ki. De aztán az objektív funkciókat a jogalkotók által meghatározandó célokra fordítják le, a durkheimi objektív tudományt teleológiai elemzéssel helyettesítik, és feltételezik, hogy a jogszabályok társadalomra gyakorolt hatása mérhető és ellenőrizhető, mindkettő szociológiai szempontból igen kétséges feltételezés.

Valójában minél összetettebbé vált a szociológiai funkcionalizmus, annál kevésbé volt hasznos a funkcionalista összehasonlító jog számára. Radcliffe-Browne, Malinowski és Parsons munkássága kevés visszhangra talál az összehasonlító jogban, főként azért, mert őket a társadalmi rendszer *elméletének* megalkotása érdekelte, míg az összehasonlító jogban a funkcionalizmus soha nem akart több lenni egy *módszernél*. Még meglepőbb az a tény, hogy a funkcionalizmusra mint módszerre összpontosító szerzők az összehasonlító jogban is jórészt ismeretlennek tűnnek. Különösen Robert Mertonnak a látens funkciókról szóló korszakalkotó szövegének kellett volna megmutatnia, hogy milyen problémákkal jár Durkheim lefordítása az összehasonlító jogba.⁴⁴

Merton például bevezette a szociológiai vitába a manifeszt funkciók (a résztvevők által szándékolt és felismert funkciók) és a látens (ismeretlen és nem szándékolt) funkciók közötti fontos különbséget.⁴⁵ Az objektív funkcióknak a szubjektív szándékoktól való elválasztása nemcsak pedagógiai hatású, hanem az is, hogy rámutat a kutatóknak a látens funkciók fontosságára, amelyek éppen azért, mert nem ismertek fel, jelentősebb szociológiai ismeretgyarapodást ígértek.⁴⁶ Az összehasonlító jogászok néha felismerik ezt, amikor arra összpontosítanak, hogy a bíróságok valójában mit tesznek, szemben azzal, amit állítólag tesznek. De aztán, amikor az összehasonlító jogot társadalmi tervezésre akarják használni, elfelejtik, hogy a jogalkotók definíció szerint nem ismerhetik a látens funkciókat, hogy a társadalmi tervezés a társadalom és a jogszabályok közötti kapcsolatok olyan egyszerűségét feltételezi, amely irreális.

⁴² Roscoe Pound, "What May We Expect from Comparative Law?", (1936) *American Bar Association Journal* 56,59.

⁴³A Columbia Law School reformjairól lásd Brainerd Currie, "The Materials of Law Study", (1955) *J3. Legal Educ.* 1-78.

- ⁴⁴ Merton (n. 18). Az érvelés egy korai változata "Szociológiai elmélet" címmel jelent meg (1945). 50
American Journal of Sociology 462-473.
- ⁴⁵ Merton (18. o.) 114-136105; lásd már id.: "The Unintended Consequences of Purposive Social Action",
(1936) *American Sociological Review*, 894-904.
- ⁴⁶ Merton (n. 18) 122.

Merton másik hozzájárulása az, hogy kihívást intézett a társadalom funkcionális egységének posztulátumához, vagyis ahhoz az axiómához, hogy a társadalmak integráltak és kölcsönösen függnnek egymástól abban az értelemben, hogy az egyik elem megváltoztatása valószínűleg hatással lesz az összes többi elemre. Rabel és Zweigert mindketten feltételezik, hogy a jog és a társadalom működött, mint egy teljesen egymástól függő egészet pont annak fontosságát az összehasonlító jog.⁴⁷ Válaszul Merton azt javasolja, hogy a különböző társadalmak különböző mértékben integráltak, és ennek a mértéknek a meghatározásához empirikus vizsgálatokra van szükség.⁴⁸ Ezt a kihívást a funkcionista összehasonlító jogtudományak még mindig el kell ismernie, és ez jelentősen megnehezíti a projektjét.

Merton harmadik kritikája azzal a feltételezéssel szemben szól, hogy a társadalom minden eleme valamilyen létfontosságú funkciót tölt be. A túlélők - nem működő vagy akár diszfunkcionális intézmények - létezése

- már korábban is ismert volt, mind a szociológiában, mind a funkcionista összehasonlító jogban.⁴⁹ De a hagyományos szociológusok és antropológusok, és ugyanígy az összehasonlító jogászok is, instabilnak és csak ideiglenesnek tartják a létezésüket. Ez azt sugallja, hogy a funkció és az ok valamilyen módon ismét összekapcsolódik: A funkciók okai, ha nem is az intézmények létrejötte, de fennmaradásának, egy olyan gondolat, amelyet már Durkheim is kidolgozott⁵⁰ Merton viszont azt hangsúlyozta, hogy az, hogy az intézmények funkcionálisak-e vagy sem, empirikus kutatás kérdése,⁵¹ amit Alan Watson az összehasonlító jogban antifunkcionista szempontból erőteljesen kifejtett.⁵² Ismétlem, ha a jogi intézmények lehetnek disz- vagy nem funkcionálisak, ez megnehezíti az összehasonlító jogász dolgát.

Merton meglátásainak az összehasonlító jog számára való hasznosságát mérlegelve nem szabad elfelejteni, hogy Merton új és befolyásos "szociológiai funkcionális elemzési paradigmája",⁵³ akárcsak Parsons evolúciós rendszerelmélete, heves kritikát kapott, ami a szociológia bukásához vezetett.

⁴⁷ Lásd pl. Ernst Rabel, "Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung", (1924) *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* 279-301, 282 = Hans G. Leser (szerk.), Ernst Rabel, *Gesammelte Aufsätze III* (1967), 1-21 = Zweigert & Kötz (n. 3) 85, 89: "Alles das bedingt sich gegenseitig in sozialer, wirtschaftlicher, rechtlicher Gestaltung ... Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden ein noch von niemandem mit Anschauung erfaßtes Ganzes"; helyeslően idézi Zweigert, Kötz (é. n. 2). 36.

⁴⁸ Merton (18. o.) 79-84.

⁴⁹ Lásd pl. Durkheim (25. o.) 184; továbbá Zweigert, Kötz (2. o.) 35 a "tréfás ügyletekre" vonatkozó, nem funkcionális német rendelkezésről, a BGB 118. §-áról; ibid. 634 a BGB 831. §-ának (deliktális felelősség másokért) diszfunkcionális szerepéről és a német jogon belüli funkcionális megfelelőiről.

⁵⁰ Wsevolod W. Isajiw, *Kauzáció és funkcionalizmus a szociológiában* (1968), f127.

⁵¹ Merton (18. o.) 84-86.

⁵² Lásd pl. Alan Watson, *Legal Transplants* (1974), 12-15; a túlélések rövid vitáját az összehasonlító jog funkcionális módszerén belül és Alan Watson munkásságában lásd Graziadei (5. o.), 123. o. Lásd még Frankenberg (é. n. 32) f437.; a diszfunkcionalitásról lásd még M. Schmidt, in *Festschrift für Konrad Zweigert* (1981), 525-535.

⁵³ Merton (18. o.) 104-108.

funkcionalizmus a szociológiában, amely ⁵⁴kritika tükrözi az összehasonlító jogban megfogalmazott kritikát. Általában véve az összehasonlító jogászok osztják azt a félelmet, hogy Parsons "nagy elmélete" túlságosan elvont volt, és ezért gyakran nem volt képes minden empirikus eredményt⁵⁵ megjósolni.⁵⁶ Pontosabban, a funkcionalizmust úgy kritizálják, hogy eredendően teleologikus, és ezért képtelen teljesíteni Durkheim saját posztulátumát az értékmentes társadalomtudományról. Ehhez kapcsolódik az implicit tautológia és a körkörösség kritikája, amely az összehasonlító jogban is ⁵⁷tükröződik. ⁵⁸ A társadalmak fennmaradását az intézmények létezésével magyarázzák, míg ezen intézmények létezését viszont a társadalom szükségleteivel magyarázzák. Durkheim már rámutatott arra, hogy az ok és a funkció, bár analitikusan elkülönülnek egymástól, összetett kapcsolatban állnak egymással. Egyrészt az okok gyakran meghatározzák a funkciókat: egy intézményt azért hoznak létre, hogy egy bizonyos status quo-t fenntartsanak, majd ezt a funkciót betöltse. Másrészt a funkciók gyakran meghatározzák, ha nem is az intézmények eredetét, de legalábbis fennmaradását: a diszfunkcionális intézmények nem tudnak versenyezni a hatékonyabb intézményekkel, a pazarló, diszfunkcionális intézményekkel rendelkező társadalmak nem tudnak fennmaradni.⁵⁹ (A párhuzam a szokásjog hatékonyságára és a szabályozási versenyre vonatkozó közgazdasági elméletekkel nyilvánvalónak kell lennie). A kritikusok számára ez azt jelenti, hogy vagy a funkcionális viszonyok nem különböznek az oksági viszonyoktól (és ezért külön kategóriaként nélkülözhetőek), vagy pedig a teleológiát visszavezetik a szociológiába. Továbbá ez a körkörösség érvéhez vezet: az intézményeket a társadalmi szükségletekre adott válaszként magyarázzák, miközben a társadalmi szükségletek létezését ezen intézmények létezéséből vezették le. Más kritikusok a funkcionalizmus programja ellen léptek fel. Azzal érveltek, hogy a rendszerek stabilitásának hangsúlyozása a rendszer híveinek mind a

⁵⁴ A legnagyobb hatású kritika a logikai pozitivizmusból származott: (A formalization of functionalism, with special reference to its application in the social sciences), in id., *Logic without Metaphysics* (1956) 247-283 (rövidített formában újranymtatva: Demerath, Peterson [n. 18] 77-94); és Carl G. Hempel, "The Logic of Functionalism", in Llewellyn Gross (szerk.), *Symposium on Sociological Theory* (1959) 271-307 (szintén Hempel, *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science* [1965]). Maga Nagel később amellett érvelt, hogy a funkcionalizmus problematikus a társadalomtudományok számára; lásd id. a *The Structure of Science* (1961). Lásd még Don Martindale (szerk.), *Functionalism in the Social Sciences: The Strength and Limits of Functionalism in Anthropology, Economics, Political Science, and Sociology* (1965).

⁵⁵ Wright Mills, "Grand Theory", in id. in: *The Sociological Imagination* (1959) (szintén Demerath, Peterson

[18. sz.] 171-183).

⁵⁶ Lásd az 5. pontban szereplő hivatkozásokat; lásd még, más szempontból: William Alford, "On the Limits of 'Grand Theory' in Comparative Law", (1985) 61 *Wash. LR* 945-956.

⁵⁷ Lásd Turner, Maryanski (supra n. 28) ff128.; Mark Abrahamson, *Functionalism* (1978), ff.37

⁵⁸ Vivian Curran, "Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law", (1998) *Am46. J. Comp. L.* 43,67.

⁵⁹ Durkheim (25. sz.) 189 f.

politikailag konzervatív és módszertanilag alkalmatlan a társadalmi változások magyarázatára, ami ⁶⁰szintén a funkcionalista összehasonlító jogászattal szemben megfogalmazott kritika.⁶¹ És végül, ami talán a legfontosabb, a szociológiai funkcionalizmust képtelennek tartják a kultúra, különösen a funkció nélküli gyakorlatok megértésére - ez a kritika az összehasonlító jogban is megtalálható.⁶²

E kritikák után a funkcionalizmus teret vesztett, a "neofunkcionalizmus" iskolája nem volt sikeres⁶³. A szociológián és különösen az antropológián belül a funkcionalizmus utat engedett a kulturális és hermeneutikai módszereknek, ami az összehasonlító jogban is megfigyelhető. Ugyanakkor a szociológiának mint tudományágnak - nem utolsósorban a módszertani kifinomultság vélt hiánya miatt - át kellett adnia egykori vezető pozícióját a társadalomtudományokon belül a közgazdaságtudományoknak, és ez a fejlődés nemcsak a jogban, hanem az összehasonlító jogban is megisméltódott.⁶⁴ A jogi funkcionalizmus hasonló kihívásokkal nézett szembe. A német polgári törvénykönyv szerkezetének nem funkcionálisnak minősített kritikája meghallgatás⁶⁵ nélkül maradt; a nácik⁶⁶ későbbi visszaélései a funkcionalizmust a világháború után vonzóvá tették. Mint a jogszabály-értelmezés és a jogi érvelés elmélete, az érdekek jogtudománya utat engedett az értékek jogtudományának, amely szerint az értelmezőnek a jogalkotó preferenciáit kell megvalósítania, az objektív funkció helyett újra szubjektív célt vezetve be - és ez a kontingens *telosz* lehet

⁶⁰ Ralf Dahrendorf, Struktur und Funktion, (1955) 7 *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 491-519; id. id., Out of Utopia: Toward a Reorientation of Sociological Analysis, (1958) 64 *American Journal of Sociology* 115-127.

⁶¹ Jonathan Hill, "Comparative Law, Law Reform and Legal Theory", ((1989) 9 *Ox. J. Leg. Stud.* 101, 106 f.; David Kennedy, "The Methods and the Politics", in: Legrand, Munday (5. sz.) 345,391.

⁶² Az antropológiában és az összehasonlító jogtudományban is ezt az irányzatot Clifford Geertz képviseli; az antropológiai antifunkcionalizmusról lásd a "Ritual and Social Change: A Javanese Example", (1957) 59 *American Anthropologist* 32-54 (szintén Demerath, Peterson [18. sz.] 231-249); id. id., *Interpreting Cultures* (1973); az antifunkcionalista összehasonlító jogtudományhoz id: Fact and Law in Comparative Perspective, in id., *Local Knowledge - Further Essays in Interpretive Anthropology* (1983), 215-234, különösen: "Local Knowledge - Further Essays in Interpretive Anthropology" (1983), 215-234, in id. 232. Lásd még Pierre Legrand, "The Same and the Different", in Munday, Legrand (5. sz.) f240,292.

⁶³ Jeffery C. Alexander (szerk.), *Neofunkcionalizmus* (1985); Paul Colomy (szerk.), *Neofunkcionalista szociológia* (Schools of Thought in Sociology 4, 1990); Jeffrey C. Alexander, *Neofunkcionalizmus és After* (1998); vö. Michael Schmid, "Der Neofunkcionalismus. Nachruf auf ein Forschungsprogramm", in Jetzkowitz, Stark (é. n. 28) 279-303.

⁶⁴ A funkcionális és a gazdasági összehasonlító jog közötti kapcsolatokról lásd Anne Sophia-Marie van Aaken, "Vom Nutzen der ökonomischen Theorie des Rechts für die Rechtsvergleichung", in Brigitta Jud et al. (szerk.), *Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000* (2001), 127-149; Hendrik Hansmann et al., *The Anatomy of Corporate Law: A társasági jog összehasonlító és funkcionális megközelítése* (2004); Peter Behrens, "Ökonomische Wirkungsanalyse im Kontext funktionaler Rechtsvergleichung" (a Német Összehasonlító Jogi Társaság

2005. évi würzburgi konferenciáján elhangzott publikálatlan előadás).

⁶⁵ Ralf Michaels, "Strukturfragen des Schuldrechts", in Reinhard Zimmermann (szerk.), *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, Vol. (22006), no. 50.

⁶⁶ Vivian Grosswald Curran, "Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law", (2002-2002) *Cornell 35 Int'l L. J.* ff.101,151

már nem szolgálnak egy egyetemes összehasonlító jogtudomány alapjául. Ennek nagy része reakció volt a funkcionalizmus és az antiformalizmus értékelmélet kidolgozásának nehézségeire, amely nehézség már Felix Cohen "Transzcendentális képtelenség és a funkcionális módszer" című korszakalkotó cikkében is megmutatkozott, amelynek első része briliánsan leleplezte a jogi konceptualizmust, a második része pedig kiábrándítóan az értékelméletre összpontosított⁶⁷.

4. Neokantiánus funkcionalizmus

Mivel a funkcionalizmus elvesztette arisztotelészi alapját, más filozófiai alapra volt szüksége. Ezt az alapot a neokantiánus filozófiában találták meg, amely két nagyon különböző módon járult hozzá a funkcionalista összehasonlító joghoz. Az első a jogi gondolkodásban jelentkezett. Maga Kant, miközben szigorúan elválasztotta a van és a kell között, elképzelte az észérveken alapuló racionális jog lehetőségét. A neokantiánusok azt remélték, hogy az összehasonlító jogot Kirchmann híres, a jogról mint tudománytalanról szóló ítéletére adott válaszként, és egy ilyen racionális jog felé vezető útként használhatják fel. Gustav Radbruch 1905-ben az ideális jog kantiánus változatát *tertium comparationis* néven javasolta a hasonló problémák megoldására. Ezt az ideális jogot nem lehetett levezetni az összehasonlító jog meglátásaiból (ez az is/ought keresztezése lett volna), de pszichológiailag segíthetett a jobb jog keresésében.⁶⁸ Húsz évvel később Max Salomon kibővítette ezeket a gondolatokat, és megfogalmazta a modern funkcionalista összehasonlító jogtudomány hitvallását: A jogtudomány mint tudomány univerzálékkal foglalkozik, de ezek az univerzálék nem jogi normák, hanem jogi problémák. Következésképpen a jogi normák közötti összehasonlítás csak az azonos jogi problémákra reagáló normák között lehetséges.⁶⁹ A jogtudomány csak mint összehasonlító jogtudomány lehetséges. Az összehasonlító jog fenomenológiaivá vált.⁷⁰

⁶⁷ Cohen (18. sz.).

⁶⁸ Gustav Radbruch, Über die Methode der Rechtsvergleichung, (1905/06) *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 422-425 = Zweigert, Puttfarken (n. 3) 52-56 = Heinrich Scholler (szerk.), *Gustav Radbruch - Rechtsvergleichende Schriften* (Gustav Radbruch Gesamtausgabe Vol. 15, 1999), 152-156. Lásd még id. is, *Rechtsphilosophie* (1932), 120 (*Wertbeziehung* mint a jogtudomány tudományos kritériuma). Az is/ought érv szigorúbb alkalmazásához és a Radbruchra és Salomonra adott kritikai válaszhoz lásd Julius Binder, *Philosophie des Rechts* (1925), 951 ff.; a pozitív törvények összehasonlításából levezetett természetjog lehetőségéhez v. Liszt (é. n. 3) f61.; Konrad Zweigert, "Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode", (1949/50) *RabelsZ* 19-20.5,

⁶⁹ Max Salomon, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie* (1925), (34"Rechtswissenschaft ist nicht eine Wissenschaft von den Rechtsnormen, sondern von den Rechtsproblemen"), 33 ("Rechtsvergleichung ist Vergleichung von Lösungen eines egységlichen Problems"); jóváhagyásra lásd Radbruch, *Rechtsphilosophie* (n. 68) 120 n. 19; Schmitthoff (n. 2) 96; Willis Santiago Guerra Filho, "A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição", (1998) 137 *Revista de Informação Legislativa* 13,

20 f. hivatkozásokkal, http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_137/r137-02.pdf; vö. Otto Sandrock, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung* (1966), f16.
70 Alois Troller, *Ueberall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft* (1965); id., "Rechtsvergleichung und Phänomenologie", in Mario Rotondi (szerk.), *Scopi e metodi del diritto comparato / Buts et méthodes du droit*.

A komparatisták a különböző jogrendszerek megoldásait nem valamilyen mögöttes metafizikai egyetemes törvény kisugárzásainak, sem pedig összefüggéstelen eseteknek tekintik, hanem a különböző megoldások közös problémák megoldásaként nyerik el értelmüket.

Egy másik, látszólag Kanthoz nem kapcsolódó fejlemény Ernst Cassirer munkája volt a funkcionális episztemológiáról. Cassirer azt állította, hogy amióta Kant azt állította, hogy a természeti törvények nem a természet velejárói, hanem emberi konstrukciók, amelyek célja a természet megértése, azóta szeizmikus elmozdulás következett be a szubsztanciára való összpontosításról a funkcióra való összpontosításra, a dolgok "valódi" voltának (szubsztanciájuk, ontológiájuk) megértésére tett kísérletekről a dolgok megértésére csak bizonyos nézőpontokhoz való (funkcionális) viszonyukban (funkciójuk, episztemológiájuk).⁷¹ Többé nem volt lehetséges az elemek osztályait pusztán közös vonások alapján meghatározni, mert egy ilyen absztrakció megtagadná az elem és az egész közötti szükségszerű kapcsolatot. Az egyes számoknak nem volt lényegük, csak az összes számok összességéről lehetett azt mondani, hogy lényegük van.⁷² Az egyes elemeket inkább az egyes szempontokhoz viszonyítva kellett értelmezni, mint ugyanazon funkció különböző eredményeit. Egy sorozatot $a \alpha \alpha_1 \beta_1, a \alpha_2 \beta_2, a \alpha_3 \beta_3 \dots$ nem egyszerűen az a közös ismérv alapján kell érteni, hanem a szabályszerűség alapján, amelyben az elemei az $a x y$ függvény révén jönnek létre, amelyben az x változó minden α -t, az y változó minden β -t meghatároz, és mindezek az elemek funkcionális szabályszerűségben állnak, így lehetséges a sorozat új elemeinek létrehozása. Ennek a lépésnek két döntő előnye van. Először is, nem szükséges egy adott elemnek valamilyen lényegét felismerni; elegendő az elemet egy változóval való funkcionális kapcsolat változóként, egy másik elemmel való funkcionális kapcsolat eredményeként felfogni. Másodsor, lehetővé válik az elemek csoportjainak elképzelése és egyszerű leírása anélkül, hogy a hagyományos osztályozásokkal járó sajátosságvesztés következne be.⁷³ Az $a x y$ függvény a sorozat összes elemét teljes mértékben leírja, míg a közös a elemre mint osztályozási kritériumra való összpontosítás figyelmen kívül hagyja az a és y közötti sajátos funkcionális kapcsolatot, amely az adott elemeket létrehozza.

comparé (Inchieste di diritto comparato), 2 vol. (1973), 685-705, különösen 694. a funkcionális komparatistákra való hivatkozások miatt.

⁷¹ Cassirer (19.). Heinrich Rombach, *Substanz, System, Struktur. Die Ontologie des Funktionalismus und der philosophische Hintergrund der modernen Wissenschaft*, Vol. (1965), ff140., már Cusanus és Descartes munkásságában látja a gyökereket.

⁷² Cassirer (19. sz.), f420.

⁷³ Vö. Cassirer (19. o.) 18 ff., ff .313

Bár Cassirer nem volt közvetlen hatással a funkcionalista összehasonlító jogra,⁷⁴ számos párhuzamot látunk. Először is, Cassirerhez hasonlóan a funkcionalista összehasonlító jogtudományt nem a jogintézmények lényege, hanem inkább azok funkciója érdekli, az általuk megoldandó konkrét problémákhoz való viszonyuk. Másodsor, a funkcionalista összehasonlító jog szintén igyekszik elkerülni a fogalmi összehasonlításokban és a jogcsaládok makro-összehasonlításában rejlő absztrakciót, és ehelyett egy jogintézménynek az egészhez való viszonyára összpontosít. Harmadsor, Cassirer hangsúlyozása az elemek összességére, szemben az egyes elemekkel, megismétli Salomon kísérletét az egyetemes jogtudomány meghatározására az egyes nemzeti intézményeken túl. Cassirer a matematikából kölcsönzött funkciófogalma a funkcionális ekvivalensek formalizálásaként működhet: Ha a -t egy adott problémaként, " x "-et az α .1,2,3.. jogrendszerek, " y "-t pedig a β 1,... jogintézmények változójaként definiáljuk,^{2,3} akkor a különböző jogintézmények funkcionális összehasonlítását sorozatként formalizálhatjuk, ahol például $a \alpha \beta \beta_{11}$ a francia jog (α_1) válasza (β_1) az a problémára, $a \alpha \beta \beta_{22}$ a német jog (α_2) válasza (β_2) ugyanerre az a problémára, és így tovább. Ugyanakkor ez a megközelítés lehetővé teszi az összehasonlító számára, hogy ne csak az elemek közötti hasonlóságra (a közös a probléma), hanem a különbségekre (α és α_2 , illetve β és β között) is összpontosítson, és ezenfelül lehetővé teszi számára, hogy ezeket az intézmények közötti különbségeket a jogrendszerek közötti különbségek függvényeként (!) magyarázza Bár egy ilyen formalizáció számos problémát vet fel (ezek közül nem a legkisebb a szabályszerűség kérdése a társadalomtudományokban, szemben a matematikával és a természettudományokkal), ígéretes lépésnek tűnik a racionálisabb összehasonlító jog felé.

5. Egyenértékűség Funkcionalizmus

Az arisztotelianizmus, az evolúciós funkcionalizmus és a strukturális funkcionalizmus mind-mind tartalmaz determinizmus és teleológia nyomokat. Ha a hasonló problémák hasonló megoldásokat okoznak, akkor a megoldásoknak valahogyan a problémák velejárói kell lenniük. Valóban, miközben a szociológiai funkcionalisták sokáig a társadalmak közötti funkcionális hasonlóságokat hangsúlyozták, úgy gondolták, hogy ugyanazokat a funkciókat ugyanolyan típusú intézmények töltik be. Durkheim kifejezetten elvetette a funkcionális ekvivalenciát mint döntőelvet, és a különböző társadalmak intézményei mint a funkcionális követelményekre adott válaszok között figyelemre méltó hasonlóságot hirdetett.⁷⁵ Még Goldschmidt 1966, egyébként eredeti tanulmányában, a

-
- ⁷⁴ Max Hartmann összehasonlítható tudományfilozófiáján alapuló funkcionális megközelítés Georges Langrod, "Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique", (1957) 9 *Rev. int. dr. comp.* ff.353,364. = Zweigert, Puttfarcken (é. n. 3) ff.225,234
- ⁷⁵ Durkheim (25. o.) 187: " En fait, quand on est entré quelque peu en contact avec les phénomènes sociaux, on est ... surpris de l'étonnante régularité avec laquelle ils se reproduisent dans les mêmes circonstances.

az összehasonlító funkcionalizmus az antropológiában azt állította, hogy "bizonyos társadalmi szükségletek ismételtten hasonló társadalmi intézményeket hívnak elő, hogy az intézményi formák között összefüggések találhatóak, mert nagyjából ezek azok a "természetes" vagy "preferált" eszközök, amelyekkel bizonyos szükséges társadalmi feladatokat adott körülmények között a legjobban el lehet látni".⁷⁶ Tekintettel arra, hogy az intézmények mennyire különbözőek a részletekben, egy ilyen nézetet nehéz volt fenntartani, kivéve a nagyon elvont elemzéseket. Ennek következtében a hasonló intézmények elvont ideáltípusokká váltak, megfosztva sajátosságaiktól, és képtelenek voltak értékes meglátásokat nyújtani - ez a probléma még mindig gyakori az összehasonlító politikatudományban.

A kiutat már Cassirer ismeretelméletében megtalálhatjuk, amely a funkcionális ekvivalencia felé vezető utat egyengette. Hasonló problémák különböző, bár összehasonlítható megoldásokhoz vezethetnek; a megoldások csak a konkrét funkcióhoz való viszonyukban hasonlítanak, amely alatt őket tekintjük. A szociológiában ismét Merton volt az, aki kiutat mutatott ebből a problémából. Megkérdőjelezte a nélkülözhetetlenség posztulátumát, amely szerint a társadalom minden eleme nélkülözhetetlen a rendszer működéséhez. Merton rámutatott, hogy még a nélkülözhetetlen szükségleteket is ki lehet elégíteni különböző intézményekkel, amelyek funkcionális helyettesítőként vagy funkcionális egyenértékűként működnek.⁷⁷ Az összehasonlító jogászok - talán a részletekre és sajátosságokra való összpontosításuk miatt - már régóta tudták, hogy ez nem így van. Tudták egyrészt, hogy hasonló intézmények különböző társadalmakban vagy különböző időkben különböző funkciókat tölthetnek be, másrészt⁷⁸ pedig azt találták, hogy hasonló funkcionális szükségleteket különböző intézmények is kielégíthetnek, a funkcionális ekvivalens gondolatát. Ez az elképzelés, amely a funkcionalista összehasonlító jogban központi szerepet játszik, a funkcionalizmus minden fajtájában megjelenik: Max Salomon a problémákra mint az általános jogtudomány egységesítő elemére összpontosító szemlélete lehetővé tette a tudósok számára, hogy a különböző megoldásokat funkcionális ekvivalensnek tekintsék; Josef Esser az összehasonlító jog számára fejlesztette ki a fogalmat, Konrad Zweigert⁷⁹ pedig az összehasonlító joggal kapcsolatos megközelítésének központi elemévé tette, és fontos eszközzé ahhoz, hogy az esetleg különbségeknek tűnő dolgokban univerzalitásokat lássanak.⁸⁰

Même les pratiques les plus minutieuses et, en apparence, les plus puériles, se répètent avec la plus étonnante uniformité."

⁷⁶ Walter Goldschmidt, *Összehasonlító funkcionalizmus* : *An Essay in Anthropological Theory* (1966), 30, lásd még 122: "hasonló problémák hasonló megoldásokat idéznek elő".

⁷⁷ Merton (18. o.) 86-90.

⁷⁸ Karl Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion: ein Beitrag zur Kritik des Bürgerlichen Rechts* (1929) = *The Institutions of Private Law and their Social Functions* (Agnes Schwarzschild, ford.; Otto Kahn-Freund, szerk., 1949).

⁷⁹ Esser (21. sz.), különösen az alábbiakban³⁵⁴.

⁸⁰ Konrad Zweigert, "Des solutions identiques par des voies différentes, (1966) 18 *Rev. int. dr. comp.* 5-18 = Die "praesumptio similitudinis" als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode", in Rotondi (n. 70).

A funkcionális egyenértékűség elismerése valóban lendületet adott az összehasonlító jog lehetőségeinek. Különösen a common law és a polgári jog összehasonlítása hagyományosan csábította a funkcionalistákat, két okból is: Először is, a funkcionista összehasonlításnak képesnek kell lennie arra, hogy a polgári jog és a common law közötti episztemikus/dogmatikai különbséget irrelevánsnak tekintve figyelmen kívül hagyja. Másodszor, a common lawnak a maga szerves fejlődésével különösen alkalmasnak kellene lennie a funkcionális megértésre. Nem meglepő tehát, hogy a funkcionális módszert alkalmazó legbefolyásosabb munkák némelyike a common law intézményeire és azok polgári jogi funkcionális megfelelőire, például a trustokra⁸¹ és az ellenszolgáltatásra összpontosított.⁸² De még a szocialista és a kapitalista jogrendszerek közötti rendszerközi összehasonlítás is lehetségesnek tűnt, mihamarabb kimondhatóvá vált, hogy a különböző jogi megoldások, bár nem hasonlóak, funkcionálisan mégis egyenértékűek.⁸³

Az összehasonlító jogban az egyenértékűségi funkcionalizmust azonban mindig is inkább példákkal magyarázták, mintsem elméletileg kidolgozták.⁸⁴ Így nem világos, hogy a funkcionális ekvivalencia a problémák egyetemességén túlmenően az értékek valamilyen egységességét sugallja-e. Hasonlóképpen, a funkció fogalma viszonylag naiv kapcsolatot sugall a probléma és az intézmény között, akár ok és okozat (tehát a probléma okozza egy intézmény létezését), akár a cél és a megvalósítás között (tehát egy jogi megoldás a felismert probléma megoldásának célját szolgálja). Az összehasonlító jog itt profitálhatna a szociológiai ekvivalencia-funkcionalizmusból, amelyet különösen Niklas Luhmann fejlesztett ki, akire, akárcsak saját tanárára, Parsonsra, Cassirer hatott.⁸⁵ Az ekvivalencia-funkcionalizmus válasz arra a kihívásra, hogy a funkciók vagy nem mások, mint oksági viszonyok, vagy teleológiai elemet tartalmaznak. Az ekvivalencia-funkcionalizmus

735-758; részleges angol fordítás in Volkmar Gessner et al. (szerk.), *European Legal Cultures* (1996), 160-164.

⁸¹ Pl. Hein Kötz, *Tust und Treuhand* (1963); Antonio Gambaro, "Il Trust in Italia e Francia", in: Paolo Cendon (szerk.), *Scritti in Onore di Rodolfo Sacco*, 1. kötet (1994), 495 ff.; Henry Hansmann, Ugo Mattei, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", (1998) *N73. Y.U. LR* 434-479.

⁸² Arthur T. von Mehren, "A megfontolás polgári jogi analógiái: An Exercise in Comparative Analysis", (1959) *72 Harv. LR* 1009 (1959); Zweigert, Kötz (é. n. 2) 29. fejezet "Indicia of Seriousness"; B. S. Markesinis, "Cause and Consideration: A Study in Parallel", (1978) *37 CLJ* 53-75; átfogóbb Ferdinand Fromholzer, *Consideration* (1997).

⁸³ Lásd Konrad Zweigert, "Methodological Problems in Comparative Law", (1972) *Israel LR*. 465, 470 f.; Konrad Zweigert, Hans-Jürgen Puttfarcken, "Possibilities of Comparing Analogous Institutions of Law in Different Social Systems", (1973) *15 Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 107-130 (német fordítás id. [n. 3] 395-429); Szabó (n. 1).

⁸⁴ De lásd most Kirsten Scheiwe, "Was ist ein funktionales Äquivalent in der Rechtsvergleichung? Eine Diskussion an Hand von Beispielen aus dem Familien- und Sozialrecht", (2000) *Kritische* 83

85 *Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 30-51.
Detlef Horster, "Niklas Luhmann. Was unsere Gesellschaft im Innersten zusammenhält", in Jochen Hennigfeld/Heinz Jansohn (szerk.), *Philosophen der Gegenwart* (2005) = <http://www.erz.uni-hannover.de/~horster/texte/luhmann.pdf>, ff3.

egy intézményt több lehetőség közül egy esetleges megoldásként magyarázza. Következésképpen egy rendszer sajátossága még (bizonyos) univerzális problémák jelenlétében is abban rejlik, hogy az összes többi (funkcionálisan egyenértékű) megoldással szemben egy mellett dönt, ⁸⁶ami Cassirer ismeretelméleti funkcionalizmusára emlékeztető fogalom. A jogfejlődés így már nem szükségszerű, hanem csak lehetséges, nem előre meghatározott, hanem esetleges.⁸⁷ Ez a módszer viszont megköveteli, hogy a társadalmat (és annak alrendszereit, beleértve a jogot is) olyan rendszerként értelmezzük, amelyet elemeinek viszonya konstituál, nem pedig egymástól független elemekből felépített rendszerként.⁸⁸ Nem kerüli el a tautológia kritikáját - az intézményeket a problémákra tekintettel értjük, a problémákat pedig az intézményekre tekintettel értjük. De egy ilyen tautológia nem problematikus Luhmann konstruktivista megközelítése számára, amelyben a társadalmak éppen az ilyen tautológiák révén konstituálják magukat, mint értelmet adó módot.

Bár Luhmann hangsúlyozta, hogy "a funkcionális módszer végső soron összehasonlító módszer",⁸⁹ és időnként a rendszerek összehasonlítását mint értékes ellenőrzési projektet javasolta,⁹⁰ ezt - Josef Esserre való futólagos utalástól eltekintve - nem ⁹¹használta fel az összehasonlító jog számára. A funkcionalista összehasonlító jog ezzel szemben - a funkcionális ekvivalenciára való hasonló összpontosítás ellenére - sajnos ritkán reagált Luhmann módszerére, pedig abból óriási hasznot húzhatna. Luhmann rendszerelméletét természetesen éles kritikák érték - az egyén iránti közömbösségéért, eredendő konzervativizmusáért (ismét), a rendszerek időbeli azonosságának igazolásával kapcsolatos problémái miatt. Mindezek fontos kritikák, de a funkcionalista összehasonlító jogtudomány ellen is felhozhatók a jelenlegi formájában. Értelemszerűen először is érdemes helyreállítani a

⁸⁶ Niklas Luhmann, "Funktion und Kausalität", in *Soziologische Aufklärung* (17th. kiadás 2005), 1-38 (eredetileg [1962] *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 617-644).

⁸⁷ Vö. Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System* (1989) f64. Gordon ellenében (32. sz.).

⁸⁸ Niklas Luhmann, "Funktionale Methode und Systemtheorie", in id. (n. 86) 39-67 (eredetileg [1964] 15 *Soziale Welt* 1-25); id., *Soziale Systeme* (1984), esp. ff83 = *Social Systems* (1995) 52 ff.; vö. Stefan Jensen, "Funktionalismus und Systemtheorie - von Parsons zu Luhmann", in Jetzkowitz, Stark (é.n. 28) 177-203.

⁸⁹ Pl. Luhmann, *Soziale Systeme*, 85 = *Social Systems*, 54 (mindkettő 88. sz.); vö. id., "Funktionale Methode" (88. sz.) ff43.; id., *Die Gesellschaft der Gesellschaft II* (1997) f1125.

⁹⁰ Pl. Luhmann (86. sz.) f31.

⁹¹ Luhmann (86. o.) 63. o. 17; lásd még idézi: *Das Recht der Gesellschaft* (1993), 13 f., 573 f. = A jog mint társadalmi rendszer (2004), 56 f., 481. o. Mindezt annak ellenére, hogy Luhmann a római jogot és az összehasonlító jogot deklarálta jogi képzése egyetlen intellektuálisan ösztönző kurzusának: Pierre Guibentif, "Niklas Luhmann und die Rechtssoziologie: Gespräch mit Niklas Luhmann, Bielefeld, 1997.1.", (2000) *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2000, 217, 219. A rendszerelmélet és az autopoiesis alkalmazásáról a jogi

transzplantációk problémájára lásd Gunther Teubner, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying the Law Ends Up in New Divergences", (1998) *Mod61. LR* ff11. Lásd most még Catherine Valcke, "Comparative Law as Comparative Jurisprudence - The Comparability of Legal Systems", (2004) *52 Am. J. Comp. L.* 713- 740.

funkcionális módszert Luhmann ekvivalencia-funkcionalizmusa alapján, majd teszteljük annak erősségeit és gyengeségeit.

6. Funkcionalista összehasonlító jog: Szintézis vagy eklektika?

Melyik fogalom áll az összehasonlító jogban a funkcionális módszer mögött? A válasz: a fentiek mindegyike. A módszer válogatja a különböző fogalmakat, és keveset törődik azok összeegyeztethetlenségével.⁹² Az összehasonlító körében még mindig erős a hit abban, hogy a funkcionalista módszer által a különböző jogrendek között feltárt hasonlóságok nem pusztán körkörös érvelés eredményei, nem pusztán a társadalmak közötti hasonló szükségletek bizonyítéka, hanem mélyebb egyetemes értékek bizonyítéka. Bár ez természetjogi eredetre utal, és az arisztotelészi megközelítésekre emlékeztet, a funkcionális módszer mégis a jogfilozófián kívül, a jogszociológián belül helyezkedik el. Magában a funkció fogalmában a módszer - ha akaratlanul is - az episztemológiai funkcionális antimetafizikai fókuszát kölcsönzi, szemben a jogi intézmények lényegi fogalmával; az intézményeket a problémákhoz való viszonyukban, nem pedig elvontan értelmezi. Nem világos azonban, hogy a funkciónak ez a fogalma teleologikus-e vagy sem. Néha az összehasonlító nyíltan teleologikus módon használják a funkciókat, az evolúciós funkcionálisra emlékeztető módon a haladás felé vezető útként - amikor csak az evolúció hasonló stádiumában lévő jogrendszereket nevezik összehasonlíthatónak,⁹³ vagy amikor a jog fejlődését nevezik fontosnak a funkció felfedezése szempontjából,⁹⁴ az ok és a funkció összekapcsolását, amely Durkheim posztulátumai számára anatómia. Néha a komparatisták a jogi intézményekre mint a stabilitás megőrzésének eszközeire összpontosítanak, ami inkább a strukturális funkcionálishoz hasonlít. Ekkor azonban gyakran nem világos, hogy a funkciók magukban foglalják-e a látens funkciókat is, amikor arra összpontosítanak, hogy a törvények mit tesznek valójában, vagy csak a manifeszt funkciókat, mint az instrumentalizmusban és a társadalmi mérnöki tevékenységben. És végül, az az állítás, hogy "mindig marad ... egy olyan terület, ahol csak a józan ítélőképesség, a józan ész vagy akár az intuíció segíthet"⁹⁵, veszélyesen irracionálisan hangzik, ami, úgy tűnik, eltávolítaná a funkcionális összehasonlító jogot a funkcionális tudományos törekvéseitől minden más tudományágban.⁹⁶

⁹² Lásd még D. Kokkini-Iatridou, "Az összehasonlító jog néhány módszertani vonatkozása. Egy (elő)paradigma harmadik része", (1986) 33 *Neth. Int'l LR* 168 143,ff.

⁹³ Zweigert, Kötz (2. sz.) (Lambertre 3hivatkozva).

⁹⁴ Zweigert, Kötz (é. n. 2) 8: "... ha az összehasonlító értelmet akar adni a szabályoknak és a megoldani kívánt

problémáknak, akkor gyakran meg kell vizsgálnia azok történetét".

⁹⁵ Zweigert, Kötz (n. 2) lásd 33, még (34 "érzés"), (35 "képzelet").

⁹⁶ De lásd az irracionalitás esetleges szükségességéről az összehasonlításhoz Luhmann, *Soziale Systeme*, 90 f. = *Social Systems*, 57 f. (mindkettő 88. sz.), és az idézett Alfred Baeumler, *Das Irrationalitätsproblem in der Ästhetik und Logik des 18. sz. Jahrhunderts bis zur Kritik der Urteilskraft* (1923/1967), ff141.

Ennek az összevisszaságnak az az oka, hogy a funkcionális módszer alapítói inkább pragmatikusan, mint módszertanilag voltak érdekeltek. Amikor Ernst Rabel szinte mellékesen felvetette, hogy az intézmények funkciójának kell az összehasonlító törekvések⁹⁷ középpontjában állnia, nem erre a felismerésre alapozta a kidolgozott módszert. Rabel megközelítése szándékosan inkább pragmatikus, mint elméleti volt; nem az expanzív módszertani viták érdekelték,⁹⁸ hanem a gyakorlati problémák megoldása. A "funkcionális módszer" neki tulajdonítása inkább tanítványa, Rheinsteint műve volt, aki gondolatait az Egyesült Államokba is bevezette.⁹⁹ Josef Esser közelebb került egy kidolgozott funkcionális módszer kidolgozásához, de ez a módszer csak részben talált befogadásra, és arisztotelészi alapjai problematikusak. Konrad Zweigert végül, aki mind Rabel, mind Esser után sokkal kiterjedtebben¹⁰⁰ publikált módszertani kérdésekről, mint azt módszerének kritikusai általában elismerik. Mégis úgy tűnik, hogy őt elsősorban nem a módszertan önmagában, hanem az univerzalista humanizmus és a jogegységesítés iránti érdeklődés vezérelte; a funkcionális módszer egyszerűen a legjobb eszköz volt e célok eléréséhez, nem pedig önmagában a felsőbbrendű módszer. Végül pedig Roscoe Pound volt talán a funkcionalizmus hívei közül a legfilozófiailag legműveltebb. Funkcionális módszere azonban a szociológiai jogtudomány és a filozófiai felfogás között ingadozik.

Mindent egybevetve, a komparatisták pragmatikus érdeklődése magyarázatot adhat (ha nem is mentséget) a módszertani szigor hiányára. Ugyanakkor meghívta az általunk látott kritikát, és a funkcionalista összehasonlító jog jelenlegi válságához vezetett. A funkcionalista összehasonlító megglepően védekezően reagálnak. Az egyik stratégia az, hogy elismerik a kultúra jelentőségét a funkcionalista összehasonlító jogon belül. Mivel nincs egyértelmű álláspont a kultúra és a funkció közötti kapcsolatáról, ez egy eklektikus, belsőleg következetlen módszerhez kell, hogy vezessen. Egy másik stratégia egy "módszertani pluralizmus" felállítása, amelyben a funkcionalizmus csak egy a számos módszer közül, és az összehasonlító jogász azt a módszert választja (ad hoc?), amelyik a legmegfelelőbbnek tűnik egy adott célra.¹⁰¹ Mindkét stratégia nem tűnik ígéretesnek, kivéve, ha az e erősségeit és gyengeségeit egy világosabb és egyértelműbb

⁹⁷ Ernst Rabel (47. sz.) = 282Zweigert, Puttfarcken (3. sz.) 88.

⁹⁸ Max Rheinsteint, "In Memory of Ernst Rabel", (1956) 5 *Am. J. Comp. L.* 185, 187; Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts I* (1975) 10; módszerének rekonstrukcióit lásd Hans G. Leser, "Ein Beitrag Ernst Rabels zur Privatrechtsmethode: "Die wohltätige Gewohnheit, den Rechtsfall vor der Regel zu bedenken", in Hans Claudius Ficker et al. (szerk.), *Festschrift für Ernst von Caemmerer* (1978), 891-906; David J. Gerber, "Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language", in Annelise Riles (szerk.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (2001), ff190,196.

⁹⁹ Max Rheinsteint, "Comparative Law and Conflict of Laws in Germany", *U2. Chi. LR* 246-250232., különösen f248. f.

- ¹⁰⁰ Rabel jelentősége Zweigert számára a von Caemmerer, Zweigert (2. sz.) című művében válik világossá. Zweigert rövid előszót írt Esser könyvéhez; lásd Esser (é. n. 21) VII.
- ¹⁰¹ Lásd pl. Jaako Husa, "Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?", (2003) *RabelsZ* 36/7419,446.

funkcionális módszert ismerik el. Ha a funkcionális módszer hiányos, nem világos, miért kellene fenntartani egy moderált változatot; ha nem hiányos, nem világos, miért kellene moderálni. Mégsem tudjuk ezt értékelni mindaddig, amíg nincs koherensen megfogalmazott funkcionális módszer.

III. A funkció funkciói

Megbocsátható, ha azt gondoljuk, hogy a funkcionalista összehasonlító jog nem védhető meg. Hiszen láttuk, hogy a funkcionális módszer egy alulteoretizált megközelítés, amelynek diszciplináris pozíciója meghatározatlan, és amely különböző különböző hagyományok darabkái rakja össze, amelyek - bár egymással összeegyeztethetetlenek - szinte mind kudarcot vallottak a saját diszciplinájukban. De ez elhamarkodott lenne. Tekintettel arra, hogy a funkcionális módszer tartalma az összehasonlító jogban mennyire tisztázatlan, az érdemi elemzésről a funkcionális elemzésre kellene áttérnünk, és azt kellene megvizsgáljunk, hogy mit tesz, ahelyett, hogy mit jelent. Durkheim és Merton szellemében a módszert nem az eredete és a tudományos közösség résztvevőinek szándékai, hanem a funkcionalitása alapján kellene mérnünk. Meg kellene vizsgálnunk a funkció fogalmának funkcióit, beleértve annak látens funkcióit is, az összehasonlító jogi ismeretek előállításában. Meg kell vizsgálnunk, hogy funkcionális vagy diszfunkcionális-e, és meg kell vizsgálnunk, hogy alternatív javaslatok szolgálhatnak-e funkcionális megfelelőként. Ezzel egyidejűleg lehetővé kellene tennünk, hogy a funkcionális módszert tudomány helyett értelmező vállalkozásként kezdjük el rekonstruálni,¹⁰² mint a jogrendszerek értelmének értelmezését a jogrendszerek értelmes konstruálásával, ahelyett, hogy pusztán mérnénk őket, és ezáltal - talán - kulturális megfontolásokat is integrálnánk. Természetesen egy ilyen módszernek végig ugyanazt a funkcionalizmus-fogalmat kell használnia. Azért javaslom az ekvivalencia-funcionalizmus használatát, mert ez a szociológia legstabilabb fogalma, és mert ez a Rabel és Zweigert által kidolgozott funkcionalista összehasonlító jogtudomány központi eleme.

Számos funkció közül, amelyet megkülönböztethetünk, ez a szakasz hétre összpontosít: a jogi szabályokat és intézményt megértő ismeretelméleti funkcióra (1), az összehasonlíthatóság elérésének összehasonlító funkciójára (2), a hasonlóságot hangsúlyozó feltételező funkcióra (3), a rendszerépítés formalizáló funkciójára (4), a jobb jog meghatározásának értékelő funkciójára (5), a jogi egységesítést előkészítő univerzalizáló funkcióra (6), végül a jogkritikához eszközöket nyújtó kritikai funkcióra (7).

102

Vö. Otto Pfersmann, "Le droit comparé comme interpretation et comme théorie du droit", (2001) *Rev. int. dr. comp.* 275-288 ; Anne Peters, Heiner Schwenke, "Comparative Law beyond Post-Modernism", (2000) 49 *ICLQ* 800,833.

1. Az ismeretelméleti funkció: A jog megértése

A funkció első funkciója ismeretelméleti. A funkcionalizmus eszközt nyújt ahhoz, hogy értelmet adjunk a talált adatoknak. A funkciónak ezt a funkcióját akkor értjük meg, ha megkülönböztetjük a funkcionalista összehasonlító jogtudományt egy olyan megközelítéstől, amely módszertanának egy részét osztja, és amelyet gyakran funkcionalistaként emlegetnek: a faktuális módszert, ahogyan azt a közös alap kutatásban alkalmazzák.¹⁰³ Két fontos különbség van, amelyek megfosztják a tényszerű módszert a funkcionalizmus által magának állított magyarázó erő nagy részétől, és amelyek arra utalnak, hogy a tényszerű módszert és a common core kutatást nem kellene funkcionalistának nevezni.¹⁰⁴ Először is, a tényszerű módszer megmutatja a jogrendszerek közötti hasonlóságokat, de nem mondja meg, hogy ezek véletlenszerűek vagy szükségesek-e, vagy hogy hogyan kapcsolódnak a társadalomhoz. Másodszor, a tényállási módszer, mivel az esetekre összpontosít, két szempontból is korlátozott a látókörében: problémái csak a jogviták, megoldásai csak a bírósági döntések. A funkcionalizmus viszont többet ígér. Célja, hogy a jogi intézmények mint funkciók (egy sajátos fajta kapcsolat) hatásait magyarázza, és azt ígéri, hogy a társadalmi rekvizitumokra adott nem jogi válaszokat is megvizsgálja. A funkcionális módszer azt kéri, hogy a jogi intézményeket ne doktrinális konstrukciókként, hanem a problémákra adott társadalmi válaszokként értsük, ne elszigetelt esetekként, hanem az egész jogrendszerhez és azon túl az egész társadalomhoz való viszonyukban.

Nyilvánvaló, hogy a funkcionalizmus nem az egyetlen elérhető ismeretelméleti séma a jogrendszer megértéséhez, és nem is lehet az.¹⁰⁵ Szándékosan választja a megfigyelői perspektívát a kulturális megközelítések által választott résztvevői perspektíva alternatívájaként, nem pedig helyettesítőjeként, és a jognak egy meghatározott viszonylatban (nevezetesen funkcionális viszonylatban) való szemléletét hangsúlyozza, elismerve más viszonylatokat. Ez természetesen azt jelenti, hogy a funkcionalizmus nem tarthat igényt arra, hogy a jogi intézmények valamilyen lényegét megragadja.¹⁰⁶ De egy ilyen állítás egyébként is ellentmondana saját programjának. Láttuk, hogy a funkcionalizmus a szociológiában, akár csak a filozófiában, az olyan metafizikai fogalmaktól való eltávolodás gyümölcse, mint a "szubsztancia" és a "lényeg". A funkció nem ontológiai kategória.

¹⁰³ Rudolf Schlesinger (szerk.), *A szerződések létrejötte - Tanulmány a jogrendszerek közös magjáról*, Bp. 1 (1968), 30-41.

¹⁰⁴ Vö. Ralf Michaels, *Common Core?*, Eur. Rev. Priv. L. (megjelenés előtt).

- ¹⁰⁵ Geoffrey Samuel, *Epistemology and Method in Law* (2003), 301 ff., különösen az összehasonlító jogra vonatkozóan 318; id: "Contributions from the Sciences and Social Sciences", in Mark van Hoecke (szerk.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (2004), 35, különösen ff.38
- ¹⁰⁶ Vö. Graziadei (5. sz.) 112: "Az a kísérlet, hogy bármely tény jogi jelentését az adott tény operatív módon megfogalmazott joghatásaira redukáljuk, valószínűleg hibás, amennyiben úgy tesz, mintha valamilyen végső igazságot próbálna megragadni".

Ugyanakkor az a gyakori kritika, hogy a funkcionalizmus reduktív vagy nem látja a kultúrát, némileg helytelen. A funkcionalizmus nagy előnye a szubsztantivizmussal szemben - amelyet elsőként Cassirer hangsúlyozott -, hogy általánosításokat tett lehetővé a specifikusság elvesztése nélkül.¹⁰⁷ A funkcionális elemzés az intézmények mellett a kapcsolatokat is hangsúlyozza, és a manifeszt funkciók mellett a látens funkciókra is összpontosít. Ebben az értelemben a jogi intézmények funkcionalista szemlélete, amely a társadalmak összetett összefüggéseire összpontosít, egy olyan képet eredményez, amely nem kevésbé, hanem sokkal összetettebb, mint a jogrendszer résztvevőjének képe.¹⁰⁸ A második funkcionalista összehasonlító jogtudomány helyesen értelmezve tudatában van a jogi szabályok kulturális beágyazottságának, különösen akkor, ha a látens funkciókat is figyelembe vesszük. Valójában, amikor a funkcionalisták a kultúrát és a *mentalitást* hangsúlyozzák, szinte úgy hangzanak, mint kritikusaik: "Le fait que tout droit est un phénomène culturel et que les règles de droit ne peuvent jamais être considérées indépendamment du contexte historique, social, économique, psychologique et politique est confirmé avec une force particulière par les enquêtes de droit comparé ;"¹⁰⁹ "cette méthode fonctionnelle ... permet d'atteindre...le système dans son homogénéité, dans son esprit, dans ce qu'on a justement appelé sa 'mentalité'..."¹¹⁰ Amikor a funkcionalistákat és a kulturalistákat elválasztja, az nem a kultúrára fordított figyelmük, hanem a kultúrához való hozzáállásuk. Amit a kritikusok redukcionista néveznek, az a funkcionalisták ellenállása a bennfentes szemlélet elfogadásával szemben, az, hogy nem hajlandók jóváhagyni a kultúrát pusztán azért, mert az kultúra, és persze az, hogy a kultúrát funkcionális (vagy diszfunkcionális) viszonyokként rekonstruálják. Ez a kultúrának csak egy aspektusát képes figyelembe venni. De ha egyszer feladjuk a reményt, hogy megragadjuk a kultúra bármilyen "lényegét", akkor a funkcionalista kívülálló beszámolójának nem kell rosszabbnak lennie a kulturalista bennfentes beszámolójánál, csak egy másik aspektust emel ki. Természetesen egy ilyen funkcionalista összehasonlító jog, amelyet az összehasonlító sajátos érdeke vezérel, nem lehet teljesen objektív és semleges, és a funkcionalizmus semlegességre való igénye problematikus.¹¹¹ Ha a funkciók intézmények és problémák közötti kapcsolatokat jelentenek, akkor az első feladat a jogi intézmények által megoldandó egyetemes problémák megtalálása, a problémák meghatározása azonban gondot jelent.¹¹² Először is, nem egyértelmű, hogy a probléma filozófiai, szociológiai vagy jogi

¹⁰⁷ Supra II.4.

¹⁰⁸ Luhmann, *Soziale Systeme*, 88 = *Társadalmi rendszerek* (56mindkettő 88. sz.) .

¹⁰⁹ Zweigert, *Solutions identiques* (n. 80) f13.

- ¹¹⁰ Ancel, *Le problème* (1. sz.) 4.
- ¹¹¹ Frankenberg (32. o.) 439; Mark van Hoecke, Mark Warrington, "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law", (1998) *ICLQ*47 535495,; Husa (n. 101). 443.
- ¹¹² Hans F. Zacher, *Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung*", in id. (szerk.), *Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs* (1977) 41 21,ff.; Hill (é. n. 61) 108; Teemu Ruskola, 'Legal Orientalism', (2002) *Mich. LR* 179, 189 f. Lásd már Eike von Hippel, Book review of Salomon (n. 69), (1926) 49 *Archiv des öffentlichen Rechts* 274, 279 f.

koncepció. Az evolucionisták számára a probléma egy olyan társadalmi helyzet, amely jogi és végső soron társadalmi változásokat idéz elő; a megoldás csak egy átmeneti lépés előre, amely új problémákhoz vezet. A neokantiánusok számára a probléma jogi probléma ("*Rechtsproblem*"), tehát nem a társadalmi valóság, hanem a jog által meghatározott probléma, egy apriorista filozófiai fogalom.¹¹³ Következésképpen a megoldás nem a tudományok analógiájában kereshető, mert az értékítéletet igényel.¹¹⁴ A strukturális funkcionalisták számára végül a probléma egy kétpólusú funkcionális viszony egyik oldala, a másik oldalt az az intézmény foglalja el, amelyik kielégíti a szükségletet, így a társadalom egyensúlyban maradhat.

Sőt, amikor a szociológusok és antropológusok érdemi problémákat határoznak meg, gyakran két csapda egyikébe esnek. Vagy a társadalmi szükségletek¹¹⁵ listája túl absztrakt ahhoz, hogy értelmes összehasonlító jogtudományt lehessen alkalmazni - a társadalom túlélése más szinten válik relevánssá, mint a fogyasztói jogok érvényesítése. Vagy a problémák konkrét társadalmi struktúráktól függenek, és így már nem univerzálisak.¹¹⁶ A differenciált társadalmakban azonban a szükségleteket és funkciókat nehéz absztrakt módon meghatározni. Például gondolhatjuk, hogy a társadalmaknak szükségük van a jogellenes cselekedetektől való elrettentésre, és hogy a kártérítési jog ezt az igényt hivatott kielégíteni. De honnan tudjuk, hogy a kártérítési jog éppen ezt a problémát oldja meg? Miért nem inkább a kártérítés vagy bizonyos társadalmi értékek érvényesítése a funkciója? Vagy a kártérítési jog talán még diszfunkcionális is?¹¹⁷

Ezek valódi problémák a funkcionalizmussal mint társadalomtudománnyal, de valamivel kevésbé az összehasonlító joggal. A jogi intézmények funkcióinak valós tényekként való meghatározására irányuló szociológiai kísérlet nehéz (bár, mint mindjárt látni fogjuk, az összehasonlítás segít ebben). A funkcionalizmus azonban konstruktív megközelítésként értelmezhető. A jogi intézmények funkcionális magyarázatával nemcsak a problémák létezéséről és a társadalom szerkezetéről mint valóságos (akár empirikus, akár filozófiai) tényekről állítunk fel hipotéziseket, hanem javaslatokat teszünk arra vonatkozóan is, hogy a társadalmakat hogyan lehet és kell megérteni, nem csak arra vonatkozóan, hogy hogyan működnek. Nem azt kell "bebizonyítanunk", hogy egy probléma "létezik", és egy intézmény "válasz" rá, hanem ezt az összefüggést kell plauzibilissé tennünk, mint a megértés módját. Azt is mondhatjuk, hogy a problémák "konstruáltak",¹¹⁸ és mégis

¹¹³ Lásd Arwed Blomeyer, "Zur Frage der Abgrenzung von vergleichender Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie", (1934) *RabelsZ* 8 esp1., f12., *RabelsZ* 1934.

¹¹⁴ Salomon (69. sz.) ff51.

- ¹¹⁵ Pl. D.F. Aberle, A.K. Cohen, A.K. Davis. M. J. Levy, Jr., F. X. Sutton, "The Functional Prerequisites of a Society", (1950) 60 *Ethics*, 100-111 (szintén Demerath, Peterson [é. n. 18] 317-331); vö. még: Marion Levy, *The Structure of Society* (1950), 34-55.
- ¹¹⁶ Goldschmidt (76. sz.) 106 ff.
- ¹¹⁷ Vö. Nils Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität* (2004), ff67.
- ¹¹⁸ Vö. Luhmann, *Soziale Systeme* 86 = *Social Systems* 54 (mindkettő 88. o.) : "[A]z igazi elméleti vívmány, amelyet a funkcionális analízis bevezetése nyújt, a problémák felépítésében rejlik".

fenntartani a magyarázó erőt; elemezhetünk egy adott, nem univerzális nézőpontból, és ezt az elemzést a több lehetséges értelmezés egyikeként kínálhatjuk fel. A funkcionalizmus ezáltal a jog tudományos megközelítéséből a jog értelmező megközelítése felé fordul, az "értelmezés" egy olyan módja, amely különbözik a résztvevők jogrendszerük értelmezésének módjától. Ez egy tudomány esetében problematikus lenne, de egy olyan érvelő diszciplína esetében, mint a jog, úgy tűnik, ez a funkcionalizmus fontos funkciója. És plauzibilisnek tűnik a jogot, amely végül is normatívabb, célorientáltabb tevékenység, mint egyes tevékenységek, így értelmezni.

2. Az összehasonlító funkció: funkció mint *tertium comparationis*

Természetesen a funkcionalizmusnak ez az értelmező rekonstrukciója azonnal felveti a kérdést, hogy miért lenne az egyik funkcionális magyarázat hihetőbb, mint a másik. Ez megint csak probléma mind a társadalomtudományokban (hogyan lehet a funkciókat empirikusan tesztelni?), mind a filozófiában és a jogban (hogyan lehet az értékeket bizonyítani?). Az összehasonlítás itt segíthet, és ezzel elérkeztünk a funkció második funkciójához, a *tertium comparationis* funkciójához.

Az összehasonlításhoz hagyományosan szükség van egy invariáns elemre. Míg elméletileg egy funkcionális módszer akár problémákat, akár intézményeket állíthatna be invariánsnak,¹¹⁹ addig a gyakorlatban, amíg az intézmények nem univerzálisak, csak a problémák játszhatják a konstans szerepét. Ez azonban még mindig felveti azt a kérdést, hogy a szükségletek és a problémák univerzálisak-e.¹²⁰ Összefüggésben van egy második probléma: nem is világos, hogy mit jelent a problémák egyetemessége. Az olyan filozófusok, mint Salomon, az általános jogtudomány filozófiailag egyetemes problémáiként értelmezik ezeket a problémákat, míg a szociológiai irányzat a társadalmak empirikusan egyetemes problémáiként értelmezi őket. Ennek következtében nem világos, hogy a funkció mint *tertium comparationis* a jogalkotók (nyilvánvaló) értékítéletére vagy (látens) szociológiai szükségletekre, vagy - ahogy Rabel kissé homályosan fogalmazott - mindkettőre vonatkozik.¹²¹

¹¹⁹ Luhmann (86. sz.) 21; Scheiwe (84. sz.) n30. 2.

¹²⁰ Alan Watson, *Legal Transplants* (1974) 4 f.; Jerome Hall, *Comparative Law and Social Theory* (1963) 108-110; Wolfgang Mincke, "Eine vergleichende Rechtswissenschaft", (1984) 83 *ZVglRWiss* 315, 324; Richard Hyland, "Comparative Law", in Dennis Patterson (szerk.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (1996), 184, 189; de Cruz (é. n. 1) 228-230; James Q. Whitman, "The neo-Romantic turn", in Munday, Legrand (é. n. 5). 312,313.

¹²¹ Ernst Rabel, "El fomento internacional del derecho privado", (1931) *Revista de derecho privado*, 1931.

= *Gesammelte Aufsätze III* (n. 47) 5035,: "el *tertium comparationis*, constituido de un lado por las intenciones sociales económicas y éticas de las leyes, y de otro por las exigencias practicas de la vida que se presentan como parecidas entre sí". Lásd még id. is, "In der Schule von Ludwig Mitteis", (1954) 7-8 *Journal of Juristic Papyrology* 157, 159 = *Gesammelte Aufsätze III* (n. 47) 376, 378: "die funktionelle Betrachtung - die man auch die soziale, aber am wichtigsten die juristische nennen kann...".

Mindkét aggályt komolyan kell venni, de nem végzetesek. Vegyük először a problémák vagy szükségletek egyetemességének problémáját. Az összehasonlító ezt úgy próbálják elkerülni, hogy az elemzést a fejlődés hasonló szakaszában lévő társadalmakra és a jog bizonyos, viszonylag értéksemleges területeire korlátozzák.¹²² Mégsem csak ilyen összehasonlításokat végeztek gyakran.¹²³ Ráadásul az azonos fejlődési szakaszban lévő társadalmakra való korlátozás a mára már elvetett funkcionális evolucionizmusból ered, a jog értéksemleges területeire való korlátozás nemcsak azt feltételezi - talán elhamarkodottan -, hogy léteznek ilyen területek, hanem azt sem indokolja, hogy miért az értékek legyenek az egyetlen releváns különbség a jogrendek között. Gyümölcsözőbbnek tűnik az elemzés különböző szintjeinek megkülönböztetése. Viszonylag biztonsággal feltételezhetjük, hogy bizonyos absztrakt problémák, mint például a túlélés szükségessége, univerzálisak, legalábbis abban az értelemben, hogy minden társadalom szembesül velük, kvázi társadalmaként.¹²⁴ Az ilyen általános problémák nem bonthatók le egyszerűen azokra a konkrét problémákra, amelyek az összehasonlító jogászokat érdeklik, ahogyan a jog általános funkciójáról folytatott viták sem adnak választ a konkrét jogintézmények funkcióira. Sok probléma más problémák megoldásától függ.¹²⁵ De lehetővé teszik az összehasonlító jogász számára, aki egy bizonyos probléma egyetemességét nem találja meg a specifikusság magas fokán, hogy egy szinttel feljebb lépjen, mert a levezetett szükségletek valamilyen módon, ha kontingens módon is, de az eredeti szükségletekből származnak. Minél specifikusabb egy probléma, annál kevésbé valószínű az egyetemessége, de az általánosabb szintre való összpontosítás lehetővé teszi, hogy ne csak bizonyos problémák kontingenciáját lássuk, hanem azt is, hogy más jogrendszerekben milyen analóg problémák vannak. Ez sokkal összetettebb funkcionális elemzéshez vezet, de nem teszi teljesen lehetetlenné a funkcionális összehasonlítást.

Ez elvezet a második aggályhoz, nevezetesen ahhoz, hogy nem világos, hogy a problémák egyáltalán milyen értelemben univerzálisak. A funkcionalisták gyakran állítják, hogy az összehasonlító jog a legközelebbi helyettesítője lehet egy kísérletnek a funkcionális kapcsolatra vonatkozó hipotézis tesztelésére,¹²⁶ ami problematikus állítás, mivel a problémák egyetemességét követelné meg. Ám amint a probléma megfogalmazását értelmező, nem pedig empirikus lépésként értelmezzük, azt találjuk, hogy a problémák egyetemessége szintén értelmező lépés, nem pedig a valóság pusztá leképezése. Az összehasonlíthatóságot azáltal érjük el, hogy

¹²² Például Zweigert (80. sz.) 756.

- ¹²³ Lásd a Graziadei által említett példákat (fentebb 5. n.), f109.; vö. még Frankenberg kritikáját (32. n.) f437.
- ¹²⁴ Wilbert E. Moore, Joyce Sterling, "A jogrendszerek összehasonlítása: A Critique", (1985) 14 *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, (1985) 14 *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico* . 98.
- ¹²⁵ Goldschmidt (76. sz.) 106 ff.
- ¹²⁶ Lepaulle (é. n. 180) 853 f. = Zweigert, Puttfarcken (é. n. 3) 77 f. ("*recouplement*") ; Roscoe Pound, Some Thoughts about Comparative Law, in Hans Dölle et al. (szerk.), Festschrift für Ernst Rabel (1954) 7, 12 f. hasonlóan Merton (é. n. 18) 108; lásd még Goldschmidt (é. n. 76).

az univerzális problémák *tertia comparationis-ként való* felépítése. Itt kapja meg a funkcionális ekvivalens fogalmát. Még ha a jogi intézményeket a társadalmi szükségletekre adott válaszokként is értelmezzük, nem kell figyelmen kívül hagynunk, hogy nem e szükségletek okozzák őket a logikai szükségszerűség értelmében; sokkal inkább e szükségletekre adott kontingens válaszok, amelyek a nem választott más lehetséges válaszokra, a funkcionális ekvivalensekre való hivatkozással azonosíthatók.¹²⁷ Lehet, hogy nem ismerjük ezeket a funkcionális megfelelőket, amíg nem látjuk őket más jogrendszerekben, de ezek meglátása lehetővé teszi számunkra, hogy elkülönítsük a mögöttes problémát, és ezáltal felismerjük egy jogintézmény funkcióját. Az eredmények hasonlósága bizonyos tényállásokban, függetlenül a doktrínák közötti különbségektől, erősen arra utal, hogy az adott jogintézmények egy hasonló problémára adott különböző (de funkcionálisan egyenértékű) válaszoknak tekinthetők, amelyek viszont univerzálisnak feltételezhetők. Ez az érvelés természetesen körkörös - a problémáktól a funkciókig és a funkciókról a problémákig jutunk el. Ez az összehasonlító jogban mint tudományban problematikus lenne; az összehasonlító jogban mint értelmezésben egy hermeneutikai kört ír elő.¹²⁸

3. A vélelmezett funkció: *praesumptio similitudinis*

Ez elvezet bennünket a különbség és a hasonlóság problémájához. Híresen Zweigert javasolta a *praesumptio similitudinis-t*, a hasonlóság vélelmét.¹²⁹ Az összehasonlítóknak azt kell feltételeznie, hogy a különböző társadalmak különböző szükségletekkel szembesülnek, és ezért, hogy érvényesülni tudjanak, olyan intézményekkel kell rendelkezniük, amelyek megfelelnek ezeknek a szükségleteknek. Következésképpen, ha egy idegen jogrendben nem talál funkcionális megfelelőt, akkor "újra meg kell vizsgálnia, hogy az eredeti kérdésének megfogalmazása valóban tisztán funkcionális volt-e, és hogy elég szélesre tárta-e kutatásainak hálóját".¹³⁰ Talán nincs is olyan kijelentés az összehasonlító jogtörténetben, amelyet ennél a rövid passzusnál jobban kritizáltak volna. A kritikák három típusa érdemel itt figyelmet. Először is, a posztulátum sérti a tudományos módszer követelményeit: Popper kritikai racionalizmusát követve az összehasonlítóknak nem bizonyítani, hanem inkább megghamisítani kellene hipotéziseit.¹³¹ Másodszor, a posztulátum sérti az ideológiai semlegesség követelményeit, vagyis a helyes ideológia követelményeit. Az összehasonlítóknak nem szabadna a hasonlóságot előnyben részesítenie a különbséggel szemben, hanem vagy objektívnek és semlegesnek kellene lennie a következők között.

-
- ¹²⁷ Lásd a fenti II.5. pontot.
- ¹²⁸ Vö. Zacher (112. sz.) 39 f
- ¹²⁹ Zweigert, Kötz, (2. sz.) 40, egy korábbi változatához lásd már Zweigert, "Des solutions" (80. sz.). Zweigert a praesumptio-t először a "Méthodologie" (n. 2) =297 "Zur Methode" (n. 2) című művében említi. 198.
- ¹³⁰ Zweigert, Kötz (n. 2) 40.
- ¹³¹ Pl. Keebet von Benda-Beckmann, "Einige Bemerkungen über die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung", (1979) *ZvglRWiss.* 7857.

hasonlóság és különbözőség, vagy akár nyíltan a különbözőség mellett kellene kiállnia a hasonlósággal szemben.¹³² Harmadszor, a posztulátum redukcionista: a hasonlóság csak akkor jelenik meg, ha a jogrendeket vagy intézményeket megfosztjuk a kulturálisan releváns és esetleges részletektől¹³³. A funkcionalizmus egyes védelmezői engednek a kritikának, és feladják a hasonlóság vélelmét; elismerik, hogy a vélelem problematikus, és olyan funkcionalizmust hirdetnek az összehasonlító jogban, amely közömbös a hasonlóság és a különbség között.¹³⁴ A dolgok azonban nem ilyen egyszerűek.

Először is a vélelmet történelmi kontextusba kell helyezni. Megfogalmazásakor a rendes jogászok körében uralkodó különbségtétel ellen szolgált, és természetesen az éppen háborút vívó országok között az esszenciális különbségek alapján.¹³⁵ Ebben az értelemben a hasonlóság vélelme ugyanolyan kritikusan viszonyult a jelenlegi helyzethez, mint a különbség újabb keletű hangsúlyozása, amely ugyancsak lehet, hogy csak retorikai stratégia a hasonlóság vélelmével szemben.¹³⁶ A vélelem "meghamisítására" való felhívások tehát éppoly helytelenek, mint a *praesumptio dissimilitudinisra való* áttérésre való felhívások, mert csak a retorikát tolják el.¹³⁷

Ami azonban ennél is lényegesebb, a feltételezés valóban szorosan kapcsolódik a módszertani feltételezésekhez. Emlékezzünk vissza, hogy a funkcionalista összehasonlító jogtudomány a problémák egyetemességét feltételezi. Ha a problémák univerzálisak, akkor minden társadalomnak valamilyen módon reagálnia kell ezekre a problémákra. Egy olyan társadalom, amely nem reagál egy problémára, azt bizonyítaná, hogy a probléma nem univerzális. Ebben az értelemben a feltételezés nem csupán Zweigert naiv ötlete, hanem a funkcionalista összehasonlító jog szükséges eleme. Itt válik fontossá az a kikötés, hogy csak a jog értéksemleges területein csak hasonló stádiumban lévő társadalmak és intézmények hasonlíthatók össze. Ez persze tautológiává változtatja a feltevést: a problémák annyiban univerzálisak, amennyiben kizárunk minden olyan problémát, amely nem univerzális. Ez a tautológia végzetes lenne egy funkcionalista elmélet számára, de az értelmező funkcionális módszer számára ismét hasznos lesz, mert leír egy olyan gondolkodási folyamatot az általános és a konkrét között, amely tudást hoz létre. Egy probléma egyetemességének állítása egy első

¹³² Pl. Curran (58. sz.); Legrand (62. sz.); vö. Hyland (120. sz.) 194: "*coniectura dissimilitudinis*".

¹³³ Pl. Geertz, "Local Knowledge" (62. o.); Volkmar Gessner, "Praesumptio similitudinis? - Az összehasonlító jog kritikája, in: *Az ISA jogszociológiai kutatóbizottságának éves ülése "Jogi kultúra: Encounters and Transformations", Section Meetings, August 1-4, 1995*, 41-52, 50: "the *praesumptio similitudinis* is nothing but a consequence of poor data collection in comparative legal studies".

¹³⁴ Pl. Ancel, *Utilité* (n. 1) 55 ff.; de Cruz (n. 1) 230; Husa (n. 101) 440 f., 442 f.; lásd még Ruskola (n. 112).

191.

135

Curran (Supra 58. o.) ff67.

136

Így Legrand (62. sz.) 302; lásd még Husa (101. sz.) f442.

137

Vö. Nathaniel Berman, "Aftershocks: (1997) *Utah LR*: "Exoticization, Normalization and the Hermeneutic Compulsion", (1997) *Utah LR* 281.

értelmezési lépés, amelyet meg lehet támadni, de ez is egy módja annak, hogy egy jogrendszert egy másikhoz viszonyítva értelmezzünk.

Mivel a vélelem a funkcionális módszer központi eleme, létfontosságú, hogy világosan megértsük, mit mond és mit nem mond a vélelem. Sajnos Zweigert saját megfogalmazása a "hasonlóság" fogalmáról félrevezető. A vélelem szerint nem a jogintézmények hasonlítanak egymáshoz, hanem az általuk megoldandó problémák és a társadalmaknak az ezekre való reagálás szükségessége. Még ha feltételezzük is legalább néhány probléma egyetemességét, és ha eltekinthetünk a korábban tárgyalt retorikai és stratégiai érvektől, akkor sem állíthatjuk, hogy a hasonló problémák különböző megoldásai, a funkcionális módszer központi eleme, valóban "hasonlóak". Senki sem állíthatja komolyan, hogy például a kártérítési jog és a biztosítási jog csak azért hasonló, mert ugyanazt a funkciót töltik be, azaz a balesetek áldozatainak kártérítést nyújtanak baleseteikért. A kártérítési jog és a biztosítási jog nyilvánvalóan nem csak doktrinális struktúrájukban különbözik, hanem - és ezt az összehasonlítókat gyakran figyelmen kívül hagyják - hatásukban és funkcióikban (és működési zavarukban) is, ami a kártérítésen kívüli egyéb funkcionális követelményeket illeti, mint például az elrettentés, bizonyos típusú munkahelyek (bírák vagy biztosítók) létrehozása, pereskedés vagy jóléti mentalitás a társadalomban stb. Más szóval, csak pontosan egy elem tekintetében hasonlítanak egymásra, nevezetesen egy konkrét probléma megoldása tekintetében. Ezt általában nem hasonlóságnak, hanem funkcionális egyenértékűségnek nevezik.¹³⁸

Ha a kritikusok a *praesumptio similitudinis-t* belsőleg következetlennek tartják, mert az összehasonlítókat azt állítják, hogy a különböző jogrendszerek hasonló eredményekre jutnak, noha ugyanakkor az általuk összehasonlított jogintézmények közötti különbségeket szorgalmazzák, akkor¹³⁹ igazuk van. A komparatisták valóban egyszerre vizsgálják a különbséget és a hasonlóságot, de ez nem következetlenség. A funkcionális ekvivalencia inkább hasonlóság a különbségben, az a megállapítás, hogy az intézmények egy tekintetben (nevezetesen az általuk betöltött funkciók egyikében) hasonlóak, míg minden más tekintetben - doktrinális megfogalmazásaikban, de azon kívül, amelyre az összehasonlító fókuszál, más funkcióik vagy diszfunkcióik is lehetnek (vagy legalábbis lehetnek) különbözőek. A döntés, hogy egy bizonyos problémát, és így egy bizonyos funkciót vizsgálunk, döntő jelentőségűvé válik tehát a hasonlóság vagy a különbség megállapítása szempontjából, de ez mindig csak az egyik funkció tekintetében jelent hasonlóságot. A hasonlóság megállapítása az összehasonlító fókuszától függ.

¹³⁸ Vö. Scheiwe (119. sz.) 35.

Jonathan Hill (61. sz.) 103, 109. Vö. Frankenberg (32. sz.) 440: " Hogy a megoldásokat hogyan lehet "kiszakítani" a kontextusukból, és ugyanakkor hogyan lehet a környezetükhöz kapcsolódni, hogyan lehet a jogot "tisztán" egy "partikuláris" szükségletet kielégítő funkciónak tekinteni, az elkerül engem. Úgy tűnik, két egymásnak ellentmondó műveletre van szükség: először a kontextus elnyomására és figyelembevételére; majd az általánosból (funkcióból) a specifikusba való átmenetre anélkül, hogy tudnánk, mi teszi a specifikusat specifikussá."

Két okból is súlyos félreértés lenne azt feltételezni, hogy a hasonlóságnak ez a mértéke megmagyarázza az egész intézményt. Először is, az egyik intézmény kiválasztása más, funkcionálisan egyenértékű intézmények kizárásával jár. A kártérítési célú kártérítési jog választása legalábbis részben ugyanezen célú biztosítási joggal szembeni választás. Ezért nyilvánvalóan helytelen lenne azt mondani, hogy "valójában" mindkettő ugyanaz, mert ez megfosztaná a jogrendszert egyediségétől. Másodszor, amikor az összehasonlító egy funkciót használ *tertium comparationis*nak, akkor szándékosan hagy ki más funkciókat a szemléletéből, amelyek tekintetében az intézmények nagyon is különbözhetnek.¹⁴⁰ Amennyiben a funkcionális egyenértékűség egy funkció tekintetében hasonlóságot jelent, a feltételezés tautologikus:¹⁴¹ mivel csak az azonos funkciót betöltő intézmények hasonlíthatók össze, definíció szerint hasonlónak kell lenniük e funkció betöltésének minősége tekintetében is. A további hasonlóságról vagy különbségről nem esik szó. A jelenlegi vitában ez a pont annyira kevésbé érthető, hogy talán megérdemli az ismétlést: A funkcionalitás az intézmények összehasonlíthatóságához vezet, amelyek ezáltal az összehasonlításban is megőrizhetik különbözőségüket. Nem feltételez és nem vezet hasonlósághoz.

4. A formalizáló funkció: egy rendszer felépítése

A funkcionális összehasonlítók maguk is elhomályosítják ezt a felismerést. Zweigert az összehasonlító módszer utolsó lépéseként egy "sajátos szintaxissal és szókinccsel" rendelkező "rendszer felépítését" hirdeti meg.¹⁴² Bizonyos értelemben ez egyszerre a funkció legérdekesebb és legproblémásabb funkciója. Párhuzamokat talál mind a szociológiában és az antropológiában, ahol például Radcliffe- Brown azt remélte, hogy a funkció a társadalmak és társadalmi rendszerek általános heurisztikájához vezethet, mind pedig a jogfilozófiában, ahol az összehasonlító jog az általános jogtudomány rendszerépítési projektjéhez kapcsolódik.¹⁴³ Mindkét tudományágban joggal érte kritika a projekteket. A társadalmak általános elméleteit és az általános jogtudományi rendszereket egyaránt érzéketlennek találták a részletek iránt, és ezért nem túl hasznosak. A lépés azonban még meglepőbb az összehasonlító

¹⁴⁰ Lásd Luhmann (86. sz.) 25: "Einzelne funktionale Leistungen sind nur in einer bestimmten analytischen Perspektive äquivalent."; Scheiwe (84. sz.) f36.

¹⁴¹E kritikát lásd Scheiwe (84. sz.) 34,35

¹⁴² Zweigert, Kötz (2. sz.) 44-46. A rendszerépítés és a terminológia problémáiról a funkcionalista

összehasonlító jog gyakorlati példáján lásd Ulrich Drobnig, "Methodenfragen der Rechtsvergleichung im Lichte der "International Encyclopedia of Comparative Law"", in *Ius Privatum Gentium - Festschrift Rheinstein* (1969), 228-233.221,
Supra II.4.

143

törvény.¹⁴⁴ A doktrína elvetése és annak funkcióval való helyettesítése után ez a lépés megköveteli az összehasonlítóól, hogy ezeket a funkciókat újra lefordítsa doktrinális kifejezésekre¹⁴⁵, sőt rendszerré.¹⁴⁶ Az összes doktrinális rendszer lerombolása után az összehasonlítóknak egy újat kell építenie. Nem kell-e egy ilyen rendszernek ugyanolyan formalista és doktrinálisnak lennie, mint a nemzeti rendszereknek, amelyeket a funkcionális módszerek megpróbálnak legyőzni? "Az összehasonlító jogtudomány természeténél fogva funkcionális és antidoktrinális módszer." - mondja Zweigert.¹⁴⁷ Lehet-e egyszerre formalista is?¹⁴⁸

A probléma az, mint oly sokszor, hogy a formalista/antiformista egy nagyon homályos kettősség. A funkcionális összehasonlító joggal szembeni formalizmuskritikának három változatát különböztethetjük meg, és ennek megfelelően háromféle választ dolgozhatunk ki. A kritika első változata - a funkcionalizmus túlságosan szabályközpontú¹⁴⁹ - számos, magát funkcionálisnak nevező tanulmányra illik, de kevésbé az összehasonlító jog elméleti megközelítésére. A funkcionalisták kifejezetten azt kérik, hogy az összehasonlító jogtudomány ne csak a jogi szabályokat ("jog a könyvekben"), még csak ne is csak az alkalmazott jogi szabályokat ("jog a cselekvésben"), hanem ezen túlmenően a társadalmi szükségletekre¹⁵⁰ adott nem jogi válaszokat is vizsgálják. Kevés komparatista gyakorolhatja ezt, de ez nem a módszer velejárója. A tágabb probléma, hogy a "jog" elválasztható-e a "társadalomtól", itt¹⁵¹ nem tárgyalható teljes egészében. Elég, ha rámutatunk arra, hogy a "jog mint félig autonóm tanulmányi terület" gondolata nem a (komparatisták) sajátossága, és hogy a "jog" összehasonlító tanulmányok kiindulópontjaként való használata nem feltétlenül vonja maga után a társadalomtól való függetlenség igényét.

A kritika második változata kapcsolódik az elsőhöz, de nagyobb erővel bír. Bármilyen rendszert próbálnak is felépíteni a funkcionális összehasonlítóknak, annak - akár jogrendszerrel, akár "meta-jogrendszerrel" van szó - szükségszerűen formalistának kell lennie bizonyos fokig, mert a rendszerek mindig azok. A funkcionalizmus talán nem követeli meg, hogy jogrendszert építsünk, de lehetséges-e a funkcionalizmus bármilyen rendszer építése nélkül? A

¹⁴⁴ Könnyen lehet, hogy a rendszernek Zweigert & Kötz értekezésében elfoglalt kiemelkedő helye annak köszönhető, hogy Zweigert már azelőtt érdeklődött az összehasonlító jog rendszere iránt, hogy a funkcionális módszert előtérbe helyezte volna. Lásd: .

pl. Konrad Zweigert, Book Review, (1949/50) 15 *RabelsZ* 354-358; Bernhard C. H. Aubin & Konrad Zweigert, *Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht* (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 168/169, 1952), pl. (39"Einheit eines überpositiven Systems").

¹⁴⁵ A kritikát lásd Ernst Kramer (20. sz.) 10-12, Esser és Rothoefft ellenében.

¹⁴⁶ Vö. Basil Markesinis, "The Destructive and Constructive Role of the Comparative Lawyer", (1993) *RabelsZ* 57 438-448.

¹⁴⁷ Konrad Zweigert, "Rechtsvergleichung, System und Dogmatik", in Karl August Bettermann, Albrecht Zeuner (szerk.), *Festschrift für Eduard Bötticher* (1969). 443,448.

¹⁴⁸Riles (5. o.) 244 f. szerint a modernista összehasonlító jog posztmodern kritikája párhuzamos a korábbi összehasonlító jog modernista kritikájával.

¹⁴⁹Vö. Frankenberg (32. o.) 438; Graziadei (5. o.) 110; Rosen (12. o.). 504.

¹⁵⁰Pl. Ascarelli (2. sz.) 4030.; Zweigert, Kötz (2. sz.) f38.

¹⁵¹Vö. Frankenberg (32. o.) 424; Gordon (32. o.) ff102.; Samuel, "Epistemology and Comparative Law" (105. o.) ff39.

a társadalomtudományok funkcionalizmusának vizsgálata mást sugall. Az antropológusok rendkívül absztrakt és formalista taxonómiái, Talcott Parsons AGIL sémája, Luhmann rendszerelmélete, mindezek a jogi szabályok és intézmények értelmezésére szolgáló heurisztikus eszközök formalista rendszerek. A funkciónak a jogi intézménytől való elvonatkoztatása, valamint az az állítás, hogy a funkció (az intézménytől eltérően) univerzális, szinte eleve formalista lépés. Ez magyarázhatja, hogy a funkcionális módszer miért antiformalista és formalista egyszerre: elveti a formalizmus egyik fajtáját (nevezetesen a doktrinális formalizmust), és egy másik fajta formalizmussal (nevezetesen a funkcionális formalizmussal) helyettesíti azt.

A funkcionalizmus nem tudja ellensúlyozni ezt a kritikát. Egyrészt, ha a felépítendő rendszer maga is jogrendszer, akkor áldozatul esik a kritikának, ahogyan a jogi realistáknak a funkcionálisabb szabályok felépítésére tett kísérletei sem tudták kivédeni a formalizmus újbóli bevezetésének támadását. Másrészt Zweigertnek bizonyára igaza van abban, hogy nem nélkülözhetjük egykönnyen az elemzés tárgyain kívül álló szintaxist és rendszert, hogy kritikusan elemezhessük őket. De vajon ez probléma-e? Azt állítjuk, hogy ez a formalizáló projekt csak addig problematikus, amíg valamilyen esszencialista jelleget tulajdonítunk az általunk felépített rendszernek. A problémát az jelentené, ha ezt a szintaxist valamilyen módon "valóságosabbnak" próbálnánk definiálni, mint a nemzeti jogrendszerek doktrinális konstrukcióit, ha ezt a rendszert tekintenénk az egyes rendszerek megfogalmazásai mögött meghúzódó "igazi" jogrendszernek. A funkcionalista összehasonlító valóban közel kerülnek egy ilyen állásponthoz, amikor a különböző jogrendszerek kontingens megoldásai mögött egyetemes igazságokat keresnek, és ezáltal a természetjogi funkcionalizmushoz nyúlnak vissza. A jogi realizmus értékelmélet megalkotásának kudarcából megtanultuk, hogy a nemzeti jogi szabályok "pusztán formális" doktrinális konstrukciói mögött nincs "igazi" funkcionális rendszer. De nyugodtan konstruálhatunk és javasolhatunk funkcionális rendszereket, akár jogi terminológiában megfogalmazva, a meglévő jogrendszerek értelmező lencséjeként, és végső soron a jogrendszerek kritikájaként. Bármelyik ilyen rendszer ugyanúgy kritizálható, mint bármely más rendszer, de mindegyikük új nézőpontokat nyújthat az általunk összehasonlított jogrendszerekkel kapcsolatban, és segíthet megérteni és kritizálni azokat.

5. Az értékelő funkció: a jobb jog meghatározása

Míg tehát egy rendszer felépítése implicit módon normatív-kritikai projekt, addig a funkcionalista összehasonlító jog néha kifejezetten normatív funkciót tölt be: A funkciónak mérceként kell

szolgálnia a "jobb jog" meghatározásához. Ez a lépés a tényektől a normákig problematikus. Saleilles azt javasolta, hogy a jogrendek többségi megoldását vizsgálva keressük meg a (funkcionálisan meghatározott) "droit

ideál relatív",¹⁵² de miért kellene a többségnek felsőbbrendűséget sugallnia?¹⁵³ A közös mag-projektek, a Schlesinger-féle történeti és a Trentói csoport jelenlegi projektje csak a jogrendek közötti közös vonásokat keresik, de még a közös vonások ténye (amennyiben léteznek) sem bír normatív erővel.¹⁵⁴ Sőt, a funkcionális összehasonlító gyakran haboznak ilyen normatív következtetésekig eljutni. Már Rabel is amellett érvelt, hogy az értékelés nem tartozik szorosan az összehasonlító joghoz.¹⁵⁵ A neokantiánusok viszont az ideális jog filozófiai koncepciói alapján értékelik megoldásaikat,¹⁵⁶ de itt a jogrendszerek egymáshoz való összehasonlításának relevanciája továbbra sem világos. Mindkét megközelítés tehát különböző oldalról néz szembe ugyanazzal a problémával. A szociológus nem tud egy "kellene"-t levezetni egy "van"-ból; az összehasonlító anyag nem ad iránymutatást, sőt a közösnek sincs önálló normatív ereje. Az idealista filozófus ezzel szemben elméletileg elvontan kidolgozhatja ideális jogát; de nem világos, hogy a különböző jogrendek ismerete hogyan segíthet neki, vagy miért releváns.

Zweigert maga is tisztában volt azzal, hogy a komparatista által gyűjtött empirikus anyagnak nincs jogi tekintélye¹⁵⁷, hogy a normatív elemzés kizárólag a (komparatista) jogász feladata. A szociológus nemhogy nem tud segíteni, de még a homlokát is ráncolja az összehasonlító jogász módszereinek.¹⁵⁸ De amennyiben az összehasonlító jogtudomány eredményhasonlóságot talál a különböző jogrendek között (és Zweigert számára ez szinte mindig így van), akkor már csak a jobb doktrinális megfogalmazást kell értékelni, és ezt a feladatot a jogász képes és jogosult elvégezni¹⁵⁹. Mások még ennél is ambiciózusabbak - ők azt kérdezik, hogy melyik szabály szolgálja ténylegesen jobban a funkcióját.¹⁶⁰ Itt azonban van egy probléma: Miután egy bizonyos funkciót használtak a viszonylagos *hasonlóság* megállapítására, most ugyanezt a funkciót kell használni a felsőbbrendűség értékelésére, ami *különbséget* feltételez - ismét e funkció tekintetében. Ez pedig lehetetlen. Nem különíthetjük el először egy jogintézmény funkcióját.

¹⁵² Saleilles (supra n.); id., "Ecole historique et droit naturel", (1902) 1 *Rev. trim. dr. civ.*, 80, 101, 106, 109 ff., Zweigert (68. sz.) 19-21. után.

¹⁵³ Zweigert (n. 68) f14.

¹⁵⁴ Hill (61. sz.) 103; Michaels (104. sz.).

¹⁵⁵ Rabel (47. n. 47), (280de lásd a továbbiakban286).

¹⁵⁶ Radbruch, "Über die Methode" (68. sz.); Salomon (69. sz.) és30 a továbbiakban; Blomeyer (113. sz.). 2.

¹⁵⁷ Konrad Zweigert, "Die kritische Wertung in der Rechtsvergleichung", in Fritz Fabricius (szerk.), *Law and Trade - Recht und Internationaler Handel. Festschrift für Clive Schmitthoff zum 70. Geburtstag* (1973) 403, 405.

¹⁵⁸ Zweigert, Kötz (n. 2) f11.

¹⁵⁹ Zweigert (157. o.) f408.; egy kifejezettebb is/ought átjáráshoz id. (n. 68) 20.

¹⁶⁰ Max Rheinstein, "Az összehasonlító jog tanítása", (1937-38) 5 *U. Chi. LR* 615, 617 f: "[E]gyetlen szabálynak és intézménynek két vizsgálat alapján kell igazolnia létét: Először is: Milyen funkciót szolgál a jelenlegi társadalomban? Másodsor: Jól szolgálja-e ezt a funkciót, vagy egy másik szabály jobban

szolgálná? Nyilvánvaló, hogy a második kérdésre csak más jogrendszerekkel való összehasonlítás alapján lehet válaszolni." (belső lábjegyzet kihagyva).

doktrinális megfogalmazásából, és eldobjuk a doktrínát, majd a megmaradt funkcionális elemet valamilyen ideális funkcióhoz mérjük, egyszerűen azért, mert a funkciót nem a funkcionális fogalmak valamelyik mennyországában (Jheringet parafrázálva), hanem a jogrend evilági valóságában találtuk meg. Nem találhatunk először két intézményt funkcionálisan egyenértékűnek - szó szerint fordítva: a szóban forgó funkció tekintetében azonos értékűnek -, és nem dönthetjük el, hogy melyiküknek van nagyobb értéke ugyanezen funkció tekintetében. A jobb jog elmélete nem összeegyeztethető a funkcionista összehasonlító joggal.¹⁶¹

Ez a pont meglepő lehet, tekintve a funkcionista összehasonlító jog törekvéseit. Még hihetőbbé válik, ha figyelembe vesszük a funkcionista összehasonlító tanulmányok számát, amelyek felsorolják a hasonlóságokat és a különbségeket, majd kifogynak a kritériumokból annak meghatározására, hogy melyik jog a jobb. Azt mondhatjuk, hogy *ceteris paribus*, két intézmény közül az a jobb, amelyik hatékonyabban, kevesebb erőforrás felhasználásával és pontosabban látja el a funkcióját. De a *ceteris paribus* itt a nagy probléma. Két döntő feltételezést igényel. Először is, egy intézménynek a funkciójához való mérése megköveteli, hogy újrafogalmazzuk a feltételezéseinket. Módszertanilag egy funkció elkülönítése egy intézménytől csak egy heurisztikus eszköz, nem ad ontológiai státuszt a funkciónak. Most hirtelen ez az elkülönített funkció az elemzés tárgyává válik, mintha valóban létezne önmagában, mint intézmény. Sokkal problematikusabb a második feltételezés, miszerint a jogi intézményeket egy funkció tekintetében értékelhetjük, anélkül, hogy más hatásokat figyelembe vennénk. Ez a jogi intézmények monofunkciónak tekintett, leegyszerűsített szemléletét feltételezi. Az ekvivalencia-funkcionalizmus óva int az ilyen feltételezésektől. A funkcionális ekvivalenciára való összpontosítás a hasonlóság vagy a különbözőség helyett a jogi intézmények közötti, valamint a jogi intézmények és a társadalom közötti kölcsönhatások összetettségéből fakad, ez a komplexitás csökkentésének szándékos módja. Az intézmények értékeléséhez újra be kellene vezetnünk a komplexitást, és újra elemeznünk kellene a jogi intézmények összes hatását. Néhány komparatista valóban ennyit látszik sugallni, de ez természetesen lehetetlen feladat. Mondhatjuk például, hogy a biztosítási jog a kártérítési funkció tekintetében funkcionálisan jobb, mint a kártérítési jog, mert alacsonyabbak a tranzakciós költségei. Azt is mondhatjuk, hogy a büntetőjog funkcionálisan jobb, mint a kártérítési jog az elrettentés funkcióját tekintve, mert pontosabb. De mi következik ebből? A biztosítási jog és a büntetőjog összességében jobb, mint a kártérítési jog, akár együttesen, akár külön-külön? Ahhoz, hogy erre választ adhassunk, ismernünk kellene az összes

¹⁶¹ Vö. Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität* (1968), 120: "Optimalmodelle sind eben deshalb, weil sie nur einzig-richtige und keine funktional äquivalenten Lösungen kennen, keine mögliche funktionale Theorie."

a kártérítési jog, a büntetőjog és a biztosítási jog funkciói és működési zavarai. Bármilyen funkcionális mikro-összehasonlításnak végső soron egész jogrendszerek makro-összehasonlításaként kellene végződnie.

A funkcionális összehasonlítás meghatározhatja, hogy mi az összehasonlítható, de az értékeléshez szükséges kritériumok eltérőek. Ezt a Lordok Háza *White v. Jones* ügyben hozott határozatában láthatjuk példaként.¹⁶² A kérdés az volt, hogy egy ügyvéd, aki gondatlanságból elmulasztotta egy végrendelet véglegesítését, felelős-e a tervezett kedvezményezettekkel szemben. A bíróság a felelősség több funkciójának értékelésével kezdte: A deliktuális vétkesek nem mehetnek "büntetlenül", az ügyvédeknek magas színvonalat kell fenntartaniuk, a hagyatékok fontos szerepet játszanak a társadalomban stb. Ezután a bíróság összehasonlította a különböző funkcionálisan egyenértékű külföldi doktrinális konstrukciókat az eredmény szempontjából, hogy azok megfelelnek-e az angol jognak. Míg azonban ezek a külföldi megoldások összehasonlíthatóak voltak, mert ugyanarra a problémára adtak választ (funkcionalizmus), a második lépés, annak értékelése, hogy ezek a megoldások átvehetők-e az angol jogban, a doktrinális illeszkedés kérdése volt. A funkcionális ebben nem játszott szerepet.

Ez nem jelenti azt, hogy a funkcionális összehasonlítás eredményeinek értékelése lehetetlen, de azt sugallja, hogy az értékelés kritériumainak meg kell különbözniük az összehasonlíthatóság kritériumaitól. A funkcionális összehasonlítás talán új képet adhat a jogrendszerekről, de nem segíthet azok értékelésében. Ráadásul minden értékelés attól a funkciótól függ, amely az összehasonlító vizsgálat középpontjában állt. Az egyik jog nem *tout court* jobb, mint a másik, hanem legfeljebb egy bizonyos funkció tekintetében. Az értékelés végső soron politikai döntés marad a részleges bizonytalanság feltételei között. A funkcionális módszer megmutathatja az alternatívákat, és némi információval szolgálhat, de nem helyettesítheti ezt a politikai döntést.

6. Az univerzalizáló funkció: Egységesítő törvény

Az értékelés szorosan kapcsolódik a funkció egy másik, kezdetben talán ősi funkciójához: a jogegységesítés eszközeként lenni. A funkcionális komparatisták a jog egységesítésének ideális eszközeként hirdetik módszerüket, akár regionális (például Európában), akár világméretű szinten. A funkcionális módszer melletti érvelés két állítólagos tulajdonságon nyugszik: először is azon képességén, hogy a különböző jogszabályok közül - a doktrinális konstrukcióktól függetlenül - melyik a legjobb, másodsor pedig azon képességén, hogy a helyi jogrendszerek doktrinális sajátosságait legyőző és meghaladó optimális egységes jog megalkotásának folyamatát irányítja.

Amint felismerjük, hogy a különböző törvények valóban

¹⁶² [1995] AC 2207.

funkcionálisan hasonlóak, így az érvelés szerint könnyebb lesz egységesíteni őket e megállapítások alapján.

Már láttunk két problémát ezzel az érveléssel kapcsolatban. Először is, a funkcionális módszer, helyesen értelmezve, nem képes megmutatni, hogy több jogrendszer közül melyik jobb a többinél (III.5.). Másodsor, az antiformalista funkcionális módszer nem jó eszköz olyan jogi szabályok megfogalmazására, amelyeknek mint szabályoknak szükségszerűen formalisztikusnak kell lenniük (III.4.). Szándékosan figyelmen kívül hagyja azokat a tapasztalatokat, amelyeket a jogrendszerek a jogi doktrínával és a rendszeralkotással kapcsolatban szereztek, tapasztalatokat, amelyek egy új doktrína és egy új rendszer felépítéséhez szükségesek.¹⁶³ A funkcionalista összehasonlító jogtudomány jól működik a doktrína kritikájához, sokkal kevésbé jól annak létrehozásához.

Van azonban egy további, kevésbé nyilvánvaló ok, amiért a funkcionalista összehasonlító jogtudomány különösen rossz eszköz a jogegységesítéshez. Amint láttuk, a funkcionalizmus a funkcionális egyenértékűségre helyezett hangsúlyával a hasonlóságon belül megőrzi a különbözőséget; a különböző intézmények formailag különböznek, de funkcionálisan egyenértékűek. Ez azt jelenti, hogy az egységesítésből származó előnyök valószínűleg csekélyek lesznek, mivel azok csak a formára vonatkoznak, nem pedig a tartalomra (pontosabban a funkcionalitásra). Lehetséges, hogy a költségek felülmúlják ezeket a hasznokat. Nem csak a jogászok számára költséges az új formák megismerése. Ráadásul a funkcionális módszer feltételezi, hogy az egyes jogintézmények különböző funkciókat látnak el az adott jogrendszerben, és hogy az egyes rendszerek különböző intézményei között érzékeny kölcsönhatás van, amely a rendszerközi különbségeket figyelembe veszi. A jog részleges egységesítése ekkor valószínűleg felborítja ezt az egyensúlyt, és ezt a problémát látjuk az ENSZ értékesítési egyezménye és a nemzeti jogrendszerek közötti nehéz koordinációban.¹⁶⁴ Ez magyarázhatja, hogy az európai szakemberek és vállalkozások miért reagáltak némi fenntartással az egységes szerződési jogra vonatkozó javaslatokra - funkcionális szempontból (ami feltehetően a gyakorlatot jelenti) ennek költségei meghaladhatják az előnyeit. A funkcionális módszer megmutatja, hogy az egységesítés miért lehet könnyebb, mint gondolnánk, de azt is, hogy miért kevésbé fontos.

Természetesen a kölcsönös összefüggések is érvként szolgálhatnak az egyesítés mellett. Az a tény, hogy a különböző jogrendszerek hasonló problémákra eltérő igényekkel reagálnak, azt jelentheti, hogy a szereplők - akarva vagy akaratlanul - a különböző jogrendekből választanak ki

megoldásokat, amelyek nem állnak össze egy egésszé. Például az egyik jogrendszer védheti a túlélő házastársakat a

¹⁶³ Christian Baldus, "Historische Rechtsvergleichung im zusammenwachsenden Europa: Funktionelle Grenzen der funktionellen Methode?", (2003/2004) *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 225; vö. Jansen (n. 117) ff72.

¹⁶⁴ A funkcionalista összehasonlító jog alkalmazására tett kísérletet lásd Franco Ferrari, "The Interaction between the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods for the International Sale of Goods and Domestic Remedies" (Az Egyesült Nemzetek nemzetközi adásvételi szerződésekről szóló egyezménye és a hazai jogorvoslatok közötti kölcsönhatás). (Rescission for Mistake and Remedies in Torts)', in Reinhard Zimmermann (ed.), [redacted] (forthcoming).

az egyik jogrendszer a kártérítési jogon keresztül védi a szegény feleket, a másik az eljárásjogon keresztül. Ez következetlenségekhez vezethet, ha a jogválasztás elemzése alapján a különböző területekre különböző jogszabályok alkalmazandók. E problémák többsége azonban kiküszöbölhető a jogválasztás¹⁶⁵ funkcionalista megközelítésével. A fennmaradó problémák, amelyek érvet szolgáltatnak a jogegységesítés mellett, nem olyan gyakoriak.

Meglepődve látjuk tehát, hogy a funkcionális módszer nemcsak rossz eszköz a jogi egységesítéshez, hanem még a különbségek fenntartása mellett is erős érveket szolgáltat. Az egységesítés alternatívái ugyanis gyakran - ha nem is mindig kifejezetten - a funkcionális ekvivalencia előnyben részesítésén alapulnak az egységesítéssel szemben. Az európai uniós jogban például az irányelveket nem doktrinális szerkezetükben, hanem csak az eredményeik tekintetében kell végrehajtani - az uniós tagállamok szabadon fogadhatnak el olyan jogszabályokat, amelyek funkcionális egyenértékűként működnek. Hasonlóképpen, a kölcsönös elismerés uniós jogi elve nem hasonlóságot, hanem egyenértékűséget követel meg, ami feltehetően funkcionális egyenértékűségként értendő.¹⁶⁶ A funkcionalista összehasonlító jog azonban nem korlátozódik Európára, amint azt a nemzetközi kereskedelmi jog is mutatja. Például az USA és Japán között a félvezetőkről folytatott vitában az EGK azt kifogásolta, hogy a japán kormány a japán vállalatok ellenőrzése révén ténylegesen megakadályozza a japán vállalatokat abban, hogy bizonyos vállalatspecifikus költségek alatt exportáljanak. Japán azt válaszolta, hogy a felügyeleti intézkedések nem kötelező korlátozások. Egy GATT-panel azonban világossá tette, hogy a kormányzati intézkedés formális jellege mindaddig lényegtelen, amíg az a kötelező korlátozásokkal egyenértékű módon működik.¹⁶⁷ Ez volt a helyzet a japán kultúrában, ahol még a formálisan nem kötelező kormányzati intézkedéseket is úgy kezelték, mint a kötelező előírásokat, más szóval funkcionálisan egyenértékűek voltak.

Miért gondolják a támogatók és az ellenzők, hogy a funkcionális módszer az egyesítés mellett, nem pedig ellene szól? Talán a funkcionalizmusról alkotott fogalmuk eltér az itt használtaktól. A funkcionalizmus teleologikus változata is tartalmazhat konvergenciára való hajlamot. Valóban, mind Rabel, mind Zweigert munkái már tartalmazzák ennek a teleologikus felfogásnak néhány elemét, különösen ott, ahol a konvergenciáról beszélnek. Az ekvivalencia-funkcionalizmus ezzel szemben az egységesítés ellen szolgáltat érveket. Az egységesítés híveinek vagy azt kell bizonyítaniuk, hogy a költségek

165

Infra III.7.

166

Vö. a Scheiwe (84. sz.) 31 f. tanulmányi fokozatok és az adatvédelem példáit .

167

Japán - Félvezetők kereskedelme, a vizsgálóbizottság 41988 májusában elfogadott jelentése, L/6309,
Alapvető eszközök és válogatott dokumentumok [BISD] 35S/116), különösen az alábbi számok. 109,117.

a jogrendek közötti formai különbségekből szokatlanul nagyok és az egységesítés költségei szokatlanul alacsonyak, vagy pedig más, nem funkcionális érveket kell hangsúlyozniuk a jogegységesítés mellett.

7. A kritikus funkció: A jogrendek kritikája

Így marad a funkcionális elemzés utolsó állított funkciója, a kritikai funkció. Ez különböző dolgokat jelenthet: a külföldi jog tolerálását, a külföldi jog kritikáját, a saját jogunk kritikáját és általában a jog kritikáját. A funkcionalizmus ezek közül nem mindegyikkel jár egyformán jól.

Támogatói azt remélik, hogy ezzel leküzdhető a külföldi joggal szembeni hazai előítélet. Ezt világosan látjuk a funkcionalista összehasonlító jognak a kollíziós jogon belüli alkalmazásában, ahol a külföldi jog elfogadásának kérdése valóban releváns.¹⁶⁸ A funkcionalizmus leghíresebb példája a kollíziós jogban Rabel javaslata, amely a funkcionális összehasonlítást a jellemzés céljára használja.¹⁶⁹ Hasonlóképpen a helyettesítés és az adaptáció, a különböző jogrendek összehangolásának (némiel sajátos) módszerei is funkcionális összehasonlítást igényelnek. Végül a funkcionalista összehasonlítás és a funkcionális ekvivalencia legfontosabb felhasználása arra a kérdésre vonatkozik, hogy a külföldi jog alkalmazása sérti-e a fórum közrendjét. A német Bundesgerichtshof a büntető kártérítés különböző funkcióinak és német funkcionális megfelelőinek részletes elemzése alapján úgy ítélte meg, hogy a büntető kártérítésre vonatkozó külföldi ítélet nem sérti automatikusan a német közrendet.¹⁷⁰ Egy kaliforniai fellebbviteli bíróság egy Dominikai Köztársaságban történt balesettel kapcsolatos ügyben mentesíthetett egy francia társaságot a kaliforniai biztosítónál kötött munkavállalói kártérítési biztosítás követelménye alól, feltételezve, hogy a követelmény nyilvánvaló funkciója - a munkáltatóknak kellően biztosítottak kell lenniük egy fizetőképes társaság francia biztosítóknál - más módon is elérhető, ebben az esetben egy francia társaságnál kötött biztosítással.¹⁷¹ Hasonlóképpen, a nyugati bíróságok ma már a korábbinál nagyobb hajlandóságot mutatnak az egyoldalú megtagadáson alapuló iszlám válás elismerésére, mivel a megtagadást funkcionálisan egyenértékűnek találják a nyugati demokráciákban a válással, amelyet szintén hatékonyan el lehet érni.

¹⁶⁸A funkcionalista összehasonlítás hasznosságáról a kollíziós jogra vonatkozóan lásd Arthur T. von Mehren, "An Academic Tradition for Comparative Law?", (1971) *Am19. J. Comp. L.* 624,625.

¹⁶⁹ Ernst Rabel, "Das Problem der Qualifikation", (1931) 5 *RabelsZ* 241-288 . Graziadei (5. o.), 103 ff., még azt is felveti, hogy a funkcionális összehasonlító jog gyökerei a jellemzési problémákban rejlenek. A funkcionalizmusról szóló korai szövegek valóban gyakran vonják ezt a kapcsolatot. Maga Rabel azonban jogtörténeti képzését jelölte meg funkcionális megközelítésének forrásaként; lásd id., "In der Schule" (121. sz.) 158 f.; vö. Reinhard Zimmermann, ""In der Schule von Ludwig Mitteis". Ernst Rabels rechtshistorische

Ursprünge", (2001) *RabelsZ* 651,35.

¹⁷⁰ Bundesgerichtshof, IX. június 4, 1992, ZR 149/91, (1993) BGHZ 312118,; angol fordítás: (1993). 32
Int'l Jogi anyagok 1327.

¹⁷¹ *Tucci v. Club Mediterranee, S.A.*, Cal89.App.4th (180Cal.App. Dist2., 2001), f192. pont.

az egyik házastárs akarata ellenére vagy akarata nélkül. Mindezen esetekben a külföldi joggal szembeni tolerancia csak a funkcionális egyenértékűség elismerésével valósul meg.

Ugyanakkor a funkcionista összehasonlítás segíthet a külföldi jog kritikájában, különösen ott, ahol egy jogrendszer ragaszkodik kulturális autonómiájához. A kultúrára való hivatkozás a pluralitás és az autonómia érdekében az összehasonlító jog kritikai irányzatainak kedvelt eszköze. Mivel azonban a kultúra néha kitalált, néha pedig nemkívánatos, felmerülhet a kérdés, hogy hogyan tehetünk különbséget a megőrzésre érdemes "valódi" ("jó"?) kultúra és a nemkívánatos célokra hivatkozó "hamis" ("rossz"?) kultúra között. Ez nehéz egy bennfentes számára, aki esetleg nem rendelkezik kritikai perspektívával, és egy kívülálló számára, aki esetleg nem rendelkezik kellő rálátással. A funkcionista összehasonlító jogtudomány itt segíthet a kritika talajának megteremtésében. A funkcionista összehasonlítás ugyanis két fontos perspektívát ötvöz: egyrészt a kultúra tudatosítását, másrészt a külső nézőpontot. Azáltal, hogy a jogi kultúrát funkcionális szempontból rekonstruáljuk, segít megőrizni a kultúra másságát, ugyanakkor összehasonlíthatóvá teszi azt a saját jogunkkal - látjuk, hogy mik az idegen jog manifeszt és látens funkciói és diszfunkciói, és az összehasonlításból tudjuk, hogy ezek a hatások hogyan másképp hozhatók létre. A módszer csak ennyit tesz, nem ad eszközöket kezünkbe az idegen jog kritikájához. De a lefektetett alapok nélkül egy ilyen kritika nehezen fogalmazható meg.

Másrészt a funkcionista összehasonlító jog kevésbé segít a saját jogunk kritikájában. Ennek oka ismét a funkcionális ekvivalencia: Mivel nem tudjuk megmondani, hogy egy külföldi jog jobb-e, mint a sajátunk, a külföldön eltérő megoldások felismerése nem mutatja meg a hazai hiányosságokat. A funkcionista összehasonlítás felnyithatja a szemünket az alternatív megoldásokra, de azt nem tudja megmondani, hogy ezek az alternatív megoldások jobb-e vagy sem. A funkcionális biztosíthat számunkra egy külső nézőpontot a saját jogunkra, de hogy amit így látunk, az kritizálható-e, azt más módszerekkel kell eldönteni. A funkcionális kritikus lehet a doktrinalizmussal szemben azáltal, hogy megmutatja nekünk doktrínáink kontingenciáját, de nem tud utat mutatni a doktrína nélküli jog felé, és nem tud ilyen jogot nyújtani.

Végül pedig a funkcionális valóban kritikátlan több szempontból is, amelyekben kívánatos lehet a kritika. Először is, a funkcionális nem segít bennünket a funkcionalitás és a célok kritikájában.¹⁷² Éppen ellenkezőleg, amikor megmutatja, hogy más társadalmak más eszközökkel követik ugyanazokat a célokat, megerősítheti azt a meggyőződésünket, hogy bizonyos célok valahogyan szükségesek. Másodszer, a funkcionális

nem sokat segít nekünk a jog alapvető kritikájában. A funkcionalizmus megmutathatja, hogy más társadalmak bizonyos szükségleteket a jortól eltérő intézményekkel elégítenek ki, de nem tud alternatívákat kínálni a funkcionalista gondolkodásmódra, amely a jogról való gondolkodásunk velejárója. Harmadszor, a funkcionalista összehasonlító jog elkerüli a kormányzást, és ezért eredendően konzervatívnak tekinthető¹⁷³; szándékos politikai semlegessége kevés segítséget jelent a globalizáció megértésére és kritikájára irányuló projektek számára. Negyedszer, mivel a funkcionalista összehasonlító jog különálló társadalmakat és különálló jogrendszereket feltételez az összehasonlítás tárgyaként, nem képes elképzelni, hogy ezek a rendszerek és társadalmak hogyan függenek egymástól, ami a globalizáció körülményei között egyre nagyobb problémát jelent. Ötödször, a funkcionalista összehasonlítás nem képes számot vetni a jogrendszereken belüli feszültségekkel, feszültségekkel, legalábbis addig, amíg a jogrendszerekre mint összefüggésekre, nem pedig az alrendszerekre összpontosít.

Mindezek valódi hiányosságai nemcsak az összehasonlító jogban alkalmazott funkcionális módszernek, hanem általában a hagyományos összehasonlító jognak is. Ily módon részben igazuk van azoknak, akik kritizálják a funkcionális módszert, miközben céljuk a mainstream összehasonlító jog egésze, amennyiben a funkcionalizmus a mainstream összehasonlító jogot képviseli. Azt azonban még meg kell várni, hogy a kritikusok képesek-e olyan módszerekkel előállni, amelyek a kritikai potenciált tekintve is olyan erősek, mint a funkcionális módszer. Az e feladatokhoz szükséges összehasonlító jognak talán radikálisabbnak kell lennie a kritikusok projektjeinél is.

IV. Az értelmező funkcionalizmus felé az összehasonlító jogban?

A III. rész meglepő eredményekkel szolgált. Általában azt feltételezzük, hogy a funkcionális módszer erőssége a hasonlóságok hangsúlyozásában, a jog értékelésére és egységesítésére való törekvésében rejlik. Ez a fő oka annak, hogy Rabel óta a támogatók olyan erős eszközt látnak benne, és az ellenzők miért érezték szükségét annak, hogy olyan hevesen harcoljanak ellene. Láthattuk, hogy mind a támogatók, mind az ellenzők tévednek: a funkcionális módszer a különbségeket hangsúlyozza, nem ad értékelési kritériumokat, és erős érveket szolgáltat az egységesítés ellen. Továbbá általában feltételezik, hogy a funkcionális módszer nem veszi kellőképpen figyelembe a kultúrát, és redukcionista. Láttuk azonban, hogy a funkcionális módszer nem csak azt követeli meg, hogy

¹⁷³ David Kennedy, "Az összehasonlító jog új megközelítései: *Utah*1997 LR ff545,588...

a kultúra vizsgálatát, de más módszereknél jobban lehetővé teszi, hogy általános törvényeket fogalmazzunk meg anélkül, hogy elvonatkoztatnánk a sajátosságoktól.

A II. rész megmutatja, hogy miért vannak ezek a félreértések. A probléma az, hogy a funkcionális módszer, ahogyan azt általában leírják, a funkció több különböző fogalmát ötvözi: egy evolúciós fogalmat, egy strukturális fogalmat, egy egyenértékűségre összpontosító fogalmat. E különböző fogalmak közötti kapcsolat a módszeren belül nem világos, törekvései ezért irreálisak. Ha a módszert egyértelműen a funkcionális ekvivalencia mint a három funkciófogalom közül a legstabilabb alapján rekonstruáljuk, és a tudományos megközelítéssel szemben az értelmező megközelítést hangsúlyozzuk, akkor rájövünk, hogy a funkcionális módszer kevesebb állítást tehet, ugyanakkor kevésbé nyitott az ellene megfogalmazott kritikák egy részével szemben. Röviden, a funkcionális módszer erős eszköz a különböző törvények megértéséhez, összehasonlításához és kritikájához, de gyenge eszköz a törvények értékeléséhez és egységesítéséhez. Segít az idegen jog eltérésében és kritikájában, kevésbé segít a sajátunk kritikájában.

Mindez azt sugallja, hogy a szociológia intenzív módszertani vitáit nem lehet egyszerűen átültetni, mert a szociológiai és a jogi funkcionalizmus között fontos különbségek vannak. Ezt láthatjuk az eltérő reakciókban. A reakciók ugyanis mindkét diszciplínában eltérőek. Míg a szociológiai funkcionalizmust eredendően konzervatívnak kritizálták, addig a jogi funkcionalizmust és a social engineeringet túlzottan progresszívnek, a funkcionalista bírakat pedig aktivistának utasították el. Míg a szociológiai funkcionalizmus tautologikus, a jogi funkcionalizmust azért bírálják, mert új értékeket vezet be nyíltan a jogi érvelésbe. Míg a társadalomtudományokban a funkcionalizmus azért bukott meg, mert túl sokat bizonyított és nem lett igazolható, addig a jogban a funkcionalizmus azért bukott meg, mert túl keveset ért el. Ennek oka az, hogy a szociológia és a jog céljai, és következésképpen a vonatkozó funkciófogalmak is különbözőek.¹⁷⁴ Míg a szociológiai funkcionalizmus a látens funkciók iránt érdeklődik (és nagyrészt figyelmen kívül hagyja a jogalkalmazók szándékát), addig a jogászok éppen a manifeszt vagy akár elképzelt, nem pedig a látens funkciókat tartják szem előtt. A bírónak a törvényt a jogalkotó által szándékolt funkció szerint kell értelmeznie, még akkor is, ha a törvény nem teljesíti a funkciót; a jogalkotó logikailag csak a manifeszt funkciókat képes figyelembe venni,

Niklas Luhmann, "Funktionale Methode und juristische Entscheidung", (1969) 94 *Archiv für öffentliches Recht* 1-31 = id., *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981/1999), 273-308; vö. még Jean Carbonnier, "L'apport du droit compare à la sociologie juridique", in *Livre du Centenaire* (n. 2) 77-7975,; Jerome Hall, *Comparative Law and Social Theory* (1963) 107; Zweigert, Kötz (n. 2) f11.

mert definíció szerint nem ismeri a látens függvényeket.¹⁷⁵ H.L.A. Harttal együtt mondhatjuk, hogy a szociológusok külső, a jogászok belső nézőpontot képviselnek.¹⁷⁶

Ez a különbség azonban egy másik különbséghez kapcsolódik, mégpedig a funkcionalizmus céljai közötti különbséghez a két tudományágban. Ez csak részben a normatív és a leíró-elemző célok közötti különbség (elvégre a bíró feladatának nagy része is leíró jellegű).¹⁷⁷ A szociológusok inkább azért használják a funkcionalizmust, hogy a komplexitást növeljék, így a megfigyelt társadalmi rendszerekről alkotott képük pontosabb lesz, mint annak elemeinek pusztá felsorolása. A jogászoknak viszont a funkcionalizmusra azért van szükségük, hogy csökkentsék a komplexitást - azt remélik, hogy a funkcionalitás megmondja nekik, hogy a számos alternatív döntés közül melyiket kell meghozniuk.¹⁷⁸ Döntéseik hatásaiért a bírák csak részben felelősek,¹⁷⁹ és még a jogalkotóknak is a hatások szükségszerű részleges tudatlanságában kell döntéseket hozniuk.

Végül egy harmadik különbség is fontos. A szociológusok és a jogfilozófusok gyakran a viszonylag tágan meghatározott intézmények differenciált funkcióira összpontosítanak, míg az összehasonlító jogászok ezzel szemben a jog létezését és működését természetesnek veszik, és nagyon konkrét jogi kérdésekre összpontosítanak. Az összeütközés olykor nyíltan ki is derülhet - amikor Roscoe Pound szociológiai összehasonlító jogát a durkheimi hagyományból szociológiaiatlannak kritizálják,¹⁸⁰ amikor egy jogász elutasítja egy szociológus kérdésfelvetését, mint túlságosan nem specifikusat és a jogi kategóriákat túlságosan figyelmen kívül hagyót,¹⁸¹ amikor Zweigert funkcionális összehasonlító jog koncepcióját a jogászok mint nem eléggé jogi, a szociológus mint nem eléggé szociológiai kritikával illetik.¹⁸² A hamburgi Max-Planck Intézet nagy interdiszciplináris projektje, amely szociológusokat és jogászokat fog össze, nagyrészt

¹⁷⁵ Természetesen a jogalkotók idővel megismerhetik a látens funkciókat. A jogalkotásra vonatkozó lejáratú záradékok a problémára adott válasz: a jogalkotók törvényeket hoznak, majd megfigyelik azok látens funkcióit és működési zavarát, és reagálnak erre a tanulási tapasztalatra.

¹⁷⁶ Renato Treves in William M. Evan, Angelo Grisoli, Renato Treves, "Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung", in Ulrich Drobnig, Manfred Rehbinder (szerk.), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung* (1977), 34, 51 (eredeti olasz változat in [1965] 14 *Quaderni di sociologia* 376-302); Cotterell (n. 36) f138.).

¹⁷⁷ Lásd Ralf Michaels, Nils Jansen, "Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts", (2003). 116 *Zeitschrift für Zivilprozess* 8-123.,

¹⁷⁸ Luhmann (86. sz.) 10,6.

¹⁷⁹ Lásd Gunther Teubner (szerk.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe - Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht* (1995).

¹⁸⁰ Lepaulle (n.).

181

Evan et al. (176. o.) .

182

Keebet von Benda-Beckmann, "Einige Bemerkungen über die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung", (1979) *ZvgIRWiss* 51-67; Volkmar Gessner, "Soziologische Überlegungen zu einer Theorie der angewandten Rechtsvergleichung", (1972) *RabelsZ* 229-260 (továbbá in Drobnig, Rehbinder [n. 176] 123-150).

nem sikerült, és a szociológia és az összehasonlító jog közötti kölcsönhatás inkább az empirikus szociológiára, mint az elméletre összpontosított.¹⁸³

Ez utalhat arra, hogy az összehasonlító jogban miért erősebb a funkcionalizmus, mint más tudományágakban. Először is, igaz lehet, hogy más tudományágak elvetették a funkcionalizmust, de csak azután, hogy hasznosították a funkcionalizmusból származó felismeréseket. A funkcionalista összehasonlító jog még messze nem érte el a benne rejlő lehetőségeket. Ez a tanulmány csak utalni tudott a lehetőségekre. De már most is azt kellett volna sugallnia, hogy egy módszertanilag tudatosabb funkcionalizmus jobb betekintést nyújt a jog működésébe, és hasznosabb meglátásokat nyújthat, mint más jelenlegi megközelítések. Másodszor, az összehasonlító jogban, mint jogi diszciplínában értelmezett funkcionalizmus talán immunis lehet a társadalomtudományokban a funkcionalizmussal szemben megfogalmazott kritikák egy részével szemben. Fontos emlékeztetni arra, hogy a jog normatív diszciplína, amely számára a teleológia nem feltétlenül rossz dolog, hanem inkább szükséges a saját működéséhez. Természetesen, ami szükséges, az egy robusztusabb funkcionális módszer rekonstrukciója ezeken a feltételeken. Ez a hozzájárulás azt javasolja, hogy egy ilyen módszert az ekvivalencia-funkcionalizmusra és az összehasonlító jog értelmező, nem pedig tudományos felfogására alapozzunk. Hogy egy ilyen, jobban kidolgozott módszer megállja-e a helyét - egyrészt a funkcionalizmus kritikátlan változatával, másrészt a funkcionalizmus kritikai alternatíváival szemben -, az még kiderül. De úgy tűnik, megéri a kísérletet.

Michael Martinek, "Wissenschaftsgeschichte der Rechtsvergleichung und des Internationalen Privatrechts in der Bundesrepublik Deutschland", in Dieter Simon (szerk.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik* (1994) 529-619, 552 f.; a Max Planck Projectről lásd Axel Flessner jelentéseit, (1981) 45 *RabelsZ* 5 ff.; Ekkehard Klaua, (1980) *Zeitschrift für Rechtssoziologie* ff.135