

2. fejezet Justice Holmes: Az amerikai jogtudomány új útja

1897-ben egy neves bostoni ügyvéd és a Massachusettsi Legfelsőbb Bíróság bírása - aki hamarosan az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának bírájaként kezdte fényes karrierjét - a Bostoni Egyetem joghallgatóihoz szólt. Ebben a beszédében olyan friss és provokatív nyelven fogalmazta meg témáit, hogy a megjelent szöveg későbbi olvasói a jog természetéről és a jogi érvelésről szóló tizenkilencedik századi gondolkodással való forradalmi szakítást jelölték meg. Ez a nyelvezet a huszadik században döntően alakította és irányította az amerikai jogelméletet. "A jog útja" gyorsan klasszikus státuszra tett szert, a huszadik század egyik legnagyobb hatású angol nyelvű jogtudományi írása; retorikája és hírneve azonban nem felel meg a valóságnak.

Ahogy azt általában olvassuk, "A jog útja" arra ösztönözte a jogelméleti szakembereket, hogy a jog természetének kérdéseit ne a független tudományos megfigyelő vagy a szuverén jogalkalmazó, hanem a gyakorló jogász ügyfél szemszögéből közelítsék meg. A releváns ügyfél ráadásul nem a jó polgár volt, "aki magatartásának indokait [...] a lelkiismeret homályosabb szankcióiban találja meg", hanem a *rossz ember*, "aki csak a tetteinek anyagi következményeivel törődik", és mindenekelőtt "a közhatalommal való találkozást kívánja elkerülni". (Holmes 1995¹, 3. kötet: 392). Ebből a szempontból - állította Holmes provokatívan - a jog nem más, mint "a bíróságok eszközeivel a közhatalom előfordulásának előrejelzése[i]" (CW 3: 391). "Annak jóslatait, hogy a bíróságok valójában mit fognak tenni, és semmi más mesterkéeltséget, ezt értem én a jog alatt" (CW 3: 393). A bírák persze mást állítanak. A formalizmus mitológiájának elköteleződve úgy tesznek, mintha döntéseik szigorúan szabályvezéreltek lennének, a törvény belső és megkerülhetetlen logikája által vezérelve. A misztifikáció, jelentette ki Holmes. Minden bírói döntés logikai formája mögött egy implicit - gyakran be nem vallott és artikulálatlan, néha teljesen tudatos, de gondosan elrejtett - választás húzódik meg a közrend egymással versengő szempontjai között.

Ennél határozottabb szakítást a tizenkilencedik századi joggyakorlattal aligha lehetne elképzelni. A racionális és objektív jogtudomány megalkotásának célját elvetették, úgy tűnik, ahogyan a

¹ A továbbiakban rövidítve "CW".

az uralkodó austiniánus pozitívista jogfelfogás. Hasonlóképpen, úgy tűnik, hogy a klasszikus common law gondolkodás, amelyet a "formalizmus" ecsetjével mocskoltak be, szintén elvetésre került. Mégis, minden retorikai erejük és a huszadik századi jogi gondolkodásra gyakorolt tagadhatatlan hatásuk ellenére Holmes szavai valójában egy olyan jogszemléletet fejeztek ki, amely mélyen és kitörölhetetlenül gyökerezett azokban az intellektuális forrásokban, amelyeket a legradikálisabban elutasítani látszott. A retorikai Holmes és a későbbi hírnevet szerzett "realista" vagy "pragmatista" Holmes forradalminak tűnt, de a valódi Holmes gyakorlatilag és sok tekintetben elméletileg is inkább konzervatív volt. A rossz ember nézőpontjáról, a logikai forma tévedéséről és a jogról, mint nem másról, mint előrejelzésekről szóló beszéd mögött a tudományról való késő tizenkilencedik századi gondolkodás, a revizionista austiniánus pozitívizmus és nem kevés klasszikus common law jogtudományi gondolkodás összetett keveréke húzódott meg.

Holmes mint jogász a huszadik század küszöbén állt. Bár soha nem lépte át a határt (lásd a 2.1.1. szakaszt), az általa inspirált csapatok bátran vonultak be. A vadul egymásnak ellentmondó értelmezések (progresszív liberális, jogi realista, a gazdasági jogtudomány konzervatív bajnoka, a kritikai jogi tanulmányok alapító atyja, proto-pragmatista stb.) nemzője, akik mindannyian azt állítják, hogy ő az általuk kedvelt jogelmélet megalkotója, bajnoka és legitimátora,² Holmes a modern angolszász jogtudomány történetének rejtélye. Intellektuális gyengeségei - a *bon mot*, a provokatív, kissé pajzán és minősítésekkel nem terhelt, provokatív, kissé pajzán és minősítésekkel nem terhelt *bon mot* előnyben részesítése a gondosan kidolgozott artikulációval szemben, valamint az érveléssel szembeni paradox türelmetlensége és ebből következően a briliáns meglátásainak szigorú kidolgozására és védelmére való vonakodása - különösen megnehezítik gondolkodásának következetes rekonstrukcióját. Ezek a gyengeségek jórészt magyarázzák azt a szakadékot is, amely nézeteinek valósága és változatos fogadtatásuk között tátong, bár nem hagyhatjuk figyelmen kívül a későbbi olvasók azon intellektuális és politikai ambícióit, hogy az amerikai jogtudomány eme ikonját ősnek és inspirációnak tekintsék. Holmes öröksége, és különösen "A jog útja" öröksége gazdag, erős és sokszínű, bár amit követői átvettek tőle, az inkább retorika és hozzáállás, mint doktrína és érvelés volt.

Ez a fejezet felvázolja Holmes jogtudományának főbb vonalait.³ A következő fejezetek ennek a merészen radikális, konzervatív, rejtélyes, nem teljesen következetes jogfelfogásnak a sokrétű hatását követik nyomon. Mert Holmes esetében, jobban, mint bármely más író esetében, a következőkben

² A Holmes-értelmezések "kaleidoszkópjának" tömör listáját az ezeket az értelmezéseket sürgető reprezentatív munkákra való hivatkozásokkal lásd Reimann (1992), 243-5 nn. 4-6.

³ Michael Lobban, a 8. kötet 8. fejezetében. 7.4-7.7. fejezetében kiváló és nagymértékben kiegészítő ismertetést nyújt Holmes jogelméletéről. A legújabb kutatások (különösen Horwitz 1992b és White 1993) nyomán Lobban Holmes munkásságát korai és későbbi szakaszokra osztja, az utóbbiak pedig a joggal és a bírói érveléssel szemben kifejezetten szkeptikusabbak. Az itt kidolgozott beszámoló azonban hajlamos folytonosságot látni ott, ahol Lobban megszakadást lát, és Holmes tudományos pályafutásának végén kevésbé markáns szkepticizmusa jelenik meg.

Emellett nagyobb hangsúlyt fektet Holmes elméletének szokásjogi elemeire, mint bármelyik újabb kommentátor.

tekintve, hogy az életrajz elengedhetetlen a tanok megértéséhez, életének rövid vázlatos bemutatásával kezdjük.⁴

1. Holmes: Az ember és az elme

1.1. Jogász, bíró, igazságszolgáltatás

Oliver Wendell Holmes, Jr. 1841. március 8-án született egy olyan családban, amely a bostoni jogi és irodalmi elit középpontjában állt. Apja, aki Wendell életének kényelmetlenül meghatározó alakja volt, orvos, költő, irodalmár és az *Atlantic Monthly* társalapítója. Wendell önfejű és tiszteletlen fiú volt - hivatalosan elmarasztalták "ismételt és durva indecorum" miatt Francis Bowen morálfilozófia óráján a Harvard College-ban (White 2006, 10) -, de az arisztokrata túlradó kötelességtudata mélyen beleszövődött a jellemébe. Édesanyja abolitionista szimpátiája hatására, és abban a reményben, hogy a rabszolgaságot ellenző erőkkel harcolhat, közvetlenül a diploma megszerzése előtt elhagyta a Harvardot, és jelentkezett a massachusettsi önkéntesekhez. Amikor a bostoni kikötő védelmére osztották be, lemondott, befejezte egyetemi tanulmányait, és 1861 júliusában csatlakozott az önkéntesek egy olyan ezredéhez, amely garantáltan akcióba lépett. Első csatájában, alig három hónappal később mellkason lőtték, de túlélte, és 1862 tavaszán visszatért a harcba. Még abban az évben az Antietam Creek-i csatában ismét súlyosan megsebesült, majd harmadszor 1863 májusában.

A háborúból mélyen kiábrándulva úgy döntött, hogy nem vonul be újra. 1864 szeptemberében beiratkozott a Harvard jogi karára, majd később George Shattuck bostoni ügyvédi irodájában tanult, amelyhez azután csatlakozott, hogy 1867-ben behívták ügyvédnek. A következő tizenöt évben ügyvédként praktizált, és egyre intenzívebben foglalkozott a jogtudomány és a jogtörténet olvasásával és írásával. Ez idő alatt fáradhatatlanul olvasott, többek között sokat foglalkozott a német jogfilozófiával és jogtörténettel, különösen Kant, Hegel, Savigny és Puchta műveivel (Reimann 1992; White 1993, 129-30). Ennek az időszaknak a végén tartotta meg a Lowell Institute Lectures című előadását, amelyet nem sokkal később (1881 márciusában) *The Common Law* címmel adott ki. 1882 szeptemberében kezdett el tanítani a Harvard Law Schoolban, hogy aztán még ugyanezen év decemberében lemondjon, és elfoglaljon egy állást a Massachusetts-i Legfelsőbb Bíróságon. Húsz évig volt a bíróság tagja, az utolsó három évben főbíróként. 1902-ben, hatvanéves korában kinevezték az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának tagjává, ahol harminc évig szolgált, 1932 januárjában vonult nyugdíjba. Három évvel később meghalt.

Holmes a tizenkilencedik század egyik jogi teoretikusa volt. Bár az 1930-as évek elejéig bíróként tevékenykedett, és az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságán ülve több ezer bírói véleményt írt.

⁴ G. Edward White *Oliver Wendell Holmes, Jr.* (2006) című könyve rövid, közérthető életrajz. Teljes életrajzokat lásd Sheldon Novick (1989) és White (1993). White könyve különösen hasznos, mivel átfogó és részletes tárgyalást tartalmaz Holmes összes fontosabb írásáról. Kicsit szélesebb életrajzi perspektívát nyújt Menand *The Metaphysical Club* (2001) című műve, bár úgy vélem, hogy Holmes kapcsolata ezzel a híres, proto-pragmatista csoporttal sokkal gyengébb, mint Menand állította.

Court, utolsó komoly jogtudományi munkája ("Law in Science and Science in Law", CW 3: 406-20) 1899-ben jelent meg. Tudományos munkásságának legtartósabb időszaka a *The Common Law* (1881) című műve megjelenését megelőző tucatnyi év volt, beleértve azt is. Ezt követően a massachusettsi bíróságon végzett munkája csak időszakos tudományos munkát tett lehetővé számára. Az 1890-es évek második felében három esszéje - köztük egy nyilvános beszéd ("A jog útja") - jelent meg. Ezek továbbfejlesztettek néhány, korábbi munkáiban bejelentett témát, de 1882 után kevés szisztematikus munka jelent meg. Tehát míg Holmes, a legendás bíró a huszadik század embere volt, addig Holmes, a jogász a tizenkilencedik század végén gondolkodott, írt és beszélt. Az új évszázadban bíróként szerzett hírneve daffénybe emelte korábbi tudományos írásait a viszonylagos ismeretlenségből, amely egészen a század végéig befolyásolta a későbbi megértést és megbecsülést. Az ő tollából származó szlogenek legalább fél tucat mozgalmat indítottak el a huszadik századi amerikai jogelméletben, de ahhoz, hogy megértsük, mire gondolhatott Holmes, amikor ezeket írta, fel kell ismernünk, hogy a lábaival szilárdan az előző században állt.

1.2. Orientáció

Holmes polgárháborús élményei mélyen befolyásolták szellemi irányultságát, valamint az élethez és a munkához való személyes hozzáállását. A háború hétköznapi brutalitása és az összeegyeztethetetlen értékek nevében százezrek életének magasztos feláldozása minden idealizmust kiűzött a fiatal Holmesból, ahogyan egy jóindulatú, racionálisan rendezett világ lehetőségének minden érzését is. Egyedüli eszményként a vakon elfogadott kötelesség iránti engedelmesség maradt számára, amely mellett egész életében fanatikusan elkötelezett maradt, a nyers hatalom zsigeri és ellenállhatatlan vonzódása, valamint az a gyökeres meggyőződés, hogy az erkölcsi vagy politikai kérdésekben való nézeteltérések fejjel előre és azonnal a "nem segíthetek"- önkényes, kibékíthetetlen és megingathatatlan preferenciáink és előítéleteink falába ütköznek. Meggyőződése volt, hogy a racionális nyilvános tanácskozás határait szinte azonnal elérjük, amint kifejezzük nézeteltéréseinket, így egyetlen alternatíva marad számunkra: szabályok és korlátok nélkül, életre-halálra harcolni. Holmes univerzumában a hatalom, nem pedig az ész fegyelme volt a szuverén. "Az *ultima ratio*, nemcsak *a regum*, hanem a magánszemélyeké is, az erő" (Holmes 1963, 38) - hangsúlyozta⁵ -, és a kötelesség köntösébe öltözött hatalom abszolút hűséget parancsol.

Ez a kíméletlenül szkeptikus irányultság Holmes egész életében, a publikált esszéikben, nyilvános beszédekben és magánlevelezésben is megmutatkozik.⁶ Sok kommentátor ezeket a megjegyzéseket filozófiai meggyőzésekbe öltözteti, amelyek - állításuk szerint - alátámasztják és igazolják azokat a jogtudományi témákat és téziseket, amelyeket a munkásságában találnak. Egyesek úgy vélik, hogy ki lehet bogozni

⁵ Holmes ezt írta Frederick Pollocknak (1920. február 1.): "Hiszem, hogy az erő, amennyire csak lehet, jó modorral enyhítve, az *ultima ratio*, és két olyan csoport között, amely nem egyforma világot akar teremteni, nem látok más megoldást, mint az erőt. [e]gy társadalom az emberek halálán nyugszik" (Holmes 1942, 2: 36).

⁶ Lásd: "A gázégetők sztrájkja" (1873) (CW 1:323-5); *The Common Law* (1881) (1963, 37-8); "A katona hite". (1985) (CW 3: 486-91); "Ideálok és kétségek" (1915) (CW 442-4); "Természetes jog" (1918) (CW 3: 445-8). Harold Laskin az írt: "amikor az emberek ízlése eltér abban, hogy milyen világot akarnak, az egyetlen dolog, amit

tehetünk, hogy gyilkolni megyünk" (Holmes 1953, 1: 116). Lásd még Alice Greenhez írt levelét 1909. augusztus 20-án (Novick 1995, 28).

az ilyen nézetekből egy artikulált metafizika vagy episztemológia (Cohen 1937, 300-3; Novick 1995, 24-8; Leiter 2000),⁷ vagy legalábbis egy koherens társadalom- és politikai filozófia (Pohlman 1984).⁸ Ha azonban így tekintünk rájuk, az egyszerre ad kisebb és nagyobb súlyt az attitűdjeinek, mint amekkorát megérdemelnének: kisebb súlyt, mert nem pusztán elméleti posztulátumok, hanem élethez és a körülötte lévő világhoz való viszonyulás mélyen bevésődött módjának összetevői; nagyobb súlyt, mert nem egy artikulált és megvédett filozófiai alap formáját öltik. Ezek a nézetek sokat elárulnak nekünk Holmesról, az emberről, a jelleméről és az élethez való személyes hozzáállásáról, de sokkal kevesebbet jogtudományi doktrínáinak és elemzési módszereinek tartalmáról. Itt nincs filozófia (kivéve a vulgáris értelemben vett személyi életszemléletet) - vagyis nincs gondosan átgondolt elemzés, amely megfontolt indokokon alapuló filozófiai doktrínákat eredményezne. Nemcsak, hogy szinte lehetetlen filozófiai meggyőződésként koherens értelmet adni ezeknek az attitűdöknek, de nehéz elkerülni azt a következtetést, hogy Holmes éppen azért fogadta el és ünnepelte őket teljes brutális szeretetlenségükben, hogy elfedje saját vonakodását attól, hogy mélyen vagy alaposan elgondolkodjon a kérdéseken. Ezek az attitűdök kétségtelenül befolyásolták azt az irányt, amerre jogtudományi gondolkodása haladt - ennek néhány példáját a későbbiekben meg fogjuk említeni -, de nem adnak semmi olyasmit, ami egységes racionális alapot adna nézeteinek, hogy a gondolkodás egy kevésbé kozmikus szintjén felmerülő konfliktusok vagy zavarok feloldása érdekében rájuk lehetne támaszkodni. Gyakran mondják Holmesról, hogy "keményfejű", de a "keményorrú" talán pontosabb leírás lenne, mivel úgy tűnik, hogy éppen akkor tért vissza ezekhez a megdöbbentő "nem tudok segíteni"-ekhez, amikor a legnagyobb szükség volt a keményfejű, kitartó, kemény filozófiai gondolkodásra.

⁷ Az utóbbi években különösen népszerű az a kísérlet, hogy Holmes-t pragmatistaként olvassák (Grey 1989; Menand 2001; Haack 2005), bár a Holmes és a pragmatisták közötti kapcsolatra való hajlam a század közepére (Wiener 1949), és talán még korábban John Dewey-ra vezethető vissza, aki nyilvánvaló helyesléssel idézte Holmes "Ideals and Doubts" és "Natural Law" című műveinek hosszú szakaszait *Experience and Nature* című könyvében (Dewey 1929, 417-8). Történelmi tény, hogy Holmes nagyon röviddel megalakulása után elszakadt a Bostonban újonnan létrehozott proto-pragmatista "Metafizikai Klubtól". Hogy miért tette ezt, nem világos, de hajlamos vagyok azt gondolni, hogy az olyan erős filozófiai elmék jelenlétében, mint amilyenek Chauncey Wright és C. S. Peirce voltak, Holmes gavalléros "filozófiai" hozzáállása és a komoly filozófiai vitákra való nem hajlandósága nem maradhatott fenn. White beszámol arról, hogy Holmes időnként úgy tűnt, William James megfélemlítette (White 1993, 92), és talán még több okot érzett arra, hogy Peirce-től megfélemlítve érezze magát. Azt írta Felix Frankfurternek 1927-ben, jóval a klub feloszlása után, hogy gyanúja szerint Peirce "megvetéssel vagy legalábbis közömbösséggel tekintett az olyan kívülállókra, mint ... én" (Novick 1989, 427).

⁸ Pohlman (1984) és Kelley (1985) szerint Holmes alapvető meggyőződései legfeljebb az utilitarista erkölcsi-politikai doktrína karikatúrája. Az utilitarizmussal a maga nyersességében Holmes osztotta a hajlandóságot, hogy az egyének javait, szabadságát, sőt életét is feláldozza nagyobb társadalmi célok érdekében (1963, 37-38; CW 3: 443). De ami ebben a gondolkodásban vonzotta, az nem a mindenkifelett álló közösségi jó vagy az általános jólét szolgálata volt, amelyben minden egyes tagnak volt némi része. A "többség" (vagy a "legnagyobb szám") csak akkor tart igényt a figyelmünkre, úgy érezte, ha hatalommal rendelkezik: "Ha az élő többség jóléte a legfontosabb, az csak azon az alapon lehet, hogy a többség kezében van a hatalom" (CW 1, 325; CW 1, 268). Ráadásul csak egy homályos, kvázi konzekvencialista gondolatot tartott szem előtt, amikor a "társadalmi előny" és a "közrend" követeléseiről írt. Minden erkölcsi vagy politikai értékkel szembeni mélyen gyökerező szkepticizmusa miatt a "társadalmi célok" csak azért követeltek tőle, mint bírónak és mint jogásznak egyaránt, mert azok a közösség céljai voltak, amelyekhez vakon kötötte a kötelesség. "Annyira szkepticus vagyok a törvények jóságára vagy rosszaságára

vonatkozó ismereteinket illetően" - írta Holmes Pollocknak - "hogy nincs más gyakorlati kritikám, mint amit a tömeg akar" (Holmes 1942, 1: 163).

Holmes filozófiai nézetei szerintem nem a kozmikus szkeptikus retorikájában, hanem inkább a tapasztalatához és szakértelméhez közelebb álló témákról szóló gondolataiban található meg. Még itt is, a gondos érveléssel szembeni türelmetlensége és az, hogy nem volt hajlandó elvégezni az általa briliánsnak érzett meglátások kidolgozásának nehéz munkáját⁹ megnehezíti nagyszabású állításainak értelmezését; mégis, elég érv és elemzés áll rendelkezésünkre ahhoz, hogy jogtudományi eszmei rendszerének koherenciáját keressük. És ami kiderül, az a jogról és a jogtudomány módszertanáról alkotott olyan nézet, amely, bár nem forradalmi és nem is radikálisan szkeptikus, a jól ismert jogtudományi eszmék sajátos és eredeti átdolgozását jelenti.

2. Közjog, tudomány és pozitívizmus

Már Holmes legkorábbi elméleti írásaiban láthatjuk azt a kísérletet, amelyet pályafutása során folyamatosan fenntartott és továbbfejlesztett, hogy három forrásból származó témákat ötvözzen: a klasszikus common law jogtudomány, az austiniánus pozitívizmus, valamint a tudomány és a rendszer XIX. század végi eszméi. Az eredmény a jog két, egymást kiegészítő részből álló, keretbe foglalt felfogása lett: egy *statikus* jogfelfogás, amely a jog általános szerkezetének megértésében rögzítette tanulmányait, és egy *dinamikus* felfogás, amely lehetővé tette számára, hogy megmagyarázza a jog alapvető anyagi jogi elveinek növekedését és fejlődését. A jognak ez az összetett felfogása és az ezen alapuló bírói érvelés folyamatának megértése jelentős történelmi és filozófiai érdekesség, de Holmes projektje - amely a common law, a pozitívista és a tudományos gondolkodás elemeit ötvözte - nem volt egyedülálló a XIX. század végi angol-amerikai jogelméletben. Két másik, az 1870-es évek elején író, Holmes által jól ismert, befolyásos jogtudós, Christopher Columbus Langdell és Sir Frederick Pollock rövid vizsgálata segít jobban megérteni sajátos jogelméletét.¹⁰

2.1 "formalizmus" és Langdell jogtudománya

A huszadik századi amerikai jogtudomány egyik rögeszméje volt a "formalizmus" gonoszságainak leleplezése (Stone 2002a, 166), és sokáig úgy gondolták, hogy Holmes indította el ezt a "formalizmus elleni lázadást" (White 1947). Kétségtelen, hogy legalábbis a *The Common Law* (1881) megírásakor már erősen kritikusan viszonyult a jogelmélet és a bírói gyakorlat bizonyos formalista tendenciáihoz, és a Langdell's *Cases on the Law of*

⁹ Hart ítélete Holmes *Common Law-járól* szóló értekezésének elején nem igazságtalan. Ez a mű - írta - "pompás gyémántokból álló nyakláncához hasonlít, amelyet bizonyos pontokon meglepő módon semmi sem tart össze jobban, mint egy madzag. A gyémántok a common law zsenialitásának csodálatos [sic] meglátásai és fejlődésének ... dinamikája. . . A zsinór a néha homályos és elhamarkodott érvelés, a rivális nézetek megvető elutasítása és a túlzások", amelyek végigvonulnak a művön (Hart 1983, 278). Edward White, Holmes igen rokonszenves olvasója hozzáteszi, hogy Holmes "vitathatatlanul jobban érdekelte, hogy a nyelvezete - megkülönböztetve a bizonyítékoktól vagy a logikától - vigye az érveit" (White 1993, 480).

¹⁰ Langell a Harvard Law School dékánja volt (1870-1895), és az amerikai jogi egyetemeken mind a mai napig uralkodó esettanulmányos megközelítés legendás megalkotója. Pollock régóta barátja volt Holmesnak, akivel 1874-től Holmes 1832-ben bekövetkezett haláláig levelezett.

Contracts (CW 3: 102-4; lásd alább a 2.4.1. szakaszt) 1880-ban Langdell jogtudományát állította e kritika középpontjába.¹¹ E kritika ellenére a Holmesról mint fő antiformalistáról és Langdellről mint főformalistáról alkotott kép karikatúra a nézeteikről; valójában, amint azt a következőkben látni fogjuk, Holmes és Langdell számos nézetben osztozott a jog természetéről és tanulmányozásának megfelelő megközelítéséről.

A "formalizmus" jóval több mint egy évszázadon keresztül az amerikai jogelméletben a visszaélések kényelmes kifejezéseként szolgált.¹² A jogról és az ítélkezéstről vallott nézetek összefüggő halmazára utal, amely nagyrészt a kritikusok szemében ölt alakot (Stone 2002a, 167). Ezeket a nézeteket néha jogelméleti szakembereknek - leginkább Langdellnek -, de gyakrabban működő bírácoknak tulajdonítják, hogy jellemezzék akár a bírói érvelés kifejezetten kifejezett megközelítését, akár az implicit gyakorlatukat. Összefoglalva, ez a kritikusok által konstruált doktrína először is azt vallja, hogy a jogot (a) elvek racionálisan rendezett rendszerének tekintik, (b) axiomatikus rendszerként épül fel, amelynek csúcán kisszámú absztrakt fogalom (vagy egyetemes elv) áll, (c) ahol a többi elv és szabály, a legkonkrétabbakig terjedően, szigorúan deduktív logikával levezethető, (d) az egész rendszer *a priori* szigorúan jogi anyagokból épül fel, és így nem hivatkozik erkölcsi megfontolásokra vagy arra a politikai vagy társadalmi kontextusra, amelyben a jog működik. A jognak ez a felfogása aztán, másodsor, a jogi érvelés leíró (de implicite előíró) felfogását támasztja alá, amely szerint a bírói érveléshez rendelkezésre álló joganyag a) teljes és átfogó (ezért "hézagmentes"), és így b) elegendő ahhoz, hogy minden bíróság elé kerülő ügyben egyértelmű, határozott eredményt adjon, amely eredmények c) kizárólag formális, deduktív, vagy legalábbis szemléltető és racionálisan meggyőző érvelés útján határozhatók meg, d) nem hivatkoznak erkölcsi vagy egyéb kontextuális megfontolásokra, és e) az igazságszolgáltatás vagy egyéb erkölcsi megfontolások ellentmondásos követelményeivel szemben a bírácokra nézve kötelező érvényűek.

A jogtörténészek vitatkoznak arról, hogy ezek a nézetek együttesen széles körben elterjedtek voltak-e a tizenkilencedik század végén és a huszadik század elején (amit Amerikában a formalista korszaknak neveznek). Ez a vita nem tartozik ránk, kivéve, hogy a kritikusok körében felfedte azt a tendenciát, hogy a nézetek egész csomagját tulajdonítják a célpontjuknak, amikor csak egy vagy néhány ilyen nézetre utaló jeleket észlelnek. Ugyanakkor maguk a kritikusok is gyakran elfogadnak egy vagy több alkotóelemet, míg másoknak hevesen ellenállnak. A formalizmus kritikusainak ezt a kettős mércés gyakorlatát Holmes Langdell kritikája indíthatta el, és bizonyára példázza is.

¹¹ Thomas Grey (1983) az amerikai jogi akadémián közel egy évszázados ortodoxia kifejezőjeként Langdell-t a formalista ortodoxia elsődleges szószólójaként mutatja be a tizenkilencedik században.

¹² Csak a huszadik század végén fogadta el kifejezetten néhány jogelméletíró, pl. Schauer (1988) és Weinrib (1988). Lásd alább a kápt. 8, sec. 7.

Langdell nézetei, amelyeket az esetkönyvének előszavában (Langdell 1879, vii-ix) vázolt fel¹³, aligha alkotnak egy jól megfogalmazott jogelméletet. Célja inkább az volt, hogy megfogalmazza a jog tanulmányozásának kereteit, amelynek - különösen az egyetemi jogi karokon - *tudományra* kell törekednie.¹⁴ A "tudomány" alatt általános elvek vagy tanok racionálisan rendezett és szisztematikusan elrendezett halmazát értette. Modellje nem olyan axiomatikus rendszer volt, mint a geometria, ahogyan azt gyakran vádolták - "A jognak nincs meg a matematika szemléltető bizonyossága" - írta (LaPiana 1994, 56). Szerinte a jog inkább azért tarthatta magát tudománynak, mert tanai egyfajta racionális "integritással" rendelkező, koherens, belsőleg összefüggő alapelvek összességét alkották, amely a konkrétabb szabályokat és döntéseket informálja és megalapozza. Mint egy jó common law jogász, Langdell úgy gondolta, hogy a jog alapelveit nem a természetjog egyetemes első elveiből kell levezetni, hanem inkább "induktív módon", a már eldöntött esetekből, vagyis az azokban szereplő érvelés kritikai értékeléséből kell levezetni. Mivel "e tanok mindegyike lassú fokozatok útján jutott el jelenlegi állapotába", az elvek meghatározása és elsajátítása az időbeli fejlődésük nyomon követésével érhető el (Langdell 1879, viii). Mindezt az adott eset tényeinek és más, azzal analóg eseteknek az erkölcsi józan ész által informált éles szemmel történő vizsgálatával (Kimball 2007, 376-82). Az elvek azonban a eldöntött eseteknek felelnek; a jogász feladata az esetekbe ágyazott elvek kinyerése - a jog úgy, ahogy van -, nem pedig valamilyen ideális törvények konstruálása, amelyekkel felváltja őket.

A jogtudomány feladatának ez a felfogása arra készítette Holmes-t, hogy Langdell "talán a legnagyobb élő jogi teológusnak" (CW 3:103) nevezze, ami alatt azt értette, hogy Langdell a fennálló jog kritikátlan apológétája volt¹⁵. Ez természetesen arra utal, hogy Langdell szimpatizált az austiniánus pozitívizmus egyik kiemelkedő témájával - a jog és az erkölcs állítólagos szétválasztásával -, ugyanakkor elfogadta a common law-nak az esetjogba ágyazott elvekre, nem pedig a törvényhozó szuverén kifejezett diktátumaira való összpontosítását.

Langdell nézete arról, hogyan lehet a jogot a legjobban megtanulni, a jogi érvelés természetéről alkotott nézetét sugallja. A common law-ra jellemző módon ragaszkodott ahhoz, hogy a jog valamely részterületének általános elveit nem úgy lehet elsajátítani, hogy megtanulunk egy elvont megfogalmazást, hanem inkább úgy, hogy nyomon követjük annak fejlődését az idők folyamán, szorosán együttműködve az esetekkel, hogy közvetlen érzéket kapjunk arra, hogyan fejtik ki hatásukat az elvek a konkrét szinten. A jogi elme érvelési módja konkrétan elkötelezett ítélkezést foglal magában, nem pedig elvont fogalmakkal való manipulációt vagy azokból való levezetést. A klasszikus common law jogászokkal Langdell úgy vélte, hogy a jogi ítélőképesség megfelelően képzett és a jog alapelveit teljes mértékben elsajátító jogászok képesek lesznek ésszerű, jogilag megalapozott, határozott megoldást találni bármely eléjük hozott jogi problémára. Ebben az értelemben feltételezte (vagy talán inkább úgy tekintette, hogy a

¹³ Langdell jogfelfogásának hasznos összefoglalását lásd Lobban, e *traktátus* 8. kötete, 205-7.

¹⁴ 1886-ban a Harvard Law School Association-hez intézett beszédében Langdell kijelentette: "Ha a jog nem tudomány, akkor egy egyetem a saját méltóságával a legjobb, ha elutasítja a tanítását" (idézi White 1978, 220).

Elektronikusan elérhető a következő címen:

<https://ssrn.com/abstract=1874112>

¹⁵ A.V. Dicey éppen ezt a vádat fordította vissza Holmes *Common Law-jára*. Lásd sec. 4.1.

a jogi érvelés szabályozó elve), hogy a törvény teljes és elégséges, nem szorul kiegészítésre. Ugyanakkor nem zárkózott el attól a pozitivistákkal közös következtetéstől, hogy a képzett és fegyelmezett jogi ítélkezés által preferált határozott végeredmény nem feltétlenül egyezik meg azzal, amit az igazságosság, függetlenül mérlegelve, megkövetelhet. Úgy vélte, hogy a bírónak ilyen esetekben mit kell tennie, ez a kérdés különálló attól a kérdéstől, hogy mit követel a jog; ez inkább az igazságszolgáltatás, mint a jog kérdése. Az utóbbi kérdéssel kapcsolatban pedig az volt a véleménye, hogy a tágabban vett igazságosság a képzett jogi ítélőképesség által levont következtetésekkel összhangban lévő döntéseket követel meg, még a partikulárisabb igazságosság ellentétes követeléseivel szemben is (Kimball 2004, 279).

Ebből a vázlatból Langdell legfeljebb félszívű formalistaként tűnik fel. A common law és a pozitivista eszméket a tudományról alkotott ismerős felfogásával szötte össze a jog tanulmányozásának elméleti keretébe. Általában véve ez a nézet nem állt nagy távolságra Holmes sajátjától.

2.2. Pollockelőrejelzései

A Holmes-szal folytatott élethosszig tartó levelezés előestéjén Frederick Pollock jogtörténész és jogtudós¹⁶ két figyelemre méltó esszét írt: "Law and Command" (1872) és "The Science of Case-Law" (1882, először 1874-ben jelent meg). Holmes valószínűleg ismerte az utóbbit (Pollock 1877. július 26-án kelt, Holmesnak írt levelében utal rá (Holmes 1942, 7)), és az előbbi esszéről nem sokkal a megjelenése után írt egy bővebb ismertetőt az *American Law Review* számára (amelynek akkoriban szerkesztője volt) (CW 1: 294-7). Holmes azzal a megjegyzéssel nyitotta közleményét, hogy Pollock nézetei "többé-kevésbé egybeesnek" azokkal a véleményekkel, amelyeket ő maga fejtett ki a Harvardon tartott előadásai során, mielőtt Pollock írása megjelent (CW 1: 294), majd jellegzetes módon inkább a saját nézeteit fejtette ki, mint Pollockét. A nézetek több ponton átfedik egymást, de hangnemben és tartalomban is eltérnek.¹⁷ Pollock esszéi már régen kikerültek a látókörünkből, de értékes betekintést nyújtanak Holmes fejlődő jogtudományi nézeteibe, és segítenek elhelyezni azokat a XIX. század utolsó harmadának angol-amerikai jogelméletében.

A XIX. század végi angol jogászok körében talán önironikus közhelynek számított annak elismerése, hogy a common law "egy káosz, tele indexszel" (Holland 1870, 171; Pollock 1882, 238). Pollock azonban ebben a két, az 1870-es évek elején született esszében igyekezett megmutatni, hogy lehetséges a (szokás)jog valódi tudománya. A "tudományon" két egymást kiegészítő racionális tevékenységet vagy módszert értett: először is azt a tevékenységet, amely valamilyen ismerethalmaz fogalmainak, tanainak és elveinek szisztematikus elrendezését jelenti (Pollock 1872, 189-90), másodsor pedig azt az érvelési folyamatot (racionális módszert), amelynek révén az ismerethalmaz kialakul. Ezek az egymást kiegészítő tevékenységek különböző megvilágításban mutatták be az ismerethalmazt, az előbbi

¹⁶ Pollock (1845-1937) Maitlanddal közösen írta az angol jog klasszikus korai történetét (Pollock és Maitland 1898), valamint tankönyveket a szerződésekről, a kártérítési ügyekről, a társasági jogról és a jogtudományról. Oxfordban 1883 és 1903 között jogtudományt tanított.

¹⁷ Holmes közleményét kommentálva Pollock megjegyzi az egyezés egy pontját, anélkül, hogy kommentálná a

nyilvánvaló különbségek néhány pontját (Holmes 1942, 3).

statikus és rendezett, az utóbbi pedig dinamikus, növekvő és a növekedést ösztönző feszültségeket hordozó. A tudománynak ez a kétféle felfogása tájékoztatta Pollockot a jog fogalmának korai megfogalmazásában.

A "Törvény és parancs" című könyvében Pollock elismerte a jog központi fogalmainak szisztematikus elemzésének és elrendezésének fontosságát, ahogyan azt Austin szorgalmazta (lásd az 1. fejezet 1.4.1. és 1.4.2. szakaszát). Ahhoz, hogy ez a projekt sikerüljön, a jog területét széleskörűen kell szemlélni, érvelt, de Austin és követői határozottan szűk látókörrel rendelkeztek. Austin definíciója egy fejlett politikai közösség olyan tagjának perspektíváját tükrözte, aki "a független hatalom érzésének megszerzése után eljut oda, hogy az államot mint idegen szervet állítja szembe önmagával". Az ilyen személy, amikor tájékoztatják a törvény szerinti kötelességéről, azt kérdezi: "Ki parancsolja nekem, hogy ezt tegyem? Milyen minőségben? és mi történik, ha másként teszek?". " (Pollock 1872, 191). Pollock nézete szerint Austin definíciója egy központosított szuverén jogalkalmazó és jogérvényesítő ügynökséget feltételez, és olyan alanyok szemszögéből nézi, akik az említett ügynökség cselekedeteit és utasításait pusztán "mások hatalmának" gyakorlásának tekintik, olyan alanyokét, akiket később Holmes a "rossz ember" képében testesített meg.¹⁸ Ez a nézőpont hasznos lehet a modern jogrendszerek bizonyos jellemzőinek megértéséhez, ismerte el Pollock, de összetéveszti a megszokottat az alapvetővel. "Egy tudomány vezető eszméit nemcsak aszerint kell kifejezni, hogy milyen formát öltöttek már, vagy milyen formát hajlamosak felvenni", hangsúlyozta, "hanem okuknak és belső fejlődésüknek megfelelően" (Pollock 1872, 190). Ehhez túl kell tekintenünk a közeli és megszokott dolgokon, és a jog időben és politikai kultúrában távolabbi formáira kell tekintenünk. Ha ezt megteesszük, hamarosan rájövünk, hogy Austin a jognak egy legfelsőbb kormányzó hatalom kikényszerített parancsaival való azonosítása inkább eltorzítja, mint megvilágítja a jog természetét.

Maine-t követve¹⁹ Pollock (1872, 192-9) azzal érvelt, hogy Austin definíciója vakságot okoz a szokásjoggal szemben. Austin szerint a szokás csak akkor nyeri el a jog státuszát, ha megsértését a szuverén bíróságok érvényesítik. A szokásjog helyének az angol jogban elfoglalt helyéről szóló beszámolóként ez a javaslat szerinte azért sikertelen, mert a logikai sorrendet megfordítja: nem azért a szokásjog a jog, mert a bíróságok érvényesítik, hanem azért a bíróságok érvényesítik a szokásjogot, mert elismerik annak előzetes jogállását. Ráadásul ismerünk tényleges példákat olyan társadalmakra, amelyekből hiányoznak a modern állam központosított (ítélkező és kényszerítő) szervei, de amelyeket hatékonyan a szokás rendezett, és pusztán előítélet lenne megtagadni a szokásrendektől a jogrendszerek státuszát. Ehhez az Austinra vonatkozó ismerős kritikához (lásd az 1. fejezet 1.1.2.1. szakaszát) Pollock hozzátette, hogy Austin definíciója abszurd paradoxont von maga után. Mivel a szokás Austin szerint csak akkor létezik jogként, ha azt szuverén bíróságok érvényesítik, ebből az következik, hogy a szokásrendek, amelyek olyan egyértelműen és hatékonyan rögzültek a szabályozottak tudatában és viselkedésében, hogy az általuk elkövetett jogsértések ritkák, éppen sikerük miatt nem minősülnek jognak (ibid., 194-5). Ez rámutat arra a tényre, következtetett, hogy Austin jogfelfogása alapvetően negatív, valamit csak akkor ismer el jogként, ha

¹⁸ Holmes "rossz embere" "a mások hatalmának tekintett jog pozitivistá felfogásának tartós szimbóluma" (Twining 2000, 111).

¹⁹ Lásd Lobban, *Treatise*, 8. kötet, 8. fejezet.
7.1-7.3.

amikor elromlik, és külső erőt kell igénybe venni a javításhoz. A jogot "abnormális korlátként [inkább] ábrázolják, mint a társadalom normális fejlődésének" és működésének részeként (ibid., 203); és így "figyelmünk a törvényhozó önkényesnek tűnő elhatározására szegeződik, ahelyett, hogy azon túl az okokra irányulna, amelyek a törvényhozó tevékenységét a nemzet életének szükséges alkotóelemévé teszik" (ibid.).

Ez a probléma alapvető, mert az austiniánus definíció nemcsak félrevezeti a figyelmünket és eltorzítja a jog társadalmi életbe való behatolásának mélységét, hanem lehetetlenné teszi a jog tudományos megértését is: "A jogalkotás minden egyes aktusa a szuverén akarat elszigetelt gyakorlásának alakját ölti, és az a szisztematikus egység, amely a joganyag valódi és informáló szelleme, nem talál elismerésre" (ibid.). A jog szisztematikus egységként való ábrázolásának forrásai nélkül arra ösztönöznek bennünket, hogy a törvények összességét csak úgy tekintsük, mint egyik dolgot a másik után - önkényesen, nem pedig racionálisan összekapcsolva.

Pollock a "Törvény és parancs" című művében nem adott pozitív jogfelfogást, de a "The Science of Case-Law" (1874) és az "*First Book of Jurisprudence*" (1896) című művének első fejezetében már közelített hozzá. Ez utóbbi művében Pollock (1896, 7-8) vezette be először a jog "absztrakt" fogalmát, amely szerint a jog azon szabályok és normák rendszere, amelyek egy közösségben hatályban vannak, és amelyeket a közösség tagjai qua tagok számára kötelezőnek tekintenek. Az absztrakt fogalomra épül, nem pedig kiszorítja azt, a jog "konkrét értelemben" (ibid., 14) - vagyis a *törvények*, különösen a modern (angol) jogászok szemszögéből.²⁰ A konkrét értelemben vett jog magában foglal minden olyan szabályt, amely "absztrakt értelemben a jog természetével bír", és amelyet az államban a legfelsőbb hatalom kifejezetten felállít, gyakorolva "teremtő vagy legalábbis formáló hatalmát és mérlegelési jogkörét" (ibid., 14). Szándékosan kimaradt mindkét fogalomból a formális szankciókra való kifejezett utalás, mivel Pollock szerint ezek nem lényegesek a jog szempontjából (ibid., 23-5). Természetesen egy szabály vagy előírás csak akkor törvény, ha az alávetettek kötelezőnek tekintik, és kötelezőnek is tekintik, de Pollock szerint a szankciók a "erőszakos cselekményektől" az "általános és nyílt elítélésen" át a "homályos lelkiismereti intelmekig" terjedhetnek (ibid., 25). Pollock tehát arra a következtetésre jutott, hogy a jog austiniánus pozitivistá definíciója még a szűkebb, hivatásos jogászok jogfelfogását sem képes megragadni (és éles ellentétben áll Holmes beszámolójával, lásd a 2.3.2. szakaszt). A konkrét értelemben vett jog nem egyszerűen az, amit az állam parancsol és érvényesít, mert "a jogot az állam azért hajtja végre, mert az a jog; nem pusztán azért jog, mert az állam hajtja végre" (ibid., 27).

Pollock véleménye szerint a jog valódi tudománya azért lehetséges, mert a legfőbb eszköz, amely által növekszik és fejlődik, egy olyan érvelési módszer, amely a legerősebb tudományos hitelesítéssel rendelkezik. Pollock szerint a modern tudományt az jellemzi, hogy képes előrejelzéseket készíteni a

²⁰ Pollock itt kissé szokatlanul használja ezt a kifejezést egy angol jogi írótól ebben az időben, de úgy gondolom, hogy egy kettős megkülönböztetésre gondol: (a) a jog (*ius*) és a *törvények* (*leges*) között, és (b) a jog általános és a hivatásos (angol) jogászok szemszögéből nézve specifikus fogalma között. Az "absztrakt" és a "konkrét" minősítők használata az előbbire utal, és az, hogy egy 1874-es levelében (Holmes 1942, 3) kifejezetten támogatja Holmes beszámolóját a hivatásos ügyvéd jogfelfogásáról (CW 1: 295), az utóbbit támasztja alá.

amelyek hitelességét a bizonyítékok erőssége határozza meg, amelyeken alapulnak. A természettudomány végső célja az események előrejelzése; hasonlóképpen a jogtudomány - az ügyvédek tudománya - célja a bíróságok döntéseinek előrejelzése (Pollock 1882, 238). A jogász szemszögéből nézve a tudományosan hiteles jog a bíróságok által meghozandó ítéletekre vonatkozó előrejelzések készítése. A huszadik századi olvasók, akik ezzel a gondolattal Holmes "A jog útja" című (Pollock esszéje után két évtizeddel írt) művében találkoztak, eredeti és megdöbbentően radikálisnak találták, de az elképzelés, úgy tűnik, a levegőben volt, és nem is volt annyira radikális.²¹ Sőt, Pollock kezében a gondolat a common law módszer alapvető racionalitásának (a "tudományos jellegnek" - uo., 237.) briliáns apológiájának része volt. Pollockon keresztül betekintést nyerhetünk Holmes e gondolat felhasználásába.

A természet- és a jogtudományban csak az egységesség feltételezésével lehetségesek előrejelzések - az egyik esetben a természet egységessége, a másik esetben a jog egységessége. Ezeknek az "alapvető axiómáknak" a természete különböző, mivel az előbbi a természet feltételezett igazsága, míg az utóbbi "konvencionális", végső soron általános politikai megfontolásokon alapul (ibid., 254). Ráadásul az utóbbi a bírákra kötelező *norma*, egy "ideális norma", amely lehetővé teszi a viselkedés előrejelzését, mivel a bírák internalizálják (ibid., 251). Pollock világossá tette, hogy a common law módszer tudományos hitelessége melletti érvelése a két módszer közötti *analógiától*, de nem *azonosságtól* függ. Az egységesség "axiómája" a jog számára az a "felfogás, hogy a bíróság a hasonló tényekre korábban hozott határozatok tekintélyét követi" (ibid., 240, kiemelés hozzáfűzve).

Így az ügyvédek, akik ügyfeleik számára próbálják kidolgozni a cselekedeteik, kapcsolataik vagy az aktuális jogi helyzetük jogi következményeit, előre jelzik, hogy a bíróságok várhatóan mit fognak ítélni a hasonló ügyekben hozott döntések alapján, és ehhez a már eldöntött ügyekről szóló jelentésekhez fordulnak (ibid., 243). Pollock implicit módon feltételezte (ami szerinte minden olvasó számára nyilvánvaló lenne), hogy a bíróságok várhatóan a múltbeli döntésekbe ágyazott jogból levont indokok alapján hozzák meg döntéseiket, ezért van értelme a döntések okait úgy keresni, hogy figyelembe vesszük azokat az eseteket, amelyeket a döntések jogi megalapozottságának keresése során figyelembe vennének. Tehát ami a döntéseket kiszámíthatóvá teszi, ami az előrejelzések készítésére irányuló jogtudományos vállalkozást finanszírozza, az az a tény, hogy a bíróságok kötelesek a múltbeli esetekből levont indokok vagy szabályok alapján dönteni. A jóslatok tehát előrejelzések arról, hogy a bíróságok mit fognak tenni (dönteni), de a jóslatok indokai szabályok; *normatívan megalapozott jóslatokról van szó*. Ráadásul az előrejelzések nem maguk a jog, hanem inkább a jogon alapulnak, nevezetesen a múltbeli döntésekből levezetett szabályokon, amelyek megalapozzák az előrejelzéseket.

²¹ Pollock teljesen öntudatlanul használja a kifejezést egy kortárs művében, amely nem igyekezett kihasználni a természettudományok és a jogtudományok közötti állítólagos analógiát: "Az esetjog konkrét példákat és konkrét analógiákat ad, amelyekből általános szabályok több-kevesebb pontossággal levezethetők, és alkalmazásuk új esetekre több-kevesebb bizonyossággal megjósolható" (Pollock 1877, iv).

Természetesen az ügyvédek és a bíróságok gyakran szembesülnek újszerű esetekkel, de Pollock szerint a common law módszer az ilyen esetekben csak az egyszerűbb ügyekben alkalmazott eljárás természetes kiterjesztése (ibid., 247-9). Először is a konzultáló ügyvéd teljes és világos képet kap minden olyan tényről, amely valószínűleg lényeges lehet az ügy szempontjából, majd ideiglenesen kiválasztja az esetek egy összehasonlító osztályát; ezen összehasonlító osztály tekintetében az ügyvéd olyan általános szabályt keres, amely elrendezi és magyarázza az eseteket, kiemelve a valóban hasonló eseteket és megkülönböztetve őket a lényegesen különbözőktől. Ennek során az ügyvéd nagy körültekintéssel kezeli az ilyen szabályok kifejezett megfogalmazásait a véleményekben, és nem az így megfogalmazott szabályokra, hanem azokra az esetekre összpontosít, amelyekből azokat levezetik. Az ilyen szabályok megfogalmazása, tesztelése és újrafogalmazása után az ügyvéd végül azt a szabályt választja ki, amelyben a legnagyobb bizalommal van (bár ez a bizonyosságtól jóval elmaradhat). (Még a legerősebben támogatott szabály sem biztos azonban, hogy minden eldöntött esettel összhangban van, így az ügyvédnek számolnia kell azzal a lehetőséggel, hogy az ellenszegülő eseteket rosszul döntötték el, és így "nem jogként" kezeli őket.) Ezen általános tétel alapján az ügyvéd előrejelzést készít a szóban forgó ügyben várható jogkövetkezményekre vonatkozóan.

A bírák ugyanezt a módszert követik, bár ők vannak abban a helyzetben, hogy a következményeket ne csak megjósolják, hanem *meghatározzák* (ibid., 250-1). Ők is ugyanúgy tesznek előrejelzéseket, mint az ügyvédek. Ez nem naiv, nem zavaros és nem paradox, hanem pontosan az, amit ezen a ponton ki kell mondania, mert az eljárás racionalitása feltételezi, hogy nincs alapvető különbség az ügyvéd és a bíró nézőpontja között; ellenkezőleg, éppen azért, mert az ügyvédek és a bírák ugyanazokat az ügyeket ugyanabból a nézőpontból elemzik, az ügyvédek az érvek erejének és a szabályok alapjául szolgáló indokoknak megfelelő magabiztossággal tehetik meg előrejelzéseiket. A jogtudomány középpontjában álló "jóslatok" Pollock felfogása szerint az általános okokon alapuló, anticipált normatív következtetések (normatív jóslatok), nem pedig leíró viselkedési jóslatok. Az ügyvédek és a bírák egyaránt foglalkoznak ezekkel; a bírák azonban egy lépéssel továbbviszik a folyamatot, és ezen előrejelzések alapján (vagy inkább azon szabályok vagy elvek alapján, amelyek az előrejelzések szintén alapulnak) hoznak döntést.

A common law módszer e jellemzői - hogy alapvető axiómája szerint a bíróságok a múltban eldöntött ügyekből levont okok alapján hozzák meg döntéseiket, és hogy az ügyvédek és a bírák közösen vesznek részt abban a tevékenységben, hogy ezeket az általános megfontolásokat a jóslatok vagy döntések alapjaként felismerjék - Pollock szerint lehetővé teszik a jogi tanok szisztematikus elrendezését egy érthető rendben. "Az általánosságokat, amelyek lehetővé teszik a jog összefüggő formában való kifejtését, a vita, a következtetés és a kommentálás folyamata szolgáltatja, amelyet részben maguk a bírák folytatnak az ügyek tárgyalása során, részben pedig a magánírók, akik a szövegeket írnak" (Pollock 1877, v). A common law-ra jellemző kétféle "tudományos" tevékenység tehát kiegészíti egymást.

A szokásjog "tudományos" hitele ellenére Pollock azonban elismerte, hogy az ügyvédek és a bírák jogosan óvatosak az általános elméletekkel szemben. Ők általában kényelmesebbek,

"a részletekből a részletekbe" (*a similia ad similibus*) érvelni, és kerülni az elhamarkodott általánosításokat (Pollock 1882, 256). Emellett, bár megértik, hogy az általános jogelveknek megvan a maguk haszna, a döntés pillanatában vagy üresnek, vagy erősen félrevezetőnek tartják őket. "Reménytelenül rosszul alkalmazzák" őket azok, akik "a következtetések kiindulópontjává teszik őket valódi hatályuktól teljesen idegen célokra" (ibid.). Egyfajta tévedés, ha az ilyen általános elveket úgy tekintjük, mint amelyek minden szükséges támpontot megadnak egy adott döntés megalapozásához. Az ilyen általános tételekből való levezetésre támaszkodni azt a fajta érvelést - legyen az bármennyire is racionális és tudományos -, amely a józan common law módszerre jellemző, félreértelmezi. A hozzáértő bírák és ügyvédek, még ha azt állítják is, hogy általános tételekből következtetéseket vonnak le, "nem annyira az általános tételre gondolnak, mint inkább azokra az eldöntött esetekre, amelyekkel azt igazolni vélték"; így "a tényleges eredmények helyessége nem attól függ, hogy az általános tétel milyen formában van megfogalmazva" vagy az abból levont formális következtetésektől (Pollock 1882, 257). Aki megérti a közjogi módszer valóban tudományos természetét, annak nem kell erre a formára való téves hivatkozásra támaszkodnia, állapítja meg Pollock.

Pollock, Holmes élethosszig tartó barátja és levelezőpartnere, a klasszikus common law jogtudományi témákat az austiniánus pozitívizmus, Maine historizmusa és a tudomány népszerű, bár naiv elképzelései által formált nyelvezetben fogalmazta meg. Langdell, aki Holmes munkatársa, ha nem is barátja, hasonló témákat fogalmazott meg nagyjából ugyanebben a nyelvezetben. Az 1870-es évek elején írt munkájukból kiderül, hogy milyen gondolati keretben kezdett el egy common law-ban képzett és filozófiai beállítottságú jogász szisztematikusan gondolkodni az általa ismert jogról. Mindegyikük külön-külön békét kötött a pozitívizmussal és a historizmussal, a kor egymással versengő jogtudományi paradigmáival. Holmes, aki ugyanebben az időben írt, ugyanezt tette.

3. Holmes statikus jogfelfogása

Az 1870-es évek elején Holmes felvázolta a jogról alkotott felfogását, amely a későbbiekben keretbe foglalta és megalapozta jogtudományi gondolkodását. E statikus jogfelfogás - vagy inkább a szinkronban szemlélt jogfelfogás - keretein belül Holmes a jog összetett, dinamikus felfogását alakította ki. Ezen egymást kiegészítő felfogások gyökerénél két kezdetleges és nagyrészt nem vizsgált gondolat állt: hogy a jog alapvetően a bíróságok tevékenységének kérdése, és hogy a jog alapvetően a hatalom kérdése. A hatalom, mint már észrevettük, Holmes számára a társadalmi jelenségek minden magyarázatának kiindulópontja volt. "Az *ultima ratio* [...] az erő" (Holmes 1963, 38) - állította, és a jogot az erő vagy a hatalom helyének tekintette, mind a társadalomban uralkodó erő eszközének, mind a versengő hatalmi központok közötti uralomért folytatott küzdelem eredményének (CW 1: 325). Holmes tehát a jogot a hatalommal hozta összefüggésbe, de gondolkodásának alapvető common law orientációja a bíróságok hatalomgyakorlására irányította figyelmét. Ez a Holmes-olvasók által ritkán elismert irányultság színezi az egész jogi gondolkodást. Ahhoz, hogy megértsük összetett, kettős jogfelfogását, először is fel kell vázolnunk ennek az orientációnak a profilját.

3.1. Közös jogi orientáció

Holmes első publikációját a common law módszer klasszikus jellemzésével nyitotta, amely a Langdell és Pollock tárgyalásaiból ismerős. A bíróságok "először az ügyben döntenek, és csak utána határozzák meg az elvet" - állította. Döntéseik intuitív ("homályosan érző") ítéletekből születnek, amelyek elmerülnek az előttük fekvő ügyek konkrét tényállásában, és amelyeket a korábban eldöntött ügyek hatalmas halmazának megértése fegyvelmez. Az ügyvédek és a bírák "gyakran elég jól látják, hogyan kellene dönteniük egy adott tényállásról, anélkül, hogy a *ratio decidendi* tekintetében nagyon világosak lennének" (CW 1: 212-3). Valójában óvakodnak az általuk intuitíve felfogott és magabiztosan alkalmazott általános szabály elhamarkodott megfogalmazásától: "éppen abban az arányban, ahogyan egy ügy új és ezért értékes, senkire, még a bírákra sem lehet bízni a *ratio decidendi* kimondását" (CW 1: 242).

Bár Holmes nem habozott a bírákat "törvényhozóknak" nevezni (CW 1: 223), elfogadta a common-law-ban megszokott nézetet, miszerint az általános jogi szabályok idővel a döntésekből alakulnak ki egy olyan folyamat révén, amelyben sok bíró vesz részt. "Csak az azonos tárgyú határozatok sorozata után válik szükségessé az "esetek összeegyeztetése", [...] vagyis egy valódi indukció révén az elv kimondása [...] Egy jól kialakult jogi doktrína sok elme munkáját testesíti meg, és mind formailag, mind tartalmilag olyan képzett kritikusok tesztelték, akiknek gyakorlati érdeke, hogy minden lépésnél ellenálljanak neki" (CW 1: 213). Ráadásul az általános elvek sohasem nagyobbak, mint az általuk összefoglalt esetek. "Egy általánosítás annyiban üres, amennyiben általános. Értéke azoktól a részletektől függ, amelyeket a beszélő és a hallgató számára felidéz" (CW 3: 419). Így "ahhoz, hogy egy általános elv valamit is érjen, testet kell adni neki", és ennek módja az, hogy megragadjuk, "hogyan alakult ki fokozatosan olyan konkrét esetek érzékelt egyeztetéseként, amelyek közül egyik sem alapozta meg terminusokban" (CW 3: 477). Langdell esettanulmányi módszere pontosan ezt kívánta megtanítani a joghallgatóknak, és Holmes éppen ezért dicsérte a megközelítését (CW 1: 213, CW 3: 477-8). A jog, ezen a szemüvegen keresztül nézve, alapvetően dinamikus és mindig változó, egyes részei "egymást követő közelítések sorozata után" (CW 1: 213) többé-kevésbé rendezetté válnak, más részei még mindig érlelődnek. Semmi sincs abszolút rögzítve. A bírósági határozatok adják a mérvadó anyagot, amelyből a jog megértése kiindul, és amely előtt mindig felelni kell, de ez a megértés az egyes esetek tényállásának éles felfogásából, az e tényállások alapján hozott határozatok általános jogi jelentőségének feltárására való képességből, valamint az általános tételek e rendszerének mozgó, dinamikus jellegének megbecsüléséből fakad.

A szisztematikusan elrendezett általános tételek szerepet játszanak a jognak ebben a megközelítésében, ahogyan Holmes értette. Az "Út" című írásában azt állította, hogy akkoriban több elméletre volt szükségünk, nem kevesebbre (CW 3: 404), és korai esszéi azzal a problémával foglalkoztak, hogy megfelelő alapot találjanak a jog szisztematikusan elrendezéséhez (CW 1: 212-21, 326-34). Tudományos pályafutása során mindvégig arra törekedett, hogy egy kellően összetett, árnyalt és a gyakorlatban is használható általános jogelméletet fogalmazzon meg. Közjogi irányultsága azonban két döntő vonatkozásban folyamatosan óvatossá tette az elmélettel szemben.

Először is, ragaszkodott ahhoz, hogy a jogelmélet egy állandóan változó, alapvetően gyakorlati ügy elmélete, nem pedig jól viselkedő absztrakt fogalmak halmaza. "A jog nem [absztrakt és formális] tudomány, hanem alapvetően empirikus", ezért "bár az általános elrendezésnek filozófiai jellegűnek kell lennie, még a zavaró előítéletek rovására is, a gyakorlati célszerűséggel való kompromisszumok nagyon is helyénvalóak" (CW 1: 214). Vagyis a fogalmak vagy tanok bármely általános rendszerének alkalmazkodnia kell a konkrét szinten a konkrét döntések pragmatikus követelményeihez tett kiigazításokhoz. A doktrína elméleti következetessége és belső koherenciája csak megközelítőleg valósítható meg, mivel a jog folyamatosan fejlődik, alkalmazkodik a változó társadalmi feltételekhez és a társadalmi szükségletek és értékek változó felfogásához. "[A] jog [a] létének szükségszerűségéből adódóan mindig közeledik a következetességhez, és soha nem éri el azt. Egyik végén örökké új elveket vesz át az életből, a másik végén pedig mindig megtartja a történelemből származó régi elveket, amelyeket még nem szívott magába vagy nem vetett el. Csak akkor válik teljesen következetessé, ha megszűnik növekedni" (CW 3,75-6; 1963, 32).

Másodszor, az általános tételeket, bármennyire is hasznosak lehetnek elméleti szinten, a döntés pillanatában körültekintően kell kezelni. "Az általános tételek nem döntenek konkrét ügyekben" - írta Holmes (Holmes 1905, 76). Egy Laskinak írt levelében hozzátette, hogy "bármilyen általános tételt elfogadhatunk", és akkor is "az ügyet akárhogyan is döntjük el" (Holmes 1953, 1: 243). Ezek az intelmek, amelyeket Pollock esszéjében már láttunk, nem fejeznek ki mélyreható szkepticizmust a bírói mérlegelést irányító szabályok lehetőségével kapcsolatban, hanem csak a tipikus common law-i óvatosságot az általános elvek szerepével kapcsolatban, és a képzett ítélőképesség döntő szerepének megbecsülését a döntés pillanatában.

Holmes alapvető common law orientációja arra készítette, hogy figyelmét a bíróságok tevékenységére és tanácskozási gyakorlatára összpontosítsa; a jog és a hatalom közötti kapcsolat iránti megszállottsága az austiniánus pozitívizmus felé terelte. Az eredmény egy összetett jogelmélet lett, statikus és dinamikus összetevőkkel. A statikus komponens az austini pozitivisták jogfelfogás elemeinek explicit kritikájából és implicit kisajátításából (vagy durva újrafogalmazásából) nőtt ki.

3.2. *Végrehajtási pozitívizmus*

Holmes tudományos pályafutását Austin kritikájával kezdte, amely emlékeztet (bár jelentősen különbözik) Pollock "Law and Command" (CW 1: 215, 294-5) című írásában megfogalmazott kritikájára. Holmes szerint Austin a jognak mint egy politikai felsőbbségnek egy politikai alsóbbrendűhöz intézett, szankcióval való fenyegetéssel kikényszerített parancsának a definíciója rossz pontra irányítja a figyelmet, mivel politikai szuverenitás és kifejezett parancsok nélkül is létezhet jog. Ahhoz, hogy valami törvény legyen, nem az a fontos, hogy kitől vagy mitől származik (eredete), hanem csak "kifejeződésének határozottsága és érvényesítésének bizonyossága" (CW 1: 215). Szerinte csak az engedelmesség kikényszerítésének hatalma számít; tehát "a szuverén akarata a törvény, mert ő rendelkezik a

hatalma az engedelmesség kikényszerítésére vagy az engedetlenség büntetésére, és semmi más okból" (CW 1: 294).²² Holmes hangsúlyozta, hogy a tág értelemben vett jog mindenütt megtalálható, ahol világos és határozott szabályokat hatékonyan érvényesítik; így a hétköznapi társadalmi szokásokat, a jogkereskedelmet és a nemzetközi jogot ugyanúgy jognak tekintik, mint a törvényeket. "Miért ne lehetne egy olyan szabályt, amely a gyakorlatban kötelezőbb, mint sok törvény, kötelező érvényűnek elismerni a jogban"? (CW 1: 330; lásd még CW 1: 215, 295). (Megjegyzendő, Holmes a jog "absztrakt" fogalmával kapcsolatban Pollock következtetésére jutott, de annak ellenére, hogy Pollockkal ellentétben ragaszkodott ahhoz, hogy a kényszerítő érvényesítés a joghoz elengedhetetlenül szükséges.)

Holmes azonban sietett hozzátenni, hogy a jog a jogászok szűkebb értelmében szigorúan a *bíróságok által* érvényesített szabályokra összpontosít. "A [bíróságok] által nem érvényesített szabályok, bár ugyanolyan imperatívák, nem tartoznak egyetlen szakma tanulmányozásához sem", és különösen nem az ügyvédek gondja; ebből azt a következtetést vonta le, hogy a jogtudomány tartománya az "ügyvédek jogára" korlátozódik (CW 1: 215). A jog, egyik értelemben sem, Holmes híres kifejezésével élve "egy merengő mindenhatóság az égben" - olyan tekintélyelvű vagy kötelező érvényű normák összessége, amelyek nem kötődnek valamilyen ellenőrző hatósághoz, és nem is hajtja végre őket -, és a jog ebben a szűkebb értelemben mindig valamilyen szuverén állam joga (Holmes 1917, 222). A jog "nem létezik anélkül, hogy ne állna mögötte valamilyen határozott tekintély [...] a tekintély és az egyetlen tekintély az állam" (Holmes 1928, 533, 535).

Így a jog a jogtudomány szempontjából az, amit a szuverén államok bíróságai érvényre juttatnak, és "az egyetlen kérdés a jogász számára az, hogy a bírák hogyan fognak eljárni". (CW 1: 295). Huszonöt évvel megelőzve az "Ösvény" című híres kijelentését (CW 3: 391, 393), Holmes itt az ügyvédek dolgát abban helyezte el, hogy megjósolják, hogyan fognak cselekedni a bíróságok, hozzátéve, hogy ezt a bírói döntések "motívumainak" feltárásával teszik. Pollock esszéjének olvasásából megtanultuk, hogy óvatosan kell bánnunk a "jóslatokról" való beszéddel, hasonló óvatosság érvényes a "motívumok" olvasatára. Holmes világossá tette, hogy az ügyvédek jóslatai nem egy adott bíró "egyedi indítékain" alapulnak, mint "a köszvénye, vagy a császár feleségének hízelgései".²³ Hanem alkotmányokon, törvényeken, szokásokon és precedenseken (CW 1: 295). Az ilyen "motívumok" azért adnak alapot a jogászok jóslatainak, mert ezek alapján születnek a bírói döntések. Holmes írta,

Nyilvánvaló, hogy a szokás és a kereskedelmi szokás sok esetben a tiltó törvények ellenére is olyan kényszerítő erővel bírt, mint amilyennel a törvény rendelkezhetett; és ami azt illeti, hogy ezek csak a döntés indítékai [és nem a tulajdonképpeni törvény], amíg el nem fogadták őket [ahogyan az osztrákok ragaszkodnak hozzá], mi több, az őket elfogadó döntés minden jövőbeli

²² Austin más olvasóitól eltérően Holmes nem keverte össze Austin szuverenitásról alkotott felfogását az engedelmesség kikényszerítésére vonatkozó hatalommal (lásd 1. fejezet, 1.1.1.2.2. szakasz); egyszerűen ragaszkodott ahhoz, hogy Austin tévedett, amikor azt gondolta, hogy a joggal kapcsolatos szuverenitás mással is jár, mint az engedelmesség kikényszerítésére vonatkozó hatalommal. A szuverenitás, hangsúlyozta, egyszerűen ténykérdés, hogy ki vagy mi rendelkezik legfőbb hatalommal, ami mindig a pusztán kényszerítésben csúcsosodik ki (CW 1: 268, 294, 325). Holmes a szuverenitást végső, végleges és legfelsőbb hatalomként is felfogta, és úgy vélte,

hogy ennek a fogalomnak egyértelmű normatív dimenziója van. Ösztönösen azonban úgy vélte, de soha nem foglalkozott azzal, hogy érveljen, hogy ez a hatalom csak erő és kényszerítő képesség kérdése.

²³ Holmes itt megelőzte és elutasította a jogi realista előrejelzési elmélet Jerome Frankhoz köthető szélsőséges változatát. (Lásd alább a 3. fejezet 3.2.1. szakaszát).

határozat [azaz precedens]? Valóban mi több egy törvény; és milyen más értelemben törvény, mint hogy azt hisszük, hogy az az indíték, amelyet szerintünk a bírának kínál, érvényesülni fog, és arra fogja készíteni őket, hogy egy bizonyos ügyet egy bizonyos módon döntsenek el, és így alakítjuk magatartásunkat ezen a várakozáson? (CW 1: 295)

Így az, ami tágabb értelemben vett jog, akkor válik jogászai joggá, ha megbízható alapot nyújt a bíróságok döntési módjára vonatkozó előrejelzésekhez, mert a bíróságok ezeket veszik alapul döntéseikhez.

Ráadásul ezek az "indítékok" maguk is az emberek életét ténylegesen irányító szabályokkal kapcsolatos tényekben gyökereznek. Ezt a tézist "A Theory of Torts" (CW 1: 326- 34) című művében védte meg, annak a kísérletnek a során, hogy a gondatlansági ítéleteket a gondosság közösségi normáiban alapozza meg. A gondatlansági ügyekben - mutatott rá - gyakran az esküdtszékre bízzák annak eldöntését, hogy az alperes magatartása gondatlan volt-e. A common law nyelvezetben ezt inkább ténykérdésnek, mint jogi kérdésnek tekintik. Ez a jellemzés azonban félrevezető - érvelt -, mivel egyszerre ténybeli és jogi meghatározásról van szó. Amit az esküdtszéknek meg kell tennie, az az, hogy megállapítsa és alkalmazza a közösség gondossági normáját az adott körülmények között, és ez éppen azt jelenti, hogy megállapítsa és alkalmazza a jog normáját az ilyen esetekre, bár az, hogy ez a norma a norma, ténykérdés, nevezetesen az, hogy a normát rendszeresen követik és kötelezőnek tartják a közösség tagjaira nézve. Ez a ténykérdés a jogszabálynak a létezésének és jelentésének tényére vonatkozó vizsgálat. A jog irányítja és befolyásolja a hétköznapi emberek magatartását azáltal, hogy szabályokat és a szabályok betartásának motívumait biztosítja számukra - érvelt -, de ezt csak akkor teheti meg, ha a szabályok léte és tartalma megállapításra került, és egy szabály létezésének és jelentésének megállapítása ténymegállapítást igényel (CW 1: 328). Így például a megalkotott törvény a megalkotására vonatkozó tényeken és a jogszabály szavain alapul; egy precedens szabály esetében pedig valamely korábbi bíróság döntésének tényét, valamint azt, hogy a jelen ügy nem különböztethető meg tőle, kell megállapítani. Ugyanez igaz akkor is, ha egy külföldi jog szabálya lényeges az ügy eldöntése szempontjából. A jog nem ezekben a tényekben áll, állította Holmes, hanem azokban a szabályokban, amelyeket ezek a tények "sugallnak". (Én úgy értelmezem, hogy a szabályok ezekből a tényekből erednek, vagy valamilyen módon ezeken alapulnak, vagy esetleg ezek által érvényesülnek.) Ha ezt felismerjük, akkor láthatjuk, hogy nemcsak a törvények, a precedensek és a külföldi jog szabályai gyökereznek ilyen tényekben, és ily módon szerepelnek a jogi érvelésben, hanem más normák is. Nem szükséges a figyelmet a kormányzati szervek aktusaira korlátozni, sőt, a szabályok "még kötelező erejüket sem feltétlenül a bíróságok általi elismerésüknek köszönhetik". Ez a helyzet a közszokások esetében, valamint egy speciális osztály vagy csoport szokásai esetében, mint például a kereskedők szokása, (CW 1: 329, CW 2: 197). Mindegyik esetben az egyének viselkedését irányító és a bírósági döntések "indítékait" biztosító szabályok ténykérdésekben gyökereznek.

Ez egy sajátos érvelés, és sok minden homályos belőle, de az világos, hogy Holmes feltételezi, hogy a bírósági (és esküdtszéki) döntéseket irányító "motívumok" különböző típusú normák, amelyek maguk is különböző társadalmi tényekre hivatkozva, a normák létezését és értelmét megalapozó tényekre hivatkozva "bizonyítottak". A jog úgy működik, mint "egy

agens", azaz olyan valami, ami mások cselekedeteit irányítja, de csak annyiban, amennyiben olyan szabályokból áll, amelyek bizonyíthatóan érvényben vannak egy közösségben, és hatékonyan érvényesíthetők. Az ilyen szabályok adnak alapot arra vonatkozó előrejelzésekhez, hogy a bíróságok (vagy az esküdtek) hogyan fognak dönteni az egyes ügyekben.

Most össze tudjuk vonni Holmes jogérvényesítő pozitivista felfogásának különböző szálait. E nézet szerint a jog, általánosságban (vagy "filozófiailag") szólva, olyan szabályokról vagy normákról szól, amelyek irányítják a viselkedést, és nem kívánt következményeket ígérnek a jogsértésekért, valamint motívumokat adnak a jogalanyok viselkedéséhez és a végrehajtásukkal megbízottak döntéseire. A legfontosabb és abszolút alapvető tény velük kapcsolatban *qua jog*, hogy szükség esetén kényszerítő eszközökkel hatékonyan érvényre juttathatók. Egy szabály nem jog, ha az iránta való engedelmesség nem kényszeríthető vagy nem kényszeríthető. Ezek a szabályok kétféle tényből erednek, és így kétféle tényben gyökereznek: a szabályokat megalapozó tényekben - a törvényhozás, a korábbi hivatalos határozat vagy a széles körben elterjedt gyakorlat tényeiben - és a szabályok hatékony érvényesítésének tényeiben. A jog a jogászok értelmében ilyen jellegű szabályokból áll, de csak azokból, amelyeket (1) az állam teljes kényszerítő erejével támogatott bíróságok hajtanak végre, és (2) a bíróságok döntéseinek "motívumaként" (azaz indokaként) szerepelnek. Az ügyvédek sajátos nézőpontjukból igyekeznek ügyfeleik számára megjósolni az állam kényszerítő hatalmát gyakorló bíróságok döntéseit azáltal, hogy megnézik azokat a szabályokat, amelyeket a bíróságok a legnagyobb valószínűséggel a forrásokból merítenek.

Így, ha nem akarunk óvatosak vagy pontosak lenni, azt mondhatjuk, hogy a jog a jogászok szemszögéből nézve azt jósolja meg, hogy a bíróság mit fog tenni a valóságban, mivel a közhatalmat gyakorolja. De azt is meg kell értenünk, hogy ezek az előrejelzések Holmes felfogásában (akárcsak Pollockéban) normatív alapú előrejelzések, vagyis olyan előrejelzések, amelyek azon alapulnak, hogy a bírának olyan forrásokból, például alkotmányokból, törvényekből, precedensekből és szokásokból merített szabályok által biztosított indokokat tulajdonítanak döntéseikhez. Ezek azok a források, amelyeket a jogászok keresnek, mert tudják, hogy ezek azok a források, amelyekhez a bíróságok fordulnak a döntési szabályokért.

Ez a jogfelfogás, akárcsak Pollocké, a common-law szellemiség jegyeit mutatja, amelyből ered, de Pollockétól eltérően sokkal mélyebb hatást gyakorol rá az a gyökeres felfogás, hogy a jog alapvetően a hatalom gyakorlásának kérdése. Ebben a tekintetben Holmes jogfelfogása a pozitivismus nyers változatának tűnik. Austin és Bentham szuverenitásról alkotott felfogásának minden árnyalatát elmossa, és a figyelmet kizárólag az engedelmesség kikényszerítésére irányuló hatalomra összpontosítja. Más tekintetben azonban Holmes statikus felfogása megelőlegezi Holland, sőt Salmond pozitivista jogtudományának egyes elemeit (lásd az 1. fejezet 1.1.1. és 1.3.2. szakaszát). A koncepció középpontját az Austin definíciójában szereplő szuverén jogalkotói tevékenységről a bírósági tevékenységre helyezte át, és fenntartotta, hogy az "ügyvédi jog" szabályai társadalmi tényállásokban gyökereznek, amelyek jogi jelentőségét az határozza meg, hogy a bíróságok hajlamosak szisztematikusan rájuk támaszkodni. Ez még nem a Salmond által javasolt és később Hart által továbbfejlesztett, a bíróságok elismerési és használati gyakorlatában megalapozott források pozitivista doktrínája, de rokonságban áll vele, bár a rokonság egy öntudatlan és kissé naiv ősről van szó.

3.3. *Törvény, erkölcs és a rossz ember*

A jog e felfogásának fényében megmagyarázhatóak Holmes "A jog útja" című provokatív értekezésének bizonyos hírhedt vagy rejtélyes vonásai. Megmagyarázhatjuk például, hogy Holmes miért gondolta úgy, hogy a joghallgatók számára a legmegalapozottabb előrejelzések keresésének helye az esetismertetések, értekezések, törvények és hasonlók több mint 600 évre visszanyúló könyvek halmaza (CW 3: 391). A jogérvényesítő pozitivista felfogás szerint ez ésszerű javaslat, mivel a feladat a bíróságok döntéseinek előrejelzése olyan szabályok vagy normák alapján, amelyekre ezek a döntések támaszkodnak, és a bíróságok ezekhez a forrásokhoz fordulnak e szabályok és normák miatt (ha vannak szabályok, amelyek alapján ilyen döntéseket találnak). Az előrejelzések nem behaviorista, hanem normatív, jogalapúak. A jogászok azért kereshetik meg ezeket a forrásokat, hogy azokból szabályokat lehessen kinyerni az előrejelzésekhez, mert megbízhatóan (de természetesen nem bizonyosan) feltételezhetik, hogy a bíróságok is megkeresik ezeket a forrásokat, és ugyanilyen módszerekkel szabályokat fognak kinyerni belőlük.

Megmagyarázhatjuk azt is, hogy Holmes miért korlátozta figyelmét a bírósági döntések előrejelzéseire, ami önkényesnek tűnik, ha a gond - ahogyan az "Út" című írásában mondja - "a közhatalom előfordulása" (CW 3: 391). Ennek az az oka, hogy pozitívizmusa még mindig egy alapvetően common law jogtudományi keretben mozgott, és e keretben a fókuszpont a bíróságok; a jogtudományi perspektíva a joggyakorlatban dolgozó ügyvédek és bírák, nem pedig a joggyakorlaton kívül álló társadalomtudósoké volt.

Végül Holmes hírhedt "rossz embere", aki először és egyetlen alkalommal jelenik meg a *Holmes-korpuszban* "A törvény útja" című műben, a jog e korai esszéiben felvázolt végrehajtási pozitivista felfogásának természetes, bár provokatív kiterjesztésének tekinthető. Az "Ösvény"-ben Holmes arra ösztönözte a joghallgatókat, hogy vegyék fel annak az embernek a perspektíváját, "aki csak azokkal az anyagi következményekkel törődik, amelyeket [...] a [jog] ismerete lehetővé teszi számára, hogy előre jelezzen" (CW 3: 392), hogy segítsen nekik elkerülni a gyakori hibák elkövetését, amikor megpróbálják azonosítani azt a jogot, amely meghatározza ügyfeleik jogi következményeit. A rossz ember perspektívája heurisztikus eszköz a gyakorlatias, ügyfélközpontú jogtanuláshoz. Nem szabály az ügyvédek testvériségének; és nem is útmutató a bíró számára. A bíróságot a rossz ember perspektívájából szemlélve, Holmes úgy vélte, az ügyvédhallgató a bírák tényleges gondolkodását fogja vizsgálni, nem pedig azt a gondolkodást, amit a bíraktól remélnének. Ez elvezetné őket a gyakorlaton kívüli megfontolásoktól, és azokra a forrásokra összpontosítaná őket, amelyeket a bíróságok ténylegesen megkérdeznek, és azokra a szabályokra, amelyeket valószínűleg a bírák és az ügyvédek számára egyaránt ismerős eszközökkel nyernek ki belőlük.

Fontos látni, hogy a rossz ember perspektíva nem nyújt olyan keretet, amelyből ésszerűen levezethető a végrehajtási pozitívizmus. Éppen ellenkezőleg, a rossz ember hasznossága *feltételezi* e felfogás igazságát vagy legalábbis gyakorlati megbízhatóságát. Ha ugyanis a jog nem nyerhető ki megbízhatóan a forrásokból anélkül, hogy az erőszak alkalmazásának pusztán anyagi következményein kívül más megfontolásokra is figyelmet fordítanánk, akkor a rossz ember perspektívája éppen azért nem alkalmas a jog feltárásának projektjére, mert a kritikusan fontos

megfontolások nem lesznek

a látóterében legyen. A rossz ember perspektívája tehát csak akkor gyakorlatilag hasznos heurisztikus eszköz a jogászok számára, ha Holmes jogérvényesítési-pozitivista felfogásának sikerül a megfelelő helyen meghúzni a különbséget jog és erkölcs között.

Ez a perspektíva talán még a bírósági döntések előrejelzésének feladatára sem lesz megfelelő, amint Holmes statikus jogfelfogását gazdagítjuk az ugyanilyen fontos dinamikus felfogásával, mivel, mint látni fogjuk, a jogban működő növekedési elvek diakronikusan nézve a bírósági érvelésben egyrészt a szigorúan formális jogi anyagok, másrészt a módszerek és a "politikai" megfontolásokra való hivatkozás összetett kölcsönhatását foglalják magukban. Mivel a rossz ember kizárólag a cselekedeteinek a *saját magára gyakorolt* anyagi következményeire összpontosít, az ő perspektívája szisztematikusan kizárja mind a Holmes által általában szem előtt tartott szűk értelemben vett "erkölcsöt", mind a legtöbb más közpolitikai kérdést.

4. Holmes dinamikus jogfelfogása

Holmes statikus felfogása szerint a jog olyan szabályok és normák összessége, amelyeket a bírák a forrásokból - precedensekből, törvényekből, alkotmányokból, szokásokból és hasonlókból - merítenek. Úgy vélte azonban, hogy a jog statikus, pillanatnyi szemlélete nem eredményezheti a jog megfelelő megértését, mert a jog csak az időbeli fejlődés során tárja fel a természetét. "Ahhoz, hogy megtudjuk, mi [a jog] - írta Holmes -, tudnunk kell, mi volt, és mivé igyekszik válni" (Holmes 1963, 5). Így Holmes a jogról alkotott keretező koncepcióját kiegészítette a jog növekedését és fejlődését alakító dinamikus erők bemutatásával. A forrásokból merített normakészlet belső konzisztenciájára vagy "integritására" (CW 3: 103) való törekvés létfontosságú szerepet játszik ebben a folyamatban, de nem ez volt az egyetlen meghatározó tényező. Valóban, Holmes a *Common Law* első oldalain híres módon kijelentette, hogy a jog *élete* a "tapasztalat".

4.1. A törvény élete

Holmes egy olyan passzussal nyitotta főművét, amely ötven évvel később az olvasók számára egy radikálisan új jogtudomány manifesztumaként hangzott el.

A törvény élete nem a logika volt: a tapasztalat. A kor szükségletei, az uralkodó erkölcsi és politikai elméletek, a közrendre vonatkozó, bevallott vagy nem bevallott intuíciók, sőt a bírák és embertársaik közös előítéletei is sokkal többet tettek a szillogizmusnál annak meghatározásához, hogy milyen szabályok szerint kell kormányozni az embereket. (Holmes 1963, 5)

A kritika közvetlen célpontja ebben a passzusban az 1870-es évek német jogtudománya volt, amelyet Holmes túlzottan formalisztikusnak tartott (lásd a 2.1. szakaszt), de közvetett célpontja az volt, amit Langdell jogtudományának tekintett (Reimann 1992). Holmes ennek a passzusnak egy radikálisabb hangvételű változatát írta Langdell szerződésekről szóló esetkönyvének második kiadásáról szóló recenziójában, amely 1880-ban, a *Common Law* megjelenésének évében jelent meg. Holmes azt kifogásolta, hogy Langdell

csak "a dolgok formális összefüggései, vagyis a logika érdekelte, megkülönböztetve az érzelmektől", amelyek valójában "ténylegesen alakították a jog lényegét". Mindazonáltal,

A törvény élete nem a logika volt: a tapasztalat volt. A [törvény] minden új növekedésének csírája a szféráján belül egy érzett szükségszerűség volt. A folytonosság formáját olyan érvelések tartották fenn, amelyek minden dolgot logikai sorrendre akartak redukálni; de ez a forma nem más, mint az estélyi ruha, amelyet az újonnan érkező magára ölt, hogy a hagyományos követelményeknek megfelelően szalonképessé tegye magát. A fontos jelenség az alatta lévő ember, nem pedig a kabát; egy döntés igazságossága és ésszerűsége, nem pedig a korábban kialakult nézetekkel való összhangja. Soha senki sem lesz igazán filozófiai mestere a jognak, aki nem veszi szokás szerint figyelembe a rajta kívül álló erőket, amelyek azzá tették, ami [...]. A jog nem az önkonzisztenciában találja meg filozófiáját, amiben mindig kudarcot kell vallania, amíg növekszik, hanem a történelemben és az emberi szükségletek természetében. (CW 3: 103)

Hasonlóképpen, az "Út" című művében Holmes azt állította, hogy bár a bírói döntéshozatal nyilvános nyelve a "logikai forma" nyelve, e forma mögött mindig egy többé-kevésbé artikulált ítélet rejlik a "politika" egymással versengő megfontolásaival kapcsolatban (CW 3: 396-8).

Mint oly sok Holmes lebilincselő passzusa, a fenti passzusok is inkább inspirálóak, mint felvilágosítóak, és pontatlanságuk a huszadik században élesen eltérő platformú jogtudományi mozgalmakat táplált. Józanabb és megvilágítóbb nézet rajzolódik ki azonban Holmes későbbi vitájából és érveléséből *A szokásjogban*. A fenti második passzusban Holmes mintha meghirdetne egy olyan projektet, amely "a [jogon] kívüli erőkre", például a társadalom- és politikátörténetre, a szociológiára és az antropológiára tekint, olyan tanulmányokra, amelyek félreteszik a doktrinális fejlődést, és a társadalom állítólagos mély struktúráit és erőit keresik a jog tartalmának fejlődését magyarázó tényezőként. Holmes azonban még csak meg sem kísérelt egy ilyen projektet;²⁴ és, amint azt a *Common Law* számos közeli olvasója tanúsítja, a mű egésze figyelemre méltóan langdellianus elemzés és érvelés.²⁵ A jog magyarázata Holmes szerint sosem juthatott messzire a jog belső, doktrinális elemeinek komoly figyelembevételével nélkül. Bár néha nagy vonalakban utalt arra, hogy a jogot az egymással szemben álló társadalmi erők eredményének tekinthetjük (CW 1: 325), amelyek az "eszmék" vagy a "politika" feletti ellenőrzésért küzdenek (CW 3: 397, 436, 506), egyértelműen úgy vélte, hogy ezek az erők a jogra gyakorolt hatásuk révén gyakorolnak hatást a jogra.

²⁴ White azt állítja, hogy a *Common Law* bevezetőjének visszafogottabb hangvétele azt jelezte, hogy Holmes nem fogja folytatni a jog ilyen "külső erőkkel" való magyarázásának projektjét (White 1993, 151).

²⁵ Valóban, A. V. Dicey, az egyik legkorábbi recenzens, Holmes Langdell kritikáját (Langdell "a legnagyobb élő jogi teológus" - CW 3: 103) fordította vissza a szerző ellen, azzal vádolva, hogy ebben a művében Holmes úgy érvel, mint az "ortodox teológusok", akik *apológiákat* nyújtanak a fennálló gyakorlatnak, a gyakorlat integritásának fenntartása iránti igénytől vezérelve (Dicey 1882, 714). A Dicey által kiemelt módszertant Holmes egyértelműen magáévá tette, amikor azt írta, hogy a jogi köteleességek és az előzetes erkölcsi jogok viszonyának kérdései "a filozófusnak", nem pedig a jogásznak szólnak. "A jogtudós dolga az, hogy a jog tartalmát megismertesse; vagyis belülről, vagyis logikusan dolgozza fel, rendezve és elosztva azt, sorrendben, a *summum genus*tól a *species infimaig*, amennyire ez kivitelezhető" (1963, 173).

a jog belső dinamikája (CW 3: 341, 364, 439-40, 536). Elemzése teljes mértékben ezekre a belső dinamikákra összpontosított.

Annak ellenére, hogy a kabát csupán fedezéket nyújt az embernek, Holmes kritikája ezekben a szakaszokban azok ellen irányult, akik úgy gondolták, hogy a "logika" *önmagában* elegendő a jog megértéséhez és fejlődésének magyarázatához.²⁶ Az "Ösvény"-ben tévedésnek - a "logikai forma tévedésének" - nevezte azt a gondolatot, hogy a logika az *egyetlen* erő, amely a jog fejlődésében működik (CW 3: 396). A fentebb idézett első passzust megelőző, elnézett mondatban azt írta: "*Van valami*, ami megmutatja, hogy egy rendszer következetessége megkövetel egy bizonyos eredményt, de ez *nem minden*" (Holmes 1963, 5, kiemelés hozzáfűzve). Megfontolt nézete szerint a "logika" (amely magában foglalja a doktrinális elemzés és érvelés minden technikáját a jogászok szokásos eszköztárában) és a "tapasztalat" (amely magában foglalja az igazságosság, az ésszerűség, a közrend, az érzett szükségszerűségek és a közös - de soha nem pusztán sajátos előítéletek - artikulált és artikulálatlan megfontolásait) *partnerségben működnek együtt*. Kölcsönhatásuk mintája magyarázza a jog fejlődését.

4.2. *A forma és az anyag dinamikus kölcsönhatása*

Holmes két ilyen interakciós mintát fedezett fel. Az elsődleges minta az általa "a forma és az anyag paradoxonának" nevezett formában jelenik meg. A mozgás struktúrája paradox abban az (nem technikai) értelemben, hogy a jog úgy növekszik, hogy arra törekszik, hogy ugyanaz maradjon, és nyilvánosan úgy tűnik, hogy minden szempontból az marad. Formáját tekintve a jog növekedése logikus, de tartalmát tekintve "törvényhozó" (1963, 31). Ezt a magyarázó struktúrát kiegészíti egy másik minta, amelyet *félárnyék-mintának* fogok nevezni. Mivel a *paradoxonminta bizonyos* mértékig a *penumbra-mintára* épül, először az utóbbit kell megvizsgálunk.

Holmes projektje, ahogyan az várható volt, kizárólag az egyes ügyekben döntő bíróságok tevékenységére összpontosított. A jog fejlődése szakaszosan zajlik, érvelt. Először a bíróságok elsőfokú ügyeket döntenek úgy, ahogyan azt a körülmények megértése és a meglévő (törvényi, alkotmányos és eseti) jog által meghatározott paraméterek alapján a legjobbnak ítélik. A bíróságok nem szívesen fogalmazznak meg szabályokat, még akkor sem, ha biztosak lehetnek döntéseik helyességében, és amikor szabályokat fogalmazznak meg, a szabályokat más bíróságok általában nem tekintik kötelezőnek; csak a döntéseket tekintik kötelezőnek. Döntések sorozata, "egymást követő közelítések" után a bíróságok megkockáztathatják, hogy a jogi kérdésre vonatkozó szabályt vagy elvet fogalmazzanak meg, ezáltal "összeegyeztetve az eseteket" (CW 1: 213; CW 3: 477). Ez a szabály (vagy az ezt a szabályt példázó vezető esetek) a joganyagban foglal helyet, gyakran egymástól nagymértékben eltérő esetekkel szembeállítva. A második szakaszban ezek a szabályok vagy vezető esetek ellentétes pólusokként alakulnak ki, amelyek köré a jövőbeli esetek hajlamosak csoportosulni (CW 1: 327;

²⁶ Az amerikai jogtörténet e korszakának kutatói ma már nagyrészt egyetértenek abban, hogy abban az időben kevés bíró és még kevesebb jogelméletíró (köztük Langdell-Kimball 2004, 2007) vallotta ezt a nézetet. Az "Út" egyik korabeli recenzense tagadta, hogy a logikai forma tévedése "mélyen megragadta a [jogi] szakmát. Azt sem lehet egy pillanatra sem elismerni, hogy a bírák eddig nem a közjóról alkotott elképzeléseik szerint döntöttek az ügyekben"

(Fox 1897, 6).

1963, 101-3; CW 3: 415-16). Az idő múlásával új esetek kerülnek a bíróság elé, amelyek vitathatóan a szabályok félárnyékába esnek, és az ügyvédek és a bírák a meglévő szabályok körébe dolgozzák be őket, kiterjesztve vagy összehúzza a szabályokat a kényszerítő analógiákra vagy disanalógiákra való hivatkozással. Mind a "logika" (azaz a következetesség és a helyi koherencia), mind a "józan ész" szempontjai elegendőek az ilyen esetek eldöntéséhez, bár a legtöbb esetben a döntések inkább intuitív megítélés, mint artikulált érvek kérdései (CW 3: 341, 364). Holmes szerint ily módon az ellentétes pólusok köré csoportosuló ügyek idővel hajlamosak kitölteni a köztük lévő félkört, amíg olyan ügy nem kerül a bíróság elé, amely kizárólag analógiás vagy belső "logikai" alapon bármelyik irányban eldönthető, vagy olyan ügy, amely esetében a szabály alapjául szolgáló eredeti indokok elveszítik erejüket. Ezen a ponton - jegyezte meg Holmes - a bírácoknak egy szabályt kell felállítaniuk, mert "jobb, ha valahol a félhomályban, a sötétség és a fény között húzódik egy vonal, mintha bizonytalanságban maradnánk" (CW 1: 327). Ezekben az esetekben a "politikai" megfontolások, amelyek korábban csak implicit módon merültek fel, előtérbe kerülnek, és a bírák az egymással versengő "jogalkotási indokok" relatív érdemeinek értékelése alapján (viszonylag "önkéntesen") szabályt állapítanak meg.

E nézet szerint a jog azért fejlődik, mert a bírói döntések kétféle hatásnak vannak kitéve, a formai és a tartalmi okoknak. A következetesség és a korábbi döntésekkel és más jogi tanokkal való helyi koherencia iránti igény az egyik fajta nyomás forrása, míg a "józan ész" megfontolásai, amelyek mögött közvetlenül vagy közvetve a közrend nem megfogalmazott sugallatai állnak, a nyomás kiegészítő forrását jelentik. E kétféle hatás különböző gyakorlati okokból vagy elvekből ered. Holmes szerint a "logika" követelményei a bizonyosság és a hasonló esetek egyformán való kezelésének követelményeiből fakadnak; a józan ész és a politika nyomása a szokásokban és az érdekekben és a társadalmi előnyökben gyökerező értékekben megnyilvánuló, helyhez kötött ésszerűség követelményeiből fakad.

Holmes szerint a bírói döntések e két racionális erő együttes működésének eredményei; egyik sem nélkülözhető. Hiba ("tévedés") lenne tagadni bármelyiknek a folyamatban betöltött szerepét, bár adott esetben az egyik vagy a másik erő lehet hangsúlyosabb. Megjegyzendő, hogy a common law növekedésének dinamikájáról szóló e beszámoló szerint a kifejezett "törvényhozás" pontját, ahol a bíróságok meghatározó szabályt állapítanak meg, a kialakult szabályok és azok penumbrái határozzák meg. Nem lenne értelme azt mondani a Holmes által itt bemutatott bírói döntéshozatalról, hogy a bíró minden esetben lényegében önkényes, a politika által meghatározott döntést kénytelen hozni. Sőt, az ilyen köztes esetekben hozott döntések *nem abban az értelemben "önkéntesek"*, hogy sajátos vagy racionális indokok nélküliek lennének, hanem csak abban a szűkebb értelemben, hogy az általános és nagyrészt vitathatatlan indokok csak olyan kereteket szabnak, amelyekben belül a bírácoknak olyan megfontolásokra kell támaszkodniuk, amelyek még ésszerűen vitathatók (CW 3: 396). Abban az értelemben is lehetnek önkényesek, hogy (1) (ahogyan fogalmazhatunk) "útfüggőek", mivel az, hogy az ügyek hogyan csoportosulnak a pólusok körül, részben attól függ, hogy milyen sorrendben érkeznek a bírósághoz, és (2) hajlamosak éles határokat húzni olyan kérdésekben, amelyek alapvetően skálázottak, azaz fokozati kérdések (1963, 101; CW 3: 415-6). Fontos azonban szem előtt tartani, hogy még ezekben az esetekben is keletkeznek szabályok, és új szabályok lépnek a helyükbe a bírácokra nehezedő ésszerűségi követelmények nyomása miatt.

Ezt a penumbra-mintát szem előtt tartva fordulhatunk a paradoxon-mintához ("a forma és a szubsztancia paradoxona" - 1963, 31-3; CW 3: 75f), amely a következő szerkezetű. Először is, a jogi szabályok, fogalmak vagy doktrínák (ahogyan a penumbra-mintázat leírja) a bíróságokon az észlelt társadalmi szükségletekre és "a közrend többé-kevésbé határozottan értelmezett nézeteire" (1963, 8, 32) válaszul keletkeznek. Másodszor, idővel a körülmények vagy a társadalmi értékek megváltoznak, és a doktrínák alapjául szolgáló okok már nem tűnnek meggyőzőnek, de a doktrínák - legalábbis részben a forma erényeinek köszönhetően - a tehetetlenség miatt hajlamosak túlélni. Harmadszor, ez arra készteti a "leleményes [bírói] elméket", hogy új indokokat keressenek a fennmaradó tanok számára. Mivel "a jogot hozzáértő és tapasztalt emberek igazgatják, akik túl sokat tudnak ahhoz, hogy a józan ész feláldozzák egy szillogizmusnak, azt fogják találni, hogy amikor az ősi szabályok fenntartják magukat [...] új, a kornak jobban megfelelő indokokat találnak számukra" (ibid., 32). Ily módon a régi tanítás összeegyeztethető az új körülmények és értékek követelményeivel. A régi forma tehát új tartalmat nyer, és idővel a forma az új indoklás körvonalaihoz igazodik (ibid., 8, 32). Így a jog fokozatosan alkalmazkodik a változó körülményekhez, ismét a forma és a tartalom egymással versengő racionális nyomására.²⁷ A folyamat nem mindig sikeres. Így végül egyes doktrínák pusztán tehetetlenségből maradnak fenn. Ezek a "puszta túlélők" (CW 3: 412) a vizsgálat során anomáliáknak tűnnek, mint a macska kulcsfontja (Holmes 1963, 31, 32; CW 3: 412-5). Mivel költségeket rónak azokra, akiket alávethetnek nekik, gyakran nem pusztán anomáliák; súlyos hibáknak, rákfenéknek tűnhetnek a joganyagban.

Holmes paradoxonmintája ugyanazokon a feltételezéseken alapul, mint a félárnyékmintája. A forma és a tartalom ("logika" és "politika") egyaránt normatív követelményeket támaszt a bírói érveléssel szemben, és az ésszerűség különböző fajtáit képviseli. A jog dinamikája szerinte annak köszönhető, hogy a bírák azt követelik, hogy a jog szabályai és doktrínái formai és tartalmi okokat szolgáljanak. A forma és a logika, az analógia és a megkülönböztetés kapcsolódó jogásztechnikái (CW 3: 397) alakítják az észlelést, a gondolkodást és a képzeletet, és így hajlamosak meghatározni a döntéshozók rendelkezésére álló lehetőségeket (CW 3; 406). De normatív igényt is képviselnek.²⁸ A forma a korábbi döntésekkel való összhang és a jog egészének vagy a jog valamelyik részlegének elvszerű integritása iránti igény eredménye. A tartalom politikai, közjó és társadalmi célokra vagy értékekre vonatkozó megfontolásokat tükröz, függetlenül attól, hogy azok megfogalmazottak-e vagy csupán intuíciók, amelyek a közösségben uralkodó eszmékben és értékekben gyökereznek. Mind a forma, mind az anyag hozzájárul a jog növekedésének dinamikájához. A jog fejlődése és anomáliái az e kettő közötti finom és állandó kölcsönhatásnak köszönhető.

²⁷ A jog fejlődésének ez a leírása emlékeztet Blackstone klasszikus jellemzésére arról a folyamatról, amelynek során az ősi szokásjog fokozatosan alkalmazkodik a modern körülményekhez (Blackstone 1979, 1: 69-71, 3: 267-8; Postema 1989a, 8-13).

²⁸ Holmes kétszer is azt írta, hogy "a múlttal való folytonosság csak szükségszerűség és nem kötelesség" (CW 3: 406, 492), ami látszólag tagadja a forma normatív dimenzióját, de ez csak egyike azoknak az eseteknek, amikor Holmes nem tud ellenállni a *bon mot*-nak, még akkor sem, ha az nem illik a saját magyarázati gyakorlatába. Nem lehet értelmet adni a paradoxonmintának a jog növekedésének magyarázatában való bevetésének anélkül, hogy ne

ismernénk el a jog formai dimenziójának normatív erejét.

két tényező. Néha együtt dolgozva, néha ugyanabba az irányba tolják a törvényt, finomítva és a változó társadalmi körülményekhez igazítva azt; néha pedig különböző irányokba tolják. Holmes szerint a jog minden időpontban e kiegészítő és egymással versengő normatív nyomás eredménye.

Holmes jogtudományi írásaiban gyakran használta paradoxon-mintáját, néha magyarázatként, néha leleplezésként. Ezzel a magyarázó alapelvvel magyarázta a common law központi tanainak fejlődését (CW 3: 4-16, 21-35, 60-76, 76-100, és különösen CW 3: 340-80), és magyarázta a jogban fennmaradt doktrinális anomáliákat. Arra is felhasználta, hogy leleplezze egyes anomáliák irracionálisát, valamint azt, hogy a bírák és a jog pártolói milyen messzire mentek, hogy a forma köntösével leplezzék azokat. A paradoxonmintával arra is rávilágított, hogy a bírói döntéshozatal legalább részben mindig a közrendi megfontolásokra való implicit vagy explicit hivatkozáson múlik (CW 3: 341, 399, 412, 421).

Ez utóbbi célja különösen világosan megmutatkozik az "Út" című művében (CW 3: 396-8) a "logikai forma tévedéséről" szóló értekezésében, amely óriási hatással volt a későbbi amerikai jogtudományra. Bár azonban ritkán hagyott ki alkalmat arra, hogy leleplezze a korabeli bírói kar (és az olyan teoretikusok, mint Langdell, akik szerinte bátorították őket) szerinte a politikára való támaszkodásuk leleplezésére tett kísérleteit, ezt a "paradoxont" nem használta szkeptikus kalapácsként, hogy a racionalitás és a jog ésszerűségének minden látszatát szétzúzza. Nem is úgy értelmezte, hogy ez felszabadítja a bírakat a jog nagyszabású, a bírói székéből kiinduló reformjára. Sőt, még az "Ösvényben" is felszabadítónak gondolta a kitettséget: amikor belátjuk, hogy a jogi doktrínák a körülmények és a politikai megfontolások követelményeire adott válaszok, amelyeket e körülmények és megfontolások változásával együtt felülvizsgálnak és finomítanak, és hogy egyes túlélőknek nincs más támaszuk, mint a hosszú idő óta fennálló szokásokkal való összhangra való hivatkozásuk, "akkor olyan szabadsággal vagyunk szabadok, hogy a politika kérdését olyan szabadsággal vizsgáljuk, amely korábban nem volt lehetséges" (CW 3: 75; 1963, 33). "A történelem felszabadít bennünket, és lehetővé teszi számunkra, hogy szenvtelenül döntsünk arról, hogy az általunk erőltetett túlélés megfelel-e bármilyen új célnak, amikor már megszűnt a réginek" (CW 3: 412). Ebben az újraértékelésben, ismerte el Holmes, a múlttal való összhang és a más jogtételekkel való koherencia mindig valamilyen okot jelent a velük összhangban lévő jelenlegi döntésekhez (CW 3: 418, 436-7, 536), bár nem mindig elsőrendű okok (CW 3: 398). Vagyis az újraértékelés során a formai és anyagi tényezők egyértelműbb mérlegelése néha az anomália ellenére a rendhagyó doktrína megtartása mellett szólhat, máskor pedig a doktrína felváltása mellett. A jog fejlődésének a paradoxon-mintázat által leírt beszámolója lehetővé teszi számunkra, hogy a jogot szisztematikusan szemléljük, és kifejezetten mérlegeljük a meglévő jogi doktrína által szolgált célokat, valamint a jog ésszerű reformjainak jellegét és mértékét.

De kiket foglal magában ez a felszabadult "mi"? Bírák és tanácsadó jogászok? jogelméleti szakemberek? jogreformerek? Milyen szerepet játszik "a fekete betűs ember", a "statisztika embere és a közgazdaságtan mestere" (CW 3: 399), a történész, a politológus és a politikai filozófus a jog e kifejezett és szisztematikus újragondolásában? E kérdések megválaszolásához meg kell vizsgálnunk Holmes nézetét az elmélet szerepéről a jogban és a bíraskodásban.

5. Jog, elmélet és ítélkezés

A jog dinamikus dimenziója kiegészíti annak statikus dimenzióját. A jog a "mások hatalmának" kérdése - az előírt normák bírósági érvényesítése, de nem egyszerűen a bírói hatalomgyakorlás vagy az azzal kapcsolatos előrejelzések összessége. A bírói döntések többszörös normatív nyomás eredményei: szabályok és doktrínák, amelyek a forrásokból (korábbi döntések, jogszabályok, szokások stb.) a formális és informális érvelés ("logika") kollektív folyamata révén alakulnak ki, amelyet a képzett józan ész és a közösségben uralkodó mögöttes társadalmi célok és javak intuitív (és egyre kifejezettebb) tudatosítása vezérel. A jognak ez a dimenziója teszi lehetővé, hogy a jogról úgy gondolkodjunk, mint ami több, mint önkényes hatalmi aktusok összefüggéstelen sorozata, és mint ami valójában belsőleg összefüggő elvek vagy tanok halmazát alkotja, amelyek valami olyasmivé szervezhetőek, ami megközelíti az elméletet. Természetesen, mivel a jog mindig mozgásban van, mindig növekszik, és mivel mindig tartalmazni fog anomális doktrínákat, amelyek a tehetetlenség és a múlttal való összhang iránti igény miatt fennmaradnak, a jog bármilyen elmélete hiányos lesz (Holmes 1963, 32).

5.1. Holmes általános jogtudománya

1920-ban, élete végéhez közeledve Holmes a következőket írta egy Morris R. Cohen filozófusnak írt levelében: "A joggal kapcsolatos legfőbb érdeklődésemet az a törekvés kötötte le, hogy az egyetemeset megmutassam a különösben" (Rosenfeld 1962, 328). Valóban, Holmes két olyan esszével kezdte pályafutását, amelyek az angol analitikus jogtudomány stílusában igyekeztek olyan elveket feltárni, amelyek alapján a jog racionális elrendezése megtervezhető,²⁹ és harminc évvel később két olyan esszével fejezte be tudományos pályafutását, amelyek egy ambiciózus, több részből álló programot vázoltak fel, amit általános jogtudománynak nevezhetnénk.³⁰ A legújabb kutatások azt állítják, hogy bár Holmes a pályafutását a jog "tudományos" rendezésének programja mellett elkötelezetten kezdte, az ismételt kudarcok és a jog racionalitásával kapcsolatos, egyre mélyülő általános szkepticizmus arra kényszerítette, hogy feladja a jog általános elméletével kapcsolatos reményeit.³¹ Holmes tudományos munkásságának feljegyzései és saját kommentárjai azonban más értelmezést támasztanak alá. Elméleti ambíciói, bár néha nagy gesztusokban fogalmazódtak meg, szintén kezdettől fogva a szerénységig minősítettek voltak (CW 1: 214; 1963, 32). Soha nem adta fel az általános jogtudományi elmélet megvalósíthatóságáról vagy potenciális értékéről vallott nézetét, bár e vállalkozás természetéről és terjedelméről alkotott nézetei idővel alakultak, és sikertelen erőfeszítései arra készítették, hogy nagyobb vállalkozásán belül bizonyos projekteket elhagyjon vagy visszavágjon. Tudományos pályafutása végén még mindig ragaszkodott ahhoz, hogy "inkább túl kevés elméletünk van a jogban, mint túl sok" (CW 3: 404).

²⁹ "A törvénykönyvek és a jogrendezés" (CW 1: 212-21) és "A kártérítési jog elmélete" (CW 1: 326-34), amelyek 1870-ben, illetve 1873-ban jelentek meg.

³⁰ "A jog útja" (CW 3: 391-406) és "A jog a tudományban és a tudomány a jogban" (CW 3: 406-20), amelyek 1897-ben, illetve 1899-ben jelentek meg.

³¹ Lásd pl. Horwitz (1992a) és White (1982) és White (1993, 4-6. fejezet).

A "Law in Science" című írásában Holmes különbséget tett a jog tiszta ("absztrakt tudományos") és elkötelezett ("gyakorlati") tanulmányai között (CW 3: 406-20). Ezek a különböző elméleti megközelítések szerinte ellentétes érdekekkel, célokkal és irányokkal, és bizonyos mértékig eltérő tárgyakkal rendelkeztek. Az előbbi érdektelen, és a gyakorlati hasznosságra való tekintet nélkül keresi a megértést, míg az utóbbi elkötelezett, és az elméletben keres útmutatást (de nem feltétlenül igazolást); de az előbbi a jogot és az eszméket is kívülről, mint társadalmi erőknél alávett okokkal és tárgyakkal rendelkező eseményeket szemléli, míg az utóbbi belső, logikai és normatív viszonyait vizsgálja (CW 3: 413, 439, 469). A "Jog a tudományban" című művében, akárcsak az "Út" címűben, Holmes világossá tette, hogy általános jogelméletének középpontjában elsősorban a gyakorlat áll (CW 3: 412, 420).

Néhány hónappal azelőtt, hogy a Bostoni Egyetem joghallgatóinak előadta volna "A jog útját", Holmes azt írta barátjának, Lady Castletownnak, hogy "a jogi tanulmányok elméletéről szóló értekezésén" dolgozik (Novick 1995, 54). Előadásának második felét annak szentelte, hogy felvázolja a jogtudományról alkotott eszményképét (a "jog [gyakorlásának] széles körű gyakorlása" - CW 3: 440). Ezt méltán tekinthetjük az általános jogtudományról alkotott nézetének. A jogtudomány *gyakorlatias* és *partikuláris*: a jogot belülről és a gyakorlati alkalmazást szem előtt tartva vizsgálja, és bár lehetnek következményei a tágabb értelemben vett jogra nézve, középpontjában a common law strukturáló fogalmai, elvei és mozgatórugói állnak. Miközben elismerte Hobbes, Bentham és "méltó utódaik" elsajátításának értékét, bírálta egyes angol írókat (köztük Austint), amiért "minden rendszer haszontalan kvintesszenciájára törekszenek, ahelyett, hogy egy rendszer pontos anatómiáját készítenék el" (CW 3: 403).

Ideális modellje szerint a jogtudomány három egymást kiegészítő elméleti tevékenységet egyesít: a jogtudományt, a történelmet és a politikatudományt (CW 3: 404). A *jogtudomány*, "a jog a maga legáltalánosabb részében" (CW 3: 403), a jog anyagi jogi doktrínáinak átfogó, szisztematikus elméletére törekszik. Magában foglalja az általános elvek kivonását az egyes esetekből (403, 439), "a jog szabályainak és a jog alapjául szolgáló okoknak az elemzését és általánosítását", valamint más elvekhez való történeti viszonyukat (CW 3: 477), és a jog legalapvetőbb és legáltalánosabb fogalmainak elemzése fényében szervezi őket (CW 1: 303), pl. a jog, a kötelesség, a rosszindulat, a szándék, a gondatlanság, a tulajdon, a birtoklás stb. fogalmait. (CW 3: 403, 404).³² Feltehetően az így értelmezett jogtudomány magában foglalja az ő hibrid (statikus-cum-dinamikus) jogfelfogását.

A történelem a jogi tanok fejlődését az idők folyamán követi nyomon (CW 3: 404, 536), a fentebb leírt félhomályos és paradoxon-minták szerint. A jog racionális tanulmányozásának szükséges része (CW 3: 399, 402), és mindig fontos szerepet fog játszani az általános elvek hatályának vagy határainak meghatározásában (CW 3: 399, 412, 477), de Holmes szerint eljön majd az az idő, amikor a jog magyarázatában csak kis szerepet fog játszani, mert helyébe a politikatudomány lép (CW 3: 403, 492).

³² Holmes nyilvánvalóan nemcsak az angol analitikus jogtudománynak az 1. fejezetben tárgyalt tevékenységére gondolt, hanem a jognak a kötelesség fogalma köré történő szisztematikus rendezésére irányuló saját erőfeszítéseire is - "A törvénykönyvek és a jog rendezése" (CW 1: 212-21) és "A károkozás elmélete" (CW 1: 326-34) -, amelyeket nem hagyott el teljesen, hanem inkább egy összetettebb és integráltabb elméleti vállalkozásba illesztett.

A politika tudománya Holmes szerint azoknak a társadalmi céloknak és céloknak az elméleti artikulációját foglalja magában, amelyek a bírák intuitív, vakon érzett megérzései révén gyakorolták befolyásukat a jog fejlődésére annak története során (CW 3: 377, 399, 413, 415, 420, 492). Feladata hármas: (a) azonosítani azokat a célokat és célokat, amelyekre a jog irányult, és amelyekre ésszerűen irányulhat, valamint azokat az okokat vagy eszméket, amelyeken ezek alapulnak; (b) értéküket más célokhoz és célokhoz képest felmérni, és olyan mértékeket meghatározni, amelyekkel pontosan felmérhetők az ezek követésének költségei (404, 420); és (c) kidolgozni a legjobb eszközöket (jogi szabályok és intézmények révén) e célok és célok megvalósítására (ibid., 399, 403, 404, 412, 413, 420, 536). Ideális esetben Holmes szerint egy érett tudomány mennyiségi lenne, de elismerte, hogy ez az ideál ritkán valósul meg, mert a társadalmi célokat és azok relatív értékét nehéz számokra redukálni (ibid., 415); mindazonáltal úgy vélte, hogy a jövőben a statisztikának és a közgazdaságtannak fontos támogató szerepe lesz a jog általános elméletének ezen részében (ibid., 399, 403).

Ezt a három összetevőt egymást kiegészítőnek gondolták. A jogtudomány nagyrészt a történelem által átadott elvekkel dolgozik, bár a jogtörténészek (beleértve a bírák és jogászok) által az idővel kialakuló elvekre és tanokra vonatkozó meghatározásokat az is befolyásolhatja, ha a jogot a jogtudomány általánosabb elméleti perspektívájából tekintik. A politika tudománya is szerepet játszhat, amennyiben a támogatható társadalmi célok és értékek explicit megfogalmazása jelölteket szolgáltat a régóta fennálló doktrínák felülvizsgált racionalitásához, és elképzelhető, hogy a jog általános elméletének megalkotásakor is konzultálnak vele (bár Holmes ezt nem említi). Ezenfelül Holmes úgy vélte, hogy egy kompetens, modern bírói testület jobban végezné a szokásos jogkeresést és jogalkalmazást, ha világosan ismerné, és kifejezetten és világosan értené azokat a célokat, amelyekre a jog irányul (ibid., 377, 399, 418).

Ezek a tevékenységek természetesen arra irányulnak, hogy meghatározzák a jogot, ahogyan az van, és Holmes úgy értette, hogy ezek különböznek a jogot meghatározó tevékenységektől, ahogyan annak lennie kellene. Ez utóbbi tevékenységekben a politika tudománya szerinte három lehetséges ponton játszik meghatározó szerepet. Először is, az ítélkezésben, a valódi kétségek eseteiben, amikor a meglévő jog forrásai és a jogászok "logikájának" standard technikáinak gyakorlása kifogy, és a bírák kénytelenek "gyakorolni a választás szuverén előjogát" (ibid., 418-19), remélhetjük, hogy a politikatudomány racionálisan megalapozott elveket kínál, amelyekre a bírák támaszkodhatnak. Másodszor, amikor anomáliákkal vagy "túlélőkkel" szembesülünk, és a jog kisebb mértékű reformjának kérdései merülnek fel, a politikatudomány segíthet eldönteni, hogy az anomális doktrínát helyben kell-e hagynunk (a biztonság szempontjainak tiszteletben tartásával), vagy valamilyen jobb szabállyal kell-e helyettesítenünk. Harmadszor, a jog nagyszabású, szisztematikus reformjára irányuló erőfeszítésekben is fontos szerepet fog játszani.

5.2. *Elmélet, szkepticizmus és ítélkezés*

Holmes soha nem töltötte ki általános jogtudományának ezt a vázlatát, és a történeti komponensre tett, nem teljesen sikeres erőfeszítéseit leszámítva alig járult hozzá annak bármelyik ágához. Ahelyett, hogy konkrét kutatási programot vázolt volna fel, az "Út" inkább kiáltványt adott ki; a homályossága miatt

kijelentéseinek sokféleképpen fejlesztették tovább a következő évszázadban. A harmadik ág tárgyalása különösen problematikus. Soha nem tette világossá, hogy az elméletet alapvetően normatív vállalkozásnak vagy szigorúan leírónak tekinti-e, azaz, hogy önmagukban a célokkal és célokkal, az instrumentális eszközökkel és a kapcsolódó költségekkel foglalkozik-e, vagy inkább azzal, hogy ezek a célok stb. miként jelentik azokat a csatatereteket, amelyeken csoportok és osztályok harcolnak a hatalomért. Tisztában volt a különbséggel. Egy ponton ragaszkodott ahhoz, hogy a "legfontosabb kérdés a jogban" a társadalmi célok értékének kérdése: "Értékükre messzebbre mutató értelemben gondolok, mint hogy a közösség egy adott pillanatra szóló *tényleges* akaratát fejezik ki" (436). Mégis, mindig annyira vonzódott a hatalom dinamikájához és az életért folytatott küzdelem népszerű darwini nyelvezetéhez (CW 1: 325; CW 3: 407, 421, 439), hogy szándékai egy-egy adott passzusban ritkán egyértelműek. Talán lehetséges lenne egy következetes nézet kidolgozása, amely ezt a két dimenziót - a külső, kauzális nézőpontból származó elméleti megfigyeléseket integrálva³³-, de Holmes soha nem vette a fáradságot, hogy ezt megtegye. Úgy tűnik, hogy valami olyasmi volt a nézete, mint a következő. A politika érett tudománya normatív elmélet - akár a jogalkotás utilitarista elméletének módján, akár pozitív elméletként értelmezve, mint amilyenek a közgazdaságtanból merített, a racionális választás axiómáiból kiinduló elméletek. Egy ilyen elmélettel kapcsolatos ambíciói azonban szerények voltak, részben azért, mert tisztában volt magának a tárgynak a bonyolultságával és visszásságával, de azért is, mert úgy vélte, hogy minden jogelméletnek figyelembe kell vennie azt a tényt, hogy a jog az általa szolgált társadalomban működő erők eredője. Felismerte, hogy egy szigorúan ideális normatív elmélet nagy kompromisszumokra kényszerül, amelyek nemcsak teljességét, hanem még racionális integritását is veszélyeztetik. Ezért azt tanácsolta, hogy a politika általános tudományára kell törekednünk, "amennyire csak lehetséges" (CW 3: 404, 420).

Holmes mindig is megvetette az "abszolútumokat" (CW 3: 443, 446-7, 536), de bár szkepticizmusa filozófiailag sekélyes volt - a filozófiai alapokkal szembeni türelmetlenség terméke -, sohasem vonta kétségbe az általános elmélet kidolgozására tett kísérlet értékét, vagy annak a munkának az értékét, hogy implicit feltételezéseinket és intuitív ítéleteinket egyértelműbbé és világosabbá tegyünk, még ha erőfeszítéseink nem is érik el "a világegyetem szankciójának" (ibid., 536) naiv és lehetetlen ideálját. Természetesen ezt az ideált csak megközelíteni fogjuk, és soha nem fogjuk elérni, ismerte el, de erre valók az ideálok (ibid., 420). Szkeptikusabb volt azonban, vagy talán azt kellene mondanunk, hogy óvatosabb az általános jogtudomány, különösen a politika tudományának értékét illetően a bíraskodás döntési pontján. Nézeteinek e ponton való megvitatásakor óvatosan kell eljárunk, mert nem volt mindig olyan óvatos, mint amilyennek lennie kellett volna, és a huszadik század folyamán olvasói még kevésbé voltak óvatosak abban, hogy nézeteket tulajdonítsanak neki.

Kezdjük azzal, hogy jogfelfogásának statikus, "bíróági-végrehajtási pozitivisták" komponensét kiegészítette egy dinamikus komponens, amely a jog fejlődését magyarázta az évek során.

³³ Egy ponton Holmes felvetette, hogy a szociológia és a közgazdaságtan, akárcsak a történelem, szükséges eszközök a "jog [gyakorlásában] nagymértékben" (CW 3: 440), de soha nem próbálta megmagyarázni, hogy ezek (és az "antropológia" - CW 3: 413, 420) hogyan járulhatnak hozzá az általános jogtudományhoz.

az idő a forma és az anyag elemei közötti kölcsönhatás szempontjából. A két elem jellemzően azért működik együtt, mert az irányadó bírói feltételezés szerint a jog a formai és anyagi ésszerűség követelményeire reagál. Még azokban az esetekben is, amikor egy uralkodó jogi doktrína eredeti indoklása ("jogalkotói indok") elavulttá válik, új indokokat találnak a doktrína racionalizálására. Holmes feltételezte, hogy ez a bíróságok által eldöntött esetek többségére igaz, és ez lehetővé teszi a bíróságok döntéseinek előrejelzését a források közös olvasata és a szokásos ügyvédi technikák ("logika") által feltárt szabályok alapján. Holmes szerint azonban a jog doktrinális történetének tanulmányozása során kiderül, hogy ez nem igaz a "túlélőkre" és a penumbrális esetekre. Vegyük először a túlélőket.

A jog fejlődését követve, a paradoxon mintáját követve, gyakran jutunk el olyan doktrínákhoz, amelyek látszólag csak a formai tehetetlenség miatt maradnak fenn, amikor racionalitásuk elavultnak bizonyul. A jogi doktrínák történetének nyomon követésében az a pozitív érték, hogy az ember ezáltal elsajátítja a jogi elveket és elsajátítja a gyakorlati képességet, hogy azokat intelligensen alkalmazza a konkrét körülményekre (CW 3: 412, 477-8), hangsúlyozta Holmes, de elismerte e tevékenység "negatív és szkeptikus" aspektusát is (ibid., 399, 412, 421, 436). Olyan tanokat hoz felszínre, amelyek megalapozatlannak tűnnek, és így felveti a kérdést, hogy a rendellenes tanokat nem kellene-e más, a mai igényeknek és értékeknek jobban megfelelő szabályokkal helyettesíteni. Ennek a kérdésnek a pontos formája azonban a feltevő féltől függ. Holmes (kissé más céllal) megkülönböztette a "társadalmi kérdést" (a reformer kérdését) és a "bírói kérdést" (ibid., 418). Mindkét esetben a lehetőségek között szerepel a szabály megtartása, annak ellenére, hogy nincs világos tartalmi indoklása, vagy pedig annak helyettesítése valamilyen más szabállyal, de Holmes úgy vélte, hogy a szóban forgó kérdések lényegesen különböznek, és a jogtudományi elmélettel kapcsolatos óvatossága némileg eltérő következményekkel jár a különböző döntéshozókra nézve. Holmes élesen tudatában volt annak, hogy az általa elképzelt bármelyik jogtudomány valószínűleg csak a legáltalánosabb útmutatást hagyja a döntéshozók számára. Tisztában volt az egymással versengő társadalmi célok relatív érdemeiről alkotott képességeink hiányosságaival, valamint azzal, hogy képesek vagyunk olyan szabályokat alkotni, amelyek jól szolgálják ezeket (ibid., 436, 536), mégis úgy vélte, hogy bizonyos esetekben a szabály megreformálása megérheti a kockázatot, ha a reformot kifejezett jogalkotással kíséreljük meg. A hasonló, kispadról történő reform azonban szerinte további problémákkal jár, és sokkal komolyabb költségekkel jár.

Az ítélezés során a bírácoknak néha "politikai döntéseket" kell hozniuk. Még a legjobb általános elmélet sem szól egyértelműen a konkrét esetekre. Holmes szerint azonban a bíróságok tekintélye és tekintélye szempontjából döntő fontosságú, hogy olyan racionális indokok alapján járjanak el, amelyek más hasonló esetekre is ugyanúgy alkalmazhatók. Egy bíróság csak úgy tud változást elérni, ha konkrét ügyekben úgy tesz igazságot, hogy a reformot más bíróságok is átveszik. Ez megköveteli, hogy a bíróság különösen odafigyeljen a "bizonyosság" - azaz a kiszámíthatóság és különösen a pártatlanság - szempontjaira. Másrészt a jognak, úgy, ahogy van (még ha "anomális" is), megvan az a különleges erénye, "hogy létezik", és így, még ha nem is könnyen racionalizálható, az emberek számára lehetséges, hogy "tudják, mi az" (CW 3: 536). Ráadásul a politikai megfontolásokra való hivatkozás mindig magában foglalja az egymással versengő társadalmi célok és a hozzájuk kapcsolódó költségek kiegyensúlyozását, és így két

problémával szembe. Először is,

31

A mérlegelő ítéletek nem meggyőzőek, ítélkezési kérdéseket tartalmaznak, és ezért megtámadhatók. Másodszor, mivel a kiegyensúlyozott társadalmi célok elkerülhetetlenül valós társadalmi érdekekhez kötődnek, a politikai szempontok alapján történő döntéshozatal valójában - és különösen a felek szempontjából - győztesek és vesztesek kiválasztását jelenti (ibid., 375). Így a döntési képességükkel kapcsolatos ésszerű szerénység, valamint a bíróság pártatlanságának megőrzésére vonatkozó komoly igény együttesen "meggyőződés nélküli [azaz nem dogmatikus] konzervativizmusra" (ibid., 436) és komoly reformellenességre készítetik a bírákat. Így a jog történeti vizsgálata által generált szkepticizmus ellenére a politika tudományának korlátai és a bíróságok bizonyosságának és pártatlanságának fontos követelményei Holmes szerint a nagyrészt passzív, precedenskövető ítélkezési stílus mellett szólnak. A rá jellemző élénk módon fogalmazta meg a lényegét élete vége felé. Azt írta, hogy a jog elkerülhetetlenül le van maradva a korrallal szemben, és ez így is van rendjén; elvégre a jog "olyan meggyőződésekkel testesít meg, amelyek győzedelmeskedtek az eszmék csatájában, majd tettekre váltottak". Tehát "amíg még mindig vannak kétségek, amíg az ellentétes meggyőződések még mindig harci frontot tartanak egymással szemben, addig a jognak még nem jött el az ideje" (uo., 507).

Tekintsük most a joghézagok problémáját. Emlékezzünk vissza, Holmes úgy vélte, hogy a szabályok félárnyékában az analógiák alapján történő érvelés standard jogi technikai gyakran ésszerű, logikailag meghatározott megoldásokat eredményeznek, még akkor is, ha a döntések nem teljesen vitathatatlanok; egy bizonyos ponton azonban az analógiák egymásnak feszülnek, ellentétes társadalmi célokat vagy értékeket képviselnek, és jogi szempontból kevés egyetértés és sok vita van arról, hogy hol van a logikai és analógiai megfontolások súlya. Az ilyen esetekben, amikor "a logika egyszerű eszköze nem elegendő", a jog bőséges eszközei kimerülnek, és a bírónak "a választás szuverén előjogát kell gyakorolnia" - ismerte el Holmes (CW 3: 418f). A bíró politikai okokból választ olyan szabályt, amely "önkényesnek" tűnhet. Ezekben az esetekben a bírónak jogalkotóként kell eljárnia, a törvények közegeiben szabályokat alkotva. Pályafutása elején Holmes úgy vélte, hogy a bíróságok még mindig megvédhetik magukat és integritásukat azzal, hogy az ilyen ügyekben a döntést az esküdtszékre bízzák, vagy arra hivatkoznak, amit minden érintett már kialakult társadalmi konvencióknak vagy szokásoknak ismerhet el (CW 1: 329-31). Hamarosan azonban felismerte, hogy még ezek az elterelő taktikák sem mindig állnak rendelkezésre, és hogy a bírák egyre inkább olyan penumbrális problémákkal szembesültek és szembesülnek, amelyeket csak a szuverén választási előjog gyakorlásával lehet megoldani. Természetesen ilyen esetekben a jog formális jellemzőire való hivatkozás nem segíthet, bár - ahogy Holmes néha sugallta - a "formalista" bírák hajlamosak úgy tenni, mintha döntéseiket mégis a jog logikai követelményei diktálnák. A "forma és tartalom paradoxona" megmutatja, hogy néha ez az álca valóban hat a nyilvánosságra, és még a nem eléggé öntudatos bírákat is meggyőzheti.

Ez az utolsó epizód, a bírák kényszerű politikai döntései a jog félhomályában, amelyet a huszadik század olvasói Holmes jogról és ítélkezéssről szóló elméletének megtestesítőjeként értelmeztek. Ha csak erre koncentráltak, hajlamosak voltak mély szkepticizmust tulajdonítani neki azzal kapcsolatban, hogy a jogi szabályok és elvek képesek irányítani és irányítani a bírói döntéshozatalt, és inkább úgy látták, hogy azt csak sajátos politikai preferenciák vezérlik. Az ítélkezésnek ez a nézete, kombinálva azzal, amit Holmes általános jogelméletekkel kapcsolatos

szkepticizmusának véltek, másokat arra készítetett, hogy

szkepticizmust tulajdonítanak neki magának a jog racionalitásával kapcsolatban. Ezek az olvasatok azonban nem tarthatók fenn.

Láttuk, hogy Holmes valóban éles kritikát fogalmazott meg az úgynevezett formalistákkal szemben, de a formalizmust annak legszélsőségesebb formájában támadta (lásd fentebb a 2.2.1. szakaszt), és a szélsőséges formalizmus elutasítása a nézetek széles spektrumát hagyja nyitva a radikálisan antinomista nézetektől a szerény formalizmusig. Hasonlóképpen, bár Holmes úgy vélte, hogy minden jog a politikán alapul, és hogy az illetékes bírának szem előtt kell tartaniuk a politikai indokokat, amikor a jogon dolgoznak, és azt az egyes esetekre alkalmazzák, nyilvánvalóan nem volt az a véleménye, hogy a bírák mindig csak ilyen politikai indokok alapján döntenek, nem is beszélve arról, hogy ezt kellene tenniük. Nézete szerint - még akkor is, amikor a jog irracionálisának feltárására törekedett - alapvető fontosságú volt, hogy a forma és a tartalom mindig párhuzamosan működik, és ezért a jog formális elemei (szabályok, elvek, következetességi, koherencia megfontolások és hasonló) jelentős normatív nyomást gyakorolnak a bírói döntéshozatalra. A legtöbb ügyet az uralkodó jognak megfelelően döntenek el, mert a formai és anyagi megfontolások végső soron ugyanarra az eredményre vezetnek; még azokban az esetekben is, amikor a jog rendhagyó, annak szabályai és doktrínái nem pusztán fedezetet nyújtanak az önkényes bírói döntésekhez, hanem ténylegesen ésszerű, bár esetleg nem meggyőző indokokat nyújtanak e döntésekhez. Végül pedig szerinte még a penumbrális ügyekben is kimutatható a jog formális követelményeinek jelenléte és nyomása. Az ilyen esetek *penumbrálisak*. Ezért viszonylag ritkák; ráadásul csak akkor lehetségesek, ha a meglévő jogi doktrínák ernyőt vetnek rájuk.

Így Holmes jogtudománya, a kidolgozott jogelméletének és az általános jogtudományról alkotott felfogásának háttérében nézve, inkább a szerény, tizenharmadik és tizenkilencedik századi common-law jog- és ítélkezési nézetekkel, mint a huszadik században általa inspirált merész jogtudományi elméletekkel osztozik. Hangvétele és különösen felhangjai azonban minden voltak, csak nem ortodoxok. Inkább retorikája, mintsem jogtudományi nézeteinek valósága volt az, amely a hajnalban kezdődő században merész új utat nyitott az amerikai jogtudomány számára. Az Egyesült Államok társadalmi és politikai fejleményei, különösen az amerikai jogi oktatásban bekövetkezett változások az *avantgárdba* taszították munkásságát. Az 1900-as évek első évtizedeiben ikonikus státusza vonzóvá tette, hogy az újonnan divatos eszméket és érveket jogtudományi írásaihoz vezessék vissza, amelyek extravagáns és tanulmányozott pontatlanságuk miatt alkalmasak voltak erre a feldolgozásra. Holmes talán meglepődött volna azon, hogy milyen irányba vitték gondolkodását, de nem valószínű, hogy tiltakozott volna, még akkor sem, ha - ha őszinte lehetett volna önmagához - be kellett volna ismernie, hogy a műveiből levezetett nézetek csak távoli rokonságot mutatnak a sajátjaival.

