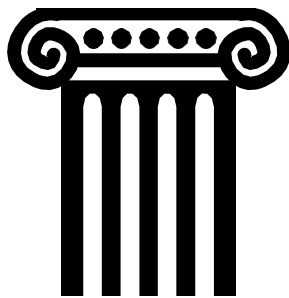


Minnesotai Egyetem jogi kar

Jogi tanulmányok kutatási
tanulmány sorozat 09-17. számú kutatási
tanulmány



**Az új jogi realizmus fajtái: Egy új
világrend ösztönözhet-e egy új
jogelméletet?**

**Victoria Nourse
Gregory Shaffer**

Ez a tanulmány ingyenesen letölthető a Társadalomtudományi
Kutatóhálózat elektronikus dokumentumgyűjteményéből:
<http://ssrn.com/abstract=1405437>.

~~https://www.omm.com~~

AZ ÚJ JOGI REALIZMUS FAJTÁI: AZ ÚJ VILÁGREND ÚJ JOGELMÉLETET INDÍTHAT-E EL?

Victoria Nourse & Gregory Shaffer †

1930-ban, a nagy gazdasági világválság idején Karl Llewellyn professzor a *Harvard Law Review*-ban kijelentette, hogy "erjedés" tapasztalható az országban és a jogtudományban, és a "realizmust" erős tudományos erőként hirdette meg. Az elmúlt évben saját erjedésünknek lehetünk tanúi: a világ megmutatta nekünk a jogtudomány néhány legerősebb intellektuális feltételezésének ostobaságát a piacok bölcsességéről és racionalitásáról, valamint a politika elkerülhetetlen kudarcáról. Ezeknek az eseményeknek fel kell újítaniuk az érdeklődést a jog "realista" megközelítése iránt, és fel kell hívniuk a figyelmet a jogtudomány egy újonnan megjelenő, magát "új jogi realizmusnak" nevező szakterületére. Ez a cikk áttekinti ezt a tudományt, és amellett érvel, hogy az "új jogi realizmus" válasz az "új formalizmusra" - a neoklasszikus jogból és közgazdaságtanból származó formalizmusra. Az új jogi realisták nem közgazdaságtan-ellenesek (néhányan közülük maguk is közgazdászok), de megkérdőjelezik az új formalizmusnak az egyénről, az államról és az ítélkezésről szóló feltevéseit, valamint a jogtudományhoz való hozzáállását. Ez a cikk értékeli és kritizálja az új-jogi realista tudomány különböző formáit, a viselkedési közgazdaságtantól a jogi empirizmusig, és javaslatokat tesz egy olyan tudományos menetrend jövőbeli irányaira, amely jobban képes kezelni sebezhető nemzeti rendünket. Amellett érvelünk, hogy az új jogi realizmus számos formája nagyobb ígéretet hordoz magában, mint a létező formalizmusok. Ugyanakkor azt is állítjuk, hogy az "új jogi realizmus" egyes formái azt kockáztatják, hogy a jogot más tudományos eszmékre vagy teljesen jelentéktelenné teszik.

Itt kezdjük meg a "dinamikus új realizmus" felvázolását, amely a régi realizmus legjavát veszi át anélkül, hogy túlzásokba esne. A mi dinamikus realizmusunk formája a "közvetítő" elméletre összpontosít, amelynek célja öntudatosan a világ és a jogi intézmények közötti híd elméletileg való megalkotása anélkül, hogy az egyiket a másikra redukálná. Úgy véljük, hogy a jog idővel rekurzívan ciklikusan ciklikál a világ és a jogi intézmények között, ezért empirikus és

† Victoria Nourse, L.Q.C. Lamar jogászprofesszor, Emory Egyetem; Burrus-Bascom jogászprofesszor, Wisconsin Egyetem; Gregory Shaffer, Melvin C. Steen jogászprofesszor, Minnesotai Egyetem. Szeretnénk köszönetet mondani az Európai Egyetemi Intézet (Firenze), a Minnesotai Egyetem jogi karán, az AALS éves ülésén (San Diego) az új jogi realizmus fajtáiról szóló nyílt fórumon (Open Forum Panel on Varieties of New Legal Realism), a Law and Society Association éves ülésén (Denver) az új jogi realizmusról szóló kerekasztal-beszélgetés résztvevőinek, valamint Ian Ayres, Andrew Coan, Frank Cross, Richard Cudahy bíró, Hanoch Dagan, Anuj Desai, Zev Eigen, Malcolm Feeley, Barry Friedman, Bryant Garth, Michael Heise, Neil Komesar, Stewart Macaulay, Brett McDonnell, Beth Mertz, Jonathan Nash, Joanne Scott, Bill Simon és Brian Tamanaha éleslátó megjegyzéseikért. Külön köszönet Bill Eskridge-nek a realizmus dinamikus formáiról folytatott vitákért, valamint Mary Rumsey-nak az értékes kutatási segítségért. Minden hiba természetesen a mi hibánk marad.

a történeti vizsgálat elengedhetetlen a jog tényleges működésének, kudarcainak és sikereinek megértéséhez. A régi realizmus nagy részével ellentétben ez a dinamikus realizmus elismeri, hogy a jognak a saját területén belül van vásárlási lehetősége, már csak azért is, mert a jogi intézményeknek hatalmukban áll megváltoztatni azokat a fogalmakat vagy célokat, amelyekre a jog törekszik. Ez a felismerés viszont megköveteli, hogy kritikusán foglalkozzunk az intézményeket formáló legalapvetőbb fogalmakkal és értékekkel, olyan ~~de~~ feltevésekkel, mint az egyéni szabadság és a kollektív kiszolgáltatottság közötti kapcsolat, a jog erőszakossága és ésszerűsége, a jognak a status quo felé való elfogultsága és mégis a jog eredendő dinamikus tulajdonságai. A dinamikus új realizmus felismerné az "egyidejűség elvét", vagyis azt, hogy a jog, a politika és a társadalom, nem is beszélve a piacokról és a kormányokról, nem redukálhatók egymásra, mert egyidejűleg hatnak egymásra. Ezt a dinamikus kölcsönhatást kell a legjobb realizmusnak tanulmányoznia és elméletben kifejtenie.

BEVEZETÉS	63
I. AZ ÚJ JOGI REALIZMUS FELTÉRKÉPEZÉSE	71
A. A viselkedéskutatók	76
1. Viselkedési közgazdaságtan	76
2. Az attitűdmodell	77
B. A kontextualisták	79
C. Az institucionalisták	85
1. Összehasonlító institucionalizmus, neoinstitucionalizmus, és mikroelemzés	85
2. Az "új kormányzás" elmélete	88
3. A jogalany/állam és az antidominációs modell	89
II. A RÉGI JOGI REALIZMUSBÓL KIINDULVA	90
III. VÁLASZOK AZ ÚJ FORMALIZMUSRA A NEOKLASSZIKUSBAN	95
A. Bíró	101
B. Az egyén és az állam	108
C. Ösztöndíj	111
IV. LEHETSÉGES BUKTATÓK	115
A. Az új redukcionizmus veszélyei	116
B. A szcientizmus kockázatai	117
C. Totalizáló elmélet, szándékosan alultematizált keretek és közvetítő elmélet	119
D. A jogi-politikai szakadék leküzdése	121
E. Az implicit, de átláthatatlan megkerülés kockázata	
	Nor

mativitás125

V. DINAMIKUS ÚJ REALIZMUS EGY ÚJ VILÁGRENDÉRT127.....
KÖVETKEZTETÉS136.....

BEVEZETÉS

Az erjedés külföldön van a törvényben. Az érdeklődési kör kiszélesedik; az embereket újra érdekli az élet, amely a jogi dolgok körül forog. A szabályok előtt voltak a tények; kezdetben nem a Szó volt, hanem a Tett. A határozatok mögött bírák állnak; a bírák emberek [B] a határozatok mögött emberek állnak.

akiket a szabályok és döntések közvetlenül és közvetve érintenek. Az erjedés a kornak megfelelően. Az iskolák törvénye a század végén azzal fenyegetett, hogy szavakká válik - lakkos, tisztának tűnő, élettelen szavakká, mint valami régi csatorna. ††

Az elmúlt évben a világ megmutatta nekünk a jogtudomány néhány legerősebb intellektuális feltételezésének ostobaságát. Világgazdaságunk hirtelen összeomlása a közgazdászok nyílt ~~valóság~~ vezetett, miszerint a piacok nem önszabályozóak, és hogy a szisztematikus irracionális viselkedés torzíthatja őket, ami ellentmond a neoklasszikus jog és közgazdaságtan gyakori feltételezéseinek.¹ Hasonlóképpen, a szavazás hiábavalóságára vonatkozó tudományos előrejelzések ellenére a közelmúltbeli amerikai választások megmutatták, hogy a tömeges politikai szerepvállalás nemcsak lehetséges, hanem valós.² Ha ezek az események a jog sorsát illetően bármilyen jelentőséggel bírnak, akkor gyanítjuk, hogy a tudományosság hamarosan eltávolodik a status quo hatékonyságára és optimális voltára vonatkozó feltételezésektől, és a jogi elmélet, tudományos program és gyakorlat új formája felé mozdul el, amely elismeri sebezhetőségünket és képességeinket, a piaci hatalmat és a politikai hatalmat, a bírói hatalom helyét és korlátait - egy olyan elmélet, amely újra foglalkozik a pozitív politikai és jogi cselekvés lehetőségével (és nehézségével).

††Karl N. Llewellyn, *Some Realism About Realism-Responding to Dean Pound*, 44 HARV. L. REV. 1222, 1222 (1930).

1Vö. *pl.* RICHARD A. POSNER, *A KAPITALIZMUS CSALÁDJÁ: A '08-as válság és a gazdasági és társadalmi válság.*

DESCENT INTO DEPRESSION 260 (2009) ("A depresszió a kapitalizmus, pontosabban egy bizonyos fajta kapitalizmus ("laissez-faire" laza értelemben, "amerikai" kontra "európai" népszerű értelemben kudarca"); *id.* 267. o. ("Many economists have been con-gyakorlatilag egyik napról a másikra Milton Friedman monetaristáiból J. M. Keynes deficitköltekezőivé váltak ..."). Posner bíró, a jog és a közgazdaságtan vitathatatlanul legjelentősebb alakja szintén kijelentette a Federalist Society egyik beszédében: "Lehet racionalitás és verseny, és még mindig lehetnek katasztrófák". Sajtóközlemény, Columbia Law School, Pénzügyi válság: A Business Failure to a Government Failure: Judge Richard Posner Lectures at Columbia Law School (2008. november 26.), *elérhető a* http://www.law.columbia.edu/media_inquiries/news_events/2008/november2008/posner_oldalon; *lásd még*

GEORGE A. AKERLOF & ROBERT J. SHILLER, *ANIMAL SPIRITS: HOW HUMAN PSYCHOLOGY DRIVES THE ECONOMY, AND WHY IT MATTERS FOR GLOBAL CAPITALISM* 5 (2009) ("Ez a könyv a közgazdaságtan leírásának másfajta szemléletéből indul ki. A tankönyvek közgazdaságtana arra törekszik, hogy a lehető legkisebbre csökkentse a tiszta gazdasági motivációtól és a racionalitástól való eltéréseket."); Anatole Kaletsky, *Goodbye, Homo Economicus*, PROSPECT, 2009. ápr. 46. o. ("A közgazdász szakmának nagyrészt a jelenlegi válságért kell viselnie a felelősséget. Ha újra hasznossá akar válni, intellektuális forradalom kell átesnie -

szélesebbé és szerényebbé kell válnia.").

² Lásd pl. Michael Falcone, *One More Round of Voting, as Electors Do Their Duty*, N.Y. TIMES, Dec. 16, 2008, A18 (megjegyezve, hogy a 2008. novemberi választásokon a választási részvétel "1968 óta a legmagasabb szintet érte el").

Nincs sürgetőbb idő, mint most, hogy új jogelmélet és tudományos menetrend után nyúljunk. Sem az egyszerű jogi doktrína, sem az egyszerű közgazdaságtan nem fogja megoldani az előttünk álló súlyos problémákat. Az sem elég, ha a jogot a politika egy másik formájaként kezeljük (bármennyire is gyors ez). Sem a jog és a közgazdaságtan neoklasszikus formája, sem a kritikai jogi tanulmányok nem képesek választ adni a jelenlegi válságra. Ha a jogelméletben új irányt kell venni, úgy véljük, hogy ez nem lesz egyszerűen a jog "és" valami más tudományág, sem pedig a New Deal közigazgatási államának újjáélesztése. Olyan jogi keretre van szükségünk, amely elég erős ahhoz, hogy megfékezze az emberi gyengeséget és irracionálisitást, de elég rugalmas ahhoz, hogy lehetővé tegye az emberek számára, hogy önmagukat kormányozzák, egy olyan keretre, amelyet egy olyan tudományos program támogat, amely új elemzési és elméleti eszközöket biztosít egy olyan világ megértéséhez, amelyben úgy látjuk magunkat, mint akik egyszerre nagyon sebezhetőek az intézményi összeomlással szemben, ugyanakkor képesek a változásra.

Ennek a szintetikus projektnek több jelöltje is épült az évek során, megközelítéseiket "új jogi realizmusnak" nevezve. Ez az ösztöndíj új aktualitást kapott a közelmúlt eseményei miatt, beleértve Barack Obama elnök megválasztását és a hatalmas pénzügyi összeomlást, amelyek mindkettő a "realizmus hiányát" cáfolja a jog jelenlegi formális megközelítéseiben. Az elmúlt nyolc év során több mint 300 tanulmányban hivatkoztak az "új jogi realizmus" kifejezésre.³ Az új jogi realizmus köpenyét többféle tudományterület is magáénak vallotta - a viselkedési közgazdaságtantól a jogi empirizmusig, a kvalitatív etnográfiai kutatástól a nagy N kvantitatív tanulmányokig, az összehasonlító intézményi elemzéstől a történeti kritikáig. Korábbi cikkeinkben ezeket a változatokat külön-külön dolgoztuk fel; kombinálásuk most különösen fontos, mivel az elnök az emberek igényeivel és a valós élet problémáival összhangban lévő jogi megközelítéseket keres.⁴ Ebben a cikkben feltérképezzük a kialakulóban lévő "új jogi realizmus" előzményeit, foglalkozunk azzal, hogy az új jogi realizmus változatai hogyan épülnek a realista elődökre, kritizáljuk ezeket a változatokat, és megpróbálunk új keretet nyújtani a továbblépéshez.

Amellett érvelünk, hogy az új realistáknak van egy olyan látásmódjuk, amely alternatívát kínál az új *formalizmus*, a neoklasszikus jog és közgazdaságtan elméletével és az új formalizmus ebből származó változataival szemben. Az eddigiekben, a

³ 2009. augusztus 27-én 312 dokumentumot találtak a Westlaw Journals and Law Reviews (JLR) adatbázisában az "new legal real-ism" kereséssel. Ez a szám alulbecsüli a tényleges érdeklődést, mivel egyes szerzők egyszerűen "jogi realizmus"-ként hivatkoznak erre az ösztöndíjra, és a Westlaw nem rögzíti a könyvfejezeteket és a nem jogi publikációkat. *Lásd például*, Donald Braman & Dan M. Kahan, *Legal Realism as Psychological and Cultural (Not Political) Realism*, in HOW LAW KNOWS 93, 94 (Austin Sarat et al. eds., 2007). A szám nagyrészt kizárja az "empirikus jogi tanulmányok" általános robbanását is, amelyet a tudósok homályosan a realizmushoz társítanak. *Lásd általában* Michael Heise, *The Past*,

Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism, 2002 U. ILL. L. REV. 819 (az empirikus jogi tanulmányok új jogi realizmus változatának tárgyalása).

⁴ Lásd Jeffrey Rosen, *Mi a liberális igazságszolgáltatás most?*, N.Y. TIMES MAG., 2009. május 31., 50. o.

Természetesen a neoklasszikus jog és az öko- nomika számos akadémiai kritikája megelőzte az új jogi realizmust. A közelmúlt eseményei azonban drámai módon rávilágítanak arra, hogy a neoklasszikus elmélet formális feltételezései hogyan nem tudtak előre jelezni vagy megakadályozni egy hatalmas világgazdasági összeomlást, nem is beszélve a masszív politikai mozgósításról és egy történelmi jelentőségű választásról. Lehet, hogy a neoklasszikus jog és öko- nomika kritikája "régí hír", de a neoklasszikus érvelés még mindig áthatja a bírósági ítélkezést és a politikai döntéshozatalt. Még 2007-ben Richard Posner bíró, a neoklasszikus jog és közgazdaságtan egyik megalapítója a közgazdászok konkrét sikereit hangsúlyozta a derivatívák árazásával és a vezetői javadalmazással kapcsolatban a *Economic Analysis of Law* című tankönyvében; azt állította, hogy "[a] közgazdászok új módszereket alkottak a pénzügyi és egyéb termékek árazására, új pénzügyi kereskedési stratégiákat, új munkavállalói és vezetői javadalmazási módszereket Ezek a beavatkozások beváltak, ami azt sugallja, hogy a közgazdasági elmélet több mint szép matematika."⁵ A Reagan-féle forradalom és a Bush-kormányzat egymást követő bírói kinevezései ráadásul a bírák körében meggyökerezették a neoklasszikus nézeteket, és a neoklasszikus jog és közgazdaságtan továbbra is része lesz a jogi elit következő generációjának képzésének a legjobb jogi egyetemeken.

Az új jogi realizmus minden egyes változata részben a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan ítélkezési elméletének, az egyén és az állam elméletének, valamint a jogtudományi megközelítésnek a feltevéseivel szemben határozza meg magát. A neoklasszikus jog és közgazdaságtan alatt a "mikroökonómiai (vagy árelméleti) elemzésnek a jogra való egyszerű alkalmazását" értjük,⁶ amelyeket gyakran a "chicagói iskolával" hoznak összefüggésbe, és amelynek korai vezető és úttörő képviselője Posner bíró volt.⁷ A neoklasszikus jog- és közgazdaságtan elmélete a

⁵ RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 16 (7. kiadás, 2007) [a továbbiakban POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS*]. Lásd még Posner bíró korábbi állítását, miszerint egy "piac akkor is viselkedhet racionálisan, és így az emberi viselkedés közgazdasági modellje alkalmazható rá, ha az egyes vevők (vagy vásárlók) többsége irracionális. Az irracionális vásárlási döntések valószínűleg véletlenszerűek, és így kioltják egymást, így a piac átlagos viselkedését a racionális vevők (vagy vásárlások) kisebbsége határozza meg". RICHARD A. POSNER, *OVERCOMING LAW* 16 (1995) [a továbbiakban POSNER, *OVERCOMING LAW*] (lábjegyzetek kihagyva). Posner bíró most azzal érvel, hogy ezek a beavatkozások és a gazdasági kódok feltételezései lesújtó kudarcok voltak. Lásd POSNER, *Supra* note 1.

⁶ NICHOLAS MERCURO & STEVEN G. MEDEMA, *KÖZGAZDASÁGTAN ÉS JOG: POSNER-től a POSTMODERNIZMUSIG ÉS TOVÁBBRA* 102 (2d ed. 2006).

⁷ Posner bíró 1972-es alapműve a *Economic Analysis of Law*. Hét kiadáson keresztül frissítették (és jelentősen átdolgozták). Lásd POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS*, *supra* note 5; lásd még MERCURO & MEDEMA, *supra* note 6, 102. o. ("[Posner] *Economic Analysis of Law* . . . egyrészt arra szolgált, hogy a területet a tulajdon-, szerződés-, kártérítési és büntetőjog klasszikus alkalmazásain jóval túlmutatóan fejlessze, másrészt arra, hogy a tárgyat olyan módon mutassa be, amely megkönnyítette a jogi egyetemi tantervbe való beillesztését."). Lásd általában ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW & ECONOMICS* (5. kiadás, 2008) (azzal érvelve, hogy a gazdasági elemzés megváltoztatta a jog természetét); A.

MITCHELL POLINSKY, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS (3. kiadás, 2003) (kifejtve, hogyan lehet a jogi kérdéseket gazdasági szempontból megérteni).

abból indul ki, hogy az egyének racionális preferencia-maximalizálóként viselkednek, akik az ösztönzőknek engedelmeskednek, és a jogot olyan árnak tekintik, amely ezeket az ösztönzőket alakítja. Az elmélet egyesíti ezt a pozitív szemléletet, amelyet gyakran mereven alkalmaznak a takarékos modellek érdekében, azzal a normatív állítással, hogy a jogi szabályokat az eredményhatékonyság szempontjából kell értékelni, amelyet Posner bíró a "vagyonmaximalizálás" vagy a Kaldor-Hicks-féle hatékonyság⁸ értelmében definiált, úgy, hogy minden más szempontot (beleértve az elosztási implikációkat is) zárójelbe tesznek vagy figyelmen kívül hagynak.⁹ Az elmélet azt írja elő, hogy a politikai döntéshozóknak ennek megfelelően elsősorban a piaci mechanizmusokra kell támaszkodniuk.¹⁰

perspektívából); STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2004) (vázolja a jog gazdasági elemzésének alapjait).
a gazdasági elemzés elemeit a jog központi területein).

⁸ MERCURO & MEDEMA, *supra* note 6, 26. o. (kifejtve, hogy a Posner bíró által megfogalmazott jólétnaximalizálás vagy Kaldor-Hicks hatékonysági elv "azt állítja, hogy az egyik állapotból a másikba való átmenet (például jogi változás által), amely egyes egyéneknek mások kárára kedvez, azt lehet mondani, hogy a társadalom jólétének egyértelmű javulását eredményezi - szinte ugyanolyan erővel, mint maga a Pareto-elv -, ha azok, akik a változásból profitálnak, hipotetikusán kompenzálhatják a veszteséket a vesztesékek a veszteségeikért, és még mindig jobban járnak"). Egyes jog- és közgazdaságtudósok ezzel szemben csak a "Pareto-hatékonyságra" összpontosítanak. Ahogy Lewis Kornhauser írja: "Egy jogi szabály akkor és csak akkor Pareto-hatékony, ha nincs olyan más szabály, amely olyan viselkedést indukálna, hogy egyetlen személy sem járna rosszabbul, és a társadalomban legalább egy személy jobban járna". Lewis A. Kornhauser, *Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions*, in THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 67, 67 (Martin P. Goldberg & William A. Edmundson szerk., 2005). De ahogy Mercurio és Medema rámutat: "Általánosan elismert tény, hogy kevés olyan politika van, bármilyen kreatívan strukturált is, amelynek hatásai senkit sem hagynak rosszabbul járnai, ahogy azt a Pareto-hatékonyság megköveteli. Jellemzően a jogi változások győzteseket és veszteseket hoznak létre". MERCURO & MEDEMA, *supra* note 6, 26. o.; lásd még Guido Calabresi, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 YALE L.J. 1211, 1224 (1991) ("[T]he failure of the Pareto criterion to be any real guidance of any real guidance makes inevitable a thoroughgoing and open discussion of distribution and of interpersonal comparisons.").

⁹ Lásd *pl.*, SHAVELL, *supra* note 7, at 1-2 ("Mivel az egyének viselkedését racionálisnak jellemezzük, megállapítható a jogi szabályok hatása a viselkedésre. Ez a modellek világában határozottan megtehető, mivel az egyének vágyaira, ismereteire, képességeire és a környezetre vonatkozó minden releváns feltételezés explicit lesz."). Steven Shavell azt is megállapítja: "[A] gazdasági elemzők számára bevett szokás, hogy a figyelmet a társadalmi jólét meglehetősen egyszerű mérőszámaira korlátozzák, és én is ezt teszem itt". *Id.*

3. Két kulcsfontosságú feltételezést emel ki. Az első az, hogy "a társadalmi jólét mérése általában nem tulajdonít jelentőséget a hasznok elosztásának", mert "a társadalomnak van egy olyan adó- és transzferrendszer, amelyet felhasználhat a jövedelem újraelosztására". *Id.* A másik feltételezés "a méltányosság és az erkölcs fogalmaira vonatkozik", amelyeket "általában kizár[hat] ... a megfelelő elemzésből az analitikai kényelem érdekében". *Id.* at 3-4; lásd még LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE 5 (2002) ("A normatív közgazdasági elemzés általános értelmezése szerint a jogi szabályokat a vagyonmaximalizálás vagy a hatékonyság alapján értékeli, olyan kritériumok alapján, amelyeket sokan úgy értelmeznek, hogy kihagyják az egyének jólétének fontos szempontjait, és figyelmen kívül hagyják az elosztási szempontokat."); vö. STEVEN D. LEVITT & STEPHEN J. DUBNER, FREAKONOMICS: A ROGUE ECONOMIST EXPLORES THE HIDDEN SIDE OF EVERYTHING 19-23 (2003) (empirikusan vizsgálja az ösztönzők különböző (gazdasági, társadalmi és erkölcsi) fajtáit, és azt, hogy a megváltozott ösztönzők gyakran előre nem látható eredményeket hoznak).

¹⁰ Lásd MERCURO & MEDEMA, *supra* note 6, 102. o. (kifejtve, hogy a Chicago-iskola elmélete szerint "a döntéshozóknak nagymértékben a piacokra kell támaszkodniuk"); RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 329 (1972) ("Rengeteg bizonyíték van arra, hogy a gazdaság törvényi szabályozása gyakran, talán jellemzően, kevésbé hatékony eredményt hoz, mint a törvényi szabályozás.

Természetesen az ellenfél bármilyen ábrázolásában fennáll a karikatúra veszélye, ahogyan a régi realisták is karikatúrát kockáztattak a régi formalisták támadásakor.¹¹ Amit mi célpontként ábrázolunk, az a neoklasszikus jogi és közgazdasági modellek használata, amelyek a társadalmi célok összetettségét a vagyonmaximalizálás (vagy az erőforrás-elosztás hatékonyságának) komplexitására redukálják, és eltörlik a kognitív torzításokat, az alapvető egyenlőtlenségeket, az elosztási implikációkat és az összes úgynevezett "tranzakciós költséget" (bár gyakran azzal a megjegyzéssel, hogy egy ilyen "súrlódásmentes" világ nem a valóság), majd ezeket a modelleket (közvetlenül vagy közvetve) használják a jog és a politika előírásaihoz.¹² Amint azt alább tárgyaljuk, a neoklasszikus jog és közgazdaságtan megjelenik a felszínen a régi formalizmus ellentéte, amely a common law elvein alapuló "tudomány" doktrínáját szorgalmazta.^{13A} neoklasszikus

az erőforrások elosztásának piaci-közös jogi rendszere." (lábjegyzet kihagyva)). Azok a jog- és gazdaságtudósok, akik a Pareto-hatékonyság elérésére összpontosítanak (szemben a Kaldor-Hicks-féle hatékonysággal), hallgatólagosan elismerik, hogy sokkal több kérdés politikai kérdés, amellyel a politikai szerveknek foglalkozniuk kell, mivel különböző társadalmi célokot kell egyensúlyba hozniuk. A Kaldor-Hicks-hatékonyságot szorgalmazók kizárólag arra a kérdésre összpontosítanak, hogy melyik jogi szabály maximalizálja a jólétet, függetlenül a piaci tranzakció harmadik felekre gyakorolt negatív hatásaitól. Számukra, ha az egyes piaci tranzakcióknak negatív külső hatásai vannak egy harmadik félre, a politikai döntéshozóknak egyszerűen csak a szabály teljes költségét (beleértve az összes negatív externáliát) kell mérlegelniük a teljes haszonnal szemben. Ezzel szemben a Pareto-hatékony eredményekre összpontosítók implicit módon elismerik, hogy politikai kompromisszumok merülnek fel minden olyan esetben, amikor egy harmadik fél számára negatív externáliák keletkeznek, és ez a fél egyébként nem kap kompenzációt. Ezek a tudósok továbbra is a piaci mechanizmusokat részesíthetik előnyben, de a Pareto-hatékonysági kritériumok önmagukban nem dönthetnek a politikai kérdésben. A jog és közgazdaságtan eszközeit továbbra is lehet használni annak értékelésére, hogy ezekben az esetekben hogyan lehet egy adott társadalmi célt hatékonyabban elérni, de először dönteni kell a társadalmi célról, ami politikai kérdés. *Lásd pl.*, Calabresi, *supra* note 8, at 1224-25 (a kompromisszumok megvitatása); Lewis Kornhauser, *Economic Analysis of Law*, 16 MATERIALI PER UNA STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA 233 (1986); Lewis A. Kornhauser, *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*, 8 HOFSTRA L. REV. 591 (1980) (a jogon és a közgazdaságtanon belüli különböző megközelítések tárgyalása).

¹¹ *Lásd* Brian Tamanaha, Kiegyensúlyozott realizmus az ítélezésről: (2009. augusztus 5.) (kiadatlan kézirat, a szerzőknél van).

¹² *Lásd pl.* KAPLOW & SHAVELL, *Supra* Note 9, 3-13; MERCURO & MEDEMA, *Supra* Note 6, 68-93; POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS*, *Supra* Note 5, 3-21 (a gazdasági elemzés alapfogalmainak felvázolása); SHAVELL, *Supra* Note 7, 1-5. o.). A "Coase-tétel" kimondja, hogy "[i]gy a jogok teljes mértékben meghatározottak és a tranzakciós költségek nulla, a vitában részt vevő felek a jogok eredeti meghatározásától függetlenül hatékony és változatlan eredményre fognak alkudozni". MERCURO & MEDEMA, *supra* note 6, 110. o. (lábjegyzet kihagyva). Coase azonban "rámutatott a nulla tranzakciós költség feltételezés irreális jellegére". *Id.* 113 n.37. o.

¹³ *Lásd az alábbi* III. részt; lásd még Thomas C. Grey, *Langdell's Orothodoxy*, 45 U. PITT. L. REV. 1, 5-6, 11-13 (1983); Thomas C. Grey, *The New Formalism* 5-7 (Stanford Law Sch. Pub. Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 4, 1999), *elérhető a* <http://papers.ssrn.com/abstract=200732> oldalon [a továbbiakban: Grey, *Formalism*]; *vö.* Tamanaha, *supra* 11. lábjegyzet, 4. fejezet (megkülönbözteti a XIX. századi tudósok ideális jogelfogását a jog tényleges állapotának megfigyelésétől, és azt állítja, hogy az amerikai jogtudományt "formalizmusként" jellemezni a legjobb esetben is túlzás). Brian Tamanaha erős bizonyítékokkal szolgál a formalizmus kifejezés politikai használatára vonatkozóan, hogy megkülönböztesse a realistákat a konzervatívabb tudósoktól és bíraktól. *Lásd* Tamanaha,

supra note 11, at ch. 4. Tamanaha különösen azt vizsgálja, hogyan működött ténylegesen az ítélkezés ahhoz képest, amit Lang- dell Kolumbusz Kristóf és mások ideális értelemben szorgalmaztak. *Lásd id.* Azonban még ha a formalizmus és a realizmus kategóriái túlértékelték is a bírák tényleges tevékenységét tekintve, úgy találjuk, hogy a kifejezések hasznosak a jogi elvek alkalmazásával kapcsolatos álláspontok megkülönböztetésében a

Az elmélet ezzel szemben kifejezetten instrumentalista, nem pedig doktrinális célokat tűzött ki maga elé. ^{14A} neoklasszikus elmélet célja az volt, hogy a jog úgy strukturálja az ösztönzőket, hogy azok "hatékony" eredményeket hozzanak létre, és ezáltal növeljék az összesített társadalmi jólétet. ¹⁵ Mégis, amint azt nem mi vagyunk az elsők, akik megmutatjuk, az új formalizmusról vizsgálat után kiderül, hogy érvelési formáját és a belőle levezetett érdemi előírásokat tekintve - más szóval mind eszközeiben, mind céljaiban - párhuzamos a régivel. ¹⁶ Ahogy Arthur Leff írta Posner bírósági *Economic Analysis of Law* című könyvének első kiadásáról írt recenziójában,

[I]tt azonnal meg kell jegyezni, és soha nem szabad elfelejteni, hogy [Posner bírósági] alaptételei valójában egyáltalán nem empirikus tételek. Ezek mindegyike a szűkösség és a racionális maxima lizálással szembe fordított választásról szóló "feltevés" "reflexiójából" keletkezik. Semmi pusztán empirikus lehet egy ilyen struktúra útjában, mert az definíciós. Éppen ezért a feltételezések előre jelzik, hogyan viselkednek az emberek: ezekben a feltételekben nem lehet másképp viselkedni. ¹⁷

Amint azt később maga Posner bírósági írta: "A jog gazdasági elemzése egy realista [azaz instrumentalista] alapra emelt formalista építmény" ¹⁸.

Hangsúlyozzuk, hogy az új realizmus nem a közgazdaságtan elleni mozgalom. Ez ostobaság lenne, hiszen a közgazdaságtan egy hatalmas, gazdag és fejlődő terület, amelynek számos konkurens mozgalma van. A neoklasszikus jog és közgazdaságtan feltételezéseit és formalizmusát támadó tudósok közül sokan közgazdászok, és vannak olyan közgazdászok, akik

változó társadalmi kontextus. *Lásd* LAWRENCE M. FRIEDMAN, *A HISTORY OF AMERICAN LAW* 288, 476 (3d ed. 2005) (kifejtve, hogy a legtöbb amerikai bírósági számára a XIX. század végén "a formalizmus védőeszköz volt. Középkorban konzervatívok voltak, akik egyfelől a vulgáris gazdagokat, másfelől a forradalmi tömegeket tartották távol", és a formalizmus "a legitimitás védőpajzsát biztosította a bal- és jobboldali támadásokkal szemben").

¹⁴ *Lásd pl.* POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS*, *Supra* note 5, 14-15. o. (azzal érvelve, hogy "a kibocsátás értékének maximalizálása" "a kereskedelmi társadalom általánosan elfogadott célja").

¹⁵ *Lásd pl.* RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMICS OF JUSTICE* 88-115 (1983) (a hatékonyságot igazságosságként mutatja be).

¹⁶ *Lásd az alábbi III. részt.*

¹⁷ Arthur Allen Leff, *Commentary, A jog gazdasági elemzése*: 60 VA. L. REV. 451, 457 (1974) (kiemelés kihagyva) (lábjegyzetek kihagyva); *lásd még* MARK KELMAN, *A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES* 117 (1987) ("[B]ut [law and economics] does have an answer for every legal issue, and, maybe more important, the answers can be derived from a very short list of normative and descriptive propositions" (emphasis omitted)); Mark V. Tushnet, *Critical Legal Theory*, in *THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY*, *supra* note 8, at 80, 81 ("A Chicago-féle jog és közgazdaságtan szcientizmusa még nyilvánvalóan formalisztikusabb volt [mint a jogi folyamatok iskolája]; itt az anyagi jogi szabályokat az egyéni motivációra és önérdekre vonatkozó rendkívül vékony feltételezésekből kellett levezetni."). Bruce Ackerman valamivel kedvezőbb álláspontot képviselt, és úgy találta, hogy a chicagói neoklasszikus jog- és közgazdaságtan "prológus" volt az amerikai jog újjáépítéséhez, bár "nincs semmi, ami arra

kényszerítene minket, hogy összetévezzük a prologust a darabbal".
ACKERMAN, AZ AMERIKAI JOG ÚJJÁÉPÍTÉSE 65
(1984).

BRUCE A.

¹⁸ RICHARD A. POSNER, A JOGTUDOMÁNY PROBLÉMÁI 24 (1990).

az új jogi realizmus általunk azonosított három változatának mindegyikében.¹⁹ Ráadásul a jog és közgazdaságtan egyik alapítója, Guido Calabresi bíró régóta bírálja a Chicago-iskolai neoklasszikus jog- és közgazdaságtant annak konzervatív, status quo elfogultsága miatt,²⁰ ahogyan mások is az úgynevezett New Haven-i jog- és közgazdasági iskolában.²¹ Calabresi bíró a realista felismeréseknek megfelelően megkülönböztette a tényektől kiinduló, nem pedig a magas szintű elméletből kiinduló reasoning módját.²² Valójában azt állítjuk, hogy Posner bíró maga is határozottan az új jogi realista tábor felé mozdult el.²³ Legalábbis korunk tapasztalatai és de- mandátumai arra kényszerítették, hogy újragondoljon számos neoklasszikus

¹⁹ Hogy csak néhány ilyen tudóst említsünk, akiket az I. részben bővebben tárgyalunk: a viselkedéskutatók közül Christine Jolls és Richard Thaler viselkedési közgazdászok, az intézménykutatók közül Neil Komesar, a kontextualisták közül pedig - véleményünk szerint - John Donohue és Ian Ayres. Lásd még a II. részt a régi jogi realizmus közgazdászairól, és különösen az intézményi közgazdászokról.

²⁰ Calabresi bíró erőteljes kritikát fogalmazott meg Posner bírónak a vagyonmaximalizálással kapcsolatos igazságossági koncepciójával szemben, mivel az a status quo elfogultsága miatt, mivel a vagyon a kezdeti elosztástól függ: "A gazdagság minden társadalomban az ízléstől függ, attól, hogy az emberek mit akarnak, mit értékelnek. De hogy mit értékelnek, az attól függ, hogy miből indulnak ki". Guido Calabresi, *A jog új gazdasági elemzése: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, Mac- cabean Lecture in Jurisprudence (1981. május 14.), in *PROC. BRIT. ACAD.* (1982), 85., 90. o. Így a *The Costs of Accidents* című könyvében Calabresi bíró hangsúlyozta, hogy "[n]em működhet a baleseti jog rendszere, ha nem veszi figyelembe, hogy mely cselekményeket tekintik jónak, melyeket rossznak, és melyeket semlegesnek. A baleseti jog bármely olyan rendszere, amely a rossz cselekedeteket ösztönzi, igazságtalannak fog tűnni a kritikusok és a közönség számára, még akkor is, ha gazdaságilag valóban nagyon hatékony". GUIDO CALABRESI, *A BALESETEK KÖLTSEGEI: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS* 294 (1970).

²¹ Lásd ACKERMAN, *supra* note 17, at 21; MERCURO & MEDEMA, *supra* note 6, at 284-90 (a New Haven-i jogi és közgazdasági iskola tárgyalása); Bruce A. Ackerman, *Law, Economics, and the Problem of Legal Culture*, 1986 *DUKE L.J.* 929, 929-30; Bruce A. Ackerman & Richard B. Stewart, *Reforming Environmental Law: The Democratic Case for Market Incentives*, 13 *COLUM. J. ENVTL. L.* 171, 171-72 (1988); Susan Rose-Ackerman, *Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy*, in *LAW AND ECONOMICS* 233, 237-39 (Nicolas Mercuro szerk., 1989). Ezek a tudósok ösztönző alapú szabályozással próbálták javítani a szabályozási politikát. Lásd *pl.* IAN AYRES & JOHN BRAITHWAITE, *RESPONSIVE REGULATION: TRAN- SCENDING THE DEREGULATION DEBATE* 19 (1992) ("A nagy és kisebb botok bevetése során a minimális elégségesség elve mellett érvelünk: minél több szankciót lehet a háttérben tartani, minél több szabályozást lehet erkölcsi meggyőzéssel végrehajtani, annál hatékonyabb lesz a szabályozás."); SUSAN ROSE-ACKERMAN, *RETHINKING THE PROGRESSIVE AGENDA: THE REFORM OF THE AMERICAN REGULATORY STATE* 14-27 (1992) (a jog és a közgazdaságtan progresszív megközelítésének kidolgozása a chicagói iskolával való szembeállításával).

²² Lásd GUIDO CALABRESI, *IDEÁLOK, HITEK, HITELEK ÉS A JOG: PRIVATE LAW PERSPECTIVES ON A PUBLIC LAW PROBLEM* XV, 11 (1985) (megjegyezve, hogy módszere "hipotetikus és valós esetekből próbál felépíteni [inkább] mint . . . a nagy elvekből kiindulva", és annak fontosságát, hogy "azon a kérdésen gondolkodjunk, hogy ki nyer és ki veszít"); lásd még Calabresi, *Supra* note 8 ("[T]he failure of the Pareto criterion to be any real guidance of any real guidance makes ineventable a thoroughgoing and open discussion of distribution and of interpersonal comparisons.").

²³ Idővel Posner bíró eltávolodott (ha nem is tagadta meg) korábbi neoklasszikus jog- és közgazdaságtani állításaitól. *Vö.* POSNER, *supra* note 18, 31., 387. o. (elismeri, hogy "ez a könyv módosítja néhány korábban közzétett nézetemet", és fenntartja, hogy "óvatosságnak kell lenniük a jólét maximalizálásának erőltetésében; a növekményességnek kell lennie a figyelőszavunknak"). Mondhatnánk, hogy új könyvével Posner bíró is új jogi realistává vált. Lásd általában POSNER, *supra* note 1.

a jog és a közgazdaságtan legmerevebb feltevéseit,²⁴ egy olyan reflexív folyamat, amely maga is az új jogi realizmust jellemzi.

Az I. részben az új jogi realizmusra törekvő munkák taxonómiáját kínáljuk fel. Először a *viselkedési megközelítéseket* tárgyaljuk: olyan tanulmányokat, amelyek más tudományágakból, különösen a viselkedési közgazdaságtanból és a politikatudományból kölcsönöznek, hogy következtetéseket vonjanak le a jogról mint viselkedésről - az egyik esetben a jogot a viselkedés és különösen a bírák politikájának tükrözéseként tekintik; a másik esetben a jogot az egyének racionális és irracionális előítéleteit figyelembe véve fokozatosan alakítja a viselkedést. Másodszor, *kontextuális megközelítéseket* vizsgálunk: olyan empirikus munkát, amely magában foglalja az empirizmus alulról felfelé irányuló, részvételi formáival foglalkozó tanulmányokat (amit mi "akciótanulmányoknak" nevezünk), és amely a filozófiai pragmatizmus azon előfeltevésén alapul, hogy nem ismerhetjük meg a célokat, amíg nem értékeljük az eszközöket, mivel az eszközök új célmegértéseket nyitnak meg. Harmadszor, megvizsgáljuk az *intézményi megközelítéseket*: az intézmények és az intézményi döntések hatalmára összpontosító tanulmányok, amelyek meghatározzák politikánkat és alakítják az önmagunkról, a társadalomról és az államról alkotott elképzeléseinket.²⁵ A II. részben ezt az "új realizmust" a "régii" realizmus kontextusába helyezzük, megvitatjuk e megközelítések közös vonásait és eltéréseit, különös figyelmet fordítva arra, hogy az új realizmus hogyan épül a "régii" realizmusra, és mégis hogyan tér el attól.

Az I. és II. rész nagyrészt leíró jellegű, míg a III-V. rész kritikusabb és ellentmondásosabb állításokat tartalmaz. A III. részben emellett érvelünk, hogy a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan a régi formalizmus funkcionalista változatává vált, és egy "új formalizmust" mutatunk be a jogelméletek következő generációja számára. Elmagyarazzuk, hogy az összes új realista hogyan merít ihletet a realizmusnak a neoklasszikus jog és öko- nomika ítélkezési elméleteivel szembeni ellenállásából, az egyén és az állam modelljeiből, valamint a tudományossághoz való hozzáállásából (deduktív érvelés egyszerűsített feltételezésekből). A IV. részben az új jogi realizmus kockázatait vizsgáljuk, azt állítva, hogy az új realizmus minden egyes fajtájának meg kell küzdenie a redukcionizmus, a szcientizmus, a homályosság, a hamis totalizáló elméletek, az értékkerülés, valamint a huszadik századi jogelmélet központi megosztottságának - a jog/politika megosztottságának - teljes meg nem birkózása kockázataival. Ahogy Ha- noch Dagan dékán írja, a jogi realisták számára a kihívások között szerepel, hogy többet képviseljenek, mint "nominalizmus, pusztá kritika vagy összefüggéstelen eklekticizmus"²⁶.

²⁴ Lásd POSNER, 1. lábjegyzet. Posner bíró pályájának egyik értelmezése történeti jellegű: azaz a neoklasszikus jog és közgazdaságtan támogatása kezdetben a New Deal szabályozási állam 1960-as és 1970-es években tapasztalt kudarcaira reagált, de az elmélet túl messzire ment, ami a saját visszahúzóódásához vezetett.

²⁵ Ezek a megközelítések ideális típusai; az egyes táborokon belül is vannak eltérések,

amelyeket mi vizsgálunk

²⁶ Hanoch Dagan, *The Realist Conception of Law*, 57 U. TORONTO L.J. 607, 608 (2007).

jelentős eltérések a meglévő új jogi-realista alternatíváktól. Célunk a realizmus "legjobb" változatának megragadása, ugyanakkor a legrosszabb buktatók elkerülése.

I

AZ ÚJ JOGI REALIZMUS FELTÉRKÉPEZÉSE

Ahogy a régi jogi realizmus a valós élettapasztalatok kihívására adott reakció volt, úgy az új jogi realizmus is arra törekszik, hogy reagáljon a világunkban nyilvánvaló problémákra. Az iparosítás és a munkaerők elleni erőszak, a nagyszabású méretekkel járó emberi szenvedés és a másként gondolkodókkal szembeni elnyomó kormányzati fellépés tapasztalatai a realisták - mint Karl Llewellyn, Jerome Frank bíró és elődeik, Louis Brandeis bíró és Dean Roscoe Pound - számára a társadalmi igényekhez nem illeszkedő szokásjogi kategóriák, az emberi jogok és a jólét helyett a tulajdonról és a szerződésről való beszéd, valamint a laissez-faire gazdaság elsőbbségének a kormányzati beavatkozással szemben való elsőbbsége volt a vád.²⁷ Ma más kihívásokkal kell szembenéznünk - a globalizációval, a ter- rorrrel és a pénzügyi piacok képtelenségével, hogy visszafogják magukat, a jövedelmi egyenlőtlenségek szétnyílásával (az Egyesült Államokban három évtized alatt a nettó jövedelemnövekedés nyolcvan százalékat a lakosság egy százaléka kapta),²⁸ a társadalmakkal, amelyek mintha egy hajszálon múltna, hogy globálisan reagáljanak a legújabb válságra, az államokkal, amelyek felismerik kölcsönös függőségüket és sebezhetőségüket, de nem tudják, hogyan kezeljék azokat. A kihívásoknak ez az egybeesése alkotja az előttünk álló új világrendet. A közelmúlt eseményei pontosan azt a kérdést teszik fel a jogtudomány számára, amely a régi realistákat is foglalkoztatta: vajon a jogban uralkodó elméleti kategóriák, a piacok és a hatékonyság, a jogok és a szövegek, valamint a pro- és kontra-jogi rendszerek, vajon a jog és a demokrácia közötti egyenlőtlenségek és a jogbiztonság elméleti kategóriáinak

²⁷ *Lásd* EDWARD A. PURCELL, JR., THE CRISIS OF DEMOCRATIC THEORY: SCIENTIFIC NATURALISM & THE PROBLEM OF VALUE 93 (1973) ("A hagyományos absztrakciók és a nem empirikus igazságossági fogalmak támadásával általában azt támadták, amit az amerikai társadalom gyakorlati igazságtalanságainak tartottak. Úgy vélték, hogy az absztrakció a gazdaságban és a politikában, akárcsak a jogban, az egyik legnagyobb akadálya volt egy valóban demokratikus társadalom megvalósításának. Frank, Oliphant, Clark, Arnold, Douglas és Felix Cohen mind lelkes New Dealerekké váltak, és osztoztak abban az erős ellenségességben, hogy a jogászai érvelés módszere elvetette a szociális jóléti törvényeket, és nagy emberi igazságtalanságokat idézett elő. A többi realista többsége hasonlóan erős rosszállását fejezte ki a harmincas évek társadalmi és gazdasági helyzetével kapcsolatban, és úgy tekintettek magukra, mint akik a demokratikus társadalmi értékek kiterjesztéséért harcolnak"). A "jogforradalom" természetesen jóval később jött, de előzményei voltak a régi jogi realizmusban és a New Dealben, amely megvalósította az elképzeléseit. Franklin Delano Roosevelt elnök például 1944-es, az Unió helyzetéről szóló beszédében egy második gazdasági biztonságot és jólétet biztosító ökonómikus Bill of Rights-ról szólított fel. *Lásd*: CASS R. SUNSTEIN, THE SECOND BILL OF RIGHTS: FDR BEFEJEZETLEN FORRADALMA ÉS MIÉRT VAN RÁ NAGYOBB SZÜKSÉGÜNK, MINT VALAHA 9-16 (2004).

²⁸ Larry M. Bartels, *Inequalities*: N.Y. TIMES MAG., 2008. április 27., 22. o. ("Közgazdászok

szerint 1980 óta a nettó jövedelemnövekedés 80 százaléka a jövedelemeloszlás felső 1 százalékához tartozó emberekhez került, és ezzel az összjövedelmekből való részesedésük a nagy *gazdasági* világválság előtti idők óta nem látott szintre emelkedett.").

cedúrák, képesek kezelni azt a tapasztalatot, amellyel újságjaink címlapjain szembesülünk, egy példátlan piaci összeomlást és egy hatalmas nemzet politikai mozgósításának váratlan győzelmét.

A történelem azt mutatja, hogy a régi jogi realizmus visszaszorult, amikor a valós élet kihívásai elnyomták szélsőségesebb megnyilvánulásait. Minden újdonságra törekvő mozgalom hajlamos szélsőségekhez vezetni. A régi realizmusnak sok ága volt, de itt három ágat érdemes kiemelni: (1) a realizmus, amely a jog újradefiniálását tűzte ki célul a tények és az empirikus bizonyítékok központi szerepének szempontjából; (2) a realizmus, amely a jognak a társadalomtudományok, például a szociológia és a pszichológia segítségével történő megismertetését tűzte ki célul; és (3) a realizmus, amely az ítélkezés olyan elméletének megalkotására törekedett, amely elutasította a doktrína determináltságát és elégséges voltát.²⁹

A realizmus szélsőségesebb formái a külső fenyegetettséggel szemben buktak el. A hitleri fasizmus lerombolta azt az elképzelést, hogy magát a jogot mint a politika és a New Deal közigazgatási állam elleni korlátot el lehet vagy el kell vetni.³⁰ A realisták empirikus törekvéseit nevetségessé tették; az ember elképzelte, hogy Underhill Moore a parkolási szabályok betartatását figyelő New Havenben, amikor leszakad az ég.³¹ Frank bírónak a bírákról készített álpszichoanalízisének³² a jogállamiságot veszélyesen felforgatónak tekintették, mivel a bírák és a papok koncentrációs táborokba internálva találták magukat.³³ Ha igaz volt, hogy mindenki tudta, hogy a doktrína nem

²⁹ Vö. JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE 14-36 (1950) [a továbbiakban: FRANK, COURTS], és JEROME FRANK, LAW AND THE MODERN MIND 3-13 (Anchor Books 1963) (1930) [a továbbiakban: FRANK, MODERN MIND] (a realizmus első típusát hangsúlyozza), John Henry Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience*, 28 BUFF. L. REV. 459, 459-64 (1979) (a realizmus második típusát hangsúlyozva), valamint BRIAN LEITER, NATURALIZING JURISPRUDENCE: ESSAYS ON AMERICAN LEGAL REALISM AND NATURALISM IN LEGAL PHILOSOPHY 15-30 (2007) (a realizmus harmadik típusát hangsúlyozza, és kritizálja az első és második típus változatait).

³⁰ Lásd G. Edward White, *A szociológiai jogtudománytól a realizmusig: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America*, 58 VA. L. REV. 999, 1026 (1972) (azzal érvelve, hogy az európai fasizmus felemelkedése a jogi realizmus látszólagos relativizmusát élvezhetetlenné tette); lásd még Neil Duxbury, *Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism*, 18 J.L. & SOC'Y 175, 179 (1991) ("Egész egyszerűen a realisták hirtelen azzal találták magukat megbízva, hogy a totalitarizmus apológiáját kínálják". (lábjegyzet kihagyva)).

³¹ Lásd Underhill Moore & Charles C. Callahan, *Law and Learning Theory: A Study in Legal Control*, 53 YALE L.J. 1, 3-4 (1943) (a parkolási rendeleteknek való megfelelés tanulmányozása, és azt sugallja, hogy a törvényeknek való megfelelés egy bizonyos fokú megfelelés összhangban van a tanulás pszichológiai-viselkedésméletével). Moore tanulmányai a New Haven-i parkolásról "a nagy tehetségűek nevetséges és költséges triviális dolgok hajszolásának szimbóluma", egy tökéletesen "empirikus" tanulmány, amelynek semmilyen hatása nem volt a jogra vagy a jogelméletre. WILLIAM TWINING, KARL LLEW-ELLYN ÉS A REALISTA MOZGALOM 63, 65-66 (1973).

³² Lásd FRANK, MODERN MIND, 29. lábjegyzet, 108-26. o. (a bírói döntéshozatal elemzése); lásd még ROBERT JEROME GLENNON, THE ICONOCLAST AS REFORMER: JEROME FRANK HATÁSA AZ AMERIKAI JOGRA 44-46 (1985) (Frank bírákról és bírászkodásról szóló elméleteinek tárgyalása).

³³ Lásd PURCELL, *Supra* note 27, 82-85. o.; Duxbury, *Supra* note 30, 179. o. (tárgyalja

azt a tényt, hogy Frank bírót és más realistákat árulással vádolták); White, *Supra* note.

elég volt, a doktrína legalább volt valami, a jogok bizonyos esetekben erősek voltak, és a bíróságoknak volt feladatuk.³⁴ Ami a második világháború után tovább élt, és olyan sikeres volt, hogy mindenkit realistává³⁵ tett, az a realizmus központi állítása volt, miszerint a doktrína szükséges, de nem elégséges az ex-plain bíráskodáshoz.³⁶

Ma egy nagyon eltérő jogi univerzumban élünk, amely a jogi elmélet és gyakorlat számára nagyon eltérő kihívásokat jelent. Bizonyos szempontból jogunk az elmúlt húsz évben sokkal formalisztikusabbá vált, mint azt Langdelliék álmodni merték volna.³⁷ A harvardiak talán azt remélték, hogy a common law tudomány lehet, de attól még common law volt, ami visszatekintve meglehetősen rugalmasabb volt, mint azt egyesek elképzelték. Az alkotmányjogban nem volt sem szövegelemzés, sem vita az értelmezési módszerekről; egyszerűen csak voltak olyan szokásjogi analógiák, mint a kellemetlenségek, és olyan kategóriák, mint a "rendőrségi hatalom", amely elég széles ahhoz, hogy hatalmas mennyiségű kormányzati szabályozást erősítsen meg, még akkor is, ha megőrizte a meglehetősen gyenge szövetségi kormányt.³⁸ Ha a Legfelsőbb Bíróság mai átlagos döntését azokhoz a paragrafusokhoz mérjük, amelyeket egykor az ilyen ügyek eldöntésére használtak, az ember levegő után kapkod.³⁹ Több törvényünk van, több szavunk, több véleményünk, több eljárásunk, és egy hatalmas bürokratikus államunk, amelyet mindenki kritizál, mivel nem reagál, nem számonkérhető és nem hatékony.

30, 1026. o. (azzal érvelve, hogy a tengelyhatalmak felemelkedésével "a realisták álláspontja akut zavarba ejtővé vált").

³⁴ Az 1930-as évek végén és az 1940-es évek elején a Legfelsőbb Bíróság agresszívan lépett fel az Első kiegészítés és más jogok védelme érdekében. *Lásd pl.*, VICTORIA F. NOURSE, IN RECKLESS HANDS: SKINNER V. OKLAHOMA AND THE NEAR TRIUMPH OF AMERICAN EUGENICS (2008) (a *Skinner v. Oklahoma* ügy történetét és az egyenlőség és a jogok joggyakorlatában betöltött szerepét tárgyalja). Ehhez a történelmi történethez lásd általában PURCELL, *supra* note 27.

³⁵ *Lásd* Joseph William Singer, *Legal Realism Now*, 76 CAL. L. REV. 465, 467 (1988) (újra megtekintve LAURA KALMAN, *LEGAL REALISM AT YALE: 1927-1960* (1986)). ("Bizonyos mértékig most mindannyian realisták vagyunk.")

³⁶ Brian Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, 76 TEX. L. REV. 267, 275 (1997), *újryomtatva*: LEITER, *supra* 29. lábjegyzet, 21-22. o. ("[T]he Core Claim of Realism is that judges reach decisions based on what they think would be fair on the facts of the case of the facts of the case, rather than on the basis of the applicable rules of law.")

³⁷ *Lásd* Daniel A. Farber, *Essay, Missing the "Play of Intelligence"*, 36 WM. & MARY L. REV. 147, 149 (1994) (elítelve a Legfelsőbb Bíróság írásának egyre "bürokratikusabb" ízeit); Morton J. Horwitz, *The Supreme Court, 1992 Term-Foreword: The Constitution of Change Legal Fundamentalism Without Fundamentalism*, 107 HARV. L. REV. 30, 98 (1993) (a Bíróságot "a mechanikus joggyakorlat fogságában rekedtnek" írja le, amelyet "az osztályozás és kategorizálás középkori komolysága" jellemez); *lásd még* ROBERT F. NAGEL, *CONSTITUTIONAL CULTURES: THE MENTALITY AND CONSEQUENCES OF JUDICIAL REVIEW* 121-55 (1989) (azzal érvelve, hogy a modern alkotmányos doktrína "formulaszerű").

³⁸ *Lásd* OWEN M. FISS, *TROUBLED BEGINNINGS OF THE MODERN STATE, 1888-1910*, 163-64. o. (1993); Victoria F. Nourse, *A Tale of Two Lochners: The Untold History of Substantive Due Process and the Idea of Fundamental Rights*, 97 CAL. L. REV. 751, 751-53 (2009).

³⁹ *Lásd általában* Victoria F. Nourse, *Making Constitutional Doctrine in a Realist Age*, 145 U.

PA. L. REV. 1401 (1997) (dokumentálva ezt a tendenciát, és a doktrína "csinálásaként" a realizmus képére vetítve, ami nem teljesen sikeres projekt).

E doktrinális burjánzáson belül egy új formalizmus érvényesült nemcsak az alkotmányjogban, hanem a közigazgatási jogban, a büntetőjogban, a magánjogi szerződési jogban és a külkapcsolati jogban is.⁴⁰ Az új formalizmus különbözik a régitől instrumentalista látásmódjában, de érvelésében és céljaiban hasonlóságokat mutat. A régi formalistákhoz hasonlóan a neoklasszikus jog és közgazdaságtan is axiomatikus érvelést alkalmaz, a régi formalisták common law elvei helyettesítve a racionális viselkedés és az önkorrekciós piac feltételezésével.⁴¹ Az ilyen érvelés révén a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan elkerülte az emberi pszichológia és a társadalmi, történelmi és intézményi összefüggések figyelembevételét. A régi formalistákéhoz hasonló tartalmi előírásokat vezetett le, a piaci mechanizmusokat előnyben részesítve a társadalmi egyenlőtlenségek és a piaci kudarcok kezelésére szolgáló törvényi és alkotmányos beavatkozás rovására. A neoklasszikus jog és közgazdaságtan esetében ezeket a célokat gyakran a textualizmushoz való jogtudományi fordulattal érte el, hogy - egyik vezető tudósa (és most már bírása) szavaival élve - korlátozza "a törvények területét".⁴² A szövetségi bírák kiválasztása a Reagan-kormányzattól a második Bush-kormányzatig biztosítja, hogy a jogi érvelés ilyen formái és a velük járó eredmények beágyazódjanak a jogi intézményekbe, és így folyamatos fóliát jelentenek az új realisták számára.

Nem meglepő, hogy e fejlemények eredményeként az elmúlt mintegy nyolc évben számos jogtudós egy új jogi realizmus gyakorlására és elméletének kidolgozására törekedett. Az elméletet sokféle néven nevezték, különböző módszereket és hangsúlyokat javasolva. Daniel Farber számára a viselkedési közgazdaságtanban végzett munkának kell magára öltenie a köpenyt az új

⁴⁰ Lásd általában David Charny, *The New Formalism in Contract*, 66 U. CHI. L. REV. 842 (1999) (az új formalizmus szerepének tárgyalása a szerződési jogban); William N. Eskridge, Jr., *The New Textualism*, 37 UCLA L. REV. 621 (1990) (az új formalizmusnak az államjogi konstrukcióra vonatkozó megközelítésének tárgyalása); Jack L. Goldsmith, *The New Formalism in United States Foreign Relations Law*, 70 U. COLO. L. REV. 1395 (1999) (az új formalizmus tárgyalása a külkapcsolati jogban); Grey, *Formalism*, *supra* note 13 (az új formalizmus fajtáinak tárgyalása); Nourse, *supra* note 39 (az új formalizmus tárgyalása az alkotmányjogban); Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. CHI. L. REV. 1175 (1989) (a bíróságok által alkotott jogról értekezik); Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541 (2003) (a szerződési jog formalizmusáról értekezik); William N. Eskridge, Jr., *Textualism, the Unknown Ideal?*, 96 MICH. L. REV. 1509 (1998) (ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (1997) recenziója); Bryant G. Garth, *Privatization and the New Formalism: Making the Courts Safe for Bureaucracy*, 13 LAW & SOC. INQUIRY 157 (1988) (recenzió RICHARD A. POSNER, THE FEDERAL COURTS: CRISIS AND REFORM (1985)).

⁴¹ Lásd Douglas G. Baird, *A jog és a közgazdaságtan jövője: A jövőbe tekintve*, 64 U. CHI. L. REV. 1129, 1132 (1997) ("A végzős hallgatók néha az egész mikroökonómiát mindössze négy szóra redukálják - az emberek maximalizálnak, a piacok tisztáznak. Richard Posner érdeme az volt, hogy ugyanezen axiómák segítségével megvilágította az angol-amerikai jogi rendszerben működő erőket."); Anita Bernstein, *Whatever Happened to Law and Economics?*, 64 MD. L. REV. 303, 308 (2005) ("A *Economic Analysis of Law* első oldalán Richard Posner kijelentette az első axiómát: "az ember racionálisan maximalizálja életcéljait." (lábjegyzet kihagyva)).

⁴² Pl. Frank H. Easterbrook, *Statutes' Domains*, 50 U. CHI. L. REV. 533, 544-51 (1983).

Lásd általában Scalia, Supra 40. lábjegyzet (a bíróságok által alkotott jogról).

jogi realizmus.⁴³ Thomas Miles és Cass Sunstein a bírászkodásra gyakorolt politikai hatásokkal foglalkozó kvantitatív empirikus vizsgálatokra hivatkozott.⁴⁴ Stewart Macaulay és Elizabeth Mertz, valamint a társadalomtudományok számos tudományágából származó empirikus kutatók egy csoportja a "jog a cselekvésben tanulmányok" címét követelte, amelyekben a tudósok különböző empirikus módszereket alkalmaznak, beleértve (ami fontos) a kvalitatív kutatásokat, mint például a terepmunkát, amely a jog alanyait a helyszínen bevonja.⁴⁵ Véleményünk szerint az ilyen cselekvési tanulmányok implicit módon azon a filozófiailag pragmatikus felismerésen alapulnak, hogy nem lehet a jog vagy a kutatás "céljait" a "eszközeinek" teljes megértése nélkül meghatározni.⁴⁶ Végül, tudósok sokféle csoportja igényt tart a címre az intézményi elemzés különböző formáira. Komesar összehasonlító intézményelemzésére⁴⁷ és a neoinstitutionalista elméletre építve Edward Rubin az intézmények összehasonlító mikroelemzése mellett érvelt.⁴⁸ A Columbián virágzó "új kormányzási" iskola a jogokat és a bíróságokat háttérbe szorítaná, és ehelyett az érdekeltek bevonását és a tanulást hangsúlyozná a szabályozási kormányzás új formáinak létrehozásában való kísérleti részvételen keresztül.⁴⁹ Legutóbb egy sor kritikus

⁴³ Lásd Daniel A. Farber, *Toward a New Legal Realism*, 68 U. CHI. L. REV. 279, 302-03 (2001) (a BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS (Cass R. Sunstein szerk., 2000) áttekintése).

⁴⁴ Lásd Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, *The New Legal Realism*, 75 U. CHI. L. REV. 831, 834-37 (2008).

⁴⁵ Lásd pl., Howard Erlanger et al., *Előszó: Is It Time for a New Legal Realism?*, 2005 WIS. L. REV. 335, 345-56 (példák a "helyszíni" jogi kutatásra); Stewart Macaulay, *Renegotiations and Settlements: Dr. Pangloss jegyzetei David Campbell irásának margójára*, 29 CARDOZO L. REV. 261, 262 (2007) (az "új jogi realizmus" kifejezéssel a "law-in-action" elemzésére utal).

⁴⁶ Lásd Erlanger et al., *supra* note 45, 339-45. o.; Stewart Macaulay, *Contracts, New Legal Realism, and Improving the Navigation of The Yellow Submarine*, 80 TUL. L. REV. 1161, 1165-70 (2006) [a továbbiakban: Macaulay, *Contracts*]; Stewart Macaulay, *The New Versus the Old Legal Realism: "Things Ain't What They Used to Be"*, 2005 WIS. L. REV. 365, 385-91 [a továbbiakban: Macaulay, *New Versus the Old*]. E fogalom további kifejtéséhez Hans Joas "cselekvésemélete" alapján lásd általában HANS JOAS, *THE CREATIVITY OF ACTION* 154 (Jeremy Gaines & Paul Keast trans., Univ. of Chi. Press 1996) (1992) (a "cselekvés" mint filozófiai, társadalom- és kultúratudományi fogalom vizsgálata); New Legal Realism, <http://www.newlegalrealism.org/> (utolsó látogatás 2009. aug. 29.) (kísérlet az empirikus jogi tanulmányok interdiszciplináris megközelítésének megteremtésére). Ebben az értelemben a "action studies" mozgalom eltér az "empirikus jogi tanulmányok" mozgalmánál szinte kizárólag kvantitatív munkájától.

⁴⁷ Lásd *általában* NEIL K. KOMESAR, *IMPERFECT ALTERNATIVES: INTÉZMÉNYVÁLASZTÁS A LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY* (1994) (hangsúlyozva az intézményi választás elemzésének szükségességét).

⁴⁸ Lásd Edward L. Rubin, *The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Micro-analysis of Institutions*, 109 HARV. L. REV. 1393, 1394 (1996).

⁴⁹ Az alpművet lásd Charles F. Sabel & William H. Simon, *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 HARV. L. REV. 1016, 1094 (2004) ("Mint a közvetlen, nem pedig a képviselői demokrácia egy formája, és mint a jogállásra vagy működésre vonatkozó rögzített kritériumok nélküli informális eljárás, az érdekeltek eljárása eltér az amerikai alkotmányosság hagyományos előfeltevéseitől. De potenciálisan értékes kidolgozást jelenthet");

William H. Simon, *Toyota jogtudomány: (Gude & Joanne Scott szerk., 2006). Az Európai Unióval foglalkozó tudósok fontos szerepet játszottak e munka kidolgozásában,*

Az Emoryban Martha Fineman vezetésével az állam és intézményei nem az autonóm, racionális szereplő gondolatára kellene épüljenek, hanem az egyének egyetemes "sebezhetőségét" kellene felismerniük mind a köz-, mind a magánintézményi erőkkal szemben.⁵⁰ E munkák közül azonban nagyon kevés foglalkozott közvetlenül az ellenpéldákkal. Valójában az új jogi realizmus változatai általában még egymás létezését sem ismerték el, ami az institucionalista perspektívából nézve saját útfüggőségüket tükrözi. A következőkben taxonómiát és áttekintést nyújtunk a magát "új jogi realistának" nevező vagy mások által "új jogi realistának" nevezett irodalomról, hogy értékelni tudjuk ezt az irodalmat, és megkönnyítsük az e szakirodalmak közötti kölcsönös együttműködést.

ösztöndíjasok.

A. A viselkedéskutatók

Az új jogi realizmus "viselkedési szárnyának" két formája létezik. Az egyik a viselkedési közgazdaságtanból, a másik pedig a politikatudomány attitűdmodelljéből merít ihletet.

1. Viselkedési közgazdaságtan

2001-ben Farber áttekintette Sunstein viselkedési közgazdaságtannal kapcsolatos munkásságát, és kijelentette, hogy a racionális szereplők modelljét megkérdőjelező tanulmányok jelentik az új jogi realizmust.⁵¹ Farber azzal érvelt, hogy a viselkedési közgazdászok sikeresen támadták a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan és a közválasztási elmélet alapjául szolgáló racionális választási modelleket azáltal, hogy bemutatták a racionális választási modelleket.

gyakran amerikai partnerekkel együttműködve. *Lásd pl.*, LAW AND NEW GOVERNANCE IN THE EU AND THE US (Cf. Joanne Scott szerk., 2006) (európai és amerikai tudósok egy csoportja által az új kormányzás jelenségéről végzett kutatásokat kínál); Cf. Joanne Scott, Introduction, *Narrowing the Gap?: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, 13 COLUM. J. EUR. L. 513 (2007) (annak vizsgálata, hogy az új kormányzás az Európai Unióban hogyan befolyásolta a jogértelmezést és a jog szerepét); *lásd még* Charles F. Sabel & Jonathan Zeitlin, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the European Union*, 14 EUR. L.J. 271 (2008) (azt állítva, hogy a tagállamok közösen határozzák meg az uniós keretcélokat, és az alacsonyabb szintű egységek saját belátásuk szerint mozdítják elő ezeket a célokat); Joanne Scott & Susan Sturm, *Courts as Catalysts: Re-thinking the Judicial Role in New Governance*, 13 COLUM. J. EUR. L. 565 (2006) (illusztrálva, hogy a bíróságok hogyan gyakorolhatják hatáskörüket annak érdekében, hogy más szereplők legitim és hatékony döntések meghozatalára való képességét növeljék); David M. Trubek et al., "Soft Law", *"Hard Law" and EU Integration*, in LAW AND NEW GOVERNANCE IN THE EU AND THE US, *supra*, 65, 65. o., 65. o.

(a "soft law" szerepének leírása az új kormányzás során). A közigazgatási joggal kapcsolatos új kormányzati munkákról *lásd* általában Jody Freeman, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 45 UCLA L. REV. 1 (1997) (az érdekképviselő helyett az együttműködő kormányzás modelljét javasolja); Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N.Y.U. L. REV. 543 (2000) (azzal érvelve, hogy a kormányzás a köz- és a magán szereplők közötti tárgyalásos kapcsolatok összessége); Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342

(2004) (a szabályozási modellről a kormányzási modellre való áttérésről).

⁵⁰ *Lásd a 104-10. lábjegyzeteket és a kísérő szöveget.*

⁵¹ *Lásd Farber, 43. lábjegyzet.*

Ahogy Farber kifejtette: "A tradicionalisták azon erőfeszítései, hogy elhárítsák ezeknek a hiányosságoknak a jelentőségét, végső soron nem meggyőzőek. Egy racionális szereplő, akinek jelentős érdeke fűződik az eredményhez, nem hagyatkozna kizárólag a racionális választás elméletére mások viselkedésének előrejelzésében."⁵³ Azóta a viselkedési közgazdaságtan, a kognitív torzítások és a heurisztikák kutatása virágzott. Ezek a kutatások a racionalitástól való rendszerszintű eltéréseket hangsúlyozzák, mint például a visszatekintési torzítás, a túlzott optimizmus és az adottság-hatás status-quo torzítása. 2004-ben Russell Korobkin elég magabiztos volt ahhoz, hogy azt állítsa, hogy a jog és közgazdaságtan "viselkedési" megközelítése "rapid módon egyre több követőre tesz szert, és az analitikus megközelítés mainstream változatává válik".⁵⁴ A viselkedési közgazdaságtan a közgazdaságtanon belül frontális támadást intéz a neoklasszikus jog és közgazdaságtan egyszerűsítő feltételezései ellen.

2. Az attitűdmodell

Egy 1997-es cikkében Frank Cross azt sürgette, hogy az "új jogi realizmus" vegye figyelembe a politológusok "attitűdmodelljét", amely szélsőségesebb változatában azt állítja, hogy a jogi indokok irrelevánsak, és hogy a bírói döntéseket ideológiai változók és politikai hovatartozás alapján lehet megjósolni.⁵⁵ Cross szkeptikus volt néhány as-

⁵² *Id.* 280. o.

⁵³ *Id.* 280-81. o.

⁵⁴ Russell Korobkin, *A "Traditional" and "Behavioral" Law-and-Economics Analysis of Williams v. Walker-Thomas Furniture Company*, 26 U. HAW. L. REV. 441, 445 (2004); lásd még Chris Guthrie et al., *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 93 CORNELL L. REV. 1, 3 (2007) (a bírói magatartás előrejelzésére vonatkozó, pszichológiai újrakeresésen és empirikus elemzésen alapuló modelljavaslat); Claire A. Hill, *Beyond Mistakes: The Next Wave of Behavioural Law and Economics*, 29 QUEEN'S L.J. 563 (2004) (amellett érvel, hogy a jog és a közgazdaságtannál nagyobb figyelmet kellene fordítani arra, hogy az emberek hogyan értik meg a világot); Christine Jolls et al., *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. 1471, 1477 (1998) ("Még ha a mentális rövidítések használata racionális is, kiszámítható tévedéseket eredményezhet. A tényleges ítéletek szisztematikus eltéréseket mutatnak az elfogulatlan előrejelzések modelljeitől,

és a tényleges döntések gyakran sértik a várható hasznosság elméletének axiómáit."); Russell B. Korobkin, *Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited*, 79 OR. L. REV. 23,

24 (2000) [a továbbiakban Korobkin, *Behavioral Analysis*] (azzal érvelve, hogy a viselkedési megközelítés a gazdasági elemzéssel kombinálva teljesebbé teszi a racionális választás elméletét); Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CAL. L. REV. 1051, 1085 (2000) ("A viselkedéstudományi kutatások kimutatták, hogy az egyének szisztematikus módon elfogultak a különböző események valószínűsíthető eredményeire vonatkozó predikcióikban."); Jeffrey J. Rachlinski, *The "New" Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters*, 85 CORNELL L. REV. 739, 741-42 (2000); Cass R. Sunstein, *Probability Neglect: Emotions, Worst Cases, and Law*, 112 YALE L.J. 61, 63 (2002) (azzal érvelve, hogy a szövetségi közigazgatási jog területein létezik implicit viselkedési racionalitás).

⁵⁵ Frank B. Cross, *A politikatudomány és az új jogi realizmus: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance*, 92 NW. U. L. REV. 251, 253-54 (1997). Az attitűdmodellről általánosságban lásd: JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, *THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED 2* (2002) (azzal érvelve, hogy az amerikai történelem tele

van a részrehajló bírói döntéshozatal "kirívó" példáival); lásd még LEE EPSTEIN ET AL.,
THE

pektusait, hanem a belső doktrinális és a külső pozitív jogelmélet közötti szakadék áthidalásának lehetőségét tartotta fenn. A Cross írása utáni években a mainstream akadémikusok, Richard Revesz-től kezdve, nagyszabású kvantitatív tanulmányok készítésébe kezdtek a közigazgatási jogi ügyek fellebbviteli bíraskodásáról.⁵⁶ Ez a munka végtelennek tűnő tanulmányok özönéhez vezetett, amelyek vallási elfogultságot, politikai-párti elfogultságot, ideológiai elfogultságot, munkaügyi elfogultságot, bevándorlási elfogultságot és így tovább, az empirikus jogi tanulmányok mozgalmának egy részhalmozatát képviselve.⁵⁷ 2008-ra Miles és Sunstein az ilyen tanulmányokat az új jogi realizmus élvonalának nevezte, utalva arra a hatalmas mennyiségű munkára, amely a bírói döntéshozatalban a "panelhatásokat" dokumentálta.⁵⁸ Hasonlóképpen, a nemzetközi jogban Eric Posner és Miguel de Figueiredo a Nemzetközi Bíróság bírúinak nacionalista elfogultságait értékelte, és ennek alapján megkérdőjelezte a bíróság legitimitását.⁵⁹

SUPREME COURT COMPENDIUM: DATA, DECISIONS AND DEVELOPMENTS (4. kiadás, 2007). megjegyezzük, hogy az attitűdmodellt most maguk a politológusok is támadják. *Lásd pl. Michael A. Bailey & Forrest Maltzman, Does Legal Doctrine Matter? Unpacking Law and Policy Preferences on the U.S. Supreme Court*, 102 AM. POL. SCI. REV. 369, 381 (2008) (erős összehasonlító statisztikai modellt használva és "erős bizonyítékot talált arra, hogy a jogi elvek befolyásolják"); *lásd még Barry Friedman, Taking Law Seriously*, 4 PERSP. ON POL. 261, 263, 266 (2006) (megjegyzi az institucionalisták támadását az attitűdökkel szemben, valamint a kutatásokat, amelyek hajlamosak az attitűdök eredményorientált feltevéseit alábecsülni).

⁵⁶ *Lásd általában Richard L. Revesz, Environmental Regulation, Ideology, and the D.C. Circuit*, 83 VA. L. REV. 1717 (1997) (a bírói ideológia hatását vizsgálva a D.C. Circuit szerepére a környezetvédelmi jog fejlődésében).

⁵⁷ Michael Heise az empirikus jogi tanulmányok elsődleges példjaként az attitudinalista modellt használja. *Lásd Heise, supra* note 3, 836-39. o. Az alapul szolgáló tanulmányok közül néhányat lásd: Orley Ashenfelter et al.: *The Influence of Judicial Background on Case Outcomes*, 24 J. LEGAL STUD. 257 (1995); James J. Brudney et al., *Judicial Hostility Toward Labor Unions? Applying the Social Background Model to a Celebrated Concern*, 60 OHIO ST. L.J. 1675 (1999); Stephen J. Choi & G. Mitu Gulati, *Bias in Judicial Citations: A Window into the Behavior of Judges?*, 37 J. LEGAL STUD. 87 (2008); Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron*, 73 U. CHI. L. REV. 823 (2006); Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, *The Real World of Arbitrariness Review*, 75 U. CHI. L. REV. 761 (2008) [a továbbiakban: Miles & Sunstein, *Real World*]; Jaya Ramji-Nogales et al., *Refugee Roulette: Disparities in Asylum Adjudication*, 60 STAN. L. REV. 295 (2007); Revesz, *supra* note 56; Max M. Schanzenbach & Emerson H. Tiller, *Reviewing the Sentencing Guidelines: Judicial Politics, Empirical Evidence, and Reform*, 75 U. CHI. L. REV. 715 (2008); Gregory C. Sisk et al., *Searching for the Soul of Judicial Decisionmaking: An Empirical Study of Religious Freedom Decisions*, 65 OHIO ST. L.J. 491 (2004).

⁵⁸ Miles & Sunstein, *Supra* 44. lábjegyzet, 834. lábjegyzet. A "panelhatás" kifejezés arra a megfigyelésre utal, hogy a republikánus és demokrata elnökök által kinevezett fellebbviteli bírák különböző kombinációi befolyásolják a bírósági eredményeket, mivel a demokraták által kinevezett bírói testületek általában liberálisabbak, mint a republikánusok által kinevezett testületek. Miles és Sunstein a mindkét párt által kinevezett legalább egy-egy bíróból álló tanácsok alkalmazását szorgalmazza. *Lásd id.*

⁵⁹ *Lásd Eric A. Posner & Miguel F.P. de Figueiredo, Is the International Court of Justice*

B. Akontextualisták

Macaulay a "law in action" kifejezést használta a Wis-consin-féle új jogi realizmus azon változatának megragadására, amely az antropológiai és szociológiai megközelítést alkalmazó empirizmus fontosságát hangsúlyozza, amelyben a tudósok elhagyják az egyetemet és a világot vizsgálják.⁶⁰ Az "új jogi realizmus" ezen változatához nem elegendők a statisztikai tanulmányok; sőt, az ilyen tanulmányok súlyosan félrevezetőek lehetnek, ha megfelelő fenntartások és gondosság nélkül használják őket. Amire sok (bár nem minden) kontextualistának szüksége van, az a néprajzhoz hasonló, a tárgyban való szimpatikus elköteleződés valamilyen változata - amit Max Weber *Verstehen*-nek nevezett.⁶¹ Macaulay kanonikus tanulmánya arról, hogy az üzletemberek hogyan szereznek bárnyereséget (nagyreszt a törvény teljes figyelmen kívül hagyásával), ennek a modellnek a kiindulópontja, de nem a végpontja.⁶² Ehhez kapcsolódóan Mertz, a kontextualista irányzat egyik vezető új jogrealistája azzal érvelt, hogy a jog nyelvezete a kontextualizációtól függ, hogy értelmét közvetítse. Az antropológiai nyelvészet kutatásaira építve alaposan elemezte a jogi iskolákban használt nyelvet.⁶³ Ezt a munkát, az empirizmus más formáitól való megkülönböztetés céljából, "action studies"-nak nevezzük, ami a vizsgálat tárgyát - a jog a cselekvésben - tükrözi.

Természetesen a kontextualista megközelítésen belül is vannak eltérések, amelyek tükrözik a jog és társadalom mozgalom eltéréseit, amelyből a kontextualista megközelítés ered.

⁶⁰Macaulay, *New Versus the Old*, 46. lábjegyzet, 367-68. pont.

⁶¹ Lásd MAX WEBER, *THE THEORY OF SOCIAL AND ECONOMIC ORGANIZATION* 87 n.2 (Talcott Parsons ed., A. M. Henderson & Talcott Parsons trans., Free Press 1964) (1947) ("Ahogy Weber használja [*Verstehen*], ez egy technikai kifejezés, amelynek jelentése határozottan szűkebb, mint a német vagy az angol a mindennapi használatban. Ebben a munkában elsődlegesen a szereplők szubjektív 'lelkiallapotainak' megfigyelésére és elméleti értelmezésére vonatkozik. De kiterjed a logikai és más szimbólumrendszerek jelentésének megragadására is, olyan értelemre, amelyet általában úgy gondolunk, mint amelyet valamilyen értelemben egy elme vagy valamilyen értelmes lény 'szándékozik'."). A "résztevő megfigyelés", egy intenzív megfigyelési módszer, amely az antropológiából származik, az a megközelítés, amely a legtöbb információt szolgáltatja a sok összetett bemenettel kapcsolatban, hogy hogyan működik a jog a helyszínen. Lásd általában Mark Goodale & Elizabeth Mertz, *Anthropology of Law*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW & SOCIETY: AMERICAN AND GLOBAL PERSPECTIVES* 68 (David S. Clark szerk., 2007). A kvalitatív szociológusok a részttevő megfigyelést is alkalmazzák, az interjúkkal és más kvalitatív megközelítésekkel együtt, amelyek gyökerei olyan tudósokhoz nyúlnak vissza, mint Weber és Durkheim. Lásd EMILE DURKHEIM, *THE ELEMENTARY FORMS OF THE RELIGIOUS LIFE* 19-33 (Joseph Ward Swain trans., Free Press 1968) (1915) (a társadalmon belüli kollektív hit vagy pezsgés fogalmát tárgyalja); WEBER, *supra*, 10-11. o. (Weber módszertanának leírása).

⁶² Lásd általában Macaulay, *Contracts*, *fentebb* 46. lábjegyzet (átfogó tanulmányt nyújt a szerződési jogról a gyakorlatban).

⁶³Vö. ELIZABETH MERTZ, *A JOGI ISKOLA NYELVE: LEARNING TO "THINK LIKE A LAWYER"* 3-4 (2007); lásd még Elizabeth Mertz, *An Afterword: Tapping the Promise of Relational Contract Theory-"Real" Legal Language and a New Legal Realism*, 94 NW. U. L. REV. 909, 923 (2000) (a nyelvészeti antropológiai kutatásokat tárgyalva, amelyek azt elemzik, hogy az "írott nyelv" darabjai hogyan válnak "szöveggé" (entextualizáció), hogyan kerülnek ki a

korábbi kontextusokból (dekontextualizáció), és hogyan konfigurálódnak újra új környezetben (rekontextualizáció)".

az új jogi realizmusnak ez a változata épül.⁶⁴ E változatok mindegyike a viselkedést társadalmi kontextusban vizsgálja, különböző empirikus eszközökkel. A kontextualista szellemben dolgozó közgazdászok, mint például Ayres, Donohue és Steven Levitt, kvantitatív nagy N-vizsgálatokat és többváltozós regressziókat alkalmaznak.⁶⁵ A kontextualista szellemben dolgozó szociológusok, mint például Robert Nelson és Laura Beth Nielsen, vegyesen alkalmaznak kvalitatív és kvantitatív módszereket.⁶⁶ A kontextualista szellemben dolgozó jogtörténészek, mint Lawrence Friedman, Robert Gordon és William Novak, kvalitatív és kvantitatív módszereket, valamint kritikai reflexiót alkalmaznak.⁶⁷ Az American Bar Foundation régóta támogatja az ilyen interdiszcipli- naris jogi kutatásokat, és a University of Wisconsin Law School-lal együttműködve számos, az új jogi realizmussal foglalkozó konferenciát finanszírozott.⁶⁸

⁶⁴ A jog és társadalom mozgalomról lásd általában Lawrence M. Friedman, *The Law and Society Movement*, 38 STAN. L. REV. 763 (1986); Bryant Garth & Joyce Sterling, *From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State*, 32 LAW & SOC'Y REV. 409 (1998); David M. Trubek, *Back to the Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement*, 18 FLA. ST. U. L. REV. 1 (1990); lásd még The Law and Society Association, <http://www.lawandsociety.org/> (utolsó látogatás 2009. augusztus 29.).

⁶⁵ Lásd pl. , LEVITT & DUBNER, *Supra* note 9, at x ("[H]e megközelítette a közgazdaságtant egy feltűnően unortodox módon. Úgy tűnt, hogy nem annyira akadémikusként, mint inkább nagyon okos és kíváncsi felfedezőként tekint a dolgokra "); Ian Ayres, *Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiations*, 104 HARV. L. REV. 817, 817-19 (1991) (180 független tárgyalást használva tanulmányozza a nemi és faji megkülönböztetést az új autók vásárlásával kapcsolatos tárgyalások során); Ian Ayres & John J. Donohue III, *Shooting Down the "More Guns, Less Crime" Hypothesis*, 55 STAN. L. REV. 1193, 1200-01 (2003) (statisztikai bizonyítékok felhasználásával vizsgálja, hogy az állami kézfegyver-törvények csökkentik-e a bűnözést); John J. Donohue III, *Law and Economics: The Road Not Taken*, 22 LAW & SOC'Y REV. 903, 911-18 (1988) (a jog és a közgazdaságtan mint eszköz hangsúlyozása, és annak hangsúlyozása, hogy le kell vetkőznie minden ideológiai hajlamot); John J. Donohue III & Steven D. Levitt, *The Impact of Legalized Abortion on Crime*, 116 Q.J. ECON. 379, 381-83 (2001) (empirikus tények felhasználásával vizsgálja az abortusz és a csökkenő bűnözési ráta közötti kapcsolatot); John J. Donohue & Justin Wolfers, *Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate*, 58 STAN. L. REV. 791, 794 (2005) (a halálbüntetéssel kapcsolatban rendelkezésre álló statisztikai bizonyítékokat vizsgálja, és amellett érvel, hogy azok betekintést nyújthatnak, de félre is vezethetnek).

⁶⁶ Lásd pl. , Laura Beth Nielsen & Robert L. Nelson, *Rights Realized? An Empirical Analysis of Employment Discrimination Litigation as a Claiming System*, 2005 WIS. L. REV. 663, 664.

⁶⁷ Lásd pl. LAWRENCE M. FRIEDMAN, AMERICAN LAW IN THE 20TH CENTURY 1-12 (2002) (a huszadik századi amerikai jogi változások átfogó elemzése); LAWRENCE M. FRIEDMAN, LAW AND SOCIETY: AN INTRODUCTION (1977); WILLIAM J. NOVAK, THE PEOPLE'S WELFARE: LAW AND REGULATION IN NINETEENTH-CENTURY AMERICA IX-X (1996) (a XIX. századi kormányzás történeti elemzését használja fel a "nép jóléte a demokratikus köztársaságban" huszadik századi felfogásának elemzésére); Robert W. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 STAN. L. REV. 57 (1984) [a továbbiakban Gordon, *Histories*]; Robert W. Gordon, *The Constitution of Liberal Order at the Troubled Beginnings of the Modern State*, 58 U. MIAMI L. REV. 373 (2003).

⁶⁸ Lásd American Bar Foundation, The New Legal Realism Project, http://www.americanbarfoundation.org/research/The_New_Legal_Realism_Project.html (utolsó látogatás 2009. augusztus 29-én). Ayres, Donohue, Levitt és Austin Goolsbee közgazdászok mindannyian az American Bar Foundation (ABF) vezető ösztöndíjasai voltak, csakúgy, mint a kifejezetten új jogi realista szellemben dolgozó szociológusok,

például Nelson (az ABF jelenlegi igazgatója), Terrence Halliday és Nielsen.

Sok kontextualista az intézmények szerepét helyezi előtérbe. Belépnek a világ intézményeibe, és megfigyelik, szisztematikusan interviewolják és felméri a bennük élő egyéneket. Ezek a kontextualisták feltárják, hogyan működik a jog a gyakorlatban, akár a szállítói és kereskedői láncokban (mint Macaulay klasszikus tanulmányaiban)⁶⁹, akár a bíróságokon és ügynökségeken (mint Nelson, Nielsen és K.T. Albiston munkájában)⁷⁰, akár a vállalatokban (mint Lauren Edelman munkájában)⁷¹, akár a nemzetközi kereskedelmi és gazdasági hálózatokban (mint John Braithwaite, Peter Drahos és Gregory Shaffer munkájában)⁷², akár az ügyvédi irodák gyakorlatában (mint Marc Galanter munkájában),

⁶⁹ Lásd pl. Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55, 56-62 (1963). Lásd általában STEWART MACAULAY, *LAW AND THE BALANCE OF POWER: THE AUTOMOBILE MANUFACTURERS AND THEIR DEALERS* (1966) (az amerikai autógyártók és kereskedők közötti üzleti kapcsolatok tanulmányozása). Hasonló témájú, gazdasági meglátásokra építő munkához lásd Lisa Bernstein, *Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 J. LEGAL STUD. 115, 115 (1992) ("A gyémántipar szisztematikusan elutasította az állam által alkotott jogot. Helyette az iparágat uraló kifinomult kereskedők kidolgozott, belső szabályrendszert alakítottak ki, megkülönböztetett intézményekkel és szankciókkal kiegészítve, az iparág tagjai közötti viták kezelésére.").

⁷⁰ Lásd pl., HANDBOOK OF EMPLOYMENT DISCRIMINATION RESEARCH: RIGHTS AND REALITIES xiii-xx (Laura Beth Nielsen & Robert L. Nelson eds., 2005) (a bíróságok és ügynökségek előtti viselkedés alapján a megkülönböztetésellenes törvények megvitására); THE NEW CIVIL RIGHTS RESEARCH: A CONSTITUTIVE APPROACH (Benjamin Fleury-Steiner & Laura Beth Nielsen szerk., 2006) (a törvényes jogokkal kapcsolatos egyéni tapasztalatok kutatását használja fel a jog szerepének megértéséhez a társadalmi változások létrehozásában); THEORETICAL AND EMPIRICAL STUDIES OF RIGHTS xi-xviii (Laura Beth Nielsen szerk., 2007) (az egyének jogértelmezésének empirikus elemzése); Catherine Albiston, *Institutional Perspectives on Law, Work, and Family*, 3 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 397, 398-99 (2007) (a kormányzat szerepének tárgyalása a munka és a család közötti konfliktus kezelésében); Catherine Albiston, *The Rule of Law and the Litigation Process: The Paradox of Losing by Winning*, 33 LAW & SOC'Y REV. 869, 869-72 (1999) (a családi és orvosi szabadságról szóló törvényről szóló bírói vélemények empirikus elemzésével vizsgálja a jogfejlődésre gyakorolt ismétlődő befolyást); Catherine R. Albiston & Laura Beth Nielsen, *The Procedural Attack on Civil Rights: The Empirical Reality of Buckhannon for the Private Attorney General*, 54 UCLA L. REV. 1087, 1089-91 (2007) (empirikus tanulmányt készített arról, hogy a *Buckhannon* hogyan hatott a magánnyomozói rendszerekre); Mitu Gulati & Laura Beth Nielsen, *Introduction: A New Legal Realist Perspective on Employment Discrimination*, 31 LAW & SOC. INQUIRY 797 (2006) (hangsúlyozva az empirikus elemzés fontosságát a foglalkoztatási diszkrimináció tanulmányozásában); Laura Beth Nielsen & Catherine R. Albiston, *The Organization of Public Interest Practice: 1975-2004*, 84 N.C. L. REV. 1591, 1593 (2006) (a közérdekű szervezetek empirikus vizsgálatának elvégzése); Nielsen & Nelson, *supra* note 66, 663-65. o. (2006).

⁷¹ Lásd pl., Lauren B. Edelman, *Legal Environments and Organizational Governance: The Expansion of Due Process in the American Workplace*, 95 AM. J. SOC. 1401 (1990); Lauren B. Edelman et al., *Professional Construction of Law: The Inflated Threat of Wrongful Discharge*, 26 LAW & SOC'Y REV. 47 (1992); lásd még Gulati & Nielsen, *supra* note 70 (az új jogi realizmus alkalmazása a munkajoggal összefüggésben).

⁷² A nemzetközi kereskedelmi hálózatokról lásd általában GREGORY C. SHAFFER, *DEFENDING INTERESTS: PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN WTO LITIGATION* (2003) (a nemzetközi kereskedelmi rendszer legalizálásának a magánviselkedésre gyakorolt hatásának értékelése); Gregory Shaffer, *What's New in EU Trade Dispute Settlement? Judicialization, Public-Private Networks and the WTO Legal Order*, 13 J. EUR. PUB. POL'Y 832 (2006) (az EU kereskedelempolitikai politikájának tárgyalása); Gregory Shaffer et al., *The Trials of Winning at the WTO: What Lies Behind Brazil's Success*, 41 CORNELL INT'L L.J. 383 (2008). A globális üzleti szabályozás területeiről lásd JOHN BRAITHWAITE & PETER DRAHOS,

GLOBAL BUSINESS REGULATION 11-14 (2000). A nemzetközi választottbíráskodásról lásd általában YVES DEZALAY & BRYANT G. GARTH, DEALING IN VIRTUE: INTERNATIONAL COM-

Bryant Garth, Jack Heinz és David Wilkins),⁷³ vagy maguk a jogi iskolák (mint Mertz munkájában).⁷⁴ Így az intézményi fókusz is központi szerepet játszik a kontextualista jogtörténészek (mint Novak munkája) és a politológusok (mint Stephen Skowronek munkája) munkájában, akik a szabályozást és általában a jogrendet vizsgálják, ahogy az idővel fejlődik.⁷⁵

Számos tudós, például Garth, Halliday, Sally Merry és Shaffer alkalmazta ezeket a módszereket globális kontextusban.⁷⁶ Garth a francia szociológussal, Yves Dezalay-val dolgozott együtt, hogy megvizsgálja a nemzetközi választottbírák szerepét e gyakorlati terület kialakításában;⁷⁷ Merry etnográfákat készített az emberi jogi intézményekről;⁷⁸ Shaffer terepmunkát végzett a Kereskedelmi Világszervezetben és a nemzeti fővárosokban, hogy feltárja, mi áll a jogalkalmazás mögött.

MERCIAL VÁLASZTOTTBÍRÓSÁGI ÉS AZ ÉPÍTŐIPARBAN A TRANZNACIONÁLIS JOGREND (1996) (annak tanulmányozása, hogy a transznacionális jogászok hogyan hoztak létre egy olyan autonóm jogi területet, amely kulcsszerepet biztosít számukra a globális piacon).

⁷³ *Lásd pl.*, MARC GALANTER & THOMAS PALAY, TOURNAMENT OF LAWYERS: THE TRANSFORMATION OF THE BIG LAW FIRM 77-120 (1991); JOHN P. HEINZ ET AL., URBAN LAWYERS: THE NEW SOCIAL STRUCTURE OF THE BAR 3-28 (2005); David B. Wilkins, *From "Separate Is Inherently Unequal" to "Diversity Is Good for Business": The Rise of Market-Based Diversity Arguments and the Fate of the Black Corporate Bar*, 117 HARV. L. REV. 1548, 1571-91 (2004); David B. Wilkins, *"Ha nem tudsz csatlakozni hozzájuk, győzd le őket!": The Rise and Fall of the Black Corporate Law Firm*, 60 STAN. L. REV. 1733, 1737 (2008); David Wilkins et al., *Urban Law School Graduates in Large Law Firms*, 36 SW. U. L. REV. 433, 434-38 (2007).

⁷⁴ *Lásd általában* MERTZ, 63. lábjegyzet.

⁷⁵ *Lásd* WILLIAM NOVAK, *Supra* 67. lábjegyzet, 8. o. (kiemelve "a kormányzás tényleges napi szintű lebonyolítását" (kiemelés kihagyva)). A Novakhoz hasonló jogtörténészek munkája a politikatudomány azon ágába illeszkedik, amelyet amerikai politikai fejlődésnek (APD) neveznek, és amely az intézményi átalakulások történetét igyekszik visszanyerni. *Lásd pl.*, THE DEMOCRATIC EXPERIMENT: NEW DIRECTIONS IN AMERICAN POLITICAL HISTORY 384-90 (Meg Jacobs et al. eds., 2003) (az APD iskola tárgyalása). Az új jogi realistákhoz hasonlóan az APD is azt állítja, hogy a jogi intézmények egyszerre tükrözik és generálják a politikai rendet, és hogy a jog és az intézmények "kétirányú" módon működnek, tükrözik a polgárok akaratát, és viszont új állampolgári formákat hoznak létre. *Lásd pl.* Julian E. Zelizer, *History and Political Science: Újra együtt?*, 16 J. POL'Y HIST. 126, 127-28 (2004) (az APD történetének tárgyalása). Ennek az iskolának az alapító munkájáról lásd általában STEPHEN SKOWRONEK, BUILDING A NEW AMERICAN STATE: THE EXPANSION OF NATIONAL ADMINISTRATIVE CAPACITIES, 1877-1920 (1982).

⁷⁶ *Lásd* Gregory Shaffer, *A Call for a New Legal Realism in International Law: The Need for Method* 8-11 (Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 09-02), *elérhető a* http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1323912 oldalon; *lásd még* TERENCE C. HALLIDAY & BRUCE G. CARRUTHERS, BANKRUPT: GLOBAL LAWMAKING AND SYSTEMIC FINANCIAL CRISIS (2009); Bryant G. Garth, *Introduction: Taking New Legal Realism to Transnational Issues and Institutions*, 31 LAW & SOC. INQUIRY 939, 941 (2006); Bryant G. Garth, *Rebuilding International Law After the September 11th Attack: Contrasting Agendas of High Priests and Legal Realists*, 4 LOY. U. CHI. INT'L L. REV. 3, 5-6 (2006) [a továbbiakban: Garth, *Rebuilding*].

⁷⁷ *Lásd általában* DEZALAY & GARTH, *Supra* note 72; YVES DEZALAY & BRYANT G. GARTH, THE INTERNATIONALIZATION OF PALACE WARS: LAWYERS, ECONOMISTS, AND THE CONTEST TO TRANSFORM LATIN AMERICAN STATES (2002) (az elitek karrierjének elemzése az államhatalom újjáépítésében Latin-Amerikában).

⁷⁸ *Lásd általában:* AZ EMBERI JOGOK PRAKTIKÁJA: TRACKING LAW BETWEEN THE GLOBAL AND THE LOCAL (Mark Goodale & Sally Engle Merry szerk., 2007) (az emberi jogok gyakorlati érvényesülésének elemzése antropológiai adatokkal).

A WTO jogrendszerét; ⁷⁹ Halliday pedig világszerte végzett terepmunkát a csődreformtól kezdve a büntetőeljárásán át az ügyvédek szerepéig a különböző országok "jogi komplexumában" betöltött szerepéig. ⁸⁰ Egy Janet Halley által szervezett tudóscsoport kontextualista megközelítést alkalmazva vizsgálta a nemzetközi feminista projektek következményeit a fejlődő országokban élő helyi nőkre nézve. ⁸¹ Hila Shamir egyiptomi és indiai terepmunkájára támaszkodva azt vizsgálja, hogy a kezdeményezések "szisztematikusan figyelmen kívül hagyhatják[] az alkupozícióban bekövetkező változásokat, az elosztási következményeket, valamint a nyertesek és vesztesek termelését, amelyeket a feminista jogalkotási reformok eredményeznek" ⁸².

Mertz számára a kulcskérdés "a fordítás egyrészt a különböző módszerekkel végzett minőségi újrakeresés, másrészt a jog/politika között" ⁸³,

⁷⁹ Lásd általában SHAFER, 72. lábjegyzet; Gregory Shaffer et al., 72. lábjegyzet. Shaffer a WTO kereskedelmi és környezetvédelmi kérdéseinek jogáról és politikájáról szóló, kiterjedt terepmunkán és elsődleges források áttekintésén alapuló munkáját lásd: Gregory C. Shaffer, *The World Trade Organization Under Challenge: Democracy and the Law and Politics of the WTO's Treatment of Trade and Environment Matters*, 25 HARV. ENVTL. L. REV. 1 (2001).

⁸⁰ E terepmunka alapján Halliday elméletet dolgozott ki arról, hogy a csődjog globalizációja hogyan zajlott a nemzeti jog és a globális normaképzés rekurzív ciklusain keresztül. Lásd általában: HALLIDAY & CARRUTHERS, 76. lábjegyzet; Terrence C. Halliday & Bruce

G. Carruthers, *A jog rekurzivitása: Global Norm Making and National Lawmaking in the Globalization of Corporate Insolvency Regimes*, 112 AM. J. SOC. 1135 (2007). Lásd továbbá: FIGHTING FOR POLITICAL FREEDOM: COMPARATIVE STUDIES OF THE LEGAL COMPLEX AND POLITICAL LIBERALISM (Terrence C. Halliday et al. eds., 2008); Sida Liu & Terrence C. Halliday, *Recursivity in Legal Change: Lawyers and Reforms of China's Criminal Procedure Law*, LAW & SOC. INQUIRY (megjelenés alatt).

⁸¹ Lásd általában Janet Halley et al., *From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism*, 29 HARV. J.L. & GENDER 335 (2006) (az e kérdésekre vonatkozó nemzetközi jogban a jog a cselekvésben/jog a könyvekben kontingenciáját vizsgálja). A kontextualizmus azonban a feminista projekt középpontjában a nők megélt tapasztalatait figyelmen kívül hagyó absztrakt érveléssel szembeni bizalmatlansága áll. Lásd pl., DEBORAH L. RHODE, JUSTICE AND GENDER: SEX DISCRIMINATION AND THE LAW 2 (1989) (foglalkozik azzal a problémával, hogy "az absztrakt jogokra összpontosítanak, nem pedig az azokat korlátozó társadalmi kontextusra"). Deborah Rhode "az egyes jogi kérdésekre a tágabb történelmi, társadalmi és gazdasági környezetükön belül" összpontosít, hogy "az alapoktól kezdve elméleti keretét építsen fel". *Id.* 5-6. o.

⁸² Halley et al., 81. lábjegyzet, 361. o. (kiemelés kihagyva). Prabha Kotiswaran Kolkata és Tirupati "vörös fényű" területein végzett munkája alapján azt állítja, hogy

[M]íg a nemzetközi hatalmas változást eredményez a nemzeti szintű érdekelt felek alkupozíciójában, egy bizonyos ponton a nemzetközi mandátumok és a nemzetközi jog belekeveredik a nemzeti és helyi szinten működő többszörös jogi rendszerek hálójába, ami ténylegesen azt eredményezi, hogy a nemzetközi csak egy újabb eszközzé válik az adott kontextus leghatalmasabb szereplőjének, jellemzően az indiai [kormányzati feminizmus] által támogatott nemzetállamnak a kezében.

Id. 376. o.

⁸³ Elizabeth Mertz, a Wisconsin Egyetem jogi karának professzora e-mailje a szerzőknek (2009. május 26.) (a szerzőknél); lásd még Elizabeth Mertz, *Inside the Law School Classroom: Toward a New Legal Realist Pedagogy*, 60 VAND. L. REV. 483, 487 (2007) ("[L]eading socio-legal scholars have urged empirical legal researchers to combine multiple methods where possible, to consider evidence from studies using a variety of ap-

[A jogtudósoknak nem kell maguknak kutatniuk, de képesnek kell lenniük arra, hogy megtalálják, elolvassák és felhasználják a társadalomtudományok rendelkezésre álló kutatásait - és ez a folyamat nagyobb valószínűséggel fog bekövetkezni, ha a jogi akadémián gyakorló társadalomtudósok vannak, így episztemológiájuk és normáik jobban a kultúra részévé válnak (és jobban beépülnek a jogászok képzésébe). Emellett a társadalomtudósok gyakran nem értik, hogy munkájukat hogyan fogják olvasni és elsajátítani a jogászok - így a folyamat mindkét fél részéről jobb megértést igényel.⁸⁴

Véleményünk szerint a kontextualisták elméletüket arra a jamesi/dewey-i pragmatista belátásra alapozzák, hogy az elméletnek a világból kell származnia; hogy csak az az elmélet igaz, amelyik működik; és hogy nem lehet elválasztani az elméletet a tényektől: ez valójában hamis kettősség, ahogy azt John Dewey egykor hangsúlyozta.⁸⁵ Ami a művek nagy részében kiemelkedik

megközelítések, és/vagy hogy gondosan illesszék a kutatási kérdéseket a kutatási módszerekhez (és hogy megfelelően szerények legyenek az eredményeik hatókörét illetően)." (lábjegyzet kihagyva)).

⁸⁴ Elizabeth Mertz e-mailje a szerzőknek, 83. lábjegyzet; lásd még Joel Handler et al., *A Roundtable on New Legal Realism, Microanalysis of Institutions, and the New Governance: Exploring Convergences and Differences*, 2005 WIS. L. REV. 479, 489 ("[I]t is not enough to just hand hand lawyers social science findings, or to hand social scientists areas of law to explore. Ehelyett kifinomult beszélgetést kell kezdenünk magáról az átültetés folyamatáról, olyan eszmecsere, amelyben rákérdezzük a megállapításokat körülvevő keretre, arra, hogy mire való a nyelv, az egyik vagy másik módszer használatának hatására, és így tovább. A jogászoknak talán egy kicsit több árnyalatot kell beengedniük, és egy időre vissza kell fogniuk a csattanós mentalitásukat. A társadalomtudósoknak talán meg kell érteniük, hogy a jogászok olyan emberek, akik nem engedhetik meg maguknak azt a luxust, hogy újabb öt évet várjanak arra, hogy kiderítsék, mi folyik itt, mert holnap meg kell hozni egy döntést. Ezeknek az alapvető szakadékoknak az áthidalása az új jogi realista fordítások egyik központi feladata."); Elizabeth Mertz, *Introduction to the ROLE OF SOCIAL SCIENCE IN LAW XIII-XXX* (Elizabeth Mertz szerk., 2008); Elizabeth Mertz, *Translating Science into Family Law: An Overview*, 56 DEPAUL L. REV. 799, 801 (2007) ("A társadalomtudományok jogba való megfelelő átültetésének ugyanolyan szisztematikusan és gondosan kell vizsgálnia a közbeeső lépéseket, mint a kezdeti eredményeket."). Hasonlóképpen Christopher Tomlins azt írja, hogy "az új jogi realista projekt egyik fő küldetése [az] ... a jog és a társadalomtudományok közötti kifinomult fordítási és cserefolyamat kidolgozása". Christopher Tomlins, *In This Issue*, 31 LAW & SOC. INQUIRY 795, 795 (2006); lásd még Gulati & Nielsen, *supra* note 70, at 797 ("A mozgalom egy olyan időszakban alakult ki, amikor állítólag egyre nagyobb szakadék tátong a társadalomtudósok és a jogászprofesszorok között, ami a jog és a társadalmi változások közötti kapcsolat tudományos és gyakorlati megértésének rovására megy. Az új jogi realizmus e szakadás leküzdésének szenteli magát.").

⁸⁵ Dewey nézeteit gyakran rosszul fogalmazzák meg; a cselekvéseméleti Joas azonban igazságosan írta le őket a következőkben:

Dewey többet jelent a célok és eredmények közötti egyszerű különbségnél. Az ő világvégében ... , a jelenlegi cselekvések eredményei nem léteznek, mert azok még a jövőben vannak. [Mint anticipációk, az elő- és utóélethez tartoznak.

küldött. Dewey ezért vezeti be a "végcél" fogalmát annak érdekében, hogy a célok szerepének meghatározása a jelenlegi cselekvés szervezésében. Dewey a cselekvés célja és az alkalmazott eszközök közötti kölcsönös kapcsolatról beszél. Más szóval nem feltételezi, hogy a cselekvőnek általában világos célja van, és csak az eszközök megfelelő megválasztása marad hátra. Éppen ellenkezőleg, a cselekvések céljai általában viszonylag meghatározatlanok, és

csak az egyes eszközök alkalmazására vonatkozó döntés következményeként válnak konkrétan meghatározhatóvá. A célok és eszközök kölcsönhatása tehát az eszközök megválasztásának és a célok meghatározásának kölcsönhatását jelenti. Csak a

az új jogi realizmus ezen változata alatt az empirikus elkötelezettség és a rekurzivitás kombinációja: a tudósok egy valós problémát tanulmányoznak a világban (nem egy elméletből vagy normatív napirendből indulnak ki), és ahogy találkoznak a problémával, a tudósok különböző ötletekkel és új stratégiákkal jelennek meg, tanulva azoktól, akiknek a problémával foglalkozniuk kell (a "jogi alanyoktól"). Számos, ezt a megközelítést alkalmazó tudós (köztük mi is) úgy véli, hogy számos tanulmány sikerének mércéje nem a "jóslás" és az ellenőrzés (sőt, ez a jóslás ellentétének is tekinthető). A mérce inkább a felfedezés - olyasvalami megtalálása, amit elméletileg nem gondoltak, és talán még csak nem is "gondolhattak" a jogi tudományosság meglévő paradigmáin belül.⁸⁶ Ezek a tudósok hangsúlyozzák, és számos példával szolgálnak arra, hogy "[]ehagyja valaki az irodáját és a terepre merészkedve átalakítja a tanulmány tárgyával kapcsolatos alapvető feltevéseit"⁸⁷ - ez az a módszertan, amelyet mi "emergens analitikának" nevezünk.

C. Az institutionalisták

Az intézményi megközelítéseknek három olyan tágabb formáját azonosítottuk, amelyek tudatosan viselik az új jogi realizmus címet.

1. *Összehasonlító institucionalizmus, neoinstitutionalizmus és mikroelemzés*

A közgazdaságtan és a szociológia különböző hagyományaira építve egyes tudósok azt állítják, hogy az új jogi realizmusnak az intézményi erőkre kell összpontosítania. Komesar például az új jogi realisták számára különösen fontos intézményi fordulatot vett, megmutatva, hogy "a társadalmi célok vagy értékek kiválasztása nem elegendő ahhoz, hogy bármit is mondjon nekünk a jogról és a közpolitikáról", mivel minden cél (legyen az Epstein libertarianizmusa, vagy Dworkin vagy Rawls liberális vagy Rawls szabadelvűségről alkotott elképzelése) követése nem elégséges ahhoz, hogy bármit is mondjon nekünk a jogról és a közpolitikáról.

amikor felismerjük, hogy bizonyos eszközök a rendelkezésünkre állnak, olyan célokat fedezünk fel, amelyek korábban eszünkbe sem jutottak. Az eszközök tehát nem csak a célokat határozzák meg, hanem a lehetséges célmeghatározás körét is bővítik. A "kitűzött célok" tehát nem homályosan elképzelt jövőbeli helyzetek, hanem konkrét cselekvési tervek, amelyek a jelenlegi cselekvés strukturálására szolgálnak.

JOAS, *Supra* note 46, 154. o. (lábjegyzet kihagyva).

⁸⁶ Lásd például Jane Larson számos fordulatát: Erlanger et al., *supra* note 45, 346-50; Macaulay, *New Versus the Old*, *supra* note 46, 390-94; Nourse, *supra* note 38; Shaffer, *supra* note 76, 6; Symposium, *New Legal Realism*, 31 LAW & SOC. INQUIRY 939 (2006). Ezenkívül lásd Nourse "módszerét" írásban, NOURSE, *supra* note 34 (offer- ing a mélyen kontextualizált története egyetlen Legfelsőbb Bírósági ügynek, amely a jogi és politikai fejlemények egyidejűségét mutatja). Ebben a kérdésben a kvalitatív társadalomtudományokon belül is eltérnek a nézetek, egyesek inkább pozitivisták nézeteket vallanak, mint mások. Például egyes kvalitatív kutatásokat a meglévő elképzelések megerősítéseként vagy elutasításaként

fogalmazznak meg, míg más kutatásokat "hipotézisgenerálónak" tekintenek. Köszönjük Beth Mertznek ezt a megjegyzést.

⁸⁷ Shaffer, 76. lábjegyzet, 8. pont

alizmus) az intézményi folyamatok alakítják és határozzák meg.⁸⁸ Ahogy Komesar állítja, "[a]z intézményi választás az, amely összekapcsolja a célokat azok jogi vagy közpolitikai eredményeivel."⁸⁹ A jogi folyamatok teoretikusaival ellentétben Komesar azt állítja, hogy csak az "összehasonlító" elemzés, nem pedig az esszencialista intézményi "kompetenciák" biztosítják a megfelelő elemzést. Komesar közgazdászként ragaszkodik ahhoz, hogy az összehasonlító elemzés valójában a közgazdaságtan "lényegét" képezi, nem pedig a piac mint társadalmi intézmény privilegizálása vagy a piaci vagy kormányzati kudarc "egyetlen intézményi elemzése".⁹⁰

Ebben az irányban Rubin azzal érvelt, hogy a kontinentális társadalmi gondolkodás és a jog és közgazdaságtan irányzatainak szintézise "egy új, egységes, az intézmények elemzésén alapuló jogtudományi módszertan lehetőségét sugallja".⁹¹ A hiány pótlására Rubin az intézmények mikroelemzésére vonatkozó elméletét ajánlotta, felismerve, hogy a kérdés az, hogy "hogyan lép kölcsönhatásba a politika a joggal mind a leíró, mind a normatív szinten."⁹² Akárcsak azok, akik a kontextuális vizsgálatot sürgetik, Rubin öntudatosan a fenomenológiai megközelítést hangsúlyozza, a vizsgált folyamatokban való ak-tális részvételt sugallva.

Az új jogi realisták mikroelemzése nem korlátozódik a közintézményekre, hanem a magánszervezetek tanulmányozására is kiterjed, a szociológia jogra alkalmazott neoinstitucionális felismeréseire építve.⁹³ Edelman és munkatársai munkája például az in-

⁸⁸ KOMESAR, *Supra* note 47, 271. o.; lásd még NEIL K. KOMESAR, *LAW'S LIMITS: (2001)* [a továbbiakban: KOMESAR, *LAW'S LIMITS*] [a tulajdonjog és az intézményi választás közötti kapcsolat értékelése]. Komesar mindazonáltal hangsúlyozza, hogy az általa képviselt institucionális különbség az Oliver Williamson és Douglass North által példázott új intézményi közgazdaságtanétól. Lásd Neil Komesar, *A közgazdaságtan lényege: Rethinking the Economic Analysis of Law and Public Policy* 3-5 (2009. június) (kiadatlan kézirat, a szerzőknél) [a továbbiakban: Komesar, *Essence*] (az "intézményeket döntéshozatali folyamatoknak" tekinti, amelyek a jog értelmét adják, szemben az intézményi közgazdaságtan szemléletével, amely az intézményeket "játékszabályoknak [tekinti] ... amelyek ... a gazdasági tevékenység kontextusát biztosítják").

⁸⁹ KOMESAR, *Supra* 47. lábjegyzet, 5. pont.

⁹⁰ Neil Komesar, *A közgazdaságtan lényege: Law, Participation and Institutional Choice (Two Ways)*, in *ALTERNATÍV INSTITÚCIÓS STRUKTÚRÁK: EVOLUTION AND IMPACT* 165, 165 (Sandra S. Batie & Nicholas Mercurio szerk., 2008).

⁹¹ Rubin, *fentebb*, 48. lábjegyzet, 1424. lábjegyzet. Ahogy Rubin írja, "[a] jogi folyamatelmélet egyetlen olyan eleme, amelyet a jog és közgazdaságtan vagy a kritikai jogi tanulmányok nem támadtak kifejezetten, az összehasonlító intézményi elemzésre való felhívás volt". *Id.* 1403. o.

⁹² *Id.* 1426. o. ("A politikai befolyás pusztán mennyiségének meghatározása azonban nem tesz mást, mint támadja azt a kialakított jogi eljárásra vonatkozó állítást, hogy a jog politikailag semleges. Sokkal produktívabb vizsgálat arra vonatkozik, hogy a politikai erők hogyan hatnak a társadalmi intézményekre, az azokat irányító jogra, valamint az általuk létrehozott és alkalmazott jogra, illetve hogyan fordítják le azokat." (kiemelés hozzáadva)); lásd még Edward Rubin & Malcolm Feeley, *Creating Legal Doctrine*, 69 *S. CAL. L. REV.* 1989, 1994 (1996) (az "intézményi gondolkodás fenomenológiája" mellett érvelve annak megértése érdekében, hogy "hogyan alakítja az egyes embereket saját gondolataik és cselekedeteik alapján intézményi kontextusuk, és hogyan alakítják viszont ezt a kontextust a változó körülményekre vagy fogalmakra reagálva").

⁹³ A neoinstitucionalizmus (vagy új institucionális) egy olyan mozgalom, amely az

intézmények működésének és társadalmi hatásainak szocio- logikus szemléletét fejleszt ki, amely ellentétben áll a ra-

megvizsgálja, hogy a belső üzletpolitikák és eljárások hogyan alakítják a közjog megítélését, és hogyan változtatják meg annak jelentését. A vállalati "sokszínűségi" politikák tanulmányozásában Edelman, Sally Riggs Fuller és Iona Mara- Drita dokumentálja, hogy "ahogy a jogi elképzelések bekerülnek a menedzseri és szervezeti színterekre, a jog hajlamos "menedzserivé válni", vagy fokozatosan átítatódni a menedzseri értékekkel".⁹⁴ Megállapítják, hogy a menedzseri mérlegelési jogkör a polgárjogi törvények szervezeten belüli végrehajtásában a sokszínűség kérdését úgy alakítja át, hogy az ne csak a nemre és a fajra, hanem a személyiségre és a kulturális életmódra vonatkozó tulajdonságokra is kiterjedjen, és így átalakítja a polgárjogi törvények alapjául szolgáló jogi eszményeket.⁹⁵ Hasonlóképpen Edelman, Christopher Uggen és Howard Erlanger a polgárjogi törvényeket alkalmazó belső üzleti gyakorlatokról szóló tanulmányukban azt találják, hogy a szakemberek "egy bizonyos megfelelési stratégiát támogatnak, a szervezetek elfogadják ezt a stratégiát a költségek csökkentése és a megfelelés szimbolizálása érdekében, a bíróságok pedig úgy módosítják a méltányosság bírósági konstrukcióit, hogy azok tartalmazzák ezeket a kialakulóban lévő szervezeti gyakorlatokat."⁹⁶ Továbbá arra a következtetésre jutnak, hogy "a bíróságok nagyobb valószínűséggel támaszkodnak a szervezetek panaszkezelési eljárásaira, és azokat relevánsnak tekintik a felelősség megállapítása szempontjából."⁹⁷ A szervezetszociológia neoinstitucionális perspektívájából ezek a tanulmányok azt mutatják, hogy a közjog az üzleti gyakorlat árnyékában kerül meghatározásra, így a belső üzleti politikán és eljárásokon keresztül nyer értelmet és fejt ki hatását.

a neoklasszikus jog és közgazdaságtan tionalista megközelítései. *Lásd pl.* JAMES G.

MARCH & JOHAN MARCH & JOHAN

P. OLSEN, AZ INTÉZMÉNYEK ÚJRAFELFEDEZÉSE: (1989). *Lásd általában* Paul J. DiMaggio & Walter W. Powell, *Introduction to THE NEW INSTITUTIONALISM IN ORGANIZATIONAL ANALYSIS* 1, 1-38 (Walter W. Powell & Paul J. DiMaggio szerk., 1991); Paul J. DiMaggio & Walter W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, 48 AM. SOC. REV. 147 (1983) (a bürokratizálódás és a szervezeti változások okainak vizsgálata); John W. Meyer & Brian Rowan, *Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, 83 AM. J. SOC. 340 (1977) (a szervezetek formális struktúráinak tanulmányozása a posztindusztriális társadalomban).

⁹⁴Lauren B. Edelman et al., *Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law*, 106 AM. J. SOC. 1589, 1599 (2001) (kiemelés elhagyva).

⁹⁵Vö. *id.* 1590-91. o.

⁹⁶ Lauren B. Edelman et al., *The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth*, 105 AM. J. SOC. 406, 406 (1999).

⁹⁷*Id.* 409. o. Hasonlóképpen Edelman és Mark Suchman kiemelik, hogy a belső üzleti jogi gyakorlat hogyan kolonizálhatja a közjogot azáltal, hogy "újraértelmezi, hogy mit tekintünk "normálisnak", "ésszerűnek", "racionálisnak" és "megfelelőnek"" a közjogra válaszul létrehozott belső üzleti panaszeljárások tekintetében. Lauren B. Edelman & Mark C. Suchman, *When the "Haves" Hold Court: Speculations on the Organizational*

Internalization of Law, 33 *LAW & SOC'Y REV.* 941, 963 (1999). Megállapítják, hogy a bíróságok "gyakran hagyatkoznak a belső meghallgatások eredményeire", és "elutasítják azon felperesek követeléseit, akik nem merítették ki a belső jogorvoslati lehetőségeket". *Id.* 965. o. (idézet kihagyva).

2. Az "új kormányzás" elmélete

Különösen a Columbia Law Schoolból indult ^{ki98}, az "új kormányzás" elmélete a jognak a bíróság-központú és jogközpontú jogi alapokon túlmutató, és a pragmatista értelemben vett intézményi kísérletezéssel járó problémamegoldás új formái felé való elmozdulásra összpontosít. Ezek az új formák "együttműködő, többpárti, többszintű, adaptív, problémamegoldó módszereket" foglalnak magukban a jogalkotás és -végrehajtás terén, "amelyek különböző mértékben kiegészítik vagy felváltják a hagyományos szabályozást" ⁹⁹.

Az új kormányzáselmélet célja, hogy az érdekeltek széles körét vonja be, beleértve a szabályozott szervezeteket, a magánérdekcsoportokat, a kormányzati végrehajtó szerveket és azt az embercsoportot, amelynek javát a törvény szolgálja. Ideális esetben ezek a különböző csoportok . . . közös energiájukat felhasználva hatékony és kontextus-specifikus megoldásokat érnek el. ¹⁰⁰

Ezek a megoldások azonban csak ideiglenesnek tekinthetők, mivel, ahogy William Simon írja, az új kormányzás elmélete az innováció és a tanulás fontosságát hangsúlyozza, hogy a normákat és gyakorlatokat "folyamatosan felülvizsgálják ... a közös tapasztalatok fényében".¹⁰¹ Hasonlóan Neil Walker és ~~Ge~~ ~~de~~ ~~his~~ hangsúlyozza, hogy a "New Governance . . . a szabályozás rendkívül pragmatikus és rugalmas megközelítését és ~~mó~~ a maximális reagálóképességet és alkalmazkodóképességet biztosító módszert, amely a nyílt végű és ideiglenes célokra helyezi a hangsúlyt, valamint biztosítja a felülvizsgálhatóságot és a korrektséget." ¹⁰² A tudósok a szabályozás új kormányzati megközelítését a hazai, regionális és nemzetközi szabályozási kihívások kezelésére fejlesztették ki. ¹⁰³

⁹⁸ Columbia professzor írta a vezető művek egy részét. *Lásd például:* Sabel & Simon, 49. lábjegyzet; Scott & Sturm, 49. lábjegyzet; Simon, 49. lábjegyzet.

⁹⁹ Michael Waterstone, *A New Vision of Public Enforcement*, 92 MINN. L. REV. 434, 480 (2007).

¹⁰⁰ *Id.* 482.

¹⁰¹ Simon, *Supra* note 49, 57. o.; *lásd még* Sabel & Simon, *Supra* note 49, 1016. o. ("A felülről lefelé irányuló, rögzített szabályrendszerek helyett a kísérletező megközelítés az érdekelt felek folyamatos tárgyalásait, a folyamatosan felülvizsgált teljesítményméréseket és az átláthatóságot hangsúlyozza.")

¹⁰² Neil Walker & ~~Ge~~ ~~de~~ ~~his~~ *Reconceiving Law & New Governance*, 13 COLUM. J. EUR. L. 519, 522 (2007); *lásd még* ~~de~~ ~~his~~ & Scott, *supra* 49. lábjegyzet, 514. lábjegyzet (kifejtve, hogy az "új kormányzás" "olyan folyamatok és gyakorlatok széles körére utal, amelyeknek normakövetési vagy szabályozási dimenziójuk van, de nem elsősorban vagy egyáltalán nem a parancs és ellenőrzés típusú jogintézmények hagyományos mechanizmusain keresztül működnek").

¹⁰³ Példaként lásd általában Orly Lobel, *The Paradox of Extralegal Activism: Critical Legal Consciousness and Transformative Politics*, 120 HARV. L. REV. 937 (2007).

Így, ellentétben a jogon kívüli aktivizmusra vonatkozó kortárs üzenettel, amely a társadalmi célok előmozdítása érdekében a magánszereplőket és a nem jogi technikákat részesíti előnyben, az új kormányzási tudomány a jogi reformstratégiák széles választékának kidolgozásával foglalkozik, amely a magánipart és a nem kormányzati szereplőket sokféle módon bevonja,

miközben fenntartja az állam szükséges szerepét a gyengébb csoportok megsegítésében az általános jólét és a méltányosság előmozdítása érdekében. Egy érzékeny jogi architektúra képes új formákat létrehozni a

3. *A jogalany/állam és az antidominációs modell*

Egyes, magukat új jogi realistáknak nevező személyek az állam és az állami kötelezettség új formáját igyekeztek elképzelni, amely a jogi szubjektum új elképzelésén alapul, és amely megközelítés a kritikai elméletben és a feminizmusban gyökerezik.¹⁰⁴ Az ilyen tudósok közül Fineman támadta meg az individualista szubjektumnak az államot megelőző gyökeres képét, de nem a lehetséges irracionalitás, hanem az interdependencia miatt.¹⁰⁵ Fineman azt állította, hogy "a kiszolgáltatottság egyetemes és állandó, az emberi állapot velejárója - és úgy is kell érteni, hogy az egyetemes és állandó", az autonóm cselekvő ideáljának poszt-identitásbeli helyettesítője.¹⁰⁶ Fineman szerint a "sebezhetőség elemzése" nem a meghatározott csoportok egyenlőtlenségére összpontosít (ez egy poszt-identitás elmélet), hanem "a struktúrákra" és intézményekre - állami és magánintézményekre - koncentrálnak, amelyek kezelik közös, mindig jelenlévő sebezhetőségünket.¹⁰⁷ Így az intézményi felelősség és a választás központi szerepet kap a

elszámoltathatóság és társadalmi felelősségvállalás, valamint a kemény jog és a "puhább" gyakorlatok és normativitások összekapcsolása.

Id. at 983; lásd még Charles Sabel et al., *Beyond Backyard Environmentalism*, in CHARLES SABEL ET AL., *BEYOND BACKYARD ENVIRONMENTALISM* 3, 8-9 (Joshua Cohen & Joel Rogers szerk., 2000) (azzal érvelve, hogy a kialakuló környezetvédelmi szabályozási rendszer a kormányzati tisztviselők és más szereplők közötti együttműködésen alapul); David M. Trubek & Louise G. Trubek, *New Governance & Legal Regulation: Complementarity, Rivalry, and Transformation*, 13 COLUM. J. EUR. L. 539, 541 (2007). A nemzetközi jog és a globális kormányzás új kormányzásáról lásd Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, *Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit*, 42 VAND. J. TRANS-NAT'L L. 501, 509 (2009) (megállapítva, hogy az új kormányzás "(1) a szereplők és intézmények decentralizált körét, mind a köz-, mind a magánszféra szereplőit és intézményeit bevonja a szabályozási rendszerbe, például a vállalatokkal folytatott tárgyalások révén, az önszabályozás ösztönzésével és felügyeletével, vagy az önkéntes irányítási rendszerek szponzorálásával; (2) a szereplők e körére támaszkodik a szabályozási szakértelem terén; (3) módosítja szabályozási feladatait, hogy a szabályok közvetlen kihirdetése és végrehajtása helyett a köz- és magánszereplők és intézmények összehangolását hangsúlyozza; és (4) "puha jogot" használ a kötelező "kemény jog" kiegészítésére vagy helyettesítésére." (lábjegyzet kihagyva) (hangsúlyok kihagyva)). *Lásd általában* Charles F. Sabel & William H. Simon, *Epilogue: Accountability Without Sovereignty*, in *LAW AND NEW GOVERNANCE IN THE EU AND THE US*, *supra* note 49, 395. o. (a nemzetközi jogban az új kormányzás és a hagyományos jogelmélet összehasonlítása).

¹⁰⁴ *Lásd általában* Martha Albertson Fineman, *Gender and Law: Feminist Legal Theory's Role in New Legal Realism*, 2005 WIS. L. REV. 405 (a feminista kutatásokat felhasználva egy új jogi realista paradigma megfogalmazásához).

¹⁰⁵ Martha Albertson Fineman, *A sebezhető alany*: 20 YALE J.L. & FEMINISM 1, 11 (2008).

¹⁰⁶ *Id.* 1. pont

¹⁰⁷ *Id.*; lásd még Ani B. Satz, *Disability, Vulnerability, and the Limits of Antidiscrimination*, 83 WASH. L. REV. 513, 513 (2008) ("Martha Fineman sebezhetőségi elméletét értelmezve és azt először alkalmazva a fogyatékosokkal kapcsolatos jogi tanulmányokban, azt állítom, hogy a fogyatékosokkal szembeni sebezhetőség és a fogyatékos személyek által a fogyatékoság nélkülieknél élesebben megtapasztalt sebezhetőségek egyetemesek és állandóak."). A sebezhetőség elemzése egybeesik más tudományágak munkáival, különösen a szociológusok és politológusok legújabb elméleti munkáival. *Lásd* JOAS, *supra* note 46, 147. o. (a racionális szereplő modelljét azon az alapon kérdőjelezi meg, hogy az először is feltételezi, hogy a "szereplő képes céltudatos cselekvésre, másodsor, hogy saját teste felett rendelkezik, harmadszor pedig, hogy autonóm a társaival és a környezetével szemben"); *lásd még* PEADAR KIRBY, *VULNERABILITY AND VIOLENCE: A HATÁS*

bármilyen szakpolitikai elemzés. Ahogy Fineman írja, e megközelítés "strukturális fókusz" "az intézményeket - és nem csak az egyéni cselekvéseket - veszi górcső alá",¹⁰⁸ mivel "az intézmények egyszerre alkotják a kiszolgáltatottságot és termelik azt".¹⁰⁹ Ez a munka rezonál Robin West alkotmányos és politikai elméletével, amely az állam alkotmányos kötelességeit hangsúlyozza, valamint Yasmin Dawood közelmúltbeli hivatkozásával a jog demokráciában betöltött szerepének "antidominációs" modelljére.¹¹⁰

II

A RÉGI JOGI REALIZMUSBÓL KIINDULVA

Az új jogi realizmus nem régi bor új palackban, de nem is teljesen új. A régi jogi realizmus szelleméből merít, az azóta kifejlesztett új módszerekből és felismerésekből építkezik, és ezeket a módszereket és felismeréseket alkalmazza az előttünk álló történelmi kontextusban. Ahogy Roberto Mangabeira Unger írja, a célokat "csak úgy lehet elérni, ha engedelmessé válnak Piaget maximájának, miszerint "utánozni annyi, mint feltalálni". Az újat a régivel kell kombinálni".¹¹¹

Az új jogi realizmus minden egyes változata különböző, újjáélesztő módon épít a korábbiakra. A régi jogi realizmusban például a pszichológia központi szerepet játszott. Frank bíró számára "[a] jogi iskoláinknak részben a jogra alkalmazott pszichológia iskoláivá kell válniuk annak minden fázisában "¹¹² mert "a bírónak nem pusztán gondolkodógépnek kell lennie, hanem jól képzettnek, nemcsak a jogi szabályokban, hanem a pszichológia legjobb elérhető módszereiben is".¹¹³ A viselkedési jog és közgazdaságtan területén dolgozók most ugyanezt állítják. Ők importálják a kognitív pszichológia kifinomultabb módszereit, amelyek sokat fejlődtek Frank bíró Sigmund Freudra és az "atyaimádatra" tett hivatkozásai óta.¹¹⁴ A viselkedési jog és közgazdaságtan tudósai ma már a következők munkájára építenek.

OF GLOBALISATION (2006) (azzal érvelve, hogy a kiszolgáltatottság és az erőszak a neoliberais globalizáció jellegzetes jellemzői); BRYAN S. TURNER, VULNERABILITY AND HUMAN RIGHTS (2006) (azzal érvelve, hogy az emberi jogok az egyének közös kiszolgáltatottságának eredményeként léteznek).

¹⁰⁸ Fineman, *Supra* 105. lábjegyzet, 18. pont.

¹⁰⁹ *Id.* 13. n.31.

¹¹⁰ Lásd Yasmin Dawood, *The Antidomination Model and the Judicial Oversight of Democracy*, 96 GEO. L.J. 1411, 1428-39 (2008); Robin West, *Katrina, the Constitution, and the Legal Question Doctrine*, 81 CHI.-KENT L. REV. 1127, 1129 (2006); lásd még PHILIP PETTIT, REPUBLICANISM: A THEORY OF FREEDOM AND GOVERNMENT 80-109 (1997).

¹¹¹ ROBERTO MANGABEIRA UNGER, A SZABADKERESKEDELEM ÚJRAGONDOLVA: A VILÁG FELOSZTÁSA A MUNKA ÉS A KÖZGAZDASÁGTAN MÓDSZERE 111 (2007).

¹¹² FRANK, MODERN MIND, 29. lábjegyzet, 156. pont.

¹¹³ AMERICAN LEGAL REALISM 310-11 (William W. Fischer III et al. eds., 1993) (idézi FRANK, MODERN MIND, *supra* note 29). Hasonlóképpen Harold Lasswell politológus, aki a Yale-en hosszú együttműködést alakított ki a jogi realista Myres McDougallal, 1930-ban azt írta: "A személyiségkutatás eredményei azt mutatják, hogy az egyén rosszul ítéli meg saját érdekeit". HAROLD D. LASSWELL, PSYCHOPATHOLOGY AND POLITICS 194 (Univ. of Chi. Press 1977) (1930).

¹¹⁴ Lásd FRANK, MODERN MIND, 29. lábjegyzet, 261, 394. o.

Daniel Kahneman, Amos Tversky és Paul Slovic a pszichológiában.¹¹⁵ Ezeket a munkákat olyan közgazdászok adaptálták, mint Thaler¹¹⁶ és Dan Ariely,¹¹⁷ és Sunstein,¹¹⁸ Jolls,¹¹⁹ Jeffrey Rachlinski,¹²⁰ Chris Guthrie,¹²¹ Korobkin,¹²² és mások importálták a jog elemzésébe.

Hasonlóképpen, az attitűdvédők alapvető érvei tükröződnek a régi jogi realisták közül Oliver Wendell Holmes bíró, Benjamin Cardozo bíró,¹²³ Herman Oliphant,¹²⁴ Llewellyn, Joseph Hutcheson és Frank bíró nézeteiben. Ami a realisták jogfelfogását motiválta, az a társadalmi-politikai küzdelmek voltak. A realisták bizalmatlanok voltak azokkal a bírakkal szemben, akik a progresszív, majd a New Deal társadalmi szabályozása elé akadályokat gördítettek olyan formalista érvelés alapján, amelyet a realisták politikai döntéseket elfedő formalista érvelésnek tekintettek. Holmes bíró már régen a jogot a bírák viselkedésének (amit tesznek) előrejelzései alapján határozta meg, szemben a bírák diskurzusával (amit mondanak). Ahogyan a jogról szóló "rossz ember" elméletében írta: "A bíróságok tényleges cselekedeteire vonatkozó jóslatok, és semmi más nagyképűség, az, amit én a jog alatt értek."¹²⁵ Hasonló módon Llewellyn azt állította, hogy "jog ... annyiban létezik, amennyiben fennáll a valószínűsége annak, hogy A ráveheti a bíróságot, hogy B-ből kipréselje A kárát."¹²⁶ Hutcheson a bírói döntésekről a következők alapján írt

¹¹⁵Vö. *általában* JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES (Daniel Kahneman et al. szerk., 1982) (az ítélőképeség vizsgálatának megközelítését kínálja).

¹¹⁶ *Lásd* RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUTING ABOUTING HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS 17-39 (2008). *Lásd általában* Daniel Kahneman et al., *Fair-ness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*, 76 AM. ECON. REV. 728 (1986) (a méltányossági normák tanulmányozása a vállalatok ár-, bér- és bérleti díjszintjének meghatározására vonatkozóan).

¹¹⁷ *Lásd általában* DAN ARIELY, PREDICTABLY IRRATIONAL: THE HIDDEN FORCES THAT SHAPE OUR DECISIONS (2008) (az emberi döntéshozatalban az irracionálisitást egy sor viselkedés-morális kísérletben találták meg).

¹¹⁸ *Lásd* THALER & SUNSTEIN, 116. lábjegyzet, 13-14. pont.

¹¹⁹Vö. Christine Jolls & Cass R. Sunstein, *The Law of Implicit Bias*, 94 CAL. L. REV. 969, 971-73 (2006).

¹²⁰Vö. Jeffrey J. Rachlinski, *Cognitive Errors, Individual Differences, and Paternalism*, 73 U. CHI. L. REV. 207, 207-09 (2006).

¹²¹Vö. Chris Guthrie, Carhart, *Constitutional Rights, and the Psychology of Regret*, 81 S. CAL. L. REV. 877, 879-82 (2008).

¹²²Vö. Russell Korobkin, *Possibility and Plausibility in Law and Economics*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 781, 781-83 (2005).

¹²³ *Lásd* BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 115 (1921) ("A törvényt, amely az eredmény, nem találják, hanem létrehozzák. A folyamat, mivel jogalkotási folyamat, a jogalkotó bölcsességét követeli meg").

¹²⁴ *Lásd* Herman Oliphant, *Stare Decisis-Continued*, 14 A.B.A. J. 159, 159 (1928) ("Nem a bírák véleménye, hanem az, hogy milyen módon döntenek az ügyekben, lesz a domináns tárgya minden valóban tudományos jogtudományi vizsgálatnak").

¹²⁵ Oliver Wendell Holmes bíró, Massachusetts legfelsőbb bírósága, beszéd a Bostoni Egyetem jogi karának új csarnokának felavatásán: *The Path of the Law* (1897. január 8.), in 10 HARV. L. REV. 457, 461 (1897).

¹²⁶ Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence-The Next Step*, 30 COLUM. L. REV. 431, 448 (1930) (hangsúlyok kihagyva).

"megérzések"¹²⁷ Frank bíró pedig a legtovább ment, nyíltan beszélve a bírák "elfogultságairól".¹²⁸ Ismét Frank bíró álláspontja az, amely valószínűleg a legvilágosabban tükröződik az attitűdökkel kapcsolatos nézetekben. A *Law and the Modern Mind* című könyvében Frank bíró azt állította, hogy "a bíró személyisége a központi tényező a jogalkalmazásban".¹²⁹ Az attitűdisták egyszerűen ideológiával helyettesítik a személyiséget.

Az attitűdkutatók Frank bíró és más régi jogi realisták számára új társadalomtudományi kvantitatív statisztikai módszereket hoznak, amelyek a régi jogi realisták idejében nem álltak könnyen rendelkezésre.¹³⁰ Ahogy Cross írja: "Justice Holmes talán hitt abban, hogy a jövő a statisztika emberé, de ő maga nem alkalmazta ezt a módszertant a bírói döntések analízisének".¹³¹ Nagy sebességű számítógépek és adatelemző szoftverek nélkül Holmes bírónak és követőinek nem álltak rendelkezésre ugyanezek az eszközök.

A kontextualisták is a régi jogi realisták nyomdokaiba lépnek. Dean Pound volt az, aki népszerűsítette a "cselekvő jog" kifejezést,¹³² és Dean Pound szociológiai jogtudománya volt az, amely a tényleges ipari munkakörülmények megismerésére szólított fel, hogy a szerződési szabadságról szóló doktrinális állításokból fasírtot csináljon.¹³³ Az olyan funkcionalisták, mint Felix Cohen, a viselkedési társadalomtudományoktól kölcsönzött jogi elemzésre szólítottak fel.¹³⁴ Llewellyn együttműködött Adamson Hoebel antropológussal a *The Cheyenne Way* című klasszikus tanulmányukban.¹³⁵ Az új jogi realizmusnak ebben a változatában az az "új", hogy sokkal több tudós foglalkozik ténylegesen empirikus munkával, akár saját maga, akár mások által végzett, ellentétben magával a jogi realisták közül sokakkal.¹³⁶ Míg a jogi realisták

¹²⁷ Joseph C. Hutcheson, Jr., *Az ítélkező intuitív: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision*, 14 CORNELL L.Q. 274, 275-76 (1929).

¹²⁸ FRANK, MODERN MIND, 29. lábjegyzet, 114. o.; lásd Jerome Frank, *What Courts Do in Fact*, 26 U. ILL. L. REV. 645, 655 (1932) ("Hogyan . . . jut el egy bíró a döntéséhez? Röviden fogalmazva, egy "megérzés" alapján teszi ezt, hogy mi a tisztességes és igazságos vagy bölcs vagy célszerű").

¹²⁹ FRANK, MODERN MIND, 29. lábjegyzet, 120. pont.

¹³⁰ Lásd Cross, 55. lábjegyzet, 253-55. o. Azonban, ahogy Edward Purcell írja, már "[d]a húszas években számos politológus kísérletet tett az amerikai kormányzás folyamatának kvantitatív, viselkedéses vizsgálatára". PURCELL, *Supra* 27. lábjegyzet, 107. o.

¹³¹Cross, 55. lábjegyzet, 256. o.

¹³²Vö. Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 *passim* (1910).

¹³³ Lásd Roscoe Pound, *Liberty of Contract*, 18 YALE L.J. 454, 454-55 (1909).

¹³⁴Vö. Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809, 833-49 (1935).

¹³⁵ Lásd általában K. N. LLEWELLYN & E. ADAMSON HOEBEL, *THE CHEYENNE WAY: CONFLICT AND CASE LAW IN PRIMITIVE JURISPRUDENCE* (1941).

¹³⁶ Lásd pl. NEIL DUXBURY, *PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE* 158 (1995) ("A jogi realisták nagy hűhót csaptak a társadalomtudományok jogi iskolákba való beviteléért. De kiábrándítóan keveset tettek ezekkel a tudományokkal, ha egyszer már oda vitték őket."); Brian Leiter, *American Legal Realism*, in *THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY*, *supra* note 8, at 50, 51 ("For the majority of the Realists, however, the commitment to 'science' and 'scientific methods' was more an matter of rhetoric and metaphor than actual scholarly practice"); Macaulay, *New Versus the Old*, *supra* note 46,

at 375 ("The classic
a realisták beszéltek arról, hogy empirikus kutatásokat végeznek, de viszonylag keveset
valósítottak meg."); vö.

nagyobb empirikus munkára szólítottak fel, hogy jobban megértsük a joggyakorlatot, kevésbé voltak képesek gyakorolni azt, amit prédikáltak.¹³⁷ Az empirizmus az elmúlt tíz évben robbanásszerűen terjedt el a jogi akadémián, ami egy új empirikus jogi tanulmányok mozgalom megszületésében nyilvánult meg,¹³⁸ amely hatalmas számú megtérőt hozott a jog és a társadalom felhívásának, amely az empirizmus kifinomult használatára szólított fel a kontextus-tudósok tudományos elkötelezettségének középpontjában.¹³⁹ Több társadalomtudós lépett be a jogi egyetemekre és foglalkozott jogi tudományokkal, több jogtudós tanulmányozta az empirikus módszereket és megközelítéseket, és aktívabb együttműködés alakult ki a jogászok és a társadalomtudósok között.

A kontextualisták az institucionalistákkal és a behavioristákkal együtt a régi realistáktól vesznek át, de a jog és a jogi intézmények tanulmányozásában sokkal nagyobb mértékben lépnek túl a bíróságokon.¹⁴⁰ A jog és a társadalom kölcsönös kölcsönhatását tanulmányozzák, ami magában foglalja, hogy a szervezetek hogyan fogadják a jogot, és hogyan befolyásolják annak jelentését a gyakorlaton keresztül, valamint (tágabb értelemben) azt, hogy a közjog és a magánjogi gyakorlat hogyan lép dinamikus kölcsönhatásba egymással.¹⁴¹ A magánrendelkezés gyakran a közjogi rendszerre adott válaszként alakul ki, hogy megelőzze a közjog sürgősségének ítélt létrehozását, hogy új belső irányelvek és eljárások létrehozásával internalizálja a közjogot, vagy hogy alternatív vitarendezési mechanizmusok kifejlesztésével kilépjen a közjogi rendszerből. A közjog szintén gyakran a magánszférában bekövetkező fejleményekre adott válasz. Néha a közjog a magánjog állítólagos hiányosságait orvosolja; máskor a magánjog (például a *lex mercatoria*), az üzleti szokások és az üzleti intézményi fejlesztések (például az alternatív vitarendezés) nemzeti törvényekbe, rendeletekbe és intézményi gyakorlatokba kodifikálja. A jogértelmezés és a jogérvényesítés hatással van az öko- nomikus viselkedésre; a szervezeti viselkedés, beleértve az üzleti internalizációs gyakorlatokat is, viszont hatással van a közjogra.¹⁴² Az egyik (közjog) nem érthető meg a másik nélkül (magánjogi rendezés).

JOHN HENRY SCHLEGEL, AMERIKAI JOGI REALIZMUS ÉS EMPIRIKUS TÁRSADALOMTUDOMÁNY 8 (1995) (a jogi realizmusra összpontosítva abból a szempontból, hogy mit *tettek* ezek a tudósok, beleértve "egyes realisták kísérleteit az empirikus társadalomtudományra", szemben azzal, hogy mit gondoltak jogtudományi szempontból).

¹³⁷ Lásd a 136. lábjegyzetben hivatkozott forrásokat.

¹³⁸ Lásd általában Heise, 3. lábjegyzet.

¹³⁹ Lásd Friedman, 64. lábjegyzet, 776-80. o.; Garth & Sterling, 64. lábjegyzet, 409-14. o.; Trubek, 64. lábjegyzet, 6. o.

¹⁴⁰ Lásd általában Macaulay, *New Versus the Old*, 46. lábjegyzet.

¹⁴¹ Lásd Edelman & Suchman, *Supra* 97. lábjegyzet, 963. o.; Gregory C. Shaffer, *How Business Shapes Law: A Socio-Legal Framework*, CONN. L. REV. (megjelenés: 2009) (kézirat 3-5. o., elérhető a <http://papers.ssrn.com/abstract=1426302> oldalon); Robin Stryker, *Mind the Gap: Law, Institutional Analysis and Socioeconomics*, 1 SOCIO-ECON. REV. 335, 342 (2003).

¹⁴² Lásd a 94-97. lábjegyzeteket és a kísérő szöveget. A magánjogalkotás, a magánjogi rendszerek és a magánrendelkezés témakörében született, egyre szaporodó munkákból lásd

általában: LEON

E. TRAKMAN, *THE LAW MERCHANT: THE EVOLUTION OF COMMERCIAL LAW* (1983) (a kereskedelmi és a jogi gyakorlat közötti kölcsönös függőséget javasolja az üzleti jogban); Alan

Az institucionalistáknak szintén vannak előzményei a régi jogi realisták között. Az intézményi közgazdászok olyan intellektuális elődök munkájára építettek, mint Robert Hale és John Commons.¹⁴³ Hale közgazdász volt, aki a Columbia jogi karára költözött, ahol megkérdőjelezte a laissez-faire közgazdaságtant és annak jogi megtestesüléseit, és támogatta a progresszív politikai reformokat.¹⁴⁴ Commons nagyrészt a Wisconsin Egyetemen dolgozott, ahol olyan gondolatokat dolgozott ki, amelyek az intézményes jog és közgazdaságtan alapjává váltak, és "elméleti kihívást fogalmazott meg a klasszikus gazdasági elmélettel és annak laissez-faire gazdaságpolitikájával szemben".¹⁴⁵ Emellett "a kormány progresszív beavatkozására szólított fel a gazdasági életben", különösen a munka védelmét hangsúlyozva.¹⁴⁶

Hasonlóképpen, az új kormányzás teoretikusainak előfutárai Dewey és jogi-realista követőinek kísérletező szellemiségében találhatóak.¹⁴⁷ Frank bíró például kísérletező szellemben írt a New-Deal kon- textusban, azt állítva, hogy "azok, akik (akár bevallottan, akár nem bevallottan) szimpatizálnak a kísérleti jogtudományokkal, könnyűnek találták, hogy az 'új megállapodásért' dolgozzanak. . . Ennek megfelelően a kísérletező kedvűeket ösztönzi a lehetőség, hogy segítsenek új kormányzati ügynökségek kitalálásában, amelyeket kísérleti jelleggel a jobb eredmények elérésének eszközeiként használnak."¹⁴⁸ Az új kormányzás tudósai (fontos), hogy tekinteteket be-

Schwartz & Robert E. Scott, *The Political Economy of Private Legislatures*, 143 U. PA. L. REV. 595 (1995) (az ALI és az NCCUSL tanulmányozása); David V. Snyder, *Private Lawmaking*, 64 OHIO ST. L.J. 371 (2003) (a magánjellegű jogalkotás elterjedtségének vizsgálata). Egy korábbi tanulmányt lásd általában Stewart Macaulay, *Private Government, in LAW AND THE SOCIAL SCIENCES* 445 (Leon Lipson & Stanton Wheeler szerk., 1986).

¹⁴³ Lásd DUXBURY, 136. lábjegyzet, 107-08. pont. Lásd általában BARBARA H. FRIED, THE PRO-GRESSIVE ASSAULT ON LAISSEZ FAIRE: ROBERT HALE AND THE FIRST LAW AND ECONOMICS MOVEMENT (1998) (Hale kulcsszerepének leírása).

¹⁴⁴ Barbara H. Fried, *Hale, Robert Lee*, in THE YALE BIOGRAPHICAL DICTIONARY OF AMERICAN LAW? 243, 243 (Roger K. Newman szerk., 2009).

¹⁴⁵ Katherine V.W. Stone, *John R. Commons and the Origins of Legal Realism; Or, the Other Tragedy of the Commons*, in 2 TRANSFORMATIONS IN AMERICAN LEGAL HISTORY: ESSAYS IN HONOR OF PROFESSOR MORTON J. HORWITZ (Daniel W. Hamilton & Alfred L. Brophy eds., megjelenés előtt 2009) (13. o., elérhető a <http://ssrn.com/abstract=1311461> oldalon); lásd MERCURO & MEDEMA, *supra* note 6, 214-21. o. (Commons-t alapító alaknak nevezi, és értékeli az "alternatív jogi struktúrák gazdasági hatását", és így az intézmények központi szerepét). Commons számos műve közé tartozik JOHN R. COMMONS, THE DISTRIBUTION OF WEALTH (1893); JOHN R. COMMONS, INSTITUTIONAL ECONOMICS: ITS PLACE IN POLITICAL ECONOMY (1934); JOHN R. COMMONS, LEGAL FOUNDATIONS OF CAPITALISM (Univ. of Wis. Press 1957) (1924).

¹⁴⁶ Stone, 145. lábjegyzet, 13. pont.

¹⁴⁷ Lásd *pl.* JOHN DEWEY, DEMOCRACY AND EDUCATION: AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF EDUCATION 144 (1916) ("[I]t only in experience that any theory has vital and verifiable significance. . . . [Egy] elméletet a tapasztalattól függetlenül még elméletként sem lehet határozottan megragadni."); John Dewey, *Logical Method and Law*, 10 CORNELL L.Q. 17, 27 (1924) ("[I]nfiltration into law of a more experimental and flexible logic is a social as well as an intellectual need.")

¹⁴⁸ Jerome N. Frank, *Experimental Jurisprudence and the New Deal*, Address Before

the Senate of the United States, *in* 78 CONG. REC. 12412, 12413 (1934).

a szövetségi ügynökségeken és bíróságokon kívül, de az ő tudományuknak vannak párhuzamai a régi jogi realista precedensekben.¹⁴⁹

Végül, a jogalany-elméleti teoretikusok azt remélik, hogy az állam új elméletét építhetik fel a köz- és a magánszféra megkülönböztetésének hamis dichotómiájából, egy olyan koncepcióból, amelyet a jogi realisták először támadtak meg frontálisan, amikor a common law szerződés- és tulajdonságot a munka világában alkalmazták. Ezek az elméletalkotók munkájukat a "tény" és a "jog" jogi konstrukciónak kritikus ismeretelméleti kihívásaira alapozták. Ma már jobban tudatában vagyunk annak, hogy a "tény" bemutatása különböző mértékben tükrözi a társadalmilag konstruált, szubjektív, normatív elemet, még a feltett kérdések megfogalmazásában is.¹⁵⁰ Azzal is jobban tisztában vagyunk, hogy ezek az előadások viszont a társadalmi dinamikába játszanak bele, a hierarchia és a hatalom dimenzióival együtt.¹⁵¹ De itt is könnyen találunk előzményeket Frank bíró munkájában, aki azt írta: "A bíróság tényei nem "adatok", nem valami "adott"; nem várnak valahol készen arra, hogy a bíróság felfedezze, "megtalálja" őket."¹⁵² És így ma a jogi szubjektum és az antidominancia perspektívájából dolgozó institucionalisták hangsúlyozzák, hogy nemcsak a tényeket, hanem magát az identitást is a nyilvános és magán intézményi normák és gyakorlatok alakítják.

III

VÁLASZOK A NEOKLASSZIKUS JOG ÉS KÖZGAZDASÁGTAN ÚJ FORMALIZMUSÁRA

A régi realizmushoz hasonlóan az új realizmus is elutasítja a formalizmust, és megállapítja, hogy a racionalizmus nem elégséges; az elméletek szükségesek, de elégtelenek a jog hatókörének és törekvéseinek magyarázatához.¹⁵³ És, akárcsak a régi realizmus,

¹⁴⁹ Lásd pl. , Lobel, *Supra* note 49, 344. o.

¹⁵⁰ Lásd általában Gordon, *Histories*, *supra* 67. lábjegyzet (túlmutatva a formalizmus mint legitimitáció kritikáján, és kritizálja a jogi realistákat funkcionalizmusuk, az elkerülhetetlenség feltételezése és az ezzel járó uralom iránti vakság miatt). Egy "kritikusabb" új jogi realista perspektívához lásd általában Arthur F. McEvoy, *A New Realism for Legal Studies*, 2005 WIS. L. REV. 433 (2005). E kérdések filozófiai vizsgálatához lásd általában JOHN R. SEARLE, *THE CONSTRUCTION OF SOCIAL REALITY* (1995). Vö. David M. Trubek & John Esser, "Critical Empiricism" in *American Legal Studies: Paradoxon, program vagy Pandora szelencéje?*, 14 LAW & SOC. INQUIRY 3, 39-40 (1989) (az "egyetemes szcientizmus" elutasítása); William C. Whitford, Review Symposium Comment, *Critical Empiricism*, 14 LAW & SOC. INQUIRY 61, 61-65 (1989) (megjegyezve, hogy a cél a pontosság esélyének növelése).

¹⁵¹ Lásd pl. Rubin, *Supra* note 48, 1401. o. ("Ahogy Horkheimer és Adorno, a Frankfurti Iskola alapítói megfigyelték, a semlegességre vonatkozó állítások célja a hatalom gyakorlásának elfedése, egy olyan áltudományos módszertan kommunikálása, amely megakadályozza, hogy az emberek érzékeljék a lázadás vagy az ellenvélemény lehetőségét."); Elizabeth Warren, *The Market for Data: The Changing Role of Social Sciences in Shaping the Law*, The Thirteenth Thomas E. Fairchild Lecture (2001. november 2.), in 2002 WIS. L. REV. 1, 7-8 (a hiteliparnak a csódtörvénykönyv átalakítására gyakorolt hatását tárgyalva).

¹⁵² FRANK, *COURTS*, *supra* 29. lábjegyzet, 23. o.; lásd még FRANK, *MODERN MIND*, *supra* 29.

lábjegyzet, 115 n.6. o. ("A bírák, mint tudjuk, sokkal inkább különböznek egymástól a "ténykérdésekben", mint a "jogi kérdésekben".").

¹⁵³ Vö. Macaulay, *New Versus the Old*, 46. lábjegyzet, 391-92. pont.

a táborok eltérnek egymástól. Egyes tudósok a jogot feloldják a politikában, a szociológiában vagy a pszichológiában, mások pedig valami proaktívabbat keresnek, és a jogot az emberi irracionálásra való tekintettel alakítják át, vagy újragondolják az államot és az emberi kiszolgáltatottságra adott válaszát. A régi realizmussal ellentétben azonban az új re- alizmus formalista ellenfele nem a doktrinalizmus.¹⁵⁴ Az új realizmus inkább a neoklasszikus jogot és közgazdaságtant tekinti elsődleges formalista ellenfelének. Az új realizmus alternatívákat kínál a neoklasszikus jog és öko- nomika ítélkezési, individuum-, politika- és államelméleteivel szemben. Ebben a részben ezt a szellemi választ vizsgáljuk meg.

Brian Tamanaha, többek között, hasznosan kategorizálta a formalizmust két változat szempontjából: (i) a jog leíró és előíró elmélete, amely racionálisan szervezett elvek komplexumán alapul, amelyeket deduktív módon lehet és kell alkalmazni bármely tényálláshoz; és (ii) a jog szabályhoz kötöttként való felfogása, amely szerint a bírák egy jogállami rendszer részeként szabályokat alkalmaznak a tényekre, függetlenül az egyes esetek következményeitől.¹⁵⁵ A neoklasszikus jog és közgazdaságtan az első értelemben vett formalizmus új változataként értelmezhető, amennyiben koherens elveket (hatékonyság és vagyonmaximalizálás) fogalmaz meg, amelyek objektíven és deduktívan alkalmazhatók a jog minden területén bármely tényállásra.¹⁵⁶ Mint ismét hangsúlyozzuk, Posner bíró felismerte ezt, amikor azt írta, hogy "[a] jog gazdasági elemzése egy realista [azaz instru- mentalista] alapra emelt formalista építmény."¹⁵⁷ Hasonlóképpen, magán a közgazdaságtanon belül "a formalizmust az ortodox közgazdaságtan absztrakt deduktív érvelésének tekintették

¹⁵⁴ A common law és a formalizmus viszonya a Lochner-korszakhoz (amelyben a szövetségi bíróságok különböző alkotmányos indokok alapján megsemmisítették a törvényeket) összetettebb, mint a szokásos nézet, de joggal mondhatjuk, hogy a Lochner-korszak alkotmányos doktrínáját átítták a rendőrségi hatalomról és annak korlátairól szóló common law-i elképzelések, olyan elképzelések, amelyek a közveszélyesség common law-i fogalmához kapcsolódnak, és amelyeket a közveszélyesség common law-i fogalma korlátoz. *Lásd* Nourse, *Supra* note

38. A régi formalizmus a doktrinalizmuson alapult, és az ilyen régi formalista doktrína, különösen az alkotmányos doktrína, nagyrészt mentes volt az ítélkezésről szóló elméletalkotástól. *Lásd általában* Nourse, *supra* note 39. A régi jogi realisták és közvetlen elődeik általában a common law-t a reakciós doktrínával hozták összefüggésbe. *Lásd általában* Pound, *supra* 133. lábjegyzet; Tamanaha, *supra* 11. lábjegyzet (a formalista-realista di- vide jogtudományi szempontból történő túlértékeléséről).

¹⁵⁵ *Lásd* Tamanaha, *Supra* 11. lábjegyzet, 2. és 4. fejezet; vö. ADRIAN VERMEULE, JUDGING UNDER UN- CERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION 5 (2006) ("[W]e may distinguish two senses of formalism. Az elsőben a formalizmus arra a kísérletre utal, hogy a jogi szabályokat olyan érthető lényegekből, mint "a szerződések természete" vagy "a jogállamiság", vezessük le, miközben kizárjuk az erkölcsi és politikai megfontolásokat. Egy

másik értelemben azonban,

formalizmus egy szabályhoz kötött döntéshozatali stratégiára utal. [amely] csak akkor

igazolható, ha

empirikus okokból, sőt, következetességi okokból"). *Lásd általában* Grey, *Formal- ism,*

supra note 13 (kiváló áttekintést és értékelést nyújt az "új formalizmus" fajtáiról).

¹⁵⁶ Az ilyen érvelés természetesen nem korlátozódik a jogra és a közgazdaságtanra, hanem az analitikus filozófia nagy részét is jellemzi. Mégsem a rawlsiánusok azok, akik például hatalomra kerültek a

Az elmúlt évtizedek amerikai intézményei, és így nem a rawlsiak állnak az új jogi realista kihívás középpontjában. *Vö.* ERNST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* 22-55 (1995) (a magánjogi formalizmus Ernest Weinrib által kidolgozott változatának részletezése).

¹⁵⁷ POSNER, *supra* note 18, 24. o.

elemzés, amely az általánosan érvényes érveket trónoltatta; passzív, racionális, haszonmaximalizáló viselkedést feltételezett; és túlzott aggodalmat mutatott az összehasonlító statika egyensúlyi helyzete iránt. ¹⁵⁸Olyan tudósok, mint Frederick Schauer,¹⁵⁹ Adrian Vermeule,¹⁶⁰ és Antonin Scalia bíró¹⁶¹ a formalizmus második értelmét hangsúlyozták, bár Scalia bíró és Vermeule bíró is vitathatóan jelentős mértékben a neoklasszikus jog- és közgazdaságtani gondolkodás hatása alatt áll. A két változat tehát gyakran átfedésben van, különösen azért, mert a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan tudósai azt állítják, hogy a világos szabályok nagyobb jogbiztonsághoz, kiszámíthatósághoz és hatékonysághoz vezetnek a piaci tranzakciókban.

Az új jogi realisták elsődleges célpontja a neoklasszikus jog- és közgazdaságtanba ágyazott formalizmus első felfogása. ¹⁶²Van némi ironia ebben a kihívásban, mert egyesek azt állították, hogy a jog és öko- nomika "realista" vállalkozás, mivel elutasítja a formális, önmagába záródó doktrinalizmust. Brian Leiter például realistáknak nevezte a jog- és közgazdaságtannal foglalkozó tudósokat abban az értelemben, hogy a régi realistákhoz hasonlóan elutasítják azt a bealista felfogást, miszerint a doktrína elégséges és autonóm, és deduktív érvelés útján jön létre. ¹⁶³A doktrinalizmus elutasítása azonban nem jelenti azt, hogy a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan nem formalista; ez formalizmus instrumentalista alapon. A neoklasszikus jog- és közgazdaságtan a formalizmus első változatát támogatja, de a második változatot csak akkor, ha az a vagyonszükséglet maximalizálás instrumentalista célját szolgálja. Az 1. táblázat összefoglalja az új és a régi formalizmus közötti különbséget.

Az új realisták szerint a neoklasszikus elmélet a feje tetejére állítja a realizmust. Azt állítják, hogy a neoklasszikus elmélet a valós tények és intézményi folyamatok helyett inkább hipotetikus végállapotokat keres (jólét- vagy jólétmaximalizálás), amelyeket leegyszerűsített feltételezésekből vezetnek le. Az új realisták elismerik, hogy az új formalizmus különbözik a régitől instrumentalista gyökerei miatt, de azt állítják, hogy az új formalizmus a tizenkilencedik század végének régi doktrinális formalizmusához hasonló következtetésekre jut. Ez a tendencia leginkább abban érhető tetten, ahogyan az új formalizmus átveszi a közösségi jogot, és ezt az átvételt nem a doktrinális autonómiával indokolja.

¹⁵⁸ MERCURO & MEDEMA, *Supra* note 6, 209. o. (kiemelés kihagyva).

¹⁵⁹ *Lásd* Frederick Schauer, *Formalism*, 97 YALE L.J. 509, 510 (1988).

¹⁶⁰ *Lásd* VERMEULE, *Supra* 155. lábjegyzet, 289. o. (a szövegszerűség mellett érvel a bírósági értelmezésben az intézményi kapacitás és a rendszerszintű hatások alapján, és arra a következtetésre jut, hogy a bírónak "a szabályokhoz kötött, viszonylag rugalmatlan döntéshozatali magatartást kell tanúsítaniuk, kis számú értelmezési eszközt használva, és az ügynökségekre és a jogalkotókra hagyatkozva, ha a szövegek nem egyértelműek és konkrétak").

¹⁶¹ *Lásd* általában SCALIA, *Supra* note 40; Scalia, *Supra* note 40 (a bíróságok által alkotott jog feltárása).

¹⁶² *Lásd* Dagan, *Supra* 26. lábjegyzet, 618. o.; Leiter, *Supra* 136. lábjegyzet.

¹⁶³ Lásd Brian Leiter, *Létezik-e "amerikai" jogtudomány?*, 17 OXFORD J. LEGAL STUD. 367, 381 (1997) (azzal érvelve, hogy a jog- és gazdaságtudósok realisták). Joseph Henry Beale a Harvard Law School egyik vezető tudósa volt a huszadik század elején, akit gyakran a formalizmus példaképeként jellemeznek.

ÚJ KONTRA RÉGI FORMALIZMUS

	Régi formalizmus	Új formalizmus
Egyéni	Autonóm	Autonóm
Állam	Laissez-Faire	A piac állapota
Tanítás	Közös jog	Közös jog
Ösztöndíj	Tantételek	A neoklasszikus jog és az öko- nomika
Kulcsfogalmak	Tanítás	Hatékonyság Jólét

omia, hanem a hatékonyság. Ahogy Posner bíró írta: "[A]z általános jog nem pusztán árképzési mechanizmusként értelmezhető a legjobban, hanem olyan árképzési mechanizmusként, amelynek célja az újraforrások hatékony elosztása, a Kaldor-Hicks-féle hatékonyság értelmében."¹⁶⁴ Nicholas Mercurio és Steven Medema a közgazdaságtanról és a jogról szóló áttekintésükben így azt is megállapítják, hogy a neoklasszikus jog és közgazdaságtan "a common law hatékonyságáról szóló irodalom több mint futó hasonlóságot mutat a doktrinalizmussal, és bizonyos tekintetben úgy működik, mint a chicagói iskola kísérlete a formalizmushoz és az autonóm jogi gondolkodáshoz való visszatérésre "¹⁶⁵.

Ahogyan a régi doktrinális formalisták a common law-t részesítették előnyben és félték a jogalkotástól, úgy az új formalisták is olyan törvényértelmezési elméleteket alkottak, amelyek a common law-t részesítik előnyben, és a törvények hatályát szűkítik, hogy korlátozzák "területüket".¹⁶⁶ A régi formalistákhoz hasonlóan az új formalisták is úgy látják, hogy a törvények a politikát, nem pedig a jogot tükrözik. ¹⁶⁷ A régi formalistákhoz hasonlóan az új formalisták is megkísérlik korlátozni a törvények hatókörét a bírói beavatkozás révén, de most már instrumentalista alapon teszik ezt, gyakran a közválasztás-elméletnek a politikai folyamat elértéktelenedéséről alkotott felfogásának fényében. ¹⁶⁸ Ez a két mozzanat összekapcsolódik. Ahogy Mercurio és Medema megjegyzi,

¹⁶⁴ Richard A. Posner, *The Law and Economics Movement*, 77 AM. ECON. REV. 1, 5 (1987).

¹⁶⁵ MERCURIO & MEDEMA, 6. sz. lábjegyzet, 120. o.

¹⁶⁶ A jogszabály-értelmezésről lásd általában Easterbrook, *Supra* 42. lábjegyzet; az alkotmányértelmezés mechanikus megközelítésének a public choice teoretikusok általi előírásáról lásd például: 7 THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN: THE LIMITS OF LIBERTY: BETWEEN ANARCHY AND LEVIATHAN 89 (1975) (kifejtve, hogy a választás alkotmányos szakaszában "[a] résztvevők megállapodnak az egyéni jogok vagy követelések olyan struktúrájában, amelyet érvényesíteni kell, és a jogsértés csak a tényállás megállapítását és a szankciók automatikus alkalmazását igényli"). A formalizmus egy másik (neoklasszikus jogi és közgazdasági gyökerekkel rendelkező) változatáról, amelyet mind a jogszabály-, mind az alkotmányértelmezésre alkalmaznak, lásd a 177-82. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.

¹⁶⁷ Lásd pl. Frank H. Easterbrook, *The Supreme Court 1983 Term-Foreword: The Court and the Economic System*, 98 HARV. L. REV. 4, 14-17 (1984) (a státutumokat mint a versengő érdekcsoportok bérleti díjra törekvő termékét tárgyalja).

¹⁶⁸ *Lásd id.* 15. o.; *lásd még* RICHARD A. POSNER, THE FEDERAL COURTS: CHALLENGE AND REFORM 285-90 (2d prtg. 1999). A közválasztás-elmélet alapjairól a neoklasszicizmusban.

az a nézet, "hogy a common law hatékony, ideológiai akadályként szolgál a törvényes jog általános előmozdítása előtt".¹⁶⁹ Bár tudatában vagyunk, hogy nem minden neoklasszikus jog- és közgazdaságtudós folytat ilyen textualista olvasatot, és hogy nem minden textualista tájékozódik a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan és annak szabályozásellenes orientációja által, azt állítjuk, hogy jelentős átfedés van, ami nem véletlen,¹⁷⁰ amire az új jogi realisták választ adnak.

Az új jogi realizmus változatai a neoklasszikus jog és közgazdaságtan elleni kihívásuk mértékét tekintve eltérőek, a viselkedési közgazdászoktól kezdve, akik hajlamosak úgy tekinteni magukat, mint akik a neoklasszikus jogot és közgazdaságtant¹⁷¹ korrigálják, egészen a jogi szubjektum-elméletek teoretikusaiig, akik elutasítják a neoklasszikus jog és közgazdaságtan alapfeltevéseit.¹⁷² A különböző változatok különböző politikai kihívásokra is reagálnak, az attitűdelméletek megkérdőjelezik

cal jog és közgazdaságtan, lásd JAMES M. BUCHANAN, WHAT SHOULD ECONOMISTS DO? 17-37 (1979); GEORGE J. STIGLER, MEMOIRS OF AN UNREGULATED ECONOMIST 115 (1988). *Lásd általánosságban* DANIEL A. FARBER & PHILIP P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION (1991) (a közválasztási elmélet áttekintése).

¹⁶⁹ MERCURO & MEDEMA, *supra* note 6, 125. o.; lásd *id.* 126. o. ("[G]iven the existence of some form of market failure, society need not rely on the legislative branch to adopt regulatory statutes or bureaucratic mechanisms to remedy these problems; one all to do one need to do is rely on the common law to gener the efficient outcome."). Mercurio és Medema megjegyzi, hogy a chicagói iskola számára "a common law a *hatékonyság felé* tendál, míg a politikai folyamatok machi-nációi ... azt sugallják, hogy a státútumjog tendenciája a *hatékonyság hiánya felé mutat*". *Id.* 204. o.

¹⁷⁰ Amint azt alább megjegyezzük, Posner bíró maga is pragmatista, tehát antitextualista lett, és ezért a neoklasszikus jog és közgazdaságtan képviselői bírálták őt. De hasonlítsuk össze John Manning munkáját, aki a textualisták egyike, aki a közválasztás-elméletből kölcsönöz támpontot. *Lásd* John F. Manning, *The Absurdity Doctrine*, 116 HARV. L. REV. 2387, 2415-17 (2003); John F. Manning, *Textualism and the Equity of the Statute* 101 COLUM. L. REV. 1, 19 (2001) ("A Kenneth Arrow és mások által kidolgozott társadalmi választáseméletre támaszkodva a textualisták azzal érvelnek, hogy nehéz, ha nem lehetetlen az egyes törvényhozók preferenciáit koherens kollektív döntéssé összevonni; sőt, a jogalkotási eredmények gyakran olyan nem érdemi tényezőktől függenek, mint a bemutatott alternatívák sorrendje (napirend-manipuláció) vagy a stratégiai szavazás gyakorlata (logroll-ing)."). (lábjegyzetek kihagyva)). Érdekes módon az az elképzelés, hogy nincs kollektív jogalkotói szándék, a korai realizmus egyik alapfoglata volt. *Lásd* Max Radin, *Statutory Interpretation*, 43 HARV. L. REV. 863, 870 (1930) (kifejtve, hogy miért nem fedezhető fel a jogalkotói szándék). A neoklasszikus jog és a közgazdaságtan instrumentalizmusához hasonlóan azonban ez a lépés is a feje tetejére állítja a realizmust, mivel ezt a "realista" felismerést (nincs kollektív szándék) formalisták céljaira (a szövegekre vonatkozó deduktív érvelés igényének alátámasztására) kívánja felhasználni. Egy új realista nézet elfogadná azt a nem-tézetet, hogy nincs jogalkotói szándék, de a textualizmus ellen érvelve, mint amely éppúgy képes az értelmezési problémák determináns-deduktív megoldására, mint ahogyan a jogalkotói in-tent is képes determináns jelentéstartalmakat biztosítani: ugyanolyan könnyen válogathatunk a szövegek között, mint a barátaink között egy jogalkotási vitában. *Lásd* WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., DYNAMIC STATUTORY INTERPRETATION 13-47 (1994). *Lásd általában* Victoria F. Nourse & Jane S. Schacter, *The Politics of Legislative Drafting: A Congressional Case Study*, 77 N.Y.U. L. REV. 575 (2002) (a törvényhozás munkatársaival készített interjúk felhasználásával a jogalkotási folyamatról alkotott részletesebb képet, valamint a bírói feltételezések empirikus vizsgálatát).

¹⁷¹ *Lásd pl.* Korobkin, *Behavioral Analysis*, 54. lábjegyzet; Korobkin & Ulen, 54. lábjegyzet, 1053. lábjegyzet.

¹⁷² Lásd Fineman, *Supra* 105. lábjegyzet, 7-8. o. (kifejtve, hogy a neoklasszikus jog és közgazdaságtan jellemzően nem foglalkozik a nem számszerűsíthető közértékekkel).

a doktrína szerepe a bíróságokon, az új kormányzás tudósai a szabályozási állam kudarcainak kezelésével, az összehasonlító intézményi kutatók pedig az egyintézményi elemzés kudarcainak kezelésével, függetlenül attól, hogy az a bírósági, állami vagy piaci kudarcokra összpontosít. A neoklasszikus jog- és közgazdaságtant azonban minden esetben radikálisan elégtelennek, és így potenciálisan veszélyesnek tekintik, ha posztulátumait igazságnak tekintik. Ez a helyzet akkor állt elő, amikor az analitikus modell állítólagos "hasznossága" (amely gyakran súrlódásmentes világot feltételez az analitikus egyértelműség kedvéért) a politikai döntéshozatalban reifikálódik. A neoklasszikus jog és közgazdaságtan racionális, önkorrigáló piacokra vonatkozó érvelése igazolásul szolgál a valós életben szabályozási (vagy nem szabályozási) döntéseket hozó politikai döntéshozók és bírák számára.

Az új jogi realizmus minden fajtája közvetlenül vagy közvetve megkérdőjelezi a neoklasszikus jog- és közgazdaságtani érvelés egyes aspektusait empirikus és koncepcionális alapon. Különösen a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan gondolatrendszerének axiómáiként szolgáló feltételezéseket kérdőjelezzik meg. A viselkedési közgazdászok megkérdőjelezzik a neoklasszikus jog és közgazdaságtan racionális szereplői modelljét. Az attitűdkutatók implicit módon megkérdőjelezzik a neoklasszikus jog- és közgazdaságtani felfogást a vagyonmaximalizálás nevében történő ítélkezés hatékonyságáról.¹⁷³ A kontextualisták és az institucionalisták megkérdőjelezzik egy olyan közgazdaságtan lehetőségét, amely nem hasonlítja össze az intézményi alternatívákat és azok relatív tökéletlenségét, vagy amely nem veszi figyelembe, hogy az egyének sebezhető emberi lények, akik gyakran gyenge érvelési képességekkel rendelkeznek (bármennyire is racionálisan számítóak, amint azt a pénzügyi válság példázta), és hogy az egyének helyzete változó (így egyesek kiváltságos vagy domináns helyzetben vannak másokkal szemben). A régi jogi realistákhoz hasonlóan az új jogi realisták is célba veszik a formalista érvelés "status quo elfogultságát",¹⁷⁴ amely egykor Herbert Spencer "laissez-faire" filozófiájában és annak liberális eszméjében, majd később a neoklasszikus jog és közgazdaságtan Chicago-iskolájának ugyanezen eszme újragondolt kifejtésében is jelen volt.¹⁷⁵ A 2. táblázat összefoglaló

¹⁷³ Vö. 191. lábjegyzet

¹⁷⁴ Lásd pl. Dagan, *supra* note 26, at 618 (megjegyezve Dewey kritikáját a szillogisztikus érvelésről a jogban, amely "'a bizonyosság illúzióját kelti'", amely "'a kétségtelen és szükséges előzetes szabályok tanán'" alapul, és így "[p]rivileging-indeed, perpetuating-the status quo" (idézi John Dewey, *Logical Method and Law*, reprinted in AMERICAN LEGAL REALISM 191, 193 (William W. Dewey, *Logical Method and Law*), 191, 193 (William W. Dewey: A logikai módszer és a jog). Fisher et al. eds, 1993)). Calabresi bíró bírálta Posner bírónak a vagyonmaximalizálással kapcsolatos igazságossági koncepcióját is a statusquo elfogultsága miatt. Lásd Cala- bresi, *supra* 20. lábjegyzet, 90. o.; lásd még HEGEL ON ECONOMICS AND FREEDOM (William Maker szerk., 1987) ("A probléma Posner gazdasági igazságosságról alkotott koncepciójával az, hogy hiányzik belőle annak elismerése, hogy az embereket uralni, kényszeríteni és alkotni lehet a disztributív egyenlőtlenségekkel sújtott piacon "); Gary Minda, *Toward a More "Just" Economics of*

Justice-A Review (Az igazságosság "igazságosabb" közgazdaságtana felé - Egy áttekintés).
Esszé, 10 CARDOZO L. REV. 1855, 1865 (1989) (RICHARD DIEN WINFIELD, THE JUST
ECONOMY (1988) recenziója.

¹⁷⁵ A neoklasszikus jog és közgazdaságtan nagy része a Chicagói Egyetemen jött létre, amikor a piacok kevésbé voltak népszerűek, és követői nem voltak hatalmi pozícióban. *Lásd például*, GEORGE J. STIGLER, *Regulation: The Confusion of Means and Ends*, in THE CITIZEN AND THE

rizálja az új jogi realizmus és az új formalizmus közötti különbségeket.

ÚJ FORMALIZMUS KONTRA ÚJ REALIZMUS

	Új formalizmus	Új realizmus
Egyéni	Autonóm	Irracionalitásnak, po- litikai viselkedésnek, intézményi befolyásnak és kiszolgáltatottságnak kitéve
Állam	Piaci állam	Nincs piaci alapértelmezés az intézményi választás során
Tanítás	Közös jog szerinti mulasztás	Nincs szokásjogi mulasztás
Ösztöndíj	A neoklasszikus jog és az öko- nomika	Empirikus, multidiszciplináris, multimódszeres; magában foglalja a politikatudományt, behaviorizmust, intézményelemzést, kontextualizmust.

A.Bírálat

A régi jogi realisták rendkívül sikeresek voltak abban, hogy a formalista jogi érvelés kihívásaként radikális ítélkezési elméletet állítottak fel. Ennek az elméletnek az a központi állítása, hogy a doktrína önmagában nem képes meghatározni a kimeneteleket, és hogy a bírák a tényekre és a ténykörnyezetre reagálnak (és reagálniuk kell).¹⁷⁶ Így az új jogi realizmus minden egyes változata is ebből az alapvető állításból építkezik. Ezt azonban új módon teszik, mivel mindegyikük a "formalizmus" egy új változatára reagál - egy "textualista" változatra, amely instrumentalista érvennyel korlátozza a piacra való bírói és jogalkotói beavatkozás hatókörét.

A bírászkodásnak a neoklasszikus jog- és közgazdaságtanhoz leginkább kapcsolódó elmélete különbséget tesz a common law bírászkodás, valamint a törvényi és alkotmányos bírászkodás között. Először is, ami a common law bírászkodást illeti, a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan a piac által vezérelt hatékonyság elméletét állítja fel, amely szerint a peres felek ismételten megtámadják az ineffi

ÁLLAM: ESSAYS ON REGULATION 167, 167 (1975) ("Néhány ember valóban úgy véli, hogy szinte minden szabályozás rossz, és egy különös véletlen folytán e csoport akadémiai részének jelentős része az egyetemem [Chicago] egy mérföldes körzetében lakik."); Milton Friedman, *Schools at Chicago*, U. CHI. MAG., 1974 ősz, 11. o. ("'Chicago' a szabad piac mint az erőforrások szervezésének hatékonyságába vetett hitet, a gazdasági ügyekbe való kormányzati beavatkozással szembeni szkepticizmust jelenti"). Állítsuk szembe Fried- rich Hayek (aki szintén sokáig a Chicagói Egyetemen dolgozott) elképzelését a piacok "spontán rendjéről" az árrendszeren keresztül a piacok "spontán rendetlenségének" drámai tapasztalatával a 2008-as pénzügyi válság idején. *Lásd* F.A. HAYEK, *THE ROAD TO SERFDOM* 72-87 (50th anniversary ed. 1994) (a "spontán rend" tárgyalása).

¹⁷⁶ *Lásd* Leiter, *Supra* 36. lábjegyzet, 21-25. pont.

cient doktrína és a common-law bírák ennek megfelelően reagálnak.¹⁷⁷ A régi formalistákhoz hasonlóan a neoklasszikus jog és közgazdaságtan is felértékeli a közjogot, de nem mint eredendően helyeset vagy igazságot, hanem mint hatékonyat, amely (Posner bíró szerint) a "jólét maximalizálásához" vezet.¹⁷⁸ Ily módon a neoklasszikus jog és közgazdaságtan ismét a piac és a magánrendezés intézményi preferenciáját állítja a közigazgatási állam beavatkozásával szemben. Másodsor, és ezzel párhuzamosan, ami a törvény- és alkotmányértelmezést illeti, a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan tudósai és bírái gyakran fordulnak a textualizmus és annak szigorú konstrukciós változata felé.¹⁷⁹ A textualisták azt állítják, hogy a bírákat visszatartja a politizált "törvényalkotástól", ha szorosan a szöveghez ragaszkodnak.¹⁸⁰ Ahogy Easterbrook bíró írta, a státutumok területét egyrészt azért kell szűkíteni, mert a bírák általi jogalkotás qua jogalkotás nem számonkérhető, másrészt pedig azért, mert az ilyen jogalkotás libertárius szempontból nem hatékony.¹⁸¹ A törvények hatáskörének korlátozása azt eredményezi, hogy a piacot mint a társadalmi interakciók szabályozására szolgáló intézményi választást előnyben részesítik, és a piacot al-

¹⁷⁷ Kiváló áttekintésért lásd általában Francesco Parisi, *The Efficiency of the Common Law Hypothesis*, in 2 THE ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC CHOICE 195 (Charles K. Rowley & Friedrich Schneider szerk., 2004). Az alapozó és a kapcsolódó cikkeket lásd Posner, *Supra* note 164. Lásd általában George L. Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, 6 J. LEGAL STUD. 65 (1977) (azzal érvelve, hogy a common law a hatékonyság felé tendál); Paul H. Rubin, *Common Law and Statute Law*, 11 J. LEGAL STUD. 205 (1982) (a common law és a státutumjog hatékonyságának vizsgálata az érdekcsoportok szerveződésének költségeiben bekövetkezett változások alapján); Paul H. Rubin, *Why is the Common Law Efficient?*, 6 J. LEGAL STUD. 51 (1977) (bemutatja, hogy a common law hatékonysága és a bíróságok igénybevitelére vonatkozó döntés a jogviták rendezésére összefügg). A hatékonysági hipotézis pozitív és normatív kritikáját lásd: DUXBURY, *Supra* 136. lábjegyzet, 411. o.

¹⁷⁸ Lásd DUXBURY, *Supra* 136. lábjegyzet, 414. o. ("[M]odern Chicago és a Chicagó-inspirált jog- és közgazdászok a magánügyek rendezésének rendszereként egyértelműen a common law-t részesítik előnyben a státutumjoggal szemben. [O]nkább a common law-t részesítik előnyben, mint a magánjogi elrendelését, mert tény, hogy a státutumjoggal ellentétben azt inkább a vagyonmaximalizálás etikája vezérli."). Hasonlóképpen, a Lochner-korszakban az olyan szokásjogi elvek, mint a kellemetlenség, strukturálták a közhatalom alkotmányjogi korlátait, és a jogászok igyekeztek a szokásjogi elveket, például a szerződéskötéshez való jogot az államhatalom jelentős korlátjaként használni (még akkor is, ha ezek a munkaügyi kontextuson kívül nagyrészt kudarcot vallottak). Lásd pl., Nourse, *Supra* note 38, 126-27. o.

¹⁷⁹ Az alkotmányértelmezésben azonban az úgynevezett textualista bírák meglehetősen beavatkozásként tudnak lenni, mint például Scalia bíró a tulajdonjog "elvételének" kérdésében. Lásd pl., KOMESAR, *LAW'S LIMITS*, *supra* note 88, 91. o., 91. o.

¹⁸⁰ Lásd pl., SCALIA, *Supra* 40. lábjegyzet, 17-25. o. (azzal érvelve, hogy "a szöveg a törvény", és hogy a textualizmustól való eltérés oda vezethet, hogy a bíró azon az alapon hoz döntést, amit a bíró szerint a törvény szövegének jelentenie kellene).

¹⁸¹ Easterbrook bíró írja,

Javaslatom az, hogy amennyiben a jogszabály nem ruházza fel egyértelműen a bíróságokat a common law egy formájának létrehozására és felülvizsgálatára, a jogszabály hatályát azokra az esetekre kell korlátozni, amelyeket az alkotók előre láttak, és amelyeket a jogalkotási folyamat során kifejezetten megoldottak. Hacsak a jogszabályra hivatkozó fél nem tudja bizonyítani a felülvizsgálatra vonatkozó szokásjogi hatáskör kifejezett meghatározását vagy létrehozását, a bíróság a kérdéses ügyet a jogszabály

hatályán kívül esőnek tekinti. A jogszabály irrelevánssá válna, a felek (és a bíróság) pedig visszautasítanák az esetlegesen alkalmazandó egyéb jogforrásokat.

Easterbrook, *Supra* 42. lábjegyzet, 544. lábjegyzet.

elsősorban a hagyományos szokásjogi doktrínák (mint például a kellemetlenség), nem pedig a törvényi vagy közigazgatási szabályozás.¹⁸²

Vermeule a formalizmusnak egy igen kifinomult változatát nyújtja, amely az új realizmus felé mutat (például összehasonlító intézményi és empirikus elemzést sürget), de végül a "sallangmentes" textualizmust részesíti előnyben.¹⁸³ Vermeule a formalizmus szisztematikus alkalmazását írja elő a bírói értelmezésben egy sor olyan lépést követően, amely a döntésemlethez, a racionális választásnak a neoklasszikus jog és közgazdaságtan alaptételein nyugvó ágához vezet.¹⁸⁴ Először is, Vermeule abból az újrealista előfeltevésből indul ki, hogy az alkotmány- és törvényértelmezés megfelelő megközelítése az összehasonlító intézményi és empirikus megközelítés. Ezt a megközelítést két változóhoz köti: "az értelmezők képességei és ... az értelmezési megközelítések rendszerszintű hatásai"¹⁸⁵. Másodsor, Vermeule elismeri, hogy empirikus munkák születtek a különböző értelmezési módszerek hatásáról. William Eskridge munkáját idézi, amely azt mutatja, hogy a bírói felülbírálatok nagyobb valószínűséggel fordulnak elő, ha a bírák formalista "plain meaning" döntéseket hoznak, ami azt jelzi, hogy a formalista értelmezések nagyobb valószínűséggel mondanak ellent a kongresszusi célnak, és ezért "többségellenesek".¹⁸⁶ Harmadsor, Vermeule elutasítja az ilyen empirikus munkát, bár "a rendelkezésre álló legjobbak közé tartozik", egy sor okból, amelyek közül a legfontosabb, hogy "a kompozíció tévedésében szenvednek: az a feltételezés, hogy az esetek egy részhalmazára igaz jellemző igaz lesz, ha az összes esetre általánosítják."¹⁸⁷ Negyedszer, nem kínál saját empirikus munkát vagy empirikus elemzést, hanem inkább úgy találja, hogy az empirikus munka általában nem tud segíteni a bíróságoknak a "transz- tudomány" problémája miatt; vagyis azt állítja, hogy az értelmezési de- bátumok megoldása "elvben empirikus, de a gyakorlatban megoldhatatlan."¹⁸⁸ Így ötödször a döntésemlelet logikájához és a "sec- ond-best" elméletéhez fordul, amely szerint a racionális döntéshozók maximalizálják az ex-

¹⁸² Lásd RICHARD A. EPSTEIN, SIMPLE RULES FOR A COMPLEX WORLD 134 (1995) ("[C]onfine the ends of the police power to common law nuisances").

¹⁸³ Az újrealista válaszhoz lásd William N. Eskridge, Jr., *No Frills Textualism*, 119 HARV. L. REV. 2041, 2046 (2006) (a VERMEULE, *supra* note 155-öt recenzálva) (megállapítva, hogy Vermeule könyve "ügynökségi nirvánában" szenved). Eskridge azt állítja, hogy "[a] jogszabály-értelmezés intézményes költség-haszon elemzésre való redukálása azzal fenyeget, különösen a büntetőügyekben, hogy elaltatja a közvélemény-kutatás egy olyan színterét, amely könyörtelenül erkölcsi, normatív és társadalmilag konstitutív". *Id.* at 2051.

¹⁸⁴ See DOUGLAS G. BAIRD ET AL., GAME THEORY AND THE LAW 46 (1994) ("[G]ame theory osztozik a klasszikus közgazdaságtannal az alapfeltételeiben.").

¹⁸⁵ VERMEULE, , 155. sz. jegyzet, 2. o.

¹⁸⁶ *Id.* . 159-61. o. (idézi William N. Eskridge, Jr., *Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions*, 101 YALE L.J. 331 (1991)).

¹⁸⁷ *Id.* . 161.

a bizonytalanság és a kapacitáskorlátok fényében.¹⁸⁹ Ezek alapján arra a következtetésre jut, hogy

a bírának szorosan ragaszkodniuk kell a világos és konkrét szövegek felszíni vagy szó szerinti jelentéséhez, határozottan elutasítva e szövegek kiigazítását a bírának a törvényi célokra, a jogalkotók vagy a jogalkotók szándékaira vagy értelmezésére, a közértékekre és normákra vagy az általános méltányosságra vonatkozó elképzeléseire való hivatkozással. Ahol a szövegek önmagukban kétértelműek, a jogrendszer akkor jár a legjobban, ha a bírák más intézményekre ruházzák e szövegek értelmezésének hatáskörét. . . [mint például] a közigazgatási szervek . . . [vagy] a törvényhozás.¹⁹⁰

Az új jogi realisták több szempontból is ellenálltak az ítélkezés új-formalista elméleteinek, még ha nem is jutottak egységes elmülethez. Az attitűdvédők szerint a formalizmus a bírák ideológiája miatt soha nem lehet elégséges a bírák korlátozására.¹⁹¹ Ez a pont olyan régi, mint maga a realizmus, de az attitudinalisták új kontextusban, új módszertanok segítségével vizsgálják. Ha adataik helyesek, akkor sem a szöveg, sem a szokásjogi folyamat dinamikája nem korlátozza a bírákat, ahogy azt a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan megjósolná.¹⁹² Ehelyett az attitűdökkel foglalkozó szakemberek számára a bíraskodást elsősorban (vagy, a tudóstól függően, legalábbis jelentős részben) a politikai hajlam határozza meg. A behavioristák álláspontja valami sokkal alkalmazkodóbbat feltételez. Egyrészt a bírának az egyéni viselkedés tényleges mintáira kell reagálniuk, szemben az általános racionalitás feltételezésével; másrészt a bírák is vakfoltokkal rendelkező emberek, és így kiszámítható kognitív kudarcokat mutatnak.

¹⁸⁹ *Id.* 80-81. o. (az értelmezés második legjobb beszámolójának tárgyalása); *lásd id.* 171. o. (a bizonytalanság alatti döntésmélet tárgyalása). Vermeule emellett tárgyalja és alkalmazza a cost-benefit elemzést, az "elégtelen indok elvét", a "maximin-kritériumot", a világos szabály "kiválasztásának" fontosságát, valamint a "gyors és takarékos heurisztikák" kívánatos voltát. *Id.* at 171-81.

¹⁹⁰ *Id.* 4. pont.

¹⁹¹ *Lásd fentebb* I.A.2. rész; *lásd még* Thomas M. Keck, *Party Politics or Judicial Independence? The Regime Politics Literature Hits the Law Schools*, 32 *LAW & SOC. INQUIRY* 511, 528 (2007) (recenzió: MICHAEL J. KLARMAN, FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS: THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY (2004); JEFFREY ROSEN, THE MOST DEMOCRATIC BRANCH? HOW THE COURTS SERVE AMERICA (2006); MARK TUSHNET, A COURT DIVIDED: THE REHNQUIST COURT AND THE FUTURE OF CONSTITUTIONAL LAW (2006)) ("A jogtudósok és a politológusok régóta vitatkoznak arról, hogyan kell megérteni a bírói döntéshozatalt. Az egyik iskola, a formalistáké, azt állítja, hogy a bírák a jogforrások értelmezésével döntenek az ügyekben. Egy másik iskola, a realisták vagy attitűdökkel foglalkozók iskolája azt állítja, hogy a bíróságok értelmezése elsősorban a bírák személyes értékrendjét tükrözi." (idézi a KLARMAN, *fenti*)).

¹⁹² Igaz, hogy itt törvényekről és közigazgatási rendeletekről van szó, nem pedig a szokásjogról. A törvényi rendelkezések és a rendeletek azonban gyakran meglehetősen nyílt végűek, és idővel változatlanok maradnak, így a bírák a precedensekre építve a common law érvelés formáit alakítják ki. Vegyük a következő három példát: Az 1890-es Sherman Antitröszt törvény I. és II. szakasza; a SEC 10b-5 szabálya, 17 C.F.R. § 240.10b-5

(2008); és az 1964-es polgárjogi törvény VII. címe. A törvényi vagy rendeleti szöveg önmagában sokkal kevésbé ad iránymutatást a törvény jelentését illetően a konkrét jogvitákra való alkalmazás tekintetében, mint az idővel kialakult megfelelő joggyakorlat.

ures.¹⁹³ Ahogy Christoph Engel és Gerd Gigerenzer írja, a viselkedési jog és közgazdaságtan heurisztikáinak használata "azokra vonatkozik, akik a jogot alkotják és alkalmazzák, valamint a közvéleményre, akikre a jog vonatkozik"¹⁹⁴ Ha a viselkedéskutatók lennének a felelősök, ragaszkodnának ahhoz, hogy a jogi dokumentációnak és az ítélezésnek figyelembe kell vennie a racionalitás ezen előre látható hibáit, és hogy az ilyen hibák figyelembevétele nélkül a szöveg értelmezése vagy a hatékonyságra való törekvés nem vezethet racionális, még kevésbé optimális eredményekhez.¹⁹⁵

A kontextualisták különösen élesen támadják a textualizmust és az első elvekből kiinduló deduktív érvelést, és azt állítják, hogy a szövegek önmagukban nem elegendőek az ítélezés magyarázatához, sem leíró, sem normatív értelemben.¹⁹⁶ Sok kontextualista azzal érvel, hogy a gyakorlatban a jogi szöveg gyakran kevésbé számít a jogalanyok számára. Először is, az emberek nem egyszerűen a törvénykönyvekhez rohannak, ha vitába keverednek; őket elsősorban a társadalmi normák, az üzleti normák, valamint a jogról és a jogi jogokról alkotott laikus ismereteik vezérlik.¹⁹⁷ Másodsorban, ha jogi szövegekhez fordulnak, akkor ők (pontosabban az általuk megbízott ügyvédek) általában a tényekből indulnak ki, és olyan jogi szövegeket és értelmezéseket keresnek, amelyek pozitívan reagálnak a tényállításaikra (nem egyszerűen a jogi szövegekhez fordulnak, és a szövegeket deduktív módon alkalmazzák).¹⁹⁸ Ráadásul a bírák szituált döntéshozók; az egyes ügyek konkrét tényeire reagálnak, amelyek sajátos ténybeli, társadalmi és történelmi kontextusokat tükröznek.¹⁹⁹

¹⁹³ Lásd Christoph Engel & Gerd Gigerenzer, *Law and Heuristics*; G. Gigerenzer & C. Engel szerk., 2006) (megjegyezve, hogy "két egymást átfedő téma van: a heurisztika mint jog, és a heurisztika mint a jog által figyelembe veendő tény").

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ Lásd *pl.*, Chris Guthrie et al., *Inside the Judicial Mind*, 86 CORNELL L. REV. 777, 778 (2001) ("A bírák, úgy tűnik, emberek. Mint mindannyiunkat, az ítélőképességüket is befolyásolják kognitív illúziók, amelyek szisztematikus hibákat eredményezhetnek az ítékezésben."); Rachlinski, *supra* note 54, at 744 ("[A viselkedési döntésemélet] minden bizonnyal azt sugallja, hogy minden társadalmi intézmény, beleértve a bíróságokat, a törvényhozást és a közigazgatási hivatalokat is, kognitív torzításoknak lesz kitéve.").

¹⁹⁶ Lásd *fentebb* I.B. rész.

¹⁹⁷ Lásd általában ROBERT C. ELLICKSON, *ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES* (1991) (a társadalmi normák szerepének vizsgálata a tulajdonjogi vitákban); Pauline T. Kim, *Norms, Learning, and Law: Exploring the Influences on Workers' Legal Knowledge*, 1999 U. ILL. L. REV. 447 (1999) (azzal érvelve, hogy a munkavállalók jogaikról alkotott elképzeléseit a méltányossági elvek alakítják); Macaulay, *Contracts, Supra* 46. lábjegyzet (az üzleti normák szerepét vizsgálja a szerződéses vitákban). A laikusok jogértelmezésének vizsgálatához lásd Laura Beth Nielsen & Aaron Beim, *Media Misrepresentation: Title VII, Print Media, and Public Perceptions of Discrimination Litigation*, 15 STAN. L. & POL'Y REV. 237, 257-58 (2004).

¹⁹⁸ Lásd Leiter, *Supra* 36. lábjegyzet, 25. o. ("[T]he way to win a case is to make the judge want to decide in your favour and then, and then, and then only, to cite precedenseket, amelyek igazolják az ilyen döntést" (idézi FRANK, *MODERN MIND, Supra* 29. lábjegyzet, 102. o.)).

¹⁹⁹ Lásd Catharine Wells, *Situated Decisionmaking*, 63 S. CAL. L. REV. 1727, 1728 (1990); lásd még CASS R. SUNSTEIN, *AFTER THE RIGHTS REVOLUTION: RECONCEIVING THE REGULATORY STATE* 163 (1990) (a szabályozási állam értelmezési elveinek védelme, amelyek "alkotmányos normákon, intézményi megértéseken és a jogszabályi hibák kijavítására irányuló

erőfeszítéseken" alapulnak); William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *Statutory Interpretation as Practical Reasoning*, 42

Más kontextualisták azt állítják, hogy maga az elképzelés, hogy mi számít jogi szövegnek, vitatható. Azt állítják, hogy a szövegelemzés elsőbbségét a jogi iskolai oktatás generálja, amely a logikát a társadalmi ismeretekkel, az absztrakciót az elkötelezettséggel, a leválasztható szövegeket pedig a történelmi jelentésekkel szemben díjazza.²⁰⁰ Ezek a kontextualisták úgy találják, hogy ily módon a jogászok arra szocializálódnak, hogy az autonóm, racionális, piacorientált egyének vízióját (és az ezt a víziót kísérő értékeket) előnyben részesítsék a társadalmi és intézményi dinamika megélt tapasztalatával szemben.²⁰¹

Az institucionalisták ezzel párhuzamosan egy másik, kiegészítő kritikát fogalmaztak meg. A szöveges rendelkezések és a célválasztások szükségesek, de elégtelenek; önmagukban kifognak, és a bírának máshová kell fordulniuk.²⁰² A neoinstitutionalisták szerint a bírák olyan intézményes keretek között dolgoznak, amelyek alakítják a döntéshozatalukat.²⁰³ Az összehasonlító institucionalisták számára a szöveges elemzés inkább elrejteti az intézményi választást, mintsem megvilágítja azt. Végső soron az egyes ügyekben a bírának olyan kérdéseket kell eldönteniük, mint például, hogy egy szabályt vagy egy ~~írt~~ vagy egy világos vagy egy homályos szabályt alkalmazzanak-e, vagy hogyan egyensúlyozzák ki az ellentétes elveket.²⁰⁴ Ennek során a bírának végső soron a következő döntéseket kell meghozniuk

STAN. L. REV. 321, 322 n.3 (1990) ("A "gyakorlati ész" alatt olyan megközelítést értünk, amely az objektivista elméleteket az induktív és deduktív érvelés keveréke javára (a common law gyakorlatához hasonlóan)"). Ami az alkotmányértelmezést illeti, lásd GOODWIN LIU ET AL., KEEPING FAITH WITH THE CONSTITUTION 4-5 (2009) (érvelve amellett, hogy az alkotmányhűséget nem az eredeti jelentéshez való visszatérés, hanem az alkotmány értelmezése "a fejlődő precedensek, a történelmi tapasztalatok, a gyakorlati következmények és a társadalmi változások fényében"); Jack M. Balkin & Reva B. Siegel, *Introduction to THE CONSTITUTION IN 2020* 1, 2-3 (Jack M. Balkin & Reva B. Siegel eds., 2009) (megállapítva, hogy "alkotmányunk mindig is folyamatban lévő munka", és megjegyezve (a textualizmus originalista változatával szemben), hogy egykor "véde a rabszolgaságot", "szentesített Jim Crow-t", "megengedte a politikai és művészeti cenzúra sokféle formáját", és "a nőket a férfiak szolgálóiként, a melegeket és leszbikusokat pedig bűnözőként kezelte", de "már nem teszi ezt"); lásd még Llewellyn korábbi felhívását, miszerint a nagyobb jogi kategóriákat, mint például a szerződés és a tulajdon, "kisebb kategóriákra kell bontani - amelyek vagy a kapott kategóriákon belüli alcsoportosítások lehetnek, vagy átvághatnak rajtuk" -, vagyis a kontextus és a helyzetérzéklet kell figyelembe venni. Llewellyn, *supra* 126. lábjegyzet, 453. o.

²⁰⁰ Lásd MERTZ, 63. lábjegyzet, 44-45. o.

²⁰¹ Lásd *id.* 100. o. ("[L]egal narratívák az embereket beszélő alanyokká alakítják, akiknek elsődleges identitását az érvelésbenefoglalt helyük határozza meg. Ezzel a fókusszal együtt jár egy olyan az emberek egyidejű, gyakran hallgatólagos jellemzése stratégiákként").

²⁰² KOMESAR, *Supra* 47. lábjegyzet, 269-71. o.

²⁰³ Lásd *pl.*, Rubin & Feeley, *Supra* 92. lábjegyzet, 1991-92. o. (a neoinstitutionalizmusból kiindulva és a bírák személyes meggyőződése és az intézményi környezet, amelyben dolgoznak, beleértve a doktrínát is, kölcsönhatásával foglalkozva).

²⁰⁴ Walter Wheeler Cook írta, a jogi normáknak "az a szokásuk, hogy párban vadásznak". Walter Wheeler Cook, *Book Review*, 38 YALE L.J. 405, 406 (1929); lásd még Dagan, *supra* note 26, 615. o. ("A jogi realizmus számára az ügy irányításáért versengő szabályok közötti választás a doktrinális meghatározatlanságfő (és elkerülhetetlen) forrása"); *id.* 616. o. ("[F]act helyzetek egnél több osztályozást tesznek lehetővé"); vö. ROBERT ALEX, 1

A THEORY OF

CONSTITUTIONAL RIGHTS (Julian Rivers trans., 2002) (1986) (az elvek kiegyensúlyozásának tárgyalása); Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L. 73 (2008) (az arányossági elemzés és az arányossági

az intézményi választások és annak meghatározása, hogy egy adott környezetben melyik intézmény viszonylag nagyobb valószínűséggel képes elérni egy adott célt.²⁰⁵ Például egy mérlegelést magában foglaló norma alkalmazása nagyobb hatalmat biztosít a bíróságnak, míg egy szabály vagy kivétel alkalmazása nagyobb hatalmat biztosít a jogalkotónak vagy a piacnak. A doktrína hajlamos elfedni ezeket az eredendő intézményi döntéseket és azok következményeit. Az institutionalisták számára a jog csak az intézmények dinamikus kölcsönhatásából érthető meg. És különösen az új kormányzás tudósai számára a szövegek és az ítélkezés olyan eszközök, amelyekkel a jog nem dönt véglegesen egy kérdésben, hanem inkább más intézményeket katalizál, hogy reagáljanak a jogalanyok igényeire.²⁰⁶

Összefoglalva, az új jogi realisták általában ellenzik a bírászkodás neo-formalista felfogását, amely vak a valós életbeli viselkedésre és a bírói döntéshozatal intézményi következményeire. A fogalmak (mint például a racionális szereplő, a hatékonyság és a közválasztás a neoklasszikus jogban és közgazdaságtanban, vagy az új jogi realizmus által előtérbe helyezett konkurens fogalmak, mint például a behaviorizmus, a ténybeli és társadalmi kontextualizáció és az intézményi választás) elméleti struktúrát adnak a bírói gyakorlatnak, és a doktrínán keresztül alakítják a bíróságok tevékenységét.²⁰⁷ A neoklasszikus jog és

azzal érvelve, hogy sikerének kulcsa a társadalmi logikában rejlik). Egy aktuális példa: a bírák implicite azzal küzdenek, hogyan mérlegeljék az állam biztonságvédelemhez fűződő érdekét az egyéni szabadságérdekkel szemben, és a bírák különböző kategóriákat, szabályokat és kivételeket alkalmazhatnak, hogy különböző eredményekre jussanak. *Lásd pl.* Boumediene v. Bush, 128 S. Ct. 2229, 2240 (2008) (megállapítva, hogy a nem állampolgár guanta'namói fogvatartottaknak joguk van arra, hogy szövetségi bíróság előtt megtámadják fogva tartásukat); Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 567 (2006) (megállapítva, hogy a Bush-kormányzat által Guanta'namóban létrehozott katonai bizottságok megsértették a genfi egyezményeket); Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 509 (2004) (megállapítva, hogy a tisztességes eljárás megköveteli, hogy a törvénytelen harcosként fogva tartott amerikai állampolgárnak érdemi lehetőséget adjanak arra, hogy megtámadja fogva tartását); Rasul v. Bush, 542 U.S. 466, 484 (2004) (megállapítva, hogy a bíróságok a szövetségi Habeas-szabályzat értelmében hatáskörrel rendelkeznek a guanta'namói fogvatartottaknak a fogva tartásuk jogszerűségével kapcsolatos kifogásainak elbírálására); C-402/05. és C-415/05. sz. egyesített ügyek, Kadi & Al Barakaat Int'l Found. v. Council & Comm'n., 3 C.M.L.R. 41 (2008) (megállapítva, hogy az ENSZ Biztonsági Tanácsának az al- legált terroristákkal szembeni szankciói az alapvető jogok európai alkotmányos garanciáinak hatálya alá tartoznak).

²⁰⁵ KOMESAR, *Supra* note 47, 14-50. o. (a Boomer v. Atl. Cement Co., 257 N.E.2d 870 (N.Y. 1970), mint az intézményi döntések példáját egy cementgyár levegőbe történő kibocsátásával kapcsolatban). Az Easterbrook bíróság hasonló bírák intézményi döntést hoznak, a döntéshozatalt a jogalkotóról a piacra helyezik át, amikor értelmezés útján úgy találják, hogy egy jogszabály nem alkalmazható. Vermeule a formalizmus intézményi alapon történő védelmében szintén korlátozni kívánja a bíróságok által a jogszabályok területének bármilyen kiterjesztését. Azt támogatja, hogy a törvények céljának értelmezését a jogalkotókra (utólagos pontosítások révén) és a közigazgatási szervekre bízva, mint a Chevron-doktrína értelmében. *Lásd VERMEULE, Supra* 155. lábjegyzet, 1., 183-229. o.

²⁰⁶ *Lásd* Scott & Sturm, *Supra* 49. lábjegyzet, 568-75. o.

²⁰⁷ *Lásd pl.*, Nourse, *Supra* 39. lábjegyzet, 1449. o. (Mary Douglas antropológus intézményi felismeréseire építve); *lásd még* MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW 79 (1990) ("Institutions establish what count as

correct and incorrect patterns of thought."); Gregory Shaffer, *A Structural Theory of WTO Dispute Settlement: Why Institutional Choice Lies at the Center of the GMO Case*, 41 N.Y.U. J. INT'L.

L. & POL. 1, 4 (2008) ("Az összehasonlító intézményi elemzés a bírói értelmezési döntések hatásait a hatalom alternatív intézményeknek való elosztása szempontjából értékeli.").

közgazdaságtan olyan erőteljes koncepciókat hozott létre, amelyek óriási hatást gyakoroltak a bíróságok tevékenységére, többek között a bírósági doktrínán és az ~~életési~~ ^{életési} módszeren keresztül, segítve egy új textualizmus kialakulását. Az új jogi real-isták megkérdőjelezték ezeket a koncepciókat, és konkurens koncepciókat hoztak létre. Az új realisták szerint a textualizmus nem elegendő a bírászkodáshoz, mind de- scriptív (a bírák mindig alkalmaznak bizonyos fogalmakat, és ezek a koncepciók alakítják a doktrína által használt kategóriákat), mind intézményi (a bírászkodás természete hajlamos arra, hogy a nem bírói ideálokat bírói ideálokká alakítsa), mind normatív (a kategóriák megválasztásának és a jog kényszerítő erejének valós következményei vannak az emberekre nézve).

B. Az egyén és az állam

Ha az új realisták jellemzően ellenállnak formalista elődeiknek az ítélkezési kérdésekben, akkor a neoklasszikus jogban és közgazdaságtanban implicit módon megjelenő, az egyénre és az államra vonatkozó normatív elméleteknek is ellenállnak. Ez az elmélet nagyra értékeli az egyéni autonómiát, és elutasítja az aktív állam fogalmát.^{208 A} piacokat alapértelmezett intézményként értékeli^{209 A} politikát és a jogot általában nem tartják hatékonyak, kivéve a piaci koordináció megkönnyítését.^{210 Az} állam Philip Bobbitt szavaival élve "piaci állam", amely "[a] nemzetállammal ellentétben ... nem tekinti magát többnek, mint a javak és szolgáltatások minimális szolgáltatójának vagy újraelosztójának".²¹¹ A "közválasztás" néven ismert közgazdasági politikai modell szerint a feltételezés az, hogy a legtöbb jogszabály költséges, mert hajlamos arra, hogy a nagy, látens többség rovására előnyöket osszon szét kis, koncentrált érdekeknek.²¹² Más szavakkal, a valódi többségi rendszer valószínűtlen. Valójában, ahogyan azt sok közválasztás-elméletíró is hangsúlyozta, az egyéneknek valójában nincs gazdasági oka arra, hogy szavazzanak.²¹³ Az államnak ez a felfogása egyértelműen kapcsolódik a neoklasszikus jog és közgazdaságtan víziójához.

²⁰⁸ Lásd a 176-82. lábjegyzethez tartozó *fenti* szöveget; lásd még MERCURO & MEDEMA, 6. lábjegyzet, 94-155. o. (a Chicagói Egyetem szerepének tárgyalása a jog és közgazdaságtan mozgalom kialakulásában).

²⁰⁹ Lásd MERCURO & MEDEMA, *supra* 6. lábjegyzet, 102. o. (megállapítva, hogy a chicagói jog és közgazdaságtan egyik fő előfeltevése az, hogy "a közpolitika kialakításakor a döntéshozóknak nagymértékben a piacokra kell támaszkodniuk").

²¹⁰ Lásd *id.*

²¹¹ Lásd PHILIP BOBBITT, *TERROR ÉS BELÉ*egyezés: A HUSZONEGYEDIK SZÁZAD HÁBORÚI 88 (2008). Bobbitt azt állítja, hogy a piaci államok olyan minimális államok, amelyek "szerepüket abban látják, hogy lehetővé teszik . . . a polgárok számára a választási lehetőségekkel való interakciót. A társadalom teljes jólétét a maximalizálva..." *Id.* (lábjegyzet kihagyva).

²¹² Lásd: JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *THE CALCULUS OF CONSENT: AZ ALKOTMÁNYOS DEMOKRÁCIA LOGIKAI ALAPJAI* 17-27 (1962).

²¹³ Lásd: LARS UDEHN, *A KÖZVÁLASZTÁS HATÁRÁNAK HATÁRÁT: A SZOCIOLÓGIAI KRITIKA A SZOCIOLÓGIAI VÁLASZTÁS KORLÁTOZÁSA*

ECONOMIC THEORY OF POLITICS 91-92 (1996) (a szakirodalom tárgyalása, beleértve a szavazás ex-pressive elméletét); Geoffrey Brennan & James Buchanan, *Voter Choice: Evaluating Political Alternatives*, 28 AM. BEHAV. SCIENTIST 185, 185 (1984). Lásd általában GEOFFREY BRENNAN & LOREN LOMASKY, DEMOCRACY AND DECISION: THE PURE THEORY OF ELECTORAL PREFERENCE (1993).

a bírászkodás. Ha a politikai folyamatokat elkerülhetetlenül rosszul működőnek tekintjük, akkor a bírácoknak értelmezési mechanizmusokat kell alkalmazniuk, hogy a döntéshozatalt a piacra ruházzák, korlátozva a jogszabályok hatókörét.

Az új jogi realisták többféleképpen támadták ezt a víziót. Az attitűdvédők azt sugallják, hogy a többségi politika nem csak lehetséges, hanem - jó vagy rossz értelemben - mindenütt jelen van; ezt teszik (legalábbis implicit módon), amikor elutasítják azt az elképzelést, hogy a bírác a szövegek formális értelmezésével kiküszöbölik az ideológiát vagy a csupasz preferenciát, hanem (átlagosan) inkább az őket megválasztó elnök pártjának politikáját tükrözik.²¹⁴ A viselkedéskutatók azt sugallják, hogy ahhoz, hogy a kormányzat reagálni tudjon, ahhoz kell igazodnia, hogy az emberek valójában hogyan értelmezik a világot, nem pedig a racionalitás eszményéhez, amely a neoklasszikus jog és közgazdaságtan piac- és államelméletének alapját képezi.²¹⁵ A behaviorista nézet szerint a valódi többségi kormányzás lehetséges, de súlyos egyéni és kollektív hibás működéseknek van kitéve. A behavioristák célja, hogy a racionalista feltételezések és a valós emberi viselkedés közötti szakadék hangsúlyozásával betekintést nyerjenek a jogba. Míg a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan a piaci megoldásokat előnyben részesítő álláspontra helyezkedik, a viselkedési közgazdászok inkább egy liberálisabb beavatkozó államban hisznek, és azt sürgetik, hogy az államnak nem a piaci, hanem a racionalitási hibák kijavítása érdekében kell beavatkoznia. A viselkedési közgazdaságtan nagy részét a "libertárius paternalizmus" motiválja: az egyéni szabadság előmozdítása a megszokott egyéni kudarcok ellenére.²¹⁶ Sunstein és Thaler azt állítja, hogy az állam és a magánszektor nem kerülheti el, hogy ne legyen "választási építész", aki keretbe foglalja az emberek választásait. Ezért az államnak és a magánszektornak a behaviorista felismeréseket kell felhasználnia ahhoz, hogy olyan kereteket válasszon, amelyek segíthetnek az emberek életének javításában, anélkül azonban, hogy az embereket terhelnék, vagy megakadályoznák őket abban, hogy saját maguk által megítélt döntéseket hozzanak.²¹⁷

A kontextualisták és az institucionalisták hajlamosak ellenállni az egyén (például az a feltételezés, hogy az egyének autonómok és nem befolyásolják őket a hatalom és az elnyomás) és az állam (például az a közválasztás-elmélet) erős elméleteinek.²¹⁸ Ragaszkodnak ahhoz, hogy az egyéni értékek

²¹⁴ Lásd a *fenti* I.A.2. rész tárgyalását.

²¹⁵ Lásd a *fenti* I.A.1. rész tárgyalását.

²¹⁶ Lásd *pl.*, THALER & SUNSTEIN, *Supra* note 116, 4-6. o.; vö. George Lowenstein & Emily Haisley, *The Economist as Therapist: Methodological Ramifications of "Light" Paternalism*, in THE FOUNDATIONS OF POSITIVE AND NORMATIVE ECONOMICS: A HANDBOOK 210, 212 (Andrew Caplin & Andrew Schotter szerk., 2008). ("Míg a kormányzati szabályozás hagyományos indoklása az externáliák - az emberek által más emberekre rótt, általuk nem internalizált költségek - korlátozása a közjó előmozdítása érdekében, addig a paternalizmus indoklása a internalitások - az emberek által önmagukra rótt, általuk nem internalizált költségek - korlátozása.") (kiemelés kihagyva) (idézet kihagyva)).

²¹⁷ Lásd THALER & SUNSTEIN, 116. lábjegyzet, 83-87. o.

²¹⁸ Lásd pl. , Martha L. Minow & Elizabeth V. Spelman, *Passion for Justice*, 10 CARDOZO L. REV. 37 (1988); lásd még Robin L. West, *Liberalism Rediscovered: A liberális jövőkép pragmatikus meghatározása*, 46 U. PITT. L. REV. 673, 736 (1985) (az emberi természet fontosságának tárgyalása).

és a prioritásokat fel kell fedezni, nem pedig feltenni, hogy a politikai és közigazgatási folyamatok aszerint változnak, hogy koncentrált kisebbségi érdekek vagy többségi igények határozzák meg őket,²¹⁹ és hogy az egyes helyzetek társadalmi kontextusuk szerint változnak. A kontextualisták és az institutionalisták azt sürgetik, hogy a variációk magyarázatához elengedhetetlen az egyes helyzetek és intézményi folyamatok vizsgálata. Egyes kontextualisták és institutionalisták szerint a "magánkormányok" nagyobb hatalommal rendelkeznek, mint azok az intézmények, amelyeket általában a kormányzathoz kötünk; mások számára a kérdés az, hogy az intézmények hogyan hatnak egymásra az idő múlásával.²²⁰ Az összehasonlító institutionalisták az állami és piaci intézmények különböző formáinak relatív előnyeire összpontosítanak a különböző kontextusokban. Ez a felismerés alapozza meg az új kormányzás pragmatista elméletét, amely intézményi kísérletezésre szólít fel, beleértve a hibrid állami-magán kormányzati mechanizmusokat is.²²¹ Az "állam" ebben az értelemben emergens; a jogalanyok és a különböző intézmények kölcsönhatásából jön létre. A globalizáció világában az államot folyamatosan átformálja, hogy reagálnia kell a globális piaci folyamatokra és az új, köz- és magánjellegű transznacionális jogrendekre.²²² Az "államot" nem felülről, sem a kormányzók, sem a jogelméletek által kényszerítik ki. A valós világ interakcióiból alakul ki.²²³

Azok az új realisták, akik a jogi szubjektumra összpontosítanak, ragaszkodnak leginkább a struktúrák és intézmények megkerülhetetlen szerepéhez, és az egyén és az intézmények fogalmának legradikálisabb változtatásait javasolják.

²¹⁹ *Lásd pl. Komesar, Supra* 47. lábjegyzet, 53-54. o. (a politika "két erő" modelljét állítja fel, amely magában foglalja a kisebbségi és a többségi elfogultságot). *Lásd általában Farber & Frickey, fentebb*, 168. lábjegyzet.

²²⁰ *Lásd pl. Edelman, Supra* 71. lábjegyzet (a munkáltatók által a tisztességes eljáráshoz fűződő jogok formális védelmének megteremtéséről); Shaffer, *Supra* 141. lábjegyzet (a magánintézmények által létrehozott és érvényesített magánjogról); *lásd még Macaulay, Contracts, Supra* 46. lábjegyzet, 1169-72. lábjegyzet.

²²¹ Az új kormányzás elméletéről *lásd a fenti I.C.2. részt*. A hibridekről *lásd általában Trubek et al.*, 49. lábjegyzet.

²²² *Lásd John L. Campbell, Institutional Change and Globalization* 124-71 (2004) (a magánszervezetek egyre inkább nemzetközivé váló identitását és a nemzeti szabályozási rendszerek befolyásolását tárgyalja); Halliday & Carruthers, *supra* note 76, 1-37. o. (a jog és a kereskedelmi piacok kölcsönös függőségét tárgyalja); Georg Sørensen, *The Transformation of the State: Beyond the Myth of Retreat* 31-39 (2004); Michael & Stephan Leibfried, *Reconfiguring the National Constellation, in Transformations of the State?* 1, 20-23 (Stephan Leibfried & Michael szerk., 2005) (a nemzetek feletti joghatóságok nemzeti szuverenitásra gyakorolt hatásáról); Neil Walker, *Out of Place and Out of Time: Law's Fading Co-ordinates* 33-34 (Univ. of Edinburgh Sch. of Law Working Paper Series, Paper No. 2009/01, 2008), *elérhető a* <http://ssrn.com/abstract=1367591> oldalon; Gregory Shaffer, *Transnational Transformations of the State: Legal Change, Resistance and Recursivity* (2009) (kiadatlan kézirat, a szerzőknél van). *Lásd általában* *Transznacionális jogi folyamatok: Globalizáció és hatalomkiegészítés* (Michael Likosky szerk., 2002).

²²³ *Vö. John Dewey, The Ethics of Democracy, in 1 The Early Works of John Dewey 1882-1898*, 227, 234 (1969) ("A szavazás, más szóval, nem egy személytelen számolás, hanem a társadalmi szervezet valamely tendenciájának megnyilvánulása a szervezet egy tagján keresztül.")

az állam természete. Fineman például nem a racionális szereplő modell racionális részét vonja kétségbe, hanem azt az implicit feltételezést, hogy a racionális szereplő autonóm.²²⁴ Az állam új eszményét igyekszik felépíteni, amely figyelembe veszi az egyetemes sebezhetőséget - azt a tételt, hogy mindannyiunk életében vannak olyan időszakok, amikor teljesen másoktól függünk, és hogy mindannyian sebezhetőek vagyunk a másoktól való függés szempontjából, bármennyire is szeretnénk ezt tagadni (gondoljunk csak a fertőző betegségekre, a terrortámadásokra vagy a piaci összeomlásokra).²²⁵ Fineman számára nem az a lényeg, hogy a demokratikus politika lehetetlen (ahogyan azt sok közválasztási teoretikus állítja), hanem az, hogy figyelmünket az intézmények felépítésére kell összpontosítanunk egy aktivistább államban, amely reagál az egyénekre, akik egy életen át összetett módon kapcsolódnak egymáshoz.²²⁶

Összefoglalva, az új jogi realisták, szemben az új formalistákkal, sokkal inkább hajlanak az állam semleges vagy pozitív szemléletére, mint a formalisták. Ugyanakkor azonban vitathatatlanul szkeptikusabbak az állammal szemben, mint realista elődeik. Az állami döntéshozók nem kínálnak csodaszert; ők is ki vannak téve a kognitív kételyeknek, az érdekcsoportok nyomásának és az intézményi vakságnak. Minden intézmény tökéletlen; minden politikai döntés összehasonlítható. Az új jogi realisták úgy vélik, hogy bölcs és szükséges foglalkozni ezekkel a hiányosságokkal, akár a polgárok és az érdekeltek tanácskozással és párbeszédével, akár új választási "architektúrák" bevezetésével, akár összehasonlító intézményi vagy empirikus elemzéssel javasolják a megoldást.

C. Ösztöndíj

Az új jogi realisták tudományos elkötelezettsége széleskörű, de közös bennük az a tudományos program, amely megkérdőjelezi az új formalizmus feltételezéseit és módszereit, és amely hangsúlyozza az intézményi folyamatokkal való kritikus foglalkozás szerepét. A neoklasszikus jog és öko- nomika egy vagy több feltételezés (például racionális egyéni viselkedés és önkorrekciós piacok) és egyetlen elv (hatékonyság) felállításával, majd deduktív érveléssel jutott el konkrét jogi előírásokhoz.²²⁷ Az érvelésnek ez a formája emlékeztet Dean Pound korábbi figyelmeztetésére a formalisták "mechanikus jogtudománya" ellen.

²²⁴ Lásd Fineman, *Supra* 105. lábjegyzet, 1-2. o. (elutasítja az autonóm szubjektum fogalmát).

²²⁵ Lásd *id.* 9-10. o.

²²⁶ Lásd *id.*

²²⁷ Valójában az "empirikus jogi tanulmányok" megjelenéséig kevés empirikus munka volt a neoklasszikus jogi és közgazdasági modellek tesztelésére. Lásd pl. , Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman, *The Law and Economics of Humanitarian Law Violations in Internal Conflict*, 93 AM.

J. INT'L L. 394, 394 (1999) ("Miközben a jog és a közgazdaságtan gazdag elméletben, az empirizmust (amiben meglepően szegény) magasztalja. Valójában kritikusak vagyunk

egy olyan jog- és közgazdaságtannal szemben, amely szerénytelenül hajlandó volt kizárólag az elmélet alapján előírni."").

amit ő úgy karikírozott, mint "az előre meghatározott elképzelésekből való szigorú logikai következtetést, a tényleges tények figyelmen kívül hagyásával és gyakran a tényleges tényekkel szemben."²²⁸ A formális neoklasszikus jog- és közgazdaságtani tudományban nincs szükség arra, hogy az ember elhagyja az írásztalát, hogy a világba merészkedjen és vizsgálódjon. A neoklasszikus jog- és közgazdaságtan a formális logikát használja - akár a neoklasszikus feltételezések és célmegjelölés, akár a játékelmélet újabb keletű alkalmazása alapján - optimális szabályok (vagy szabályok hiánya) kidolgozására a racionális, önkorrekciós és önérvényesítő állami rendek nevében.²²⁹

Az új jogi realisták - egy közgazdászokat is magában foglaló csoport - a neoklasszikus jog és közgazdaságtan érvelési módját és a hozzá kapcsolódó formalizmusokat támadják. Mint láttuk, az új realisták azt állítják, hogy az ilyen tudományos programba beágyazva olyan feltételezések vannak az egyénekről, az államról és az intézményekről, amelyeket az empirikus vizsgálat gyakran megcáfol. A változatok jelentősen eltérnek egymástól, de általánosságban az új jogi realizmus három központi, ismétlődő témáját látjuk, amelyek mindegyike a régi realista feltevéseket erősíti fel: (i) az empirikus vizsgálat szükségességének hangsúlyozása; (ii) az intézményekre való összpontosítás, amelyeknek a piacok csak az egyik formája; és (iii) a filozófiai pragmatizmus megalapozása.

Sok, ha nem is minden új realista hangsúlyozza az *empirikus bevonódás* fontosságát, bár az empirizmus jellege és a vele való tényleges bevonódásuk meglehetősen eltérő. Az attitűdkutatók kifinomult regressziós elemzéseket használnak, a viselkedéskutatók ellenőrzött kísérleteket, és sok kontextualista hajlik a vastag leírású etnográfia és a folyamatok nyomon követése felé. Ezek az empirikus módszerek egymás kiegészítőinek tekinthetők a jobb jogi elemzés létrehozásában, mivel lehetővé teszik a tudósok számára, hogy megkérdőjelezzék saját elfogultságaikat és a mögöttes feltételezéseiket. Egyes új realisták ezért hangsúlyozzák "a társadalomtudományi metodológia erejét, hogy túllépünk személyes politikánkon vagy helyzetünkön, hogy kikényszerítsük az alázat egy olyan formáját, amelyben meg kell hallgatnunk a sajátunktól eltérő hangokat is."²³⁰ Mások elutasítják a társadalomtudományok erős tény/érték kettősségét, és ezért ragaszkodnak ahhoz, hogy a módszerek tartalmazzanak valamiféle nyitott figyelmet a szereplőkre, akik saját szempontjaik szerint mutatják be nézeteiket, hogy a kutató keretei ne határozzák meg a kutatás eredményeit.²³¹ Jellemzően az új jogi realisták azt állítják, hogy a racionalista feltevések felállítása a tényleges viselkedés megfigyelése nélkül, mint a célok felállítása.

²²⁸ Pound, *Supra* 133. lábjegyzet, 462. lábjegyzet.

²²⁹ Elismerjük, hogy virágzik az empirikus munka, amely az ökonometriát használja, és a neoklasszikus jog és közgazdaságtan feltevéseire épít. A IV. részben méltatjuk az empirikus elkötelezettséget, miközben foglalkozunk az ilyen munkák redukcionizmus és szcientizmus

veszélyeivel.

²³⁰ Elizabeth Mertz, *Kihívó fordítások: New Legal Realist Methods*, 2005 WIS. L. REV. 482, 483-84.

²³¹ *Lásd:* Shaffer, 76. lábjegyzet, 8-11. o.

az eszközök ismerete nélkül irreális és valószínűleg kudarcra van ítélve.²³² Azzal érvelnek, hogy a tudománynak el kell kerülnie a felülről lefelé irányuló előírások kísértését anélkül, hogy az egyének, a társadalmi kontextusok és az intézményi folyamatok dinamikájának alulról felfelé irányuló értékelésére alapozna.²³³

Számos új jogi realista számára az *intézmények* és az *intézményelemzés* tehát kritikus szerepet játszik. Az attitűdkutatók, mint például Miles és Sunstein, éppen azért érdeklődnek a panelvizsgálatok iránt, mert szerintük az intézményi formák torzíthatják az eredményeket. Megmutatják, hogy a bírák különböző kombinációi a testületekben hogyan növelik vagy csökkentik az ideológia szerepét a jogi döntésekben.²³⁴ Hasonlóképpen, a viselkedési közgazdászok heurisztikákkal kapcsolatos kutatásai az intézményi racionalitás²³⁵ különbségeinek szerepét hangsúlyozzák, és azt vizsgálják, hogy az intézmények hogyan alakítják az egyéni választást azáltal, hogy választási architektúrákat hoznak létre.²³⁶ Az új kormányzás kutatói számára a célokat, például azt, hogy mit akarunk az életünktől, egy folyamat részeként határozzák meg, nem pedig a priori elvekből való levezetésként.

Az összehasonlító institutionalisták számára a legközpontibb, hogy bármilyen cél (legyen az hatékonyság vagy más) elérése szükségszerűen intézményválasztással jár.²³⁷ A formalizmus egy olyan intézményi választást képvisel, amelyet a bírák a jogértelmezésen keresztül (a döntéshozatalnak a piacra való átruházása a "statútumok területének" korlátozásával) hoznak meg. Ennek és az alternatív intézményi választásoknak a hibáit azonban egyforma alapossággal kell értékelni. A kormányzati beavatkozás tökéletlen, de a piacok is azok. Az értelmezési döntéseknek intézményi következményei vannak, amelyeket különböző helyzetekben tökéletlen alternatívákként kell mérlegelni; ezek

²³² Lásd KOMESAR, *Supra* note 47, 3-13. o. (azzal érvelve, hogy az intézményi választások megértése elengedhetetlen a jog és a közrend elemzéséhez); Rubin, *Supra* note 48, 1432. o. (az intézményi eszközök vizsgálatának szükségességét állítva); *Supra* note 215 és kísérő szöveg.

²³³ Lásd Erlanger et al., *supra* note 45, 339. o. ("[A]z alulról felfelé irányuló megközelítés módszertani szinten megköveteli, hogy a jog hatásáról szóló állításokat a "földi" szintű kutatásokkal támasszák alá.")

²³⁴ Lásd: Miles & Sunstein, *Real World*, *Supra* note 57, 784-91. o.

²³⁵ Engel & Gigerenzer, 193. lábjegyzet.

²³⁶ Lásd THALER & SUNSTEIN, 116. sz. lábjegyzet, 5. o.

²³⁷ A hatékonyság például fontos fogalom, de nem elegendő. Az egyéneknek és a társadalmaknak először meg kell határozniuk, hogy mit akarnak, majd az intézményi folyamatokat abból a szempontból kell értékelni, hogy azok hogyan befolyásolják e célok elérését. Az ezekkel az intézményi folyamatokkal való foglalkozás viszont hatással lesz a célok meghatározására, ami az eszközök és célok közötti visszatérő folyamat során új *intézményi* döntésekhez vezet. Például a biztonság és a szabadság hatékony egyensúlya nem határozható meg deduktív módon, mivel az egyének nézőpontjai eltérőek, és mivel a rendelkezésre álló alternatív intézményekben való részvétel dinamikája befolyásolja

bármely cél elérését (és meghatározását). Ráadásul a hatékonyságon kívül más értékek is felmerülnek, mivel az aggodalmak hatékony kiegyensúlyozása differenciáltan (és ellentétesen) érinthet egy kisebbségi csoportot. Posner bíró később felismerte, hogy több mint egy érték létezik, amikor a Liberalizmus és a hatékonyság céljait a *Törvény leküzdésében* összekapcsolta. *Lásd: POSNER, OVERCOMING LAW, Supra* note 5, 22-24. o.

a választási lehetőségeket nem szabad mechanikusan alkalmazni.²³⁸ Bár a neoklasszikus jog- és közgazdaságtannal foglalkozó tudósok hajlamosak egyetlen intézmény elemzését végezni, és a piacot előnyben részesíteni más intézményi alternatívákkal szemben, és egyes kritikus jogtudósok hajlamosak minden intézményben, mint a hatalom reifikációjában bizalmatlanok lenni, az eltérő normatív hajlamú és módszertani megközelítésű tudósoknak legalább abban egyet kellene érteniük, hogy vannak jobb és rosszabb intézményi választások, és hogy ezeket értékelni kell.²³⁹

Végül, ahogyan az eredeti realizmus esetében is, sok ilyen megközelítés mögött álló elméletben komoly adag *filo- szofikus pragmatizmus* rejlik.²⁴⁰ Sok kontextualista arra a felfogásra vezeti vissza módszertanát, hogy a tény és érték közötti egyszerű kettősség illuzórikus; vizsgálatuk így az intellektuális hipotézis és a valóságos értékek között ingadozik.

²³⁸ Lásd általában KOMESAR, *Supra* 47. lábjegyzet (elemzési keretet kínálva az intézményi összehasonlításhoz). Komesar számára az alulról felfelé irányuló, összehasonlító intézményi elemzést alkalmazó megközelítés valójában a "közgazdaságtan lényege", de sajnos a legtöbb közgazdasági elemzésben elveszik. Komesar, *Essence, supra* note 88, 1. o., 1. o.

²³⁹ A kritikai perspektívához lásd CLARISSA RILE HAYWARD, *DE-FACING POWER* 7 (2000) ("[S]ocial critics need to elaborate criteria for distinction better from worse form of power relation, or, more specific, relations that promote participants' political free- dom - that is, their capacity to act in ways that affect norms and other political mechanisms defining the field of the possible - from those which approximate states of domination.").

²⁴⁰ Posner bíró szintén megfordult, hogy nézeteit pragmatistaként jellemezze. *Lásd általánosságban* POSNER, *supra* note 10 (az árelmélet neoklasszikus közgazdasági feltételezéseit és fogalmait közvetlenül alkalmazza); POSNER, *OVERCOMING LAW, supra* note 5 (a pragmatizmust kínálja központi állításként, és a jogot és a közgazdaságtant úgy tekinti, mint amelyek eszközöket nyújtanak a politikaalkotáshoz és az empirikus elemzéshez). A *Overcoming Law* című könyvében Posner bíró emellett érvel, hogy "a tények iránti ízlés, a társadalomtudományok iránti tisztelet, az eklektikus kíváncsiság, a gyakorlatiasság iránti vágy, az individualizmusba vetett hit és az új perspektívákra való nyitottság - egy bizonyos fajta pragmatizmus egymással összefüggő jellemzői" a legjobban előremozdítják a jogelméletet. POSNER, *OVERCOMING LAW, supra* note 5, viii. Hasonlóképpen azt írja, hogy "a pragmatizmus valódi ellenpólusa az a fajta racionalizmus, amelyet méltán nevezhetünk platonikusnak, és amely azt állítja, hogy tisztán analitikus módszerekkel érvel a vitatott metafizikai és etikai állítások igazsága felé". *Id.* at 10 (lábjegyzet kihagyva). Lásd még, hatalmas életművén belül: RICHARD A. POSNER, *HOW JUDGES THINK* 13 (2008) ("The pragmatic judge is a *constrained* pragmatist."); POSNER, *supra* note 18, 27-31 (egy "új pragmatista jogtudomány" mellett érvelve). Egyetértünk, és úgy találjuk, hogy Posner bíró munkássága egyre inkább egy új jogi realista pályát követ, például amikor a *Overcoming Law* című könyvében kijelenti, hogy a pragmatista "az elméleteket, beleértve a tudományos elméleteket is, inkább eszközként, mint a valóságról alkotott vízióként gondolja". POSNER, *OVERCOMING LAW, supra* note 5, at 9. Mások már megjegyezték, hogy Posner bíró pragmatizmus felé fordulása ellentétben áll eredeti neoklasszikus jogi és közgazdasági metodológiájával, és jelentős elmozdulást jelent, mivel bizonyos rokonságot mutat a kritikai megközelítésekkel. *Lásd pl.* Sanford Levinson, *Strolling Down the Path of the Law (and Toward Critical Legal Studies?): The Jurisprudence of Richard Posner*, 91 COLUM. L. REV. 1221, 1222 (1991) (áttekintve POSNER, *supra* note 18) ("[T]it van okunk azt hinni, hogy egy olyan intellektuális odüsszeián vesz részt, amelynek során néhány legkedvesebb elképzelését újraelemzésnek vagy legalábbis olyan finomításnak veti alá, amely figyelembe veszi az eltérő nézőpontokat."); *lásd még* Scott Altman, *Beyond Candor*, 89 MICH. L. REV. 296, 341 (1990) ("Posner bírónak minden CLS-tudós hősének kellene lennie."). A jog és a közgazdaságtan eszközként, nem pedig ideológiaként való kifejtéséhez lásd általában Donohue, *Law and Economics, supra* note 65 (a jog és a közgazdaságtan mint eszköz, nem pedig ideológia

fontosságát hangsúlyozva); Thomas

S. Ulen, *A jogtudományi Nobel-díj: Az elmélet, az empirikus munka és a tudományos módszer a jogtudományban.*

Study of Law, 2002 U. ILL. L. REV. 875.

világtesztek és vissza.²⁴¹ Hasonlóképpen, az új kormányzás hívei kifejezetten James és Dewey módszereire hivatkoznak annak érdekében, hogy felborítsák a törvény és a szabályozás "felülről lefelé irányuló" tulajdonságait.²⁴² Azzal érvelnek, hogy az érintett érdekelt feleknek inkább a saját céljaikat kellene meghatározniuk, mintsem hogy a célokat rájuk kényszerítsék. A viselkedési közgazdászok különösen ragaszkodnak ahhoz, hogy az elme számít, és hogy az elme és az anyag kölcsönhatását kulcsfontosságú megérteni; sem az élet, sem a jog nem a tiszta analitikus logika alapján működik, mint például a neoklasszikus jog és az öko- nomika racionalista posztulátumai.²⁴³ A jogi szubjektum teoretikusok ellenállnak a felülről lefelé irányuló elméletnek, mert az nem számol be a jog szubjektumairól.²⁴⁴ Az új realisták összességében szkeptikusak az olyan modellekkel szemben, amelyek ismert célokat és az egyéni reakciók meghatározóit feltételezik.

IV.

LEHETSÉGES BUKTATÓK

Egyetlen ilyen sokrétű és ambiciózus projekt sem mentes a kockázatoktól. Ebben a részben kritikus tekintetünket az új realizmus fajtáira fordítjuk, és rávilágítunk a projektekre jellemző lehetséges buktatókra.²⁴⁵ Először is hangsúlyozzuk az új redukcionizmus veszélyeit (egy olyan jogi "és" mozgalom, amely a "jog és közgazdaságtan"-hoz hasonlóan egyszerűen feloldja a jogot egy másik diszciplínában). Ezután egy új szcientizmus kockázatait vizsgáljuk. Az Egyesült Államokban az alapítás óta minden jogi korszaknak megvolt a maga jogtudománya; a jogászok tudományt csináltak a common law doktrínából és a jognak a közgazdaságtanhoz és a viselkedéshez való viszonyából. A kérdés az, hogy tudatában vagyunk-e annak, hogy egy hamis tudomány milyen veszélyes lehet. Ezután megvizsgáljuk a totalizáló elmélet (erős elmélet, amely túl sokat akar megmagyarázni egyetlen előfeltevésből), a szándékosan alulelméletezett keretek (gyenge elmélet, amely a felfedezés lehetőségét tartja fenn, de a homályosság kockázatát hordozza magában) és a közvetítő elmélet (elmélet, amely a jogot nem egyetlen tudományágra korlátozza, hanem inkább a jog és a jogon kívüli erők kölcsönös kölcsönhatásával foglalkozik) buktatóit. A következőkben a régi realizmus által felvetett központi kérdést és nehézséget vizsgáljuk meg: a jog/politika megosztottságát. Értékeljük, hogy az új realisták kielégítően támadták-e ezt a problémát, és útmutatást adunk, hogyan tegyék ezt. Végül foglalkozunk az új jogi realizmus kockázataival, amely nem koherens módon

²⁴¹ Lásd a 85. lábjegyzetet és a kísérő szöveget; lásd még Erlanger et al., 45. lábjegyzet, 339. o. ("Először is, módszertani szinten az alulról felfelé irányuló megközelítés megköveteli, hogy a jog hatásáról szóló állításokat a "talaj" szintjén végzett kutatásokkal támasszák alá. Ez viszont megköveteli, hogy empirikus kutatásokra támaszkodjunk (vagy ténylegesen mi magunk végezzük el), ahelyett, hogy pusztán elméleteinken vagy egyéni tapasztalatainkon alapuló projekciókat használnánk.").

242 Lásd *fentebb* I.C.2. rész.

243 Lásd *fentebb* I.A.1. rész.

244 Lásd *fentebb* I.C.3. rész.

245 *Vö. JU* RGEN HABERMAS, A BERLIN REPUBLIC: WRITINGS ON GERMANY 61 (Steven Rendall trans., 1997) (1995) (egy "önmagát próbára tevő értelem" követelése).

a módszerrel kapcsolatos szigorúbb munkáját az implicit értékeinek kritikai vizsgálatával kapcsolja össze.

A. Az új redukcionizmus veszélyei

A neoklasszikus jog és öko- nomika egyik legjelentősebb kritikája az, hogy a jogot egyetlen tudományra (közgazdaságtan), egyetlen normára (hatékonyság) és egyetlen intézmény (piac) előnyben részesítésére redukálja. ²⁴⁶ Az új realisták számára az a kihívás, hogy vajon nem egyszerűen egy tudományos redukción helyezték-e át egy másikra. Mind a viselkedési közgazdászok, mind az attitűdökkel foglalkozó realisták nagymértékben kölcsönöznek más tudományágaktól; az előbbieket a kísérleti pszichológusok kutatásaira, az utóbbiak pedig a politológusok kutatásaira támaszkodnak. ²⁴⁷ Ha az ítélezés, az egyén, az állam és a jog fogalmait a kognitív pszichológia vagy a politikai közvélemény-kutatás legújabb eredményeiből származó, megmerevedett formákra redukálják, akkor az attitűdkutatók és a viselkedési közgazdászok azt kockáztatják, hogy azok az "új formalisták" lesznek, akik ellen mások tiltakoznak. Akárcsak a neoklasszikus jog és közgazdaságtan esetében, a kérdés az, hogy használhatjuk-e és hasznosíthatjuk-e a társadalomtudományok által kínált eszközöket anélkül, hogy az általánosított megállapításokat magának a valóságnak a valósággá minősítsük. A reifikáció a politikai elfogultság új formáihoz vezetne, legyen szó akár az igazságszolgáltatás lealacsonyításáról (attitűdökre épülő mintavételek alapján), akár a paternalista közigazgatási szabályozás előnyben részesítéséről (az egyéni kognitív hibákra vonatkozó behaviorista felismerések alapján).

A kontextualisták és az institucionalisták nem azonos mértékben osztoznak ebben a veszélyben, bár más veszélyekkel is szembesülnek, amelyeket alább tárgyalunk. Például mindkettőjük számára fontosak, de nem elegendőek azok a fajta panelhatás-vizsgálatok, amelyeket Miles és Sun- stein "új jogi realizmusként" ²⁴⁸ ír elő. Sok kontextualista számára ezek a tanulmányok nem eléggé "empirikusak". Érvelésük szerint egyetlen tanulmány sem lenne teljes, ha nem figyelne meg a bírákat, hivatalnokokat és peres feleket, és nem beszélgetne velük, és ily módon jobban elkerülhetné, hogy a kutató koncepcióit ráerőltesse a vizsgálat alanyaira. ²⁴⁹ Ezek a kontextualisták tehát elutasítják a redukcionizmust, és szkeptikusak a kvantitatív társadalomtudományi módszertan egyszerű importálásával szemben a jogban. Gyakran hangsúlyozzák azt a fajta elmélet-semlegességet, amely a néprajzi tanulmányokra jellemző. ²⁵⁰ E megközelítés szerint a tudósok nem a hatékonyság, az erkölcs, az osztályuralom vagy bármi más elméletéből indulnak ki. Ehelyett a hipotézisek induktív módon fejlődnek ki a kutatásból - kialakulnak. Ezeket a hipotéziseket aztán a kutatás alapján tesztelik, ami egy rekurzív folyamat során új empirikus elköteleződéshez vezet.

²⁴⁶Vö. fentebb III. rész.

247 Lásd
248 Lásd
249 Lásd
250 Lásd

fentebb az I.A.1. és I.A.2. részt:
Miles & Sunstein, *Supra* 44. lábjegyzet, 837-38. lábjegyzet.
fentebb I.B. rész:
id.

Pontosan az a törekvés, hogy ne csak kölcsönözzük mások adatait és elméleti feltevéseit, sürgetik ezek a kontextualisták, az vezethet a jog működésének valódi "felfedezéséhez" egy dinamikus világban, amely egyre újabb és újabb problémákkal szembesül. A jogtudósoknak szkeptikusan, pragmatistaként kell foglalkozniuk az ilyen adatokkal és elméletekkel.

Az institucionalisták, akár csak a kontextualisták, nem kölcsönöznek fogalmakat más tudományágakból, majd alkalmazzák ezeket a fogalmakat a jogra. Nem követnek egyetlen filozófiát vagy módszertant. Sok kontextualistával ellentétben azonban az institucionalisták elutasítják azt az elképzelést, hogy az empirizmus lehetséges világos analitikus vagy elméleti keret nélkül, és különösen az intézményi választások és hatások tudatosítása nélkül.²⁵¹ Az institucionalisták célja, hogy olyan elméletet és analitikus kereteket biztosítsanak, amelyek kiegészítik a kontextualisták törekvéseit. Az institucionalisták például azzal érvelnének, hogy maga a döntés, hogy egy "testületet" vagy "bíráskodást" vizsgálunk, intézményi döntés. Összehasonlító intézményelemzői szempontból minden intézmény rendkívül tökéletlen, így szükségszerűen fel kell mérni az intézményi alter- natívák relatív hibáit a politikaalkotás céljából. Azt is fel kell mérni, hogy ezek a tökéletlen intézmények hogyan hatnak egymásra. Erre Eric Posner mutat rá a paneltanulmányok kritikájában. Az intézményi alapot a panelről a teljes alkotmányra cseréli, és miután ezt megtette, megvizsgálja, hogy az intézményi választás hogyan vezethet a paneltanulmányok által elért következtetéssel ellentétes következtetéshez, és ehelyett arra a következtetésre jut, hogy a bírói "elfogultság" valójában alkotmányos erény lehet egy több intézményes perspektívából.²⁵²

B. A szcientizmus kockázatai

Ha a redukcionizmusnak vannak veszélyei, akkor a szcientizmusnak is megvannak az ezzel kapcsolatos kockázatai. Az empirizmus egy olyan szó, amely hatalmas területet fed le, nemcsak az általa jelölt módszertanok, hanem a vele kapcsolatos elképzelések tekintetében is. Az empirizmus egyik eszméje a tudományosság. A jog William Blackstone uralkodása óta hajlamos a tudományosságra törekedni. A neoklasszikus jog és közgazdaságtan ugyanezt teszi, csakúgy, mint a kognitív pszichológia, és újabban az új "empirikus jogi tanulmányok" mozgalom a nagy N regressziós elemzéseivel.²⁵³ A "a te tudományod jobb, mint az én tudományom" megközelítés egyik súlyos veszélye az a kockázat, hogy fontos (és talán hamis) normatív állításokat rejt el az általa választott kategóriák révén. Ez

²⁵¹ Lásd fentebb I.C. rész.

²⁵² Lásd általában Eric A. Posner, *Does Political Bias in the Judiciary Matter?: Implications of Judicial Bias Studies for Legal and Constitutional Reform*, 75 U. CHI. L. REV. 853 (2008).

²⁵³ Az empirikus jogi tanulmányokkal foglalkozó tudósok közül sokan a neoklasszikus jog

és közgazdaságtan feltételezései alapján dolgoznak (feltételezve a racionális, hasznosságmaximalizáló viselkedést és a hatékonyságot mint a politikai célt), és elméleteik tesztelésére ökonometriát alkalmaznak.

az, hogy azzal, hogy valamit "tudománynak" nevezünk, tekintélyt adunk neki, anélkül, hogy ezt a tekintélyt igazolnunk kellene, és anélkül, hogy a modellbe épített feltételezésekre rákérdeznénk.

A tudományosság hajlamos a diszciplináris önreferencialitáshoz visszatérni. A tudósok matematikailag bonyolult módon számolhatják a szavazatokat és írhatnak sűrű narratív leírásokat a kusza összefüggésekről. Mégis van egyfajta lámpaszag, az implicit és öncélú diszciplináris or- dalom veszélye azzal az elképzeléssel kapcsolatban, hogy a módszer megoldja a problémáinkat, mintha a módszernek nagyobb hatalma lenne a világ alakítására, mint az eszméknek, a pénznek, a szavazatoknak, a történelemnek vagy a cselekvésnek.²⁵⁴ A kérdés továbbra is az, hogy a viselkedéskutatók és a kontextualisták módszerei mennyire lehetnek vevők a cselekvés világában.²⁵⁵ A jog világa a cselekvés világa, nem egyszerűen a megegyezés és az evolúciós konszenzus világa.^A jog autonómiájára vonatkozó formalista koncepciók kritikájával a kizárólag a módszerre összpontosító új-jogi realista tudósok azt kockáztatják, hogy saját autonóm módszertani buborékjukba zárják magukat. Egyes új-jogi realista tudósok ezért az empirikus munka lefordításának fontosságát helyezik előtérbe a jog és a politika világa számára.²⁵⁶

A történelem tele van olyan példákkal, amelyek kudarcot vallottak, és olyan tudományokkal, amelyek igen veszélyessé váltak - még akkor is, amikor a módszerüket a kor legmegbízhatóbbnak tartották. Ennek oka a "szemét be/szemét ki" jelenség. Ha a vizsgálatban használt kategóriák maguk is elfogultak, pontatlanok vagy hamisak, akkor a statisztikai forma csak a legitimitás és a hatalom látszatát kelti, amit esetleg nem is lehet.

²⁵⁴ Lásd pl. , John O. McGinnis, *Age of the Empirical*, 137 POL'Y REV. 47, 58 (2006) ("Az empirizmusnak ez a felgyorsuló ereje nem garantálja a tartós egyetértést a szociálpolitika és a politikai struktúra minden vonatkozásában. Nem Francis Fukuyama *A történelem vége című művének* tényekre épülő változatát kínálom itt, de a tényfeltárás növekvő fontossága a konszenzuson és a tényeken alapuló politika számára folyamatos hátszéllel fog járni, nem pedig a különleges érdekek és a különleges érvelések alapján."). A tudomány pragmatista szemléletéről lásd általában SUSAN HAACK, *DEFENDING SCIENCE-WITHIN REASON: BETWEEN SCIENTISM AND CYNICISM* (2003).

²⁵⁵ Az empirikusok előtt álló kihívásokra egy közelmúltbeli példa: Ron Suskind, a George W. Bush-kormányzat egykori tisztviselője felidézi egy kormánytisztviselő választát újságírói kommentárjára:

A segéd azt mondta, hogy a hozzám hasonló emberek "a valóság alapú közösséghez tartoznak", amit úgy definiált, hogy azok az emberek, akik "hisznek abban, hogy a megoldások az érzékelhető valóság körütekintő tanulmányozásából születnek". Bólintottam, és motyogtam valamit a felvilágosodás elveiről és az empirizmusról. Félbeszakított. "A világ már nem így működik" - folytatta. "Most már egy birodalom vagyunk, és amikor cselekszünk, mi teremtjük meg a saját valóságunkat. És amíg te ezt a valóságot tanulmányozod - ítélezve, ahogy akarod -, mi újra cselekedni fogunk, és újabb új valóságokat teremtünk, amelyeket te is tanulmányozhatsz, és így rendeződnek majd a dolgok. Mi vagyunk a történelem színészei, és ti, mindannyian, csak arra maradtok, hogy tanulmányozzuk, amit csinálunk."

Ron Suskind, *Faith, Certainty and the Presidency of George W. Bush*, N.Y. TIMES MAG., 2004.

október 17., 44., 51. o..

²⁵⁶ *Lásd pl.* , THE ROLE OF SOCIAL SCIENCE IN LAW i (Elizabeth Mertz szerk., 2008).

teljesen hamis.²⁵⁷ Az eugenika klasszikus példája ennek a folyamatnak. Az eugenikusok nem voltak örültek; alapítóik megalkották a statisztika tudományát, és a huszadik század első harmadának vezető genetikusai mind eugenikusok voltak.²⁵⁸ Francis Galton, az eugenika megalapítója is felfedezte az átlaghoz való regressziót.²⁵⁹ A regressziós elemzések azonban csak annyira jók, amennyire a mérni kívánt kategóriák. Ha valaki olyan eszméket tesz bele, mint a "moron, idióta" (az eugenisták kifejezései, amelyeket az első IQ-teszteket megalkotó pszichológusoktól kölcsönöztek), akkor ilyen eszméket kap ki, csak felértékelődik egy olyan eljárás által, amely tudományossá nyilvánítja őket.

A szcientizmus nagyobb kockázatot jelent az új jogi realizmus egyes formái számára, mint mások számára, különösen azok számára, amelyek a statisztikai módszer iránt a legerősebben elkötelezettek. Sok esetben minél erősebb az elmélet, mint például az attitűdelmélet esetében, annál nagyobb a valószínűsége a jelentős eredménynek. Ezzel szemben a leggyengébb nyitó feltételezésekkel rendelkező elméletek vagy az elméletileg naivnak tűnő vagy szándékosan alul- orizált elméletek csökkentik ezt a kockázatot. Az emergens kutatás - az olyan kutatások, amelyek kvalitatív empirikus elkötelezettségből kialakuló kategóriákat használnak - rendelkeznek a legerősebb eséllyel arra, hogy tükrözzék azt, ami a világban történik. Ugyanakkor az ilyen kutatásnak is meg kell küzdenie a maga kihívásaival.

C. Totalizáló elmélet, szándékosan alultematizált keretek és közvetítő elmélet

Bármely erős jogelmélet egyik súlyos veszélye az önreferencialitás; fennáll a veszélye annak, hogy az elmélet egyszerűen csak a saját értékét próbálja bizonyítani, elkerülve a valóban pártatlan megközelítést, amely saját feltevéseit igyekezne meghamisítani.²⁶⁰ Meglepő-e végül is, hogy a politológusok a közvélemény-kutatásokra, a pártokra és az ideológiára összpontosítanak; hogy a közgazdászok a piacra és a gazdaságra összpontosítanak?

²⁵⁷ Hasonlóképpen, Llewellyn figyelmeztetett, hogy

bár eredetileg legalább néhány megfigyelt adat mintájára fogalmazódtak meg, [a kategóriák] hajlamosak arra, hogy amint bekerültek a gondolkodás szervezetébe, a megfelelő adatok jelenlétét sugallják még akkor is, ha ezek az adatok valójában nincsenek jelen, és az adatok bármely új megfigyelését a kategóriák vonalainak és alakjának megfelelővé csavarják.

KARL N. LLEWELLYN, JOGTUDOMÁNY: (1962).

²⁵⁸ Lásd általában MICHAEL BULMER, FRANCIS GALTON: PIONEER OF HEREDITY AND BIOMETRY (2003); NOURSE, *Supra* note 34.

²⁵⁹ BULMER, *Supra* note 258, 184. o. (megállapítva, hogy Galton találta fel a regressziót és a korrelációt).

²⁶⁰ A szociológusok gyakran hivatkoznak arra, amit mi "erős elméletnek" nevezünk, a "metaelmélet" fogalmával, amely "alapvető feltevéseket tartalmaz arról, hogy hogyan működik a világ, milyen kérdéseket kell feltennünk, és hogyan kell válaszolnunk rájuk [M]etaelméletekképviselek a világot nézetek; ezeket nem lehet megcáfolni." E-mail Elizabeth Boyle-tól, a Minnesotai Egyetem

szociológia professzorától Gregory Shaffernek (2008. október 20., 17:47) (a szerzőnél) (a szerzőnél) (az új jogi realizmus és a szociológiai elmélet megvitatása). *Lásd általában* RAYMOND BOUDON, *Theories, theory, and Theory, in THE CRISIS IN SOCIOLOGY: PROBLEMS OF SOCIOLOGICAL EPISTEMOLOGY* 149 (Howard H. Davis trans., 1980) (az "elmélet" fogalmának boncolgatása). Ahogy Charles Peirce írta filozófiai-pragmatista szemszögből,

kets és árak és holtteher-veszteségek; vagy hogy a szociológusok ismételten a jog halálhírét kongatják, mint a "nagyobb" társadalmi erőkhöz képest viszonylag jelentéktelenekét? Bármilyen kísérletnek, amely egy új, pártatlan vagy objektív tanulmány elkészítésére irányul, figyelembe kell vennie ezt az önreferencializmust. Egy valóban pozitív analitikus megközelítésnek *meg* kell *magyaráznia a variációt*, amint azt bármelyik statisztikus tanúsíthatja. A totalizáló analitika súlyos hibát kockáztat *ex ante*. Minden olyan magyarázat, amely egyszerűen csak megerősíti egy adott tudományág önreferencializmusát, gyanús.

Itt is az attitűdkutatók és a viselkedési közgazdászok szembesülnek a legnagyobb kockázattal, hogy az önreferenciális irányba terelődnek.²⁶¹ Mind az attitűdkutatók, mind a viselkedési közgazdászok számára az egyik megfontolás az, hogy a "közvetítő elmélet" felé mozduljanak el, olyan elmélet felé, amely nem egyszerűen egy másik tudományág szemszögéből próbálja megmagyarázni a jogot. A közvetítő elmélet inkább közvetít az önreferenciális diszciplinaritás erős feltételezéseinek között - miszerint csak a politika (vagy a pszichológia) számít, vagy csak a jog számít -, és *mindkettővel* igyekszik elszámolni: vagyis azzal, hogy a jog és a politika (vagy a pszichológia) hogyan hat egymásra. Az új kormányzás és a jogalanyok elméletiről ezzel kapcsolatos vádakkal szembesülnek, ha elméleteik és intézményi előfeltevéseik olyan normatív előfeltevéseken alapulnak, amelyek nem vethetők alá az intézményi tapasztalatokon alapuló értékelésnek és kontextualizálásnak.

A kontextualisták számára a kihívás az ellenkező irányban rejlik: a homályosságra és az elemzőerő hiányára való hajlam. A kontextualisták már jó ideje ismerik a "homályosság" problémáját, vagy amit Robert Ellickson (Arthur Leffet idézve) a jog és a társadalom "mocsarának" nevezett, szemben a jog és a közgazdaságtan "sivatagával".²⁶² Hacsak nem azonosítjuk az elveket a kontextualizációból, hogyan tanuljunk, hogyan folytassunk további tanulmányokat, vagy hogyan hozunk döntéseket egy dinamikus világban? Milyen haszna van az elkötelezett kutatásnak a jog rendszerszemléletűbb megértésében, ha az egyetlen dolog, ami keletkezik, annyira összetett, hogy nem lehet a négy sarkán túlra fordítani? A jog és a társadalom az akadémia legfontosabb kutatásai közé tartozik; megmutatta, hogy "[a]z igazság nem szabad"²⁶³, hogy vannak olyan struktúrák, amelyek támogatják a

[Azt érzékeljük, aminek az értelmezéséhez igazodunk, bár sokkal kevésbé érzékelhető, mint amennyire bármilyen kifejezett erőfeszítéssel képesek lennénk érzékelni; míg azt, aminek az értelmezéséhez nem igazodunk, nem érzékeljük, bár intenzitásában meghaladja azt, amit a legnagyobb könnyedséggel érzékelnénk, ha egyáltalán törődnénk az értelmezésével.]

CHARLES SANDERS PEIRCE, *Pragmatism and Abduction*, in 5 COLLECTED PAPERS 112, § 5.185 (Charles Hartshorne & Paul Weiss eds., 4th prtg. 1974) (1934).

²⁶¹ Az ilyen jellegű önreferencialitás kritikájához lásd Friedman, *Supra* 55. lábjegyzet, 262-63. o.

²⁶² ELICKSON, *supra* note 197, 147. o. ("A néhai Arthur Leff, aki mindkettőben sokat olvasott, a jog-gazdaságtant sivatagnak, a jog-társadalmat pedig mocsárnak tekintette.")

²⁶³Stewart Macaulay, *Law and the Behavioral Sciences: Is There There There?*, 6 LAW & POL'Y 149, 152-56 (1984).

"ismétlődő játék" a rendelkezők és a nincstelének között.²⁶⁴ A kontextualistáknak azonban analitikusan ébernek kell lenniük, hogy munkájuk ne vesszen el a részletek mi-asmájában.

Véleményünk szerint a kontextualisták legerőteljesebb hozzájárulása az volt, amit mi "emergens analitikának" neveznénk, vagyis olyan tanulmányok, amelyek nemcsak leírják a világot, hanem a világ szemlélésének új módjait is felfedezik. Klasszikus példa erre Macaulay tanulmánya az üzletemberek szerződéses kapcsolatairól. Azért nevezzük ezt "emergens empirikus analitikának", mert "felfedezett" valamit a világban, és ez a felfedezés beépült a szerződések - a kapcsolati szerződéskötés - szempontjából valóban fontos tudományágba.²⁶⁵ A tanulmány "áthidalta" a jogi elmélet és a világ közötti szakadékot. Erőteljes "közvetítő elméletet" kínált, amely egy tudatosan alulteoretizált módszerrel (elutasítva, hogy erős elmélettel induljon) jött létre. A pragmatista hagyományban, amely bizalmatlan a dichotómiákkal szemben, mint például az "elmélet és a gyakorlat" dichotómiája, Macaulay tanulmánya példát nyújt arra, hogy az elméletalkotás a gyakorlat empirikus értékelésével egy dinamikus, visszatérő, interaktív folyamat részeként valósul meg.²⁶⁶

D. A jogi és politikai szakadék leküzdése

A huszadik századi amerikai jogi gondolkodás egyik legalapvetőbb szellemi megosztottsága a jog és a politika közötti különbségtétel. A régi formalisták számára a jog (ami alatt ők a common law-t értették) elvekből és észérvekből állt, szemben a politika alkudozó és célszerűségekre törekvő ígéreteivel. Más szóval, a szerződések, a kártérítési és a tulajdonjog magánjoga (common law) a maga tiszta formájában jelentette a jogot, szemben a közjog beszenyezett világával. Az ebből a korszakból kikerülő szövetségi bírások a common law elveit vitték be alkotmányos joggyakorlatukba, amint azt a Lochner-korszak példázza. A régi realisták egyik központi célja az volt, hogy leleplezzék a régi formalisták elveiben és érvelési módjában rejlő rejtett politikát, amely számukra egy olyan timajoriter politikát képviselt, amely a tőkét előnyben részesítette a munkával szemben.

Ez a jogi-politikai megosztottság központi szerepet játszik mind az "új formalizmusban", mind az "új realizmusban". A neoklasszikus jog és közgazdaságtan (amelyből az új formalizmus született) alaptételként vette alapul, hogy a jog szükségszerűen átítatja a politikát, mivel a következményelvétséget nem lehet elkerülni. Ilyen alapon a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan teoretikái a jólétnaximalizálási célokat elősegítő szabályokat támogatnak, olyan szabályokat, amelyek

²⁶⁴Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead*: 9 LAW & SOC'Y REV. 95, 97-114 (1974).

²⁶⁵Lásd pl. IAN MACNEIL, *THE RELATIONAL THEORY OF CONTRACT: SELECTED WORKS OF IAN MACNEIL* (David Campbell szerk., 2001) (betekintést nyújt a modern szerződés megértésébe).

²⁶⁶Vö. WILLIAM JAMES, *PRAGMATISM* 16 (Dover Publ'ns 1995) (1907) (a pragmatizmust mint "közvetítő gondolkodásmódot" ajánlja).

új formalista fordulatot vettek, ahogy azt Richard Epstein *Simple Rules for a Complex World* című könyvének címe is kifejezi.²⁶⁷ Az az elképzelés, hogy a jogi döntéseknek politikai következményei vannak, mint láttuk, egy régi realista álláspont, amely egyesek szerint a neoklasszikus jogot és közgazdaságtant a realizmus egy formájának tekintik (annak ellenére, hogy az elmélet alapítói kétkedtek ebben a felvetésben).²⁶⁸

Az "új realizmus" szintén feltételezi, hogy a jog és a politika fogalmilag összekapcsolódik. Az új realizmus minden fajtája olyan ítélkezési elméletet fogad el, amelyben a formalista, deduktív érvelésnél valami más is szerepet játszik - legyen az "és" tényező a behaviorizmus, a politikai ideológia, az intézményi elkötelezettség vagy a társadalmi igény. *Továbbra is kérdéses, hogy ezen új megközelítések bármelyike eredményesen foglalkozott-e a jog/politika megkülönböztetés fogalmi feltételezéseivel, hogy elméletet alkosson a jog és a politika közötti közvetítésről.* Az új jogi-realista elméletek mindegyike a jog és a politika dichotómikus megközelítéséből indul ki: az ember vagy olyasmit tesz, amit a "politika" táborába sorolunk, vagy olyasmit tesz, amit "jognak" nevezünk. A szélsőséges attitűdök ezután a jogot a politikára redukálják, a politikát ideológiaként de- finiálják, és az ítélkezést az ideo- logikus orientáció által megjósolhatónak találják.²⁶⁹ A viselkedési közgazdászok ezzel szemben mérsékeltébbek, és azt sürgetik, hogy a politikának a jogon keresztül kell beavatkoznia az egyéni racionalitás hibáinak ellensúlyozására (az ilyen beavatkozást általában objektív, technokrata fogalmakkal határozzák meg).²⁷⁰ A kontextualisták hajlamosak arra, hogy a politikát, amelyet társadalmi gyakorlatokként és normákként határoznak meg, mindenütt a politikában lássák. Az institucionalisták inkább az intézmények struktúrája alapján határozzák meg a politikát, megkülönböztetve a jogalkotási és közigazgatási folyamatokat a bírósági eljárásoktól.²⁷¹ Vegyük észre, hogy mindegyik fajta másképp látja, mi a politika: csupasz preferenciák, ideológiák, társadalmi normák, intézmények, gyakorlatok. De vegyük észre azt is, hogy mindegyik fajta egy alapvető dichotómiából indul ki aközött, amit "jognak" és amit "politikának" nevez.

²⁶⁷ EPSTEIN, *supra* note 182, 53. o. ("[A]z egyszerű szabályok a következők: öntulajdon vagy autonómia; első birtoklás; önkéntes csere; védelem az agresszióval szemben; korlátozott kiváltságok szükséghelyzetekben; és a tulajdon elvitele közhasználatra, igazságos kártérítés ellenében."); *lásd még* POSNER, *supra* note 10. o.)

²⁶⁸ Vö. POSNER, *OVERCOMING LAW*, *supra* note 5, at 2-3 ("The law and economics movement owes little to legal realism"); Leiter, *supra* note 163, at 381 (claiming law and közgazdaságtan mint a realizmus egy formája). Posner bíró a jogi realizmust a kritikai jogi tanulmányokhoz és a baloldali politikához kötötte, ezért elhatárolódott a mozgalomtól. *Lásd*: POSNER, *OVERCOMING LAW*, *Supra* note 5, 393-94. o.

²⁶⁹ *Lásd fentebb az I.A.2. részt.* Az egyes attitűdkutatóknak a jog figyelmen kívül hagyására irányuló tendenciájával szemben *lásd* általában Friedman, *Supra* 55. lábjegyzet (azzal érvelve, hogy a pozitív tudományoknak komolyan kell venniük a jogot és a jogi intézményeket).

²⁷⁰ *Lásd* Christine Jolls & Cass R. Sunstein, *Debiasing Through Law*, 35 J. LEGAL. STUD. 199,

200-01 (2006).

²⁷¹ Lásd pl. , KOMESAR, *Supra* note 47, 53-123. o.; Neil K. Komisar, *A Job for the Judges: The Judiciary and the Constitution in a Massive and Complex Society*, 86 MICH. L. REV. 657, 695 (1988) (az igazságszolgáltatás "domináns strukturális jellemzőjének" tárgyalása).

Az egyik oka annak, hogy a régi realizmus megbukott, és nihilista vonalat hagyott maga után a kritikai jogi tanulmányokban, az a durván eltúlzott elképzelés volt, hogy a jog a politikára redukálható. Minden új jogi realizmusnak előre kell látnia ezt az ellenvetést, és válaszolnia kell rá. Véleményünk szerint az új jogi realizmusnak vissza kell utasítania a jog politikára való redukálását, vagy fordítva, és el kell ismernie a jog és a politika mint intézményes és részvételi gyakorlatok egyidejűségét. A bíróságok másképp működnek, mint a kongresszus, mert más intézményi dinamikával és strukturális korlátokkal rendelkeznek; a szenátusban elhangzott beszédek perverznek hangzanak, ha a Legfelsőbb Bíróság bírójának szájából hangzanak el. A jogot tehát - legalábbis részben - a jogi intézmények belső, formális jellemzői határozzák meg. A bíróságok döntéseiket egy tárgyiasító diskurzus segítségével legitimálják. Olyan érvelési formát alakítanak ki (a doktrínán keresztül), amely önmagán belülről fakad, és egy bizonyos fajta hatalmat érvényesít. A kongresszus más hangon szólal meg, a népi megerősítés közönségét keresi, és így a törvénye egészen másként hangzik (és más is), mint a bíróságoktól származó jog. Ennek a különbségnek a felismerése visszavezeti a doktrínát a mederbe, bár új módon: ez az intézmények azon hatalmának felismerése, hogy önerősítő gondolkodási formákat hozzanak létre, amelyek maguk is hatalmi igények (a Kongresszus hatalma a nyilvános megerősítésre, a bíróságok hatalma a jogi érvelésre, az elnökség hatalma az erkölcsi meggyőzésre).²⁷²

A jog kontra politika egyszerű dichotómiája nem csak alulértékelt, de hamisan kettéválasztott is; a kettő folyamatosan kölcsönhatásban van, és párhuzamosan, egyidejűleg működik.²⁷³ Amikor a bíróságok jogi érvelést folytatnak és jogi doktrínát alakítanak ki, akkor bizonyos célokkal rendelkező érdekvédők álláspontjára reagálnak. A bíróságok diskurzusának viszont olyan normativitása van, amely visszahat a politikai folyamatokra. A jogtudomány ily módon nem csak kontextusfüggő, hanem kontextus-produktív is.²⁷⁴ Minden jogelméletnek tehát együtt kell tartania a jogot és a politikát.

²⁷² Lásd pl. , A KORMÁNY ERKÖLCSÉGE: ESSZÉK A

A NEMZETI TÁRSADALOMTUDOMÁNYI INTÉZET SZENTENCE 1-81 (Moorhead Kennedy et al. szerk., 2000) (az elnöki vezetésre összpontosítva az erkölcsi tekintélyen keresztül).

²⁷³ Egy metaforával élve, az elektronok és a protonok különböznek egymástól, de bizonyos szempontból különböznek, és egyszerre léteznek. A Larry Lessig által "új chicagói iskolának" nevezett társadalmi normákról szóló irodalom egy része érinti ezt, és progresszív szerepet nyit az államnak a normák alakításában. *Például* , Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, 27 J. LEGAL STUD. 661, 661, 672 (1998) (a "hatékonyabb aktivitás eszközeinek" azonosítása); lásd Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH.

L. REV. 338, 354 (1997) (a "jog normákat formáló képességének" tárgyalása); Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903, 947-52 (1996) (azzal érvelve, hogy a kormányzati intézkedések előmozdíthatják a kívánatos normákat).

²⁷⁴ Lásd Neil Walker, *Supra* note 222, 7. o. (idézi Hans Lindahl, *Immigration, Political Indexicality and a Politics of Indexicality*, 2 TEORIA E CRITICA DELLA REGOLAZIONE SOCIALE 16 (2007)); lásd még JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DIS-COURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY XI (William Rehg trans., Mass. Inst. of Tech. 1996)

(1992). A jog normativitása a formális jellemzői szempontjából az olyan teoretikusok, mint a

elég hosszú ahhoz, hogy mindkettőt olyan kifejezésekkel magyarázzuk el, amelyeket a folyamatok résztvevői megértenek. Ez a feladat kihívást jelent az új jogi realizmus minden fajtája számára; sőt, radikális kihívást jelent a régi realizmus "önelégült" instrumentalizmusával szemben, mivel nem hajlandó a jogot a politikára redukálni. Véleményünk szerint az új-jogi realista elméletnek a doktrínát ideiglenesen, félig autonómként kell újra a nyájba fordítania. Minden más álláspont vagy a régi formalizmus dogmatizmusát kockáztatja (amelyben a kettő soha nem találkozik), vagy azt a nihilizmust, amelybe a régi realizmus és a kritikai jogi tanulmányok redukálódtak (amelyben a jog a politikába omlik). Az új jogi realizmusnak - Dean Dagan szavaival élve - a jog fogalmában rejlő "konstitutív feszültségekkel: a hatalom és az ész között" kell foglalkoznia.²⁷⁵ Ehhez új módszertani technikákra lehet szükség, mint például a "kettős elszámolások", amelyek a jog és a politika egyidejű nyomvonalát követik nyomon a különböző részvételi és intézményi kontextusokban.²⁷⁶ Szükség lehet a jogi konstrukciók egyfajta részvételi rekonstrukciójára is a reifikált jogi fogalmakból a politikailag elkötelezett cselekvésbe, mint például amikor a politikai ügynökségeket nem funkciókként, hanem a részvétel formáiként gondoljuk újra.²⁷⁷

Az eredeti realizmus jelentősen túllőtt a célon. A fasizmus és a kommunizmus pusztítása világossá tette a jogállamiság szükségességét. Hasonlóképpen, napjainkban a kritikai jogi tanulmányok, bár ma már számos formában elterjedtek, túllóttek a célon, és a status quo földjén hagytak bennünket.²⁷⁸ E probléma elkerülésének módja az, ha azt tesszük, ami banálisnak tűnik, de valójában igen radikális, legalábbis a szociáljogi teoretikusok számára: elfogadjuk, hogy végső soron, bár az elmélet messze elrugaszkodhat a (formálisan felfogott) jogtól, vételének részben a jogban kell lennie, még a rettegett "doktrína" elnevezéssel is. A realizmus nagymértékben befolyásolta a jogi doktrínát azáltal, hogy a common law-alapú doktrínákról szociológiai alapúakra változtatta az akkori szókincset. Valójában, ha valaki

Lon Fuller és mások a jogi folyamatok iskolájában vonzóknak találták a nácizmus és a sztálinizmus huszadik század közepi tekintélyelvű politikájának fényében. *Lásd* PURCELL, *supra* note 27, 163. o. ("Fuller a realizmust a harmincas évek végének világméretű válságához kötötte. Bár a ő [Fuller] nem tette egyenlővé a relativizmust a totalitarizmussal, mint sok kritikusa, hanem a társadalom felbomlásához és a nyers erő végső uralmához vezető szükséges első lépésnek nevezte.")

²⁷⁵ Dagan, *Supra* 26. lábjegyzet, 610. o. A nemzetközi jog tekintetében lásd a jog e központi feszültségének hasonló megfogalmazását: Nico Krisch, *International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order*, 16 EUR. J. INT'L L. 369, 370-71 (2005).

²⁷⁶ *Lásd általában* Nourse, *supra* note 38 (*Lochner* kettős történetét kínálja a nagyon politikai és jogtörténetében, és a jogi eszmék és a politikai rend közötti kapcsolatok különböző formáit vizsgálja, mint például a felerősítés, a sűrítés és a váltás).

²⁷⁷ *Lásd pl.*, V.F. Nourse, *Toward a New Constitutional Anatomy*, 56 STAN. L. REV. 835, 892 (2004) [a továbbiakban: Nourse, *Constitutional Anatomy*] (az alkotmány értelmezési megközelítései tárgyalása); Victoria Nourse, *The Vertical Separation of Powers*, 49 DUKE L.J. 749, 753 (1999) [a továbbiakban: Nourse, *Vertical Separation*] [a politika részvétel-

központú modelljének hangsúlyozása).

²⁷⁸ Lásd Schauer, *Supra* 159. lábjegyzet, 529. o. (a jogállamiságról szólva).

mérni a realizmusnak a doktrínára gyakorolt hatását, ironikus módon hosszú életű lenne, talán a legnagyobb hatása (még ha nem is mindig ~~szerep~~).²⁷⁹ Egy olyan új-jogi-realista megközelítés, amelynek sikerül beszivárognia a jogászok beszédmódjába, olyan stratégia lesz, amely valami fontosat nyert.

Az új jogi realistáknak tehát nem szabad egyszerűen értelmetlenül elutasítaniuk a jog formális jellemzőit. A jog azért strukturálja a politikát, hogy korlátozza az önkényes döntések meghozatalát, és ésszerű indoklást követeljen. Ahogy Schauer írta, a jog formális jellemzői a kormányzat nem önkényes módon történő uralkodásának részét képezik (amit "szabályalapú döntéshozatalnak" nevezünk), amelyben a kormányzati cselekvést észérvekkel kell igazolni.²⁸⁰ A formalizmussal az a probléma, amikor az automatikussá válik, és vakká válik az őt mozgató politikára és intézményi elfogultságokra, valamint az általa legitimálható status-quo bi- zottságokra. Amikor a formalizmust egyszerűen arra használják, hogy korlátozzák a közigazgatási államot, és a magánrendelkezésre és a piacra ruházzák a hatalmat, akkor problematikus. A jognak a szabályok és a dok- trínák szempontjából való szemlélése elégtelen lehet, de annak felismerése, hogy az intézmények különböző formái a hatalom formáiként a diskurzus különböző formáit hozzák létre, központi jelentőségű a jog és a jog helyének megértéséhez, értékeléséhez és kritikájához. Ahogy Dean Dagan írja, a jogot a kényszer és az értelem közötti nem könnyű viszonyban kell konceptualizálni.²⁸¹ Llewel- lyn-t parafrázálva, a szereplők azért küzdenek, hogy a hatalom és a jog háttérét megragadják; de amikor ez sikerül, egyúttal arra is törekszenek, hogy meggyőzzék őket arról, hogy az eredmény "a közjót szolgálja".²⁸² Az új jogi realistáknak el kell utasítaniuk a jog mint hatalom és a jog mint ész mindkét "pur- ist alternatíváját".²⁸³ A jog mint ész indoklást igényel, és ily módon lehetőséget biztosít a hatalom gyakorlásának megkérdőjelezésére és megkérdőjelezésére. Ugyanakkor a jog okát is a valós szereplők terjesztik elő (a valós hatalom gyakorlásának igazolásaként), ezért a jog okának mindig szkepticizmusnak és kritikának kell alávetnie magát. Csak így lehet a jog elszámoltatható alanyai előtt.

E. Az implicit, de átláthatatlan normativitás megkerülésének kockázata

Miközben az új jogi realizmus elutasítja azt a hitet, hogy minden jogot és politikát egyetlen, következetességen alapuló politikai célnak kell meghatározni, az új jogi realizmusnak sem szabad az etikai relativitás fantáziájának engednie. Ahogy Felix Cohen, a régi jogi realizmus egyik vezéralakja írta annak sikereit és kihívásait értékelve,

²⁷⁹ Lásd általánosságban Nourse, *fentebb* 39. lábjegyzet.

²⁸⁰ Lásd Schauer, *Supra* 159. lábjegyzet, 510-11., 547-48. o.

²⁸¹ Lásd Dagan, *Supra* 26. lábjegyzet, 637. lábjegyzet. Dean Dagan a realista jogfelfogás konstitutív feszültségeinek három csoportját vizsgálja: "hatalom és ész, tudomány és

mesterség, valamint hagyomány és haladás között". *Id.* 610. o.

²⁸² K. N. Llewellyn, *A normatív, a jogi és a jogi-jellegű munkák: The Problem of Juristic Method*, 49 YALE L.J. 1355, 1383 (1940).

²⁸³ Dagan, *Supra* 26. lábjegyzet, 637. lábjegyzet.

Soha nem fogjuk alaposan megérteni a tényeket úgy, ahogy vannak, és nem valószínű, hogy sokat fogunk haladni a megértés felé, hacsak egyúttal nem vetjük be az ~~érték~~ kritikai elméletét. A leíró jogtudomány pozitív feladata nem lehet, ezért a jogi kritika feladatától teljesen elválasztható. Jogi a kritika üres a jogi döntések okainak és következményeinek objektív leírása nélkül. A jogi leírás vak az értékelmélet vezérfonala nélkül.²⁸⁴

A jogi realizmus részben azért halt meg, mert nem foglalkozott teljes mértékben a Cohen által szorgalmazott értékek kérdésével, amelynek következményei a fasizmus 1930-as évekbeli felemelkedésével világossá váltak.

Az új jogi realisták eltérnek abban, hogy mennyire világosan mutatják be értékeiket, egyesek hajlamosak arra, hogy ne legyenek annyira átláthatók a tudományos elkötelezettségüket vezérlő értékek tekintetében. A régi realistákhoz hasonlóan sok új jogi realista is hajlamos elkerülni az értékek kérdését, annak ellenére, hogy könnyen belátható, hogy az értékek valamennyiük munkájában szerepet játszanak. Az attitudinalisták a pozitív politikai elmélet egy olyan formáját vallják, amely értékmentes tudományt állít, de valójában feltételezésekkel él a politika és a jog relatív ~~érték~~ természetéről. A kontextualisták és a neoinstitutionalisták szintén inkább a társadalomtudományi módszerre összpontosítanak, és megállapításaik normatív következményeit (ha egyáltalán) megjegyzik anélkül, hogy közvetlenül értékelméletet védenének. A viselkedési jog- és közgazdászok inkább az értékeiket fogalmazzák meg, amit azok tisztáznak, akik a "libertárius paternalizmus" fogalmát terjesztették elő, hangsúlyozva az emberi választás és így a szabadság megőrzésének fontosságát.²⁸⁵ Az institutionalisták eltérőek. Azok, akik az összehasonlító intézményi elemzésre összpontosítanak, elemzési keretet biztosítanak az értékeken alapuló politikai célok beillesztéséhez, de nem pozicionálják ezeket az értékeket - bár a célok megfogalmazásában való részvétel értéke egyes kereteikben, különösen újabb munkáikban, benne rejlik.²⁸⁶ Az új kormányzás elméletében az értékek az érdekeltek folyamataiból erednek, de az értékek elméletét nem fogalmazzák meg átláthatóan - a részvétel, az átláthatóság, a rugalmasság, a tanulás és az elszámoltathatóság szorgalmazásán kívül. A jogalany-elméletek messze a legnyíltabban normatívak, mivel a valós emberi sebezhetőségre való reagálás értékét állítják, és ezáltal aktivistább álláspontot képviselnek, mint például a libertárius paternalizmus viselkedés-gazdaságtani változata.

A sebezhetőség teoretikusain kívül az új jogi realisták nem vállalták nyíltan Cohen kihívását, hogy a jelen értékeinek elméletével foglalkozzanak, amelynek véleményünk szerint "kritikai" elméletnek kell lennie. A "kritikai

²⁸⁴Cohen , 134. lábjegyzet, 848-49. o.

²⁸⁵Vö. pl. , THALER & SUNSTEIN, 116. sz. lábjegyzet, 4-6. o. Sunstein részletesebben

foglalkozik a jogokkal kapcsolatos nézeteivel a SUNSTEIN, *Supra* note 27-ben.
^{286Vö.} általában Komesar, *Essence*, 88. lábjegyzet; Shaffer, 207. lábjegyzet

cal", felidézzük a realizmus gyakran ki nem mondott "legjobb" gondolatát, amely a jogi diskurzust nem egyszerűen a status quo megerősítésére, hanem a fennálló rend megkérdőjelezésére, a jogi intézményeknek a status quo megőrzésére irányuló eredendő tendenciája elleni küzdelemre, valamint arra törekedett, hogy felfedezze az "újragondolás" módjait arról, amit a jelen tagad.

Bár az új jogi realisták gyakran közvetlenül elbuknak Cohen kihívásán, mégis vannak arra utaló jelek, hogy az új-realista megközelítés, még ha nem is fogalmazza meg ezt a kérdést, biztosabb lábakon áll, mint formalista versenytársa, a magas deduktív érvelés. Amennyiben az új realisták az alulról felfelé irányuló módszereket hangsúlyozzák - például az intézményekben való részvétel vagy a társadalmi kontextusok egyéni identitást formáló erejének értékelésére -, véleményünk szerint az emberi szabadságnak egy "működő, valós életben" érvényesülő alapértékét feltételezik. A szabadság nem a magas elméletből fakad, hanem azt követeli meg, hogy foglalkozzunk azzal, hogy az egyének hogyan élnek, hogyan dolgoznak és hogyan fordulnak egymáshoz a világban, kiszolgáltatottságuk fényében. Ebben az értelemben számos új realista módszertani elkötelezettségei legalábbis az emberi szabadság értékének kritikai elméletének operationalizálását tükrözik.

Ahogy Sunstein *A második jogtörvényben* kifejtette, a régi realisták egyik legfontosabb állítása a laissez-faire kritikája volt a szegénységgel és a szabadsággal kapcsolatban.²⁸⁷ Ezt nem lehet úgy elérni, hogy a jogot társadalomtudományi módszerre redukáljuk, hogy azt feltételezzük, hogy minden jog politika, vagy hogy a jogot mint a burkolt hatalom egy újabb formáját utasítjuk el. Ezek a megközelítések mind megkerülése Cohen reményének, hogy a jog implicit értékeinek elméletét alkossuk meg, amely (véleményünk szerint) megtartja a kritikai dimenziót. Ha a történelem egyfajta mércéje, akkor ezek a kitérések veszélyesek lehetnek, mert a jog erényeinek területét átengedve az ember megnyitja a világot azok előtt, akiknek nem okozna gondot, ha a jogot egyszerűen csak a vétkei - az erőszak - miatt ragadnák meg. A történelem majd megítéli, de okunk van aggódni amiatt, hogy miközben az akadémia az elmúlt húsz évben a jog "üres reményével" kapcsolatos posztmodern szkepticizmusnak hódolt, azok, akiknek nem voltak aggályaik a jog hatalomként való felhasználásával kapcsolatban, elfoglalták a terepet, nyíltan felvállalva a kínzás hatalmát.

V

DINAMIKUS ÚJ REALIZMUS EGY ÚJ VILÁGRENDÉRT

Végezetül érdemes feltenni a kérdést, hogy az általunk látott "új jogi valóság" képes-e reagálni a valós eseményekre. Több tényező is arra enged következtetni, hogy az új jogi realizmusnak sokkal nagyobb esélye van arra, hogy reagáljon az új világrendünkre - a tényekre -, mint versenytársának, az új formalizmusnak. Az új jogi realizmus pragmatista szempontból jobban illeszkedik korunkhoz. Ebben a

részben a leíró és kritikai részből a leíró felé haladunk, és a "dinamikus" új jogi realizmusról alkotott sajátos nézetünket fogalmazzuk meg. A pro-

²⁸⁷Vö. SUNSTEIN, *Supra* 27. lábjegyzet, 25. pont

célja, hogy összefoglaljuk azokat az elkötelezettségeket, amelyekben az új jogi realistáknak szerintünk osztozniuk kell.

A jog és a közgazdaságtan neoklasszikus formájában a korlátozott kormányzás elmélete volt és ma is az, a kifejezés többféle értelmében. Ez a bírák korlátozott hatalmának elmélete (a magánrendelkezések iránti tisztelet értelmében vett korlátozás, a common law alapelvének alkalmazása). Ez a törvényhozók korlátozott hatalmának elmélete (a legtöbb jogszabály a többséget terhelő, a kisebbségek, az úgynevezett koncentrált érdekek javát szolgáló tehernek tekinthető). Ez egy olyan elmélet, amely a common law-t (annak ősi előzményeivel) a törvényi és közigazgatási joggal (annak jövőorientáltságával) szemben felértékeli. Ez egy olyan elmélet, amelyet az a háttérfeltevés vezérel, hogy a bíróságok ereje mindenféle jogvita hatékonyabb megoldására alkalmas. Olyan elmélet, amely az egyén mint autonóm (nem kiszolgáltatott) szereplő hatalmát és a szabadság (az autonómia értelmében meghatározott) érték elsőbbségét sugallja.

Úgy véljük, hogy az új világrend közvetlenül megkérdőjelezi mindezeket a feltételezéseket. Láttuk a politika erejét: hogyan álltak fel hatalmas tömegek egy történelmi jelentőségű elnökválasztás mindkét oldalán. Láttuk, hogy a bírói visszafogottság elméleteinek hívei, amikor kellett, pontosan az ellenkezőjét tették: eldöntöttek egy elnökválasztást, és új jogokat találtak, például a fegyvertartáshoz való jogot, ezzel alátámasztva az attitűdvédők állításait. ²⁸⁸ Láttuk, hogyan bomolhatnak fel a piacok a kapzsiság tömeges versengése miatt, és hallottuk, hogy a mainstream közgazdászok elismerik, hogy a piacok nem képesek önmagukat szabályozni. Láttuk a gazdasági globalizáció erejét abban, ahogyan az amerikai subprime-hitel-csődök katalizálták a globális piaci összeomlást. ²⁸⁹ A régi realizmushoz hasonlóan az új jogi realizmus fajtái is tükrözik a pillanatnyi helyzetüket: a piac újratrümfalásának kezelése, a piaci és a jogi realizmus újratrümfalásának kezelése.

²⁸⁸ *Lásd* District of Columbia v. Heller, 128 S. Ct. 2783, 2821-22 (2008) (megállapítva, hogy a második módosítás egyéni jogot biztosít a fegyvertartásra és -viselésre); Bush v. Gore, 531 U.S. 98, 110 (2000) (megállapítva, hogy a floridai legfelsőbb bíróság által elrendelt kézi újraszámolás nem felelt meg az egyenlő védelem klauzulájának, és hogy az újbóli vizsgálat nem lenne megfelelő jogorvoslat). Konzervatív tudósok és fellebbviteli bírák, például Michael McConnell, Posner és Harvie Wilkinson bírák mindkét döntést bírálták. *Lásd pl.* Michael W. McConnell, *Two-and-a-Half Cheers for Bush v. Gore*, 68 U. CHI. L. REV. 657, 660 (2001) (vádolja a Legfelsőbb Bíróságot, amiért pártosnak tűnik); J. Harvie Wilkinson III, *Of Guns, Abortions, and the Unraveling Rule of Law*, 95 VA. L. REV. (megjelenés: 2009) (kézirat 2. o., elérhető a <http://ssrn.com/abstract=1265118> oldalon) ("Másodsor, mindegyik [*Roe v. Wade* és *Heller*] a bírói aggrandizáció aktusát jelenti: a hatalom átruházását a bírákra a politikai hatalmi ágaktól - és így végső soron maguktól az emberektől."); Richard A. Posner, *In Defense of Looseness: The Supreme Court and Gun Control*, NEW REPUBLIC, 2008. augusztus 27., 32., 35. o. ("Ha az alkotmányos döntéseket a Legfelsőbb Bíróságon a liberálisok és konzervatívok közötti egyensúly határozza meg, akkor a *Hellerben* található fűgefalevél - a személyes értékek és politikai preferenciák historizáló máza - továbbra is ellenállhatatlanul csábító lesz a bírák számára, nagy és fáradhatatlan stábjukkal és az "objektív" értelmezés misztikája iránti elkötelezettségükkel.").

²⁸⁹ *Lásd általában* MARK ZANDI, FINANCIAL SHOCK: GLOBAL PANIC AND GOVERNMENT

BAILOUTS-HOW WE GOT HERE AND WHAT MUST BE DONE TO FIX IT (frissített kiadás, 2009).

ket laissez-faire (ma már csüggedt), a reakcióképtelen állam iránti cinizmus és a hagyományos jogfelfogások kiüresedése az alulról jövő új kormányzati kihívások és a felülről jövő új globális és transznacionális intézmények kihívásainak fényében - összefoglalva, az előttünk álló új világrend.²⁹⁰

E tények ismeretében úgy véljük, hogy az új jogi realizmus, annak különböző formáiban, reményt ad egy olyan jogi elméletre, tudományos és politikai tevékenységre, amely megelőlegebben reagál egy olyan világra, amelyben a politika lehetséges, még ha tökéletlen is, amelyben a bírák nem színlelnék önmérsékletet, miközben felismerik a részleges ítélkezés elkerülhetetlen kockázatát, amelyben a piacokról már nem feltételezik, hogy önszabályozóak, és amelyben felismerik a globalizáció hatalmát mindannyiunk életére.

A mi véleményünk szerint ennek az új jogi realizmusnak egy "dinamikus realizmusnak" kell lennie, hogy megfeleljen korunknak.²⁹¹ Nagyrészt úgy találjuk, hogy az "új" jogi realizmus elnevezés számos jelöltje túlságosan is a "régi" realizmushoz kötődik: a tendencia, hogy nagymértékben összeolvad más tudományágakkal; hogy feloldódik a leegyszerűsítő instrumentalizmusban; hogy nem képes konceptualizálni a jog elemzésének új módjait a funkcionalizmuson túl; hogy idealizálja a társadalmi "tudományt", mintha a huszadik század története nem lenne tele a szcientizmus szörnyű visszaéléseivel. Ebben a részben először felvázoljuk, hogy mit tartunk dinamikus új realizmusnak - amely a régi realizmushoz hasonlóan empirikus és kontextuális, de a régi realizmussal ellentétben képes felismerni a jog erejét. Azért hangsúlyozzuk az "interaktív" szót, mert elméletünk dinamikus, közvetítő jellegű, amely nem törekszik a jog más tudományágakra való redukálására, és nem feltételezi, hogy a jog a világtól elkülönülten létezik. Hasonlóképpen, ez a dinamikus realizmus nem fél - mint a régi realizmus egyes változatai - az értékek elméletével foglalkozni, de tisztában van azzal, hogy az értékek gyakran elégtelenek az intézményes hatalom módjainak megértése nélkül.

A régi realizmussal ellentétben ez a dinamikus új realizmus elismeri, hogy a jog fontos a maga területén, részben azért, mert a jogi intézmények hatalmat gyakorolnak - az erőszak és az értelem hatalmát egyaránt. Theo-

²⁹⁰ Kiváló elemzésért lásd Walker, *Supra* 222. lábjegyzet, 33-34. o. ("Az állami jog, beleértve az állami alkotmányjog keretét is, egyre inkább vetekszik az egyébként térben kiterjesztett joggal, beleértve a szubállami jogot, a regionális szupranacionális jogot, a transznacionális, tartomány-specifikus magánrendezést, a hibrid köz- és magánrendezést és egyre inkább a globális jogrendszer új formáit, amelyek nem tartanak igényt az egyetemességre, és nyilvánvalóan nem az aggregált szuverén akaratból erednek, és nem is tartják tiszteletben azt."). (lábjegyzet kihagyva)).

²⁹¹ A "dinamikus" kifejezésért kifejezetten William Eskridge-nek vagyunk lekötelezettjei, az ő alapvető művének, *ESKRIDGE, Supra* 170. lábjegyzet, olvasata alapján. Eskridge munkája véleményünk szerint számos olyan gondolatot előlegezett meg, amelyeket itt támogatunk, nemcsak a jog dinamikus, változó minőségének (központi realista elfeltevés) és pragmatizmusának tekintetében, hanem az empirikus munkára való támaszkodását is, lásd William N. Eskridge, Jr, *Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions*, 101

YALE L.J. 331, 334 (1991), és az intézményi dinamika kifinomult megértését, lásd William N. Eskridge, Jr. & John Ferejohn, *The Article I, Section 7 Game*, 80 GEO. L.J. 523, 523-28 (1992), mint a meglévő elmélet kritikájának eszközei.

A törvényt egyszerűen figyelmen kívül hagyó államok nyitva hagyják a terepet azok előtt, akik a törvényt manipulálva nemcsak rossz, hanem a szó szoros értelmében vett jó célokat (akár kínzást) is elérnének. Ebben az értelemben azok a realizmusok, amelyek a jogot más tudományágakkal magyarázzák, mélységesen "irreálisak", amennyiben nem hagynak teret a jognak, hogy rossz vagy jó irányban gyakorolhassa befolyását. A jogot nem lehet leegyszerűsítve a közgazdaságtanra, a politikatudományra, a szociológiára vagy az antropológiára redukálni. Sem az attitűdmodell, sem a viselkedési közgazdaságtan, sem a nagy N kvantitatív vizsgálatok, sem a terepmunka nem elegendő. Miért? Mert a jogi intézményeknek hatalmuk van, és ez a hatalom olyan módon alakíthatja át a tudást, hogy az a szerzők számára teljesen felismerhetetlenné válhat. Ronald Coase tranzakciós költségeihez hasonlóan az intézmények - piacok, bíróságok, törvényhozás - képesek bármilyen értéket, célt vagy törvényt alakítani, átformálni és felismerhetetlenné tenni. Ha valaki másképp gondolná, gondoljon arra, mi történt az öko- nomikus fogalmak használatával a bírói szférában - az ilyen fogalmak a common law ó-jogi eszméjének felértékelésére redukálódtak.

A jog az idők folyamán a társadalom és a jogi intézmények között rekurzív módon váltakozik, ezért az empirikus vizsgálat elengedhetetlen a jog tényleges működésének megértéséhez. Ez a körforgás az oka annak is, hogy a modern és az ókori történelem miért olyan lényeges a jog legjobb realizmusának megértéséhez. Ha jól végzik, az ilyen vizsgálat meghívja a tudóst, aki hajlandó újragondolni a jelent azáltal, hogy kritikusan foglalkozik az intézményeket alakító legalapvetőbb fogalmakkal, olyan alapvető feltételezésekkel, mint az emberi autonómia és nem az emberi kiszolgáltatottság eszméje, vagy olyan alapvető, mint a jog és a politika közötti különbségtétel. Véleményünk szerint minden új realizmusnak öntudatosan transzdiszciplinárisnak kell lennie a jogon belül. Túl kell lépnie a jogászoknak adott kategóriákon, a szabálysértések, a bűncselekmények vagy a vállalatok kategóriáin, és transzdiszciplinárisnak kell lennie a kapcsolódó tudományágak között, elutasítva a szociológiából, pszichológiából vagy közgazdaságtanból való nagymértékű kölcsönzést. Ennél is fontosabb, hogy minden új realizmusnak el kell ismernie az "egyidejűség történelmi elvét" - vagyis azt, hogy a történelem megmutatta, hogy a jog, a politika és a társadalom, nem is beszélve a piacokról és a kormányokról, nem redukálható egymásra, mivel az idők során egyidejűleg hatnak egymásra. Dinamikus *kölcsönhatásuk* elveit azonosítani, nyomon követni és elméletben kifejteni kell.

E cikk során - ha csak előzetesen is - olyan fogalmi lépéseket javasoltunk, amelyek az új realizmushoz köthetőek, és amelyek a régi realizmushoz nem kapcsolódtak. A tisztánlátás kedvéért öt ilyen gondolatot jegyzünk meg, amelyek együttesen lényegesen eltérnek az "új jogi realizmus" címre jelenleg pályázó jelöltek mindegyikétől, és amelyek a tudósoknak olyan eszközöket kínálnak, amelyekkel a meglévő problémákra másfajta analitikát tudnak alkalmazni. Az első

gondolat a *rekurzivitás*: Hallidaytól kölcsönözve úgy véljük, hogy a jogi reformtörekvések dinamikusak, és hogy a jogi reformtörekvések a

a jog és a társadalom közötti állandóan ciklikus kölcsönhatás.²⁹² A második fogalom a *jog és a politika egyvidejűsége*. Egy olyan korszak egyik nagy (és szerencsétlen) szokása, amelyben mindenki "realista", az volt, hogy a jogot hajlamos volt a politikára redukálni, pedig a jog és a politika különböző intézményi folyamatokat foglal magában, amelyek a való életben egyszerre hatnak egymásra; minden dizájnos új realizmus ezt a dualizmust próbálná megragadni azáltal, hogy a jog és a politika "kettős történeteit" vagy a jog, a piacok és a politika "három történeteit" meséli el, ahelyett, hogy az egyiket a másikra redukálná.²⁹³ A harmadik fogalom az *emergens analitika*, amely azt jelenti, hogy minden dinamikus realizmus a világból és nem a testetlen elméletből meríti a fogalmait. A felfedezés megköveteli, ahogy Thomas Kuhn mondta a tanítványainak, az alázatot, hogy először elismerjük, majd megpróbáljuk megmagyarázni azt, ami felfoghatatlannak tűnik, nem pedig azt, hogy egyszerűen elfogadjuk a status quo-t mint inherensen értékeset vagy természetesen.²⁹⁴

Negyedszer, a funkcionalizmus már nem elég: nem lehet egyszerűen értékeket felállítani és elvárni, hogy azok megvalósuljanak, ahogyan a jogtudományt sem lehet más tudományágak módszereire és értékeire redukálni. A régi realisták funkcionalizmusával ellentétben a dinamikus új realizmus a "közvetítés" és a "részvétel" fogalmait keresi - olyan fogalmakat, amelyek leírják, hogy a jog céljai hogyan hiúsulnak meg, erősödnek fel, sűrűsödnek vagy cserélődnek ki teljesen, miután lefordították őket a világba.²⁹⁵ A funkciókat, vagy célokat aszerint kell ex-aminálnunk, hogy az emberi interakciók részvételi struktúrái hogyan térítik el őket; a funkcionális fogalmak nem a dinamikus új jogi realizmus menetrendje; *a ész és az elszámoltathatóság fogalmi válnak központi jelentőségűvé*.²⁹⁶ Ötödször, és ~~ami~~ talán a legfontosabb, Dagan dékántól kölcsönözve, úgy véljük, hogy a jog "hatalom és ész, tudomány és mesterség, hagyomány és haladás"²⁹⁷ közötti konstitutív feszültségeit nem úgy kell felfogni, mint egy alapvető esszencialista ellentmondás vagy vereség okát, hanem mint *produktív és pozitív ellentmondásokat*, amelyek a legmélyebb értékelkötelezettségeinkről folytatott állandó küzdelmet és párbeszédet tükrözik (az *értékrelativizmussal, székepszissel és nihilizmussal szemben*).

²⁹² Lásd Halliday & Carruthers, *Supra* 80. lábjegyzet, 1192. o. A régi jogi realizmusnak volt dinamikus eleme, de erősen alulelméletezett maradt.

²⁹³ A "kettős történehez" lásd általában Nourse, *Supra*. 38. lábjegyzet.

²⁹⁴ THOMAS S. KUHN, *THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS* 52-53 (2d ed. 1970) ("A felfedezés az anomália tudatosításával kezdődik, azaz annak felismerésével, hogy a ná-túra valamilyen módon megsértette a paradigma által indukált elvárásokat, amelyek a normális tudományt irányítják.").

²⁹⁵ A közvetítő elmélet példájára lásd *id.* 142-44. o. (az amplifikáció, a kondenzáció és a kapcsolás tárgyalása).

²⁹⁶ Lásd Komesar, *Essence, Supra*, 88. lábjegyzet, 2-3. o.; Shaffer, *Supra*, 207. lábjegyzet, 67-69. o. Ahhoz, hogy lássuk, hogyan lehet egy funkcionális fogalmat részvételi fogalommal alakítani, lásd általában Nourse, *Constitutional Anatomy*, 277. sz. jegyzet (a hatalommegosztást nem funkcióként, hanem a részvétel egyik formájaként írja le); Nourse,

Vertical Separation, 277. sz. jegyzet.

²⁹⁷ Dagan, *Supra* 26. lábjegyzet, 610. lábjegyzet.

A következő táblázat összefoglalja a dinamikus új realizmus kulcsfogalmait.

ÚJ DINAMIKUS REALIZMUS

Egyéni	Intézményi befolyásnak és sebezhetőségnek kitéve
Állam	Az ellenálló képességet támogató intézmények; minden intézmény meghibásodásra hajlamos.
Ösztöndíj	Empirikus, de nem reduktív, rekurzív tanulmányok
Kulcsfogalmak	Részvétel, közvetítő elmélet, rekurzivitás, a jog és a politika egyidejűsége

Ha ezek a mi nézeteink, akkor az új formalizmus kritikájában és az arra adott válaszokban sokan osztjuk azok véleményét, akik magukat "új jogi realistáknak" nevezik. Összefoglaljuk ezeket az elkötelezettségeket, amelyeket az új jogi realisták jellemzően, ha nem is általánosan osztanak:

Az új jogi realisták nem romantizálják a demokráciát, és nem is feltételezik annak hiábavalóságát. A közgazdasági elmélet nagy része a demokráciához kapcsolódó alapvető fogalmak, mint például a szavazás és a többségi jogalkotás hiábavalóságát állítja. Az új realizmus nem feltételezi eleve, hogy a demokráciának úgy kell működnie, mint egy versenypiacnak, még akkor sem, ha az új realizmus nem naiv azzal kapcsolatban, hogy az intézményi struktúrák miként védhetik meg a "rendelkezőket" a "nem rendelkezőkkel szemben", és hogyan okozhatnak szisztematikus működési zavarokat a jogban és a politikában. A dinamikus realizmus foglalkozik a szabályozás szükségességével, de azt az emberi sebezhetőség, a korlátozott megismerés és a hatalmi aszimmetriák fényében vizsgálja (nem is beszélve az intézményi struktúra és az ösztönzők patológiáiról); elismeri a hatalommal való visszaélést mind a többség, mind a kisebbségek részéről.²⁹⁸ A dinamikus realizmus olyan szabályozást követel, amely reagál az új információkra és a nyilvánosság közreműködésére²⁹⁹, és elég rugalmas ahhoz, hogy az ismert sebezhetőségeken alapuló nagy és váratlan válságoknak ellenálljon.

²⁹⁸ *Lásd fentebb a III. részt:* Figyelemre méltó, hogy Obama elnök Sunsteint, a magát új jogi realistának nevező és a viselkedési jog és a gazdasági meglátások politikai döntéshozatalba való beépítésének támogatóját nevezte ki az Információs és Szabályozási Ügyek Hivatalának (OIRA) élére. Jeff Sommer, *When Humans Need a Nudge Toward Rationality*, N.Y. TIMES, 2009. február 8., BU4, 2009 WLNR 2490951 (Richard Thaler és Cass Sunstein munkásságának ismertetése és Sunstein kinevezése a Fehér Ház Információs és Szabályozási Ügyek Hivatalának adminisztrátorává). Az OIRA feladata az összes ügynökségi rendelettervezet felülvizsgálata a közzététel előtt annak biztosítása érdekében, hogy azok megfeleljenek az elnök szabályozási politikára vonatkozó elnöki rendeletének. Véleményünk szerint az Obama-kormányzat a kormányzat szerepével kapcsolatban olyan nézeteket hoz Washingtonba, amelyek inkább újrealista irányultságúak, és szöges ellentétben állnak elődje nézeteivel.

²⁹⁹ Az ilyen reagáló szabályozás új internetes technológiákat is magában foglalna, hogy katalizáljon egy ingadozó beszélgetést a jog és a polgárok-alanyok között.

Az új jogi realisták nem hirdetik a jogi reformok valószínűtlen ösztönzés-válasz elméletét, és nem is tartják a jogot elkerülhetetlenül hatástalannak. A konzekvencializmus durvább formáiban azt feltételezi, hogy a jogi változások azonnali változásokat eredményeznek a viselkedésben, mivel olyan ösztönző struktúrákat hoznak létre, amelyekre az egyének reagálnak, ami előnyös politikai eredményeket eredményez. Ez a neoklasszikus jogi és közgazdasági árelmélet egyik különösen erős aspektusa, amely a jogot árként fogalmazza meg.³⁰⁰ Az új jogi realisták elmagyarázták, miért helytelen ez a nyers nézet - hogy az egyének pszichológiai korlátai (és kudarcai) lehetetlenné teszik, hogy az egyének minden szükséges mentális számítást elvégezzenek; hogy a társadalmi kontextusok olyan módon alakítják át a jog projektjét, amelyet nem lehet előre látni; hogy a politikai attitűdök elkerülhetetlenül hozzájárulnak a jog alkalmazásának alakításához; és hogy az intézmények közvetítik a jog erejét.³⁰¹ A dinamikus új realizmus azt állítja, hogy az intézmények - legyenek azok társadalmi vagy politikai intézmények - fontos közvetítő erőket állítanak a jog és annak megvalósítása közé; ezek a sokat hangoztatott "tranzakciós költségek", amelyekkel a jogelméletnek foglalkoznia kell.

Az új jogi realizmus nem hagyja figyelmen kívül a piacok jó vagy rossz hatalmát, de ragaszkodik ahhoz, hogy a jognak nem csupán a piacok elősegítése, hanem azok korlátozása érdekében is léteznie kell. A huszonegyedik század fordulóján a pénzügyi tőke éppúgy előtérbe került, mint a huszadik század fordulóján. A vezérigazgatói fizetéseknek - a manipulált ösztönző csomagoknak köszönhetően - alig voltak korlátai, míg a munkásbérek stagnáltak. A dolgozók munkahelyi biztonsága zuhant, miközben a vezetők arany ejtőernyője felduzzadt. A jövedelmi egyenlőtlenségek megnöttek. A behaviorista szemszögből nézve az új jogi realizmus tájékoztat minket arról, hogy az "állati szellemek" hogyan képesek felemészteni a piacokat, és az egyének a hétköznapi háztulajdonosoktól a kifinomult befektetőkhig vakon követik őket.³⁰² A kontextualista szemszögből nézve az új jogi realizmus azt mondja, hogy a piacok hatékony és önkorrekcióra képes egységes privilegizálása nem felel meg a valóságnak. Az új jogi realisták elismerik, hogy a piacok jóban-rosszban működnek, és ezért felügyeletre, átláthatóságra és szabályozásra van szükségük. A dinamikus új realizmus azt állítja, hogy a közvetítő intézmények struktúrája (a vállalati igazgatóságoktól a hitelminősítő ügynökségeken át a diszpozitív kormányzati szabályozók interakciójáig) központi szerepet játszik az ökológiai színtér politikai elemzésében.

Az új jogi realizmus nem becsüli le az egyéni erőfeszítéseket, és nem feltételezi, hogy az egyének egyedül élnek szigeteken, különösen a globalizálódó világban. Az egyének mindig is ki voltak téve a betegségeknek, a betegségeknek és az öregségnek. Napjainkban a technológiai fejlődés és a globális összekapcsolódás új reményeket és új kockázatokat is rejt magában. A világ erősen függ egymástól. Az egyének sebezhetőek az időn és téren átívelő eseményekkel szemben, beleértve az országhatárokat is. A kínai mérgező napokon belül a

következő helyeken találja magát

300Vö. Posner, 164. lábjegyzet

301 Lásd *fentebb a III.A. részt*

302AKERLOFF & SHILLER, *supra* note 1, 1-7. o.

Amerikai játékok.³⁰³ izlandi munkást bocsátanak el az amerikai lakáshitelek nemteljesítése miatt.³⁰⁴ Ha Kína leállítja az amerikai államkötvények vásárlását, az amerikai gazdaság összeomlik. Az amerikai kivételességnek (akár valós, akár vélt) megvannak a határai. Ha az amerikai kormány engedélyezi a kínzást, akkor az amerikai kormány hírneve és tekintélye csökken, ami növeli a katonai kiadásokra fordítandó de- mandátumot és növeli az államadósságot. Az új jogi realizmusnak tehát a nemzeti intézmények mellett a globális és transznacionális intézményekre is ki kell fordítania a tekintetét. Egy dinamikus új realizmusnak a transznacionális és globális szintű intézményi fejlődés kockázatait és lehetőségeit kell figyelembe vennie, hogy megbirkózzon ezekkel a kihívásokkal, beleértve azokat a kihívásokat, amelyeket az ilyen intézményi fejlődés a jogról és a jog legitimitásáról alkotott elképzeléseink számára jelent.³⁰⁵

Az új jogi realisták elutasítják, hogy a jog és a politika egyetlen, következetességre törekvő cél által meghatározott legyen, de nem hajlandók az etikai relativitás fantáziájának sem engedni. A IV. részben rámutattunk az értékek kérdésével való kritikai foglalkozás elkerülésének kockázataira.³⁰⁶ Az "értékekkel" való foglalkozás alatt a pragmatista értelemben vett irányadó "végcélú" értékeket értjük, és nem egy "végállapotot", mint egy végső megoldás esetében. A dinamikus realizmus tehát ötvözi az értékekkel való kritikus foglalkozást, miközben hangsúlyozza, hogy az ilyen értékek operacionalizálása szoros figyelmet igényel a pszichológiai és társadalmi kontextusra és az intézményi mechanizmusokra, amelyek megkönnyítik a részvételi folyamatokat az értékek elérésének eszközeiről való tanácskozáshoz. A dinamikus új realizmus tehát nem követeli meg az olcsó relativizmusba való hanyatlást, hanem inkább a célok igazolását a jogalanyok számára, akiknek viszont rendelkezniük kell eszközökkel, hogy részt vehessenek annak meghatározásában, hogyan érik el ezeket a célokat.

³⁰³ *China's Toxic Toymaker*, ECONOMIST, 2007. augusztus 18., 58. o. (a kínai gyártású, ólomtartalmú játékok leírása).

³⁰⁴ *Cracks in the Crust*, ECONOMIST, 2008. december 13., 81. o. (az izlandi pénzügyi válság következtében bekövetkezett elbocsátások leírása); James Surowiecki, *Iceland's Deep Freeze*, NEW YORKER, 2008. április 21., 50. o. (az izlandi gazdasági válságot az amerikai másodlagos jelzáloghitel-csődnek tulajdonítja).

³⁰⁵ *Lásd* Walker, 222. lábjegyzet, 33-34. o. A nemzetközi és transznacionális jog új jogi-realista megközelítéseiről lásd általában Garth, *Rebuilding*, 76. sz. lábjegyzet, 9. o.; Symposium, 86. sz. lábjegyzet. A különböző funkcionális, intézményorientált megközelítésekről lásd általában CONSTITUTIONALISM, MULTILEVEL TRADE GOVERNANCE AND SOCIAL REGULATION (Christian Joerges & Ernst-Ulrich Petersmann szerk, 2006) (Joerges kollíziós megközelítésének kifejtése); ANNE-MARIE SLAUGHTER, *A NEW WORLD ORDER* (2004); Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman, *A Functional Approach to Global Constitutionalism* (Harvard Pub. Law Working Paper, No. 08-57, 2009), *elérhető a* <http://papers.ssrn.com/abstract=1311983> *honlapon* (a globális alkotmányosságot tárgyalja és egy "alkotmányos mátrixot" ad, amely lehetővé teszi a különböző alkotmányos rendezések elemzését); Symposium, *Global Administrative Law*, 68 LAW & CONTEMP. PROBS. 1 (2005); Miguel Poiares Maduro, *Interpreting European Law-Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism* (Working Paper IE Law School, No. WPLS08-02, 2008), *elérhető a* <http://papers.ssrn.com/abstract=1134503> *oldalon* (az Európai Bíróság pluralizmusra való hivatkozással történő elemzése). Azokról a kortárs kihívásokról,

amelyeket ezek a transznacionális fejlemények a hagyományos jogfelfogás, illetve a "jog társ- ságai" számára jelentenek, lásd Walker, *Supra* 222. lábjegyzet.

³⁰⁶ *Lásd fentebb a IV.E. részt.*

Véleményünk szerint a dinamikus új realizmus felvállalja az egyéni szabadság értékét, miközben kritikusan megalapozza ezt a koncepciót az emberi sebezhetőség és kölcsönös egymásrautaltság valós szemléletében, akár kognitív, társadalmi vagy intézményi szempontból vizsgáljuk is ezt a sebezhetőséget. Egy ilyen felfogás erőteljes kapcsolatban áll a szabadság elméleteivel, amelyek az emberek valós képességeinek előmozdításán alapulnak, és (Amartya Sen kifejezésével élve) "az emberek által élvezett valós szabadságok kiterjesztésének" vízióját nyújtják, megkönnyítve ezáltal funkcionális képességüket, hogy valódi döntéseket hozzanak az általuk értékelt dolgok érdekében.³⁰⁷ A dinamikus realizmus emellett elismeri, hogy a szabadság önmagában nem elég: a szabadsággal szemben más szempontok is feszültségben állhatnak, akár különálló értékeként, akár magának a szabadságnak az aspektusaiként fogjuk fel őket. Ezek az értékek közé tartoznak az egyenlőséggel, a hatékonysággal és a biztonsággal kapcsolatos aggályok.³⁰⁸

Az új jogi realisták nem hajlandók elmerülni abban a nihilista elképzelésben, hogy a jog nem jelent semmit, sem abban a romantikus elképzelésben, hogy a hősiés dworkiniánus bírák vagy a technokrata szakértő adminisztrátorok megoldják a problémáinkat. Az új jogi realizmusnak a jog és a politika kölcsönösen korlátozó és felszabadító kölcsönhatásával kell foglalkoznia a közöttük lévő közvetítő erők - pszichológiai, ideológiai, társadalmi és intézményi - elméletével. A közvetítő elméletek kidolgozásával az új jogi realizmus segíteni fog megérteni a jognak a világba való átültetését, ahelyett, hogy tökéletes befogadást vagy elkerülhetetlen kudarcot feltételezne. A dinamikus új realizmus nem bízik a jog előtti statikában.

³⁰⁷ Lásd AMARTYA SEN, DEVELOPMENT AS FREEDOM 3 (1999). Sen és Martha Nussbaum a szabadságot a "képességek" szempontjából határozza meg, úgy, hogy a kormányzatnak szerepe van ezek előmozdításában. Sen számára egy személy képességei tükrözik "az értékes funkciók és jólét elérésének képességét". Amartya Sen, *A választás szabadsága: Fogalom és tartalom*, 32 EUR. ECON. REV. 269, 278 (1988); lásd még HABERMAS, *supra* note 274, 403. o. ("[L]egal freedom, that is, the legal permission to do one like like, is worthless without actual freedom, the real possibility of choice between the permitted alternatives." (idézi ALEXY, *supra* note 204)); MARTHA C. NUSSBAUM, WOMEN AND HUMAN DEVELOPMENT: THE CAPABILITIES APPROACH 4-15 (2000) (áttekintés a képességek megközelítéséről általában, valamint Sen és Nussbaum filozófiájáról); AMARTYA SEN, COMMODITIES AND CAPABILITIES (1985); THE QUALITY OF LIFE (Martha Nussbaum & Amartya Sen szerk, 1993); SUNSTEIN, *supra* note 27, 25. o. (megjegyezve, hogy a szegénységgel és a szabadsággal kapcsolatos laissez-faire kritikájában Sen "megismétli a realisták legfontosabb állítását"); IRIS MARION YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 39 (1990) ("Az igazságosságnak nemcsak az elosztásra kell vonatkoznia, hanem az egyéni képességek, valamint a kollektív kommunikáció és együttműködés fejlesztéséhez és gyakorlásához szükséges intézményi feltételekre is.").

³⁰⁸ Az új realisták például eltérő álláspontot képviselhetnek az egyenlőség összetett kérdésében. Filozófiai vitákról lásd T. M. SCANLON, WHAT WE OWE TO EACH OTHER 78-107 (1998) (az értékpluralisták számára az értékek kölcsönhatását tárgyalja, beleértve a szabadságot és az egyenlőséget); LARRY S. TEMKIN, INEQUALITY 19-52 (1993) (az

egyenlőtlenséget mint sokrétű fogalmat tárgyalja). Az egyenlőtlenség mindazonáltal éltető probléma. Ahogy Isaiah Berlin írta: "A pluralizmus, a vele járó "negatív" szabadság mértékével együtt, igazabb és emberibb eszményektűnik számomra - igazabbnak, mert legalább azt a tényt elismeri, hogy az emberi egyenlőtlenség nem csak az emberiség, hanem a társadalom és a társadalom közötti egyenlőtlenség is létezik. A célok sokfélék, nem mindegyiket lehet összehasonlítani, és örökös rivalizálásban állnak egymással". ISAIAH BERLIN, LIBERTY 216 (Henry Hardy szerk., 2002).

diktív elmélet, legyen az "pozitív politikai elmélet" vagy más.³⁰⁹ A "van" és a "kell", és tágabb értelemben az elmélet és a gyakorlat elemzése végső soron pragmatikusan összefonódik.

KÖVETKEZTETÉS

Ebben a cikkben az volt a célunk, hogy feltérképezzük a jelenleg folyó izgalmas új jogi-realista munkát és annak válaszát a neoklasszikus jog és közgazdaságtan új formalizmusára, és ezáltal összehozzuk és értékeljük ezt a munkát azzal a céllal, hogy egy új szintézis és elemzési irány felé haladjunk.

Az új jogi mozgalmak nem elvontan keletkeznek. Akkor találnak visszhangra, ha az uralkodó elmélettel és gyakorlattal való szembenállásuk fényében illeszkednek egy adott politikai pillanathoz. A régi jogi realisták az 1930-as években játszották ezt a szerepet. Véleményünk szerint az új-jogi realista mozgalom is ezt fogja tenni napjainkban. Neil Duxbury 1995-ben a *Patterns of American Jurisprudence* című könyvében a jog és közgazdaságtan és a kritikai jogi tanulmányok fejezetekkel zárta.³¹⁰ Majd felvetette, hogy ha lesz egy következő fejezet, akkor az egy új pragmatizmus lehet.³¹¹ Véleményünk szerint itt az ideje egy új jogi realizmusnak, amely empirikusan megalapozott, filozófiailag pragmatista, intézményi szempontból megismerő és kritikailag ambiciózus.

A dinamikus új realizmus "új paradigmát" keres, amely túlmutat a Habermas által "polgári formális jognak" és "a jóléti jog célzott programjainak"³¹² (a régi realizmus New Deal közigazgatási államának) nevezett alternatívákon. Ez az új paradigma a jog rekurzív megértését vonja maga után, azt, hogy a jog hogyan reagál az egyéni és politikai viselkedésre és hogyan alakítja azt, valamint azt, hogy a jog és a társadalmi és intézményi struktúrák hogyan hatnak kölcsönösen egymásra. Ebben az erőfeszítésben új elemzési formák jelennek meg, amelyek a jog fogalmait részvételi, emberi és sebezhető formáikban rekonstruálják. Ez az elemzés új értékeket és fogalmakat "fedez fel" a világból, a "kialakuló analitikában", nem pedig előre csomagolt statisztikai programokban vagy konzervtörténetekben. A jog ismét vezető szerepet fog vállalni önértelmezésében; nem fog egyszerűen meghajolni más tudományágak előtt, hanem segíteni fogja azok átalakítását.

A dinamikus realizmus, akárcsak az új realizmus tágabb kategóriája, amelynek része, a világból merít, nem éteri, dogmatikus,

³⁰⁹ Ahogy Farber írja: "Mindkét [a racionális választás és a behaviorizmus] oldal feltevése nyilvánvalóan az, hogy a társadalomtudomány sine qua nonja az egységes előrejelző elmélet. De talán ez csupán egy újabb tünete a közgazdaságtan híres "fizikairigységének". " Farber, *supra* note 43, 295. o.; lásd még JU" RGEN HABERMAS, ON THE LOGIC OF THE SOCIAL SCIENCES 3 (Shierry Weber Nicholsen & Jerry A. Stark trans., Mass. Inst. of Tech. 1988) (1967) ("[T]he social sciences must bear the tension of divergent approaches under one roof").

³¹⁰Vö. DUXBURY, 136. l. ábjegyzet.

³¹¹Vö. *id.* 502. o.

és a tudományos elméletalkotás. Elutasítja a piacoknak a neoklasszikus jog- és közgazdaságtan által gyakorolt privilegizálását, és elutasítja a baloldali posztmodernizmust, amely szerint a hatalom minden intézményt megront, a piacoktól a bíróságokon át a bürokráciáig és az új kormányzati alternatívákig. Egy ilyen új jogi realizmus az intézményeknek nem mint esszenciáknak, hanem mint közvetítő hatásoknak a fontosságát hangsúlyozza, és az ilyen közvetítő erők tanulmányozásával és elméletalkotásával igyekszik megmagyarázni a jog megnyilvánulásainak változatosságát. Ez az új jogi realizmus hangsúlyozza az empirikus ~~hatalom~~ fontosságát, beleértve az általunk magas szinten megvilágított, alulról felfelé irányuló feltörekvő analitikát, de nem fogadja el, hogy a társadalomtudományok valaha is pártatlanok lennének. Minden társadalomtudomány részleges, és nem is tehet mást, mint hogy az; ez a társadalomtudomány dilemmája. Egy ilyen új realizmus mindazonáltal elfogadja az empirikus vizsgálatot, mert (ismét) nincs más választásunk, ha formáltabb döntéseket akarunk hozni. Az ilyen új realizmus tehát két további lépést tesz: kritikus tekintetét önmagára irányítja (beleértve az empirikus munkájának kockázatait is), és alapvetően pragmatikus, hangsúlyozva a felülvizsgálhatóság és a tanulás fontosságát. Nem fogadja el sem a jogtudományok nagy részének felhőkbe meredő, empiriától mentes érvelését, sem a társadalomtudományok némelyikének üres reménytelenségét. Végző soron optimista, és fenntartja, hogy a jog a cselekvés világa, és a mi felelősségünk az, hogy részt vegyünk benne.

