



SCHOOL OF LAW

**JOGI TANULMÁNYOK KUTATÁSI
TANULMÁNYSOROZAT**

PAPÍRSZÁMLA SZÁM. 14-05-08

Május 2014

Megjelenés: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (2015)

A jog természetének megismerése a történelemből

Brian Z. Tamanaha
William Gardiner Hammond jogi professzor

A jog természetének megismerése a
történelemből Kobe-émlékelőadás2014

(Tervezet)

Brian Z. Tamanaha*

A jogfilozófiát a huszadik század második felétől kezdve a természetjog és a jogi pozitivizmus közötti küzdelem, újabban pedig az inkluzív és a kizárólagos jogi pozitivizmus közötti belső viták uralják. Egy évszázaddal ezelőtt a jogtudományi színtér más volt. "Egészen a közelmúltig - írta Roscoe Pound 1911-ben - három fő csoportra lehetett osztani a jogászokat aszerint, hogy milyen nézeteket vallanak a jog természetéről, és milyen nézőpontból kell megközelíteni a jogtudományt. Ezeket a csoportokat nevezhetjük a filozófiai [természetjogi] iskolának, a történeti iskolának és az analitikus iskolának".¹ Amikor Pound ezt írta, a jogi pozitivizmus és a történeti jogtudomány volt a két fő rivális, a természetjogi elmélet pedig többnyire szunnyadt. Nem sokkal később a történeti jogtudomány visszaesett, és a második világháború után a természetjogi elmélet újjáéledt, hogy újból felvegye a harcot a jogi pozitivizmussal.

Véleményem szerint a jogtudományi iskolák szokásos felosztása téves. Szerintem mindvégig három fő ág létezett, nem csak a természetjog és a jogpozitivizmus, bár a harmadik ágat nem ismerik el, mert nincs neve és elismert identitása.²

*William Gardiner Hammond jogi professzor, Washington Egyetem. A korábbi tervezetekhez fűzött hasznos kritikai megjegyzéseikért köszönetet mondok a Kobe Memorial Lecture, a Yale Law School jogtörténeti kollokviuma és a Washington University Law School Faculty Workshop résztvevőinek.

¹ Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, Harv24. L. Rev. (1911)591,.591

² Lásd Brian Z. Tamanaha, "The Third Pillar of Jurisprudence", Wythe Lecture, William & Mary L. Rev. (megjelenés előtt 2014), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2256622.

Ez a harmadik elméleti perspektíva, amely a történeti jogtudományon, a szociológiai jogtudományon, a jogi realizmuson és számos modern elméleten - amelyek végső soron Montesquieu-ig vezethetők vissza - keresztül húzódó közös magot alkot, a jogra mint társadalmi intézményre összpontosít, amely a kultúrával, a gazdasággal és a politikával összefüggésben fejlődik, és amelyet leginkább empirikusan orientált szemüvegen keresztül lehet megérteni.

A "társadalmi jogelmélet" az én címkém erre a harmadik ágra. Másutt már kifejtettem a társadalmi jogelméletet mint koherens elméleti megközelítést, és azt, hogy hogyan viszonyul a természetjoghoz és a jogi pozitivizmushoz. Itt egy lépéssel továbbmegyek, és a jogi pozitivizmussal ellentétes jogi felfogást fogalmazok meg, amely a végső jogtudományi rejtélyt feszegeti: "Mi a jog?".

Azok a jogpozitivisták, akik a "Mi a jog?" kérdésre keresik a választ, jellemzően ugyanezt az eljárást követik: feltételezik, hogy mi a jog, majd a nem lényeges jellemzőket eltávolítják, és a jog egy absztrakt megfogalmazását adják. H. L. A. Hart *A jog fogalma* című művében a "városi jogot" jelölte meg paradigmaként, mivel "a legtöbb művelt ember" ezt tekinti jognak.³ Ha a jog a lényegi elemekre redukálódik, akkor a jog a kötelezettségekre vonatkozó elsődleges szabályokból áll, amelyeket olyan másodlagos szabályok egészítenek ki, amelyek meghatározzák, hogyan kell az elsődleges szabályokat azonosítani, megváltoztatni és alkalmazni. Egy jogrendszer akkor létezik, állította, ha a lakosság nagy része követi az elsődleges szabályokat, és a jogi tisztviselők elfogadják a másodlagos szabályokat. A jog feladata a társadalmi rend fenntartása és a viselkedés irányítása.⁴ Harthoz hasonlóan Joseph Raz is azt feltételezte, hogy az állami jogrendszerek a jog megtestesítői.⁵ Az állami jogtól elvonkozottva Raz három alapvető jellemzőt azonosított: 1) "igényt tartanak arra, hogy bármilyen típusú viselkedést szabályozzanak"; 2) igényt tartanak a társadalom minden más normatív rendszerével szembeni felsőbbrendűsége; és 3) "fenntartják és támogatják a

társadalom más formáit".

³ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford 1961) 2-3.

⁴ *Id.* 165,188, 208.

⁵ Raz, Joseph. 2005, "Can There Be a Theory of Law?", in *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, szerkesztette Martin P. Golding és William A. Edmundson (Oxford: Blackwell Publishing). 331.

csoportosítás." A jog "a társadalom legfontosabb intézményesített rendszere", és "biztosítja azt az általános keretet, amelyen belül a társadalmi élet zajlik".⁶ Nemrégiben Scott Shapiro a joggal kapcsolatos szakértői intuíciókkal kezdte, "azonosítva azokat az igazságokat, amelyeket azok, akik jól értik a jogi intézmények működését (ügyvédek, bírák, törvényhozók, jogtudósok stb.) magától értetődőnek tartanak, vagy legalábbis kellő megfontolás után annak tartanának".⁷ A joggal kapcsolatos közhelyek halmazával állt elő (pl. "Minden jogrendszerben valamilyen személy vagy intézmény rendelkezik a legfelsőbb hatalommal bizonyos törvények megalkotására"⁸), majd elvonatkoztatott, hogy a jog lényegi jellemzőire jusson. A jog - vonta le a következtetést - "egy önigazoló, kötelező tervezési szervezet, amelynek célja, hogy megoldja azokat az erkölcsi problémákat, amelyeket a társadalmi rendezés alternatív formáival nem, vagy nem ugyanolyan jól lehet megoldani".⁹

Joseph Raz szerint a jognak ezek a megfogalmazásai egyetemes érvényűek: "Könnyű megmagyarázni, hogy a jogfilozófia milyen értelemben univerzális. Tézisei, ha igazak, univerzálisan érvényesek, vagyis minden jogról, minden jogrendszerről szólnak; azokról, amelyek léteznek, vagy amelyek létezni fognak, sőt azokról is, amelyek létezhetnek, bár soha nem fognak."¹⁰ "Ha áttekintjük a társadalmi szervezet különböző társadalmak különböző formáit a különböző korszakok során, sok olyat találunk, amelyek különböző módon hasonlítanak a jogra. Mégis, ha hiányoznak belőlük a jog lényeges jellemzői, akkor nem jogrendszerek."¹¹ A jogról alkotott fogalmát ilyen módon alkalmazva Hart azt állította, hogy a primitív jog és a nemzetközi jog a legjobb esetben is jog előtti volt, mivel nem rendelkeztek teljesen kidolgozott másodlagos szabályokkal.¹² Shapiro hasonlóképpen kijelentette: "Akik bandákban élnek, más szóval, azoknak nincs joguk".¹³ "Valójában

⁶ Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Oxford 1979) 116-21.

⁷ Scott Shapiro, *Legality* (Cambridge: Harvard 2011) 15.

⁸ Id. 15.

⁹ Id. 225.

¹⁰ Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford 2009) 91-92.

¹¹ Joseph Raz, "Can There be a Theory of Law," supra 328.

¹² Hart, A jog fogalma, 3-4. pont.

¹³ Shapiro, Legality, supra 35.

valószínűsíthető, hogy a jog viszonylag új keletű találmány, a kerék, a nyelv, a földművelés, a művészet és a vallás megjelenése után keletkezett".¹⁴

A "Mi a jog?" kérdés megválaszolásakor a jogfilozófusok tehát egy időalapú jogfogalmat vesznek alapul - amely a jogászok itt és most élő jogról alkotott intuícióitól elvonatkoztatva -, és azt használják a jog mércéjeként minden hely és idő számára. Bár logikai kifogás nincs ez ellen az eljárás mód ellen, elrejt, hogy a jog létezésével kapcsolatos következtetéseiket előre meghatározza a jog paradigmájára vonatkozó kiinduló feltételezésük. Azt állítani, hogy a primitív társadalmakból hiányzik a jog, egyenértékű azzal az állítással, hogy a primitív társadalmakból hiányoznak az állami jogrendszerek alapvető jellemzői. Ez azonban döntő kérdéseket vet fel: Van-e a jognak csak egy formája? A jog változhat-e helyenként és változhat-e az idők folyamán? Ez a legmegvilágítóbb módja annak, hogy megértsük, mi a jog?

Én másképp közelítem meg a dolgot. Miközben én is a jogról alkotott általános intuíciókból indulok ki, ahelyett, hogy a lényegi jellemzőket elemezném, inkább visszafelé (és előre) követem a jogot, korábbi megnyilvánulásokat, magokat, variációkat és növekedéseket keresek, megfigyelve, hogyan épül fel a jog, mit tesz, és hogyan működik a különböző társadalmi csoportosulásokban. Ez egy genealógiai megközelítés, amely a jogot a társadalmi komplexitás különböző szintjein helyezi el, és az idők során a társadalmi, politikai és gazdasági változásokkal együtt fejlődik.

Érvelésem két szálon halad: az egyik az egyre összetettebb társadalmi berendezkedést tárgyalja, a másik pedig a joggal kapcsolatos elméleti megállapításokat teszi. Az első sáv főként antropológusok, régészek, szociológusok, politológusok és történészek érveire támaszkodik, a második pedig a jogpozitivisták érveire hivatkozik. A félreértések elkerülése végett már az elején hangsúlyoznom kell, hogy ez nem jogtörténet. Nem fogalmazok meg fogalmi kritikát a jogról sem.

¹⁴ Id. 36.

pozitivisták jogelméletek, amelyeket itt nem támadok meg a saját feltételeik alapján.¹⁵ Inkább a jog társadalmi szemléletének felvázolása során a jog különböző korokban és helyeken történő mintavételére hivatkozom, hogy kétségbe vonjam a jogi pozitivisták elméletek megfelelőségét, és megmutassam, hogy azok nem képesek megragadni a jog valóságát. Befejezésül válaszolok a "Mi a jog?" kérdésre.

A társadalmi élet alapjai

Energiafogyasztó lények vagyunk, akik szaporodunk és közösségekben élünk; alapvető szükségleteinket (táplálék, menedék, biztonság, szaporodás) és vágyainkat (együttműködés, szeretet, anyagi kényelem, tudás, hatalom stb.) igyekszünk kielégíteni; a nyelv és a fogalmak szimbolikus közvetítésével érzékelünk és kommunikálunk; a kulturálisan létrehozott és közvetített eszmék és hiedelmek alapján cselekszünk; kapcsolatok hálójában létezőnk, projekteket követünk és összehangoljuk tevékenységeinket másokkal. Az ökológiai, technológiai és gazdasági erőforrások és korlátok létezésünk materialista aspektusait jelentik.¹⁶ Ugyanilyen fontosak az idealista szempontok: a tudás, a hiedelmek, az értékek, a koncepciók és a szokások tájékoztatják és alakítják viselkedésünket. "A kulturálisan létrehozott múltbeli tapasztalatok öröksége szolgáltatja a legtöbb tudást, amellyel az egyes emberek rendelkeznek a társadalmi és ökológiai valósággal való megbirkózáshoz."¹⁷ A társadalmi fejlődés a materialista és idealista elemek kölcsönhatását foglalja magában.¹⁸

¹⁵ Általános kritikát lásd: Brian Z. Tamanaha, "What is "General Jurisprudence? A Philosophical Concepts of Law által támasztott univerzalista igények kritikája", 2 Transnational Legal Theory 287 (2012).

¹⁶ Lásd Bruce G. Trigger, "Kiváló régészeti előadás: 93American Anthropologist 551 (1991): "Constraint and Freedom-A New Synthesis for Archeological Explanation".

¹⁷ Id. 560.

¹⁸ Bruce G. Trigger, *Understanding Early Civilizations* (Cambridge: Cambridge University Press 2003). 13.

A csoportméret döntő tényező a társadalmi intézmények fejlődésében.¹⁹ A döntéshozatali és végrehajtási hierarchiára van szükség ahhoz, hogy a sok emberre kiterjedő tevékenységeket koordinálni lehessen.²⁰ "Minél nagyobb a kölcsönhatásban álló emberek csoportja, annál szerteágazóbb szervezeti struktúrára van szükségük. Van egy határ azon emberek számának, akiket egy vezető közvetítők nélkül hatékonyan irányítani tud; minél kevésbé követ a szóban forgó tevékenység egy rögzített és előre megértett mintát, és minél több csoportos döntést kell hozni, annál kisebb azon emberek száma, akiket egy vezető közvetlenül irányítani tud."²¹ Az ötszáz főnél nagyobb csoportoknak vezetővel kell rendelkezniük, "és ha több mint ezer főt tartalmaznak, akkor valamilyen speciális szervezetnek vagy tisztségviselőkből álló testületnek, amely a rendőri feladatokat látja el".²² A társadalmi komplexitás tehát a csoportmérettel együtt nő".²³

Minden nagy közösség alapvető feladatokat lát el: biztosítja a közlekedést, a víz-, élelmiszer- és lakásellátást, termel és elosztja az árukat és szolgáltatásokat, megkönnyíti a kereskedelmet, kezeli a hulladékártalmatlanítást, hatékony kommunikációt biztosít, védi az egészséget és a biztonságot (sérülések, betegségek, tűz és természeti veszélyek), koordinálja a viselkedést, fenntartja a belső rendet és a kívülállókkal szembeni védelmet.

A komplex társadalmak ilyen és más funkciók szerint szervezett intézményekből állnak.²⁴ Az idők során a társadalmak egyre rétegzettebbé váltak hierarchikus szerveződéssel és heterarchiával,²⁵ differenciált intézmények bevonásával, amelyek ezeket a feladatokat végzik és a tevékenységeket koordinálják.²⁶ A

¹⁹ Lásd Gregory J. Johnson, "Információs források és a döntéshozó szervezetek fejlődése. In *Social Archeology: Beyond Subsistence and Dating*, szerkesztette Charles L. Redman, Many Jane Berman, Edward V. Curtain, William T. Langhorne, Nina M. Versaggi és Jeffrey C. Wansner (New York: Academic Press 1978) 87-112.

²⁰ Lásd Johnson, *Information Sources and the Development of Decision-Making Organizations*, 100-104. pont.

²¹ Raoul Naroll, "A társadalmi fejlődés előzetes mutatója", *58 American Anthropologist* (687,1956690).

²² Id.

²³ Joseph A. Tainter, *The Collapse of Complex Societies* (Cambridge: Cambridge University Press 1988). 23.

²⁴ Lásd C.R. Hallpike, *The Principles of Social Evolution* (Oxford: Clarendon Press 1986). 142.

²⁵ Lásd Henri J.M. Claessen, "Elkerülhetetlen volt-e az állam?" *1 Social Evolution & History* 101, 101 (2002). A

heterarchia olyan hálózat vagy szervezet, amely nem hierarchikusan strukturált, és különböző hatalmi csomópontokkal rendelkezhet.

²⁶ A komplexitásról szóló alapvető cikk Herbert A. Simon: "The Architecture of Complexity", 106 Proceedings of the American Philosophical Society 467 (1962). A komplexitásnak az evolúció mércéjeként való használata feszültségben áll a darwini elmélettel, mivel az utóbbiban nincs beépített progresszív nyíl. A véletlenszerű öröklődő variáció és a természetes szelekció a környezetben belül nem vezet sehová, míg a növekvő komplexitás irányt mutat.

Minél nagyobb a csoport, annál szerteágazóbbnak kell lennie a szervezeti struktúrának, amely a horizontális specializáció (az azonos szintű egységek között elosztott hatalom) és a vertikális specializáció (hierarchia) kombinációjával rendelkezik.

Az emberi történelem során hosszú késéssel és megtorpanással a társadalmi csoportok mérete, sűrűsége és összetettsége masszívan megnőtt, és a társadalmi csoportok között sűrű interakciós hálózatok alakultak ki.²⁷ A jog, mint látni fogjuk, a társadalmi komplexitás különböző fokozataival kapcsolatban különböző formákat és funkciókat vesz fel, az egyszerű társadalmakban egyféleképpen nyilvánul meg, a bonyolult társadalmakban pedig valami mássá válik.

Példák a bandák, törzsek és törzsfőnökségek jogára

"Az antropológusok ma már úgy vélik, hogy az emberek a földi létük túlnyomó részében többnyire *törvények nélkül éltek*" - ²⁸állítja Scott Shapiro. Ez túlságosan elhamarkodott, ha az antropológusoknak tulajdonítják. "Egyetlen társadalom sincs jog nélkül"²⁹ - véli Sally Falk Moore neves jogi antropológus. Julius Lips azt írta: "nincs nép tűz, nyelv, vallás vagy jog nélkül. Társadalmi, vallási és jogi fogalmaink nem esnek egybe a primitívek fogalmaival; amit tennünk kell, az az, hogy megtaláljuk modern intézményeink megfelelő megfelelőjét a primitív társadalmakban".³⁰

²⁷ Lásd általában Kent V. Flannery, *The Cultural Evolution of Civilizations*, 3 Annual Rev of Ecology and Systematics 399 (1972); Julian H. Steward, *Cultural Causality and law: A Trial Formulation of the Development of Early Civilizations*, 51 American Anthropologist 1 (1949).

²⁸ Shapiro, *Legality*, fentebb (35kiemelés hozzáadva).

²⁹ Sally Falk Moore, *A jog mint folyamat*: Idézi215.³⁰: Morton H. Fried, *The Evolution of Political Society: An Anthropological Approach* (London: Routledge & Kegan Paul 1978): *An Essay in Political Anthropology* (New York: Random House 1967) 16-17.

A vadászó-gyűjtögető csoportokat egy sor alapvető jellemző jellemezte.³¹ Családi alapú, körülbelül huszonöt fős csoportokban éltek, az év során összegyűlő és szétköltöző, több száz fős törzsekből álló szomszédos csoportok nagyobb hálózata között.³² Egalitáriusan éltek (kivéve a nemek közötti kapcsolatokat).³³, és a vezető szerepet a személyes tulajdonságok (vadász- vagy harci képességek, meggyőzőképesség vagy bizonyított ítélőképesség, illetve az idősor) alapján határozták meg.³⁴ Alapvető munkamegosztás létezett a férfiak és a nők között az élelmiszertermelés és egyéb feladatok terén.³⁵ A táboron belül gyakori volt a megosztás és a kölcsönösség.

Az antropológusok a tulajdonjogot a birtoklás, a használat és a kizárás jogaként határozzák meg. A szakmában "széleskörű egyetértés" van abban, hogy a vadászó-gyűjtögetők rendelkeztek tulajdonjogokkal, amelyek részben kollektív, részben egyéni tulajdonban voltak.³⁶ "Az ingóságok - szerszámok, fegyverek, főzőedények, beszerzett élelmiszer, esetenként fák stb."³⁷ egyéni tulajdonban voltak, ami az elkészítésükhöz szükséges időt, erőfeszítést és az anyagokhoz való hozzáférést tükrözte. "Ezért az egyéni tulajdon az alapja az egyéni ajándékozásnak és a sávok közötti csererendszereknek, amelyek lehetővé teszik a kölcsönösség távoli hálózatait".³⁸ A vadászó-gyűjtögető társadalmakban a tulajdonjogok öt alapvető kategóriáját találták meg: a föld és a vízforrások feletti jogokat; az ingóságok feletti jogokat (szerszámok,

³¹ Lásd Eleanor Leacock és Richard Lee, Bevezetés, in *Politics and History in Band Society* (Cambridge: Cambridge University Press 1982) 1-20, 8-9. old.

³² Lásd David Riches, Hunter-Gatherer Structural Transformations, *Journal of the Royal Anthropological Institute* (6791995).

³³ Lásd James G. Flanagan, Hierarchy in Simple 'Egalitarian' Societies, *Annual Review of Anthropology* (1989)245.

³⁴ Lásd James Woodburn, *Egalitarian Societies*, *Man* (174311982).

³⁵ Allen W. Johnson és Timothy Earle, *Az emberi társadalmak fejlődése: A gyűjtögető csoporttól az agrárállamig*, szerk2nd. (Palo Alto: Stanford University Press 2000) 44-45.

³⁶ Alan Barnard és James Woodburn, Tulajdon, hatalom és ideológia a vadászó-gyűjtögető társadalmakban: An Introduction, in Tim Ingold, David Riches, and James Woodburn, szerk., *Hunters and Gatherers 2: Property, Power and Ideology* (Oxford: Berg 1988) 4-31, 10.

³⁷ Richard B. Lee, Reflections on Primitive Communism, in Tim Ingold, David Riches és James Woodburn (szerk.), *Hunters Gatherers 1: History, Evolution and Social Change* (Oxford: Berg 1988) 252-268. o., 257. old.

³⁸ Leacock és Lee, Bevezetés a fentiek felett 9.

fegyverek, főzőedények stb.); az elejtett vad, a betakarított élelem és a beszerzett nyersanyagok feletti jogok; az emberek feletti jogok (a munkaerő, a szexuális és reprodukív képességük); és a szent tudás feletti jogok.³⁹

A vadászó-gyűjtögetők földhöz való jogai a kulturális nézetek és az ökológiai környezet függvényében váltakoztak, bár a bandák kollektív tulajdonjoga gyakori volt.⁴⁰ A banda tagjai bizonyos korlátozásokkal gyűjthették és fogyaszthatták a föld gyümölcsseit; a szent helyekhez való hozzáférés tilos volt a nők, a gyermekek és a beavatatlan férfiak számára.⁴¹ Az egyénekre vagy családokra ruházott tulajdonjogok olyan koncentrált erőforrásokhoz kötődtek, mint az öntözőhelyek, gyümölcs- vagy dióültetvények.⁴² Számos tanulmány megállapította, hogy a bandák megengedték más bandáknak a földhöz való kölcsönös hozzáférést (miután engedélyt kértek), és több tanulmány is megállapította, hogy "a törzsi területek meghatározottak és a birtokháborítás törvényei alá tartoznak".⁴³-a jogsértésekért akár halálbüntetés is járhat.⁴⁴

Az antropológusok különbséget tesznek az "azonnal visszatérő" és a "késleltetett visszatérésű" vadászok és gyűjtögetők között. Az azonnali visszatérési rendszerben élők azonnal elfogyasztják a megszerzett élelmet. "Viszonylag egyszerű, hordozható, hasznos, könnyen beszerezhető, cserélhető szerszámokat és fegyvereket használnak, amelyeket valódi kézügyességgel, de nem nagy munkával készítenek".⁴⁵ A késleltetett visszatérési rendszerek a vadászó-gyűjtögetők körében négy jellemzőből álló csoportot mutatnak. "Értékes

³⁹ Barnard és Woodburn, *Property, Power and Ideology in Hunter-Gathering Societies* (Tulajdon, hatalom és ideológia a vadászó-gyűjtögető társadalmakban), supra 14.

⁴⁰ Leacock és Lee, *Bevezetés*, 8. pont. A földjogok egyik elmélete szerint "a területi kizárás akkor várható, ha az erőforrások sűrűsége és kiszámíthatósága elegendő ahhoz, hogy a kizárólagos használat előnyei meghaladják a védekezés költségeit". Eric Alden Smith, *Kockázat és bizonytalanság az "eredeti jóléti társadalomban": Evolutionary Ecology of Resource-Sharing and Land Tenure*", in Ingold, Riches, and Woodburn, *Hunters and Gatherers 1*, supra 222-251, 244. o., 244. o.

⁴¹ Annette Hamilton, *Apától származik, hazához tartozik: Rights to Land in the Australian Western Desert*, in Leacock and Lee, *Politics and History in Band Society*, supra 85-108, pp. 90.

⁴² Timothy Earle, *Property Rights in the Evolution of Chiefdoms*, in Timothy Earle, *Chiefdoms: Power, Economy, and Ideology* (Cambridge: Cambridge University Press 1991) 72.

⁴³ Hamilton, *Descended from Father, Belonging to Country*, supra 90; a földjogokról lásd még Nicolas Peterson, *Hunter-Gatherer Territoriality: The Perspective From Australia*, *American Anthropologist*

(531975).

⁴⁴ Lásd Robert Layton, "Political and Territorial Structures Among Hunter-Gatherers", 21Man18, 21-23 (1986).

⁴⁵ James Woodburn, Egalitárius társadalmak, ember (17431,1982432).

a termeléshez használt technikai eszközök: csónakok, hálók, mesterséges gátak, gödörccsapdák, méhkaptárak és más olyan műtárgyak, amelyek jelentős munkával készülnek, és amelyekből az élelmiszertermést fokozatosan, hónapok vagy évek alatt nyerik."⁴⁶ Feldolgozzák és tárolják az ételmezt. Vadon élő csordákat terelnek és vadon élő táplálékfoltokat gondoznak. A férfiaknak pedig joguk van arra, hogy nőnemű rokonaikat házassággal ajándékozzák meg.

A két típus közötti sarkalatos különbség az, hogy "a késleltetett visszatérési rendszerek működése rendezett, differenciált, jogilag meghatározott kapcsolatok halmazától függ, amelyeken keresztül a létfontosságú javak és szolgáltatások továbbításra kerülnek".⁴⁷ Az azonnali visszatérést biztosító társadalmak rugalmasabbak, és a családi egységek kevésbé függenek mások hosszú távú kötelezettségvállalásaitól, a csoportok szabadon indulhatnak saját útjukra. Ezzel szemben "ahhoz, hogy az emberek felépítsék, biztosítsák, védjék, kezeljék és továbbadják a munka késleltetett hozamát, vagy más javakat, amelyeket a késleltetett visszatérési rendszerekben tartanak, teherviselő kapcsolatokra van szükség".⁴⁸ A különbség a késleltetett hozamú társadalmakban a kiterjedtebb tulajdonjogokban tükröződik. "Nem lehet előre megjósolni, hogy a szervezet *milyen konkrét* formát fog ölteni, és azt sem lehet mondani, hogy a szervezet azért létezik, hogy ezeket a vagyontárgyakat ellenőrizze és felossza, mert ha egyszer már létezik, a szervezetet sokféleképpen fogják használni, ami magában foglalja a vagyontárgyak ellenőrzését és felosztását, de másképp nem határozható meg."⁴⁹

A nagyobb letelepedett csoportokat törzsfőnökségeknek nevezik,⁵⁰ amelyek "világszerte körülbelül 1000 és 7000 évvel ezelőtt" alakultak ki, és méretük a több száz és több tízezer ember között⁵¹ változik.

⁴⁶ Id. 432-433.

⁴⁷ James Woodburn, African Hunter-Gatherer Social Organization: In Ingold, Riches és Woodburn, Hunters and Gatherers 1 supra 31-64, pp. 33.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ Id. 33-34.

⁵⁰ Lásd Gil J. Stein, Heterogenitás, hatalom és politikai gazdaságtan: Journal of Archaeological Research (1998):

Some Current Research Issues in the Archaeology of Old World Complex Societies.

⁵¹ Robert D. Drennan és Christian E. Peterson, Patterned Variation in Prehistoric Chiefdoms, Proc103. National Academy of Sciences 3960, 3960 (2006).

és az örökletes társadalmi rétegződés és egyenlőtlenség jellemzi.⁵² Az összetett törzsfőnökségek "erősen teokratikusak" voltak, és pap-főnökök vezették őket, "általában egy királyi osztály uralkodott más nemesek, harcosok, kézművesek és a köznép nagyszámú lakossága felett".⁵³ A szomszédos törzsfőkkel kiterjedt kereskedelmi, kölcsönös védelmi és háborús hálózatokban álltak kapcsolatban.

Hogy a törzsfőnökségek hogyan váltak hierarchikussá és egyenlőtlené, nyitott kérdés.⁵⁴ A *funkcionalista* magyarázatok arra mutatnak rá, hogy a népesség egy bizonyos méret elérésekor szükség van a politikai vezetésre és a gazdasági tevékenységek összehangolására. Politikai szempontból ez magában foglalja a belső rend fenntartására és a kívülállók elleni harcok vezetésére irányuló erő kifejtését.⁵⁵; a gazdasági tevékenységek a megélhetési termelés intenzívebbé tételét jelentik olyan nagyszabású projektek révén, mint az öntözési munkálatok vagy a teraszosítás. A *konfliktus* magyarázatai a nagyobb letelepedett közösségekben a státuszért, a vagyonért és a hatalomért folytatott versengésre hivatkoznak, ami a győztesek előnyének megszilárdulásához vezet, amit a rokoni csoportokon keresztül átörökített tulajdonjogok is fenntartanak.⁵⁶ A gazdagság a közemberek által termelt többletermelés megszerzéséből származik (amelyet a papok és harcosok között osztanak szét), valamint a presztízsjavak (rituális tárgyak, kagylók, obszidián stb.) felhalmozásából a távolsági csere révén, ami megerősíti a társadalmi és vallási rangot.⁵⁷ A hatalom a vagyon és a társadalmi státusz függvénye, és a rokoni csoport erejéhez/méretéhez kötődik.⁵⁸

⁵² Kiváló áttekintést nyújt Robert L. Carneiro, *The Chieftdom: Jones és Robert R. Kautz, The Transition to Statehood in the New World* (Cambridge: Cambridge University Press 1981) 37-75. Lásd még Colin Renfrew, *Beyond Subsistence Economy: The Evolution of Social Organization in Prehistoric Europe*, in: *20 Bulletin on the American Schools of Oriental Research* 69, 79 (1974).

⁵³ William C. Noble, *Tsouharissen's Chieftdom: And Early Historic Century 17th Neutral Iroquoian Ranked Society*, *Canadian Journal of Archaeology* 131, 132 (1985).

⁵⁴ Lásd Jerome Rousseau, *Hereditary Stratification in Middle-Range Societies*, *J7. Royal Anthropological Institute* (1172001).

⁵⁵ Lásd Robert L. Carneiro, *Az állam eredetének elmélete*, 169 *Science* (7331970).

⁵⁶ Lásd Earle, *Property Rights in the Evolution of Chieftdoms* (Tulajdonjogok a törzsfőnökségek fejlődésében), 71-99.

o.

⁵⁷ Lásd Gary M. Feinman, Demography, Surplus, and Inequality: Early Political Formation in Highland Mesoamerica, in Earle, Chiefdoms: Power, Economy, and Ideology, 229-262. o. (Hatalom, gazdaság és ideológia).

⁵⁸ Stein, Heterogenitás, hatalom és politikai gazdaságtan supra 6.

A vallási tekintély által megerősített vezetői szerepek rokoni alapú szerveződéssé és társadalmi rétegződéssé keményednek, amelyek egyenlőtlen hozzáférést biztosítanak az erőforrásokhoz.⁵⁹ Csak a nemesi családok tagjai válhattak főnökké. Egy gyakori elrendezés szerint a törzsfőnökök rétegei álltak, a legfelsőbb törzsfőnökkel a csúcson, alatta a nagyobb törzsfőnökkel és az alfőnökkel az egyes falvakban. A törzsfők a vallási ideológia, a státuszjavarok birtoklása, valamint a gazdasági újraelosztás és a tulajdonjogok és a szomszédos törzsfőkkel folytatott csere révén biztosított vagyon révén rendelkeztek hatalommal.⁶⁰

A tulajdonjogok alapvető fontosságúak voltak a törzsfők hatalmának és a törzsfők társadalmi rétegződésének szempontjából. A Hawaii-szigeteken például "Mivel minden föld a legfőbb törzsfőnök tulajdonában volt, a közösségi földek kiosztása a támogatói között és a kis megélhetési parcellák további kiosztása a közemberek között képezte az alapját a munka- és árufizetések megkövetelésének".⁶¹ A főnökök megtartották maguknak a legtermékenyebb földeket, amelyekből a legnagyobb többletet szerezték. A főnökök a maguk részéről koordinálták a nagyobb projekteket, amelyek elegendő élelemellátást biztosítottak, megvédték a közösséget a külső fenyegetésektől, és megoldották a belső vitákat.⁶²

Eddig a vadászó-gyűjtögető bandák és törzsfőnökségek tulajdonjogát emeltem ki, de más ismert jogi rendelkezések is jelen voltak.⁶³ Adamson Hoebel *A primitív ember joga* című könyvében a világ vadászó-gyűjtögető csoportjaitól és letelepedett törzsi csoportjaitól származó, lopás, házasságtörés, vérfertőzés, testi sértés és más bűncselekmények elleni korlátozásokat gyűjtött össze, különös tekintettel a gyilkosságra adott válaszokra. Különbséget tettek a véletlen halálesetek, a haragból eredő halálesetek és a visszaeső gyilkosok között, ez utóbbiak jelentették a legnagyobb veszélyt a közösségre. "Az egyszeri gyilkosság az áldozat rokona által orvosolt magánjogi sérelem. Az ismételt gyilkosság nyilvános

⁵⁹ Lásd Johnson és Earle, *Az emberi társadalmak fejlődése: A gyűjtögető csoporttól az agrárállamig*, 265-67. o.

⁶⁰ Lásd Timothy Earle, *The Evolution of Chiefdoms*, in Earle, *Chiefdoms: Power, Economy & Ideology* supra 1-15.

⁶¹ Johnson & Earle, *Evolution of Human Societies* supra 291.

⁶² Id. 92.

⁶³ Lásd Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man* (Cambridge: Harvard University Press 1954) 88-91, 276-277, 298-307.

a közösség képviselőjének keze által elkövetett, halállal büntetendő bűncselekmény."⁶⁴ A megfelelő büntetés végrehajtásáról gyakran a törzsfők vagy a vének tanácsa, illetve a közösség konszenzusa döntött, és az áldozat rokona hajtotta végre. Ami ezeket a cselekményeket megkülönbözteti a pusztán személyes megtorlástól, az az, hogy a büntetés felhatalmazást kap.⁶⁵ Az előzetes jóváhagyás csökkenti a családok közötti erőszak körforgásának lehetőségét (a viszályokat szabályok korlátozták.⁶⁶). A döntéshozók célja a társadalmi csoporton belüli megszakadt kapcsolatok helyreállítása volt.

A büntetések a pénzbüntetéstől a munkakötelezettségen, a száműzésen át a halálig terjedtek.

A The Cheyenne Way című könyvében Hoebel és Karl Llewellyn egy sor gyilkossági és öngyilkossági esetet írtak le (informátorok által elmondott) a tizenkilencedik századi cheyennek körében, akik nomád, félig pásztorkodó törzsi vadászok voltak. Íme egy részlet az általuk rekonstruált jogi rendelkezésekből: "A törzsen belüli gyilkosság bűncselekmény, és bűn, de már nem is teljesen elismert deliktum."⁶⁷ "A cheyenne törzsből az emberölés idején jelen lévő törzsfőnökök kizárólagos joghatósággal rendelkeznek az ölés bűncselekménye felett, amennyiben joghatóságot gyakorolnak; de a törzsfőnökök döntésének hiányában [amíg?] a katonai társaság meghozhatja az általa szükségesnek ítélt [kisebb?] intézkedéseket, beleértve a vadászat idejére történő ideiglenes száműzetést [vagy akár az általános száműzetést?]"⁶⁸ "A törzsfők elrendelik a gyilkos száműzését. Hacsak a rendelet kifejezetten másként nem rendelkezik, a száműzetés öt [tíz?] évre szól."⁶⁹ (Két év elteltével, ha meggyőződtek a bűnbánatról és nem áll fenn további veszély, a törzsfőknek mérlegelési jogkörükben állt a száműzetés elengedése.) És különböző

⁶⁴ Id. 88.

⁶⁵ Lásd még Richard G. Dillon, *Capital Punishment in Egalitarian Society*: Journal of Anthropological Research (1980)437.

⁶⁶ William Ian Miller, *Bloodtaking and Peacemaking* (Chicago: University of Chicago Press 1990).

⁶⁷ Karl Llewellyn és Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way* (Norman: University of Oklahoma Press 1941) 166.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.* 167.

"kivételeket és enyhítéseket" határoztak meg az önvédelemből, véletlenül, provokációból stb. elkövetett gyilkosságok esetében.⁷⁰ Ezt szervezett jogrendszer nélkül hajtották végre.

Max Gluckman antropológus megfigyelte, hogy számos olyan társadalom létezett, ahol "nem voltak kormányzati intézmények", nem voltak tisztviselők, akik vitákat ítélték volna meg vagy döntéseket hajtottak volna végre, mégis rendelkeztek "jól ismert erkölcsi kódexekkel és törvényekkel", olyan törvényekkel, amelyek a személyi sérülésekkel, a tulajdonjoggal, az örökléssel és a házassági korlátozásokkal foglalkoznak.⁷¹

Miért ez *a* törvény

Az antropológusok eltérően vélekednek arról, hogy a bandáknak és a törzsfőnökségeknek volt-e joguk. A válasz attól függ, hogy ki hogyan definiálja a jogot. Az a tudós, aki a jog definícióját úgy fogadja el, mint az uralkodó parancsa, amelyet nyilvánosan alkalmazott szankciókkal támogatnak és bíróságok hajtanak végre, ahogy Morton Fried tette, arra a következtetésre jutna, hogy az összetett törzsfőnökségek alatti társadalmi csoportoknak nem volt joguk.⁷² Stanley Diamond egyetértett ezzel: "a jog a civilizáció, a szervezett erővel szentesített politikai társadalom eszköze, amely feltehetően a társadalom egésze fölött áll, és a társadalmi érdekek új halmazát támasztja alá".⁷³ Sok törzsfőnökségnek nem volt "valódi kormánya, amely a jogi döntést törvényesített erővel támasztotta volna alá"⁷⁴, és a törzsfőnökök általában nem rendelkeztek az erő monopóliumával.⁷⁵ Ennélfogva nem rendelkeztek joggal.

⁷⁰ Id. 168.

⁷¹ Max Gluckman, A béke a viszályban, Múlt és Jelen 1,1 (1955).

⁷² Lásd Morton H. Fried, A politikai társadalom fejlődése: An Essay in Political Anthropology (New York: Random House 1967) 3-26. Elman Service egy köztes álláspontot képvisel, elismerve, hogy a törzsfőnökségek rendelkeznek a jog alapvető elemeivel, bár formális jogi intézményekkel nem rendelkeznek. Elman R. Service, Az állam és a civilizáció eredete: The Process of Cultural Evolution (New York: Norton 1975) 83-90.

⁷³ Stanley Diamond, "The Rule of Law Versus the Order of Custom," 38 *Social Research* (42,471971).

⁷⁴ Renfrew, "Beyond a Subsistence Economy" *supra* 73.

⁷⁵ Lásd Phyllis Kaberry, "Primitive States," *British Journal of Sociology* (2241957).

Ezzel szemben egy olyan jogfelfogás, amely nem igényel intézményesített rendszert, a jogot a vadászó-gyűjtögető bandákban és a törzsfőnökségekben helyezheti el. Hoebel megfogalmazása ezt teszi: "Egy társadalmi norma akkor jogszerű, ha annak figyelmen kívül hagyására vagy megszegésére rendszeresen fizikai erő alkalmazásával válaszol egy olyan egyén vagy csoport, aki vagy amely rendelkezik az ilyen cselekvés társadalmilag elismert kiváltságával".⁷⁶ Még ha az áldozat rokona hajtotta is végre a büntetést, ahogyan ez gyakran előfordult, ez akkor is jogszerűnek minősül, ha valamilyen közösségi megegyezésre volt szükség (a véneken vagy elfogadott döntéshozókon keresztül).

A jogpozitivisták ragaszkodnak ahhoz, hogy ez nem elegendő. Csak a szervezett jogintézmények, csak az elsődleges és másodlagos szabályokat ötvöző rendszerek számítanak jognak. Mi támasztja alá ezt a következtetést?

Hart a jogról szóló beszámolóját úgy építette fel, hogy három "hibát" azonosított a tisztán elsődleges szabályok rendszerében. Először is, a szabályok *bizonytalanok*, mert "ha kétségek merülnek fel a szabályok tartalmát vagy valamely adott szabály pontos hatályát illetően, nem lesz eljárás e kétségek rendezésére, sem egy mérvadó szövegre, sem egy olyan tisztviselőre való hivatkozással, akinek nyilatkozatai e kérdésben mérvadóak".⁷⁷ A második hiba az, hogy a szabályok *statikusak*: "Egy ilyen társadalomban nem lesz mód arra, hogy a szabályokat szándékosan a változó körülményekhez igazítsák, akár a régi szabályok megszüntetésével, akár újak bevezetésével".⁷⁸ "A társadalmi élet ezen egyszerű formájának harmadik hibája annak a diffúz társadalmi nyomásnak a *hatástalansága*, amellyel a szabályokat fenntartják".⁷⁹ A szabályokat kikényszerítő törvényes tisztviselők nélkül "súlyos lehet az időpocsékolás, amely a csoportnak a szabálysértők elfogására és megbüntetésére irányuló szervezetlen erőfeszítéseivel jár, valamint a parázsló bosszúhadjáratok, amelyek a szankciók hivatalos "monopóliumának" hiányában az önszegélyezésből fakadhatnak".⁸⁰ Másodlagos szabályok

⁷⁶ Hoebel, *Law of Primitive Man* supra 28.

⁷⁷ *Id.* 90.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.* 91.

⁸⁰ *Id.*

minden egyes hiba orvoslása. Az "elismerés szabálya" meghatározza az érvényes jogi szabályok kritériumát, megoldva a bizonytalanságot; a "változtatás szabálya" felhatalmazza a testületet vagy személyt, hogy új szabályokat alkosson, és eltörölje a régieket; az "ítélkezési szabályok" felhatalmazzák az egyéneket, hogy megállapítsák, ha a szabályokat megszegték, és meghatározzák a követendő eljárást.⁸¹ A másodlagos szabályok "a jogrendszer szíve",⁸² állapította meg, mert ezek teszik a jogot jobban működőképpé.

Megjegyzendő azonban, hogy a másodlagos szabályok hiánya csak akkor jelent *hibát*, ha a szabályok tekintetében jelentős bizonytalanság áll fenn, ha a társadalom gyorsan változik, és ha a meglévő végrehajtási mechanizmusok nem működnek. E feltételek egyike sem volt jellemző a bandákra és a törzsfőnökségekre. Ezek kis, homogén társadalmak voltak, amelyeknek közös elképzeléseik voltak a törvényeikről és arról, hogy mi a teendő a zavaros helyzetekben, és a válasz általában a közösségen belüli kapcsolatok helyreállítására irányult. Sok ilyen csoport, ahogy egy antropológus egy indián közösséggel kapcsolatban leírta, "erős érzéssel rendelkezett a jogok és kötelezettségek meghatározásához, és elismert bizonyos megfelelő kártérítéseket bármilyen magánjellegű bűncselekményért. Mindazonáltal ezt a kódexet nemcsak bíróság, hanem mindenféle formális jogi eljárás nélkül tartották fenn".⁸³ Hart jogfelfogása a gyorsan változó, heterogén társadalmak számára szükséges jogi formákat (az intézményesített formában megjelenő jogot) részesíti előnyben, leszámítva a lassan változó, szoros kötelékű közösségeknek megfelelő, nem intézményesített jogi formákat.

A genealógiai megközelítés szerint a saját törvényeinkhez hasonló primitív jogi rendelkezések "törvények". Az elsődleges és másodlagos szabályok rendszerei nem hirtelen alakultak ki teljesen, hanem inkább akkor fejlődtek ki, amikor további intézményesítésre (másodlagos szabályokra) lett szükség, mivel a csoportok sokkal nagyobbak lettek, és sok ember és különböző típusú tevékenység összehangolására volt szükség.

⁸¹ Id. 92-95.

⁸² Id. 95.

⁸³ Robert Redfield, Primitive Law, University 33of Cincinnati Law Review (1,91964).

Az összeolvadó jogrendszer a társadalmi összetettség növekedésének egyik összetevője volt. A már létező elsődleges jogi normák biztosították azt a társadalmi alapot, amely köré később az intézményesített jogi apparátusok összeálltak.

Jürgen Habermas megértette ezt. "Amint azt az antropológiából megtanuljuk, a jog mint olyan megelőzi az állam és a szoros értelemben vett politikai hatalom kialakulását, míg a politikailag szentesített jog és a jogilag szervezett politikai hatalom egyszerre keletkezik."⁸⁴ Az "archaikus jog" előkészítette és "először tette lehetővé egy olyan politikai uralom kialakulását, amelyben a politikai hatalom és a kötelező jog kölcsönösen konstituálták egymást".⁸⁵

Más filozófusok is csatlakoztak ehhez az állásponthoz. John Locke *A kormányzás második értekezésében* a bandákról írt (példaként említette az amerikai indiánokat).⁸⁶, "az egyszerű, szegényes életmód egyenlősége, amely vágyaikat az egyes emberek kis birtokának szűk határai közé szorította, kevés vitát okozott, és így nem volt szükség sok törvényre, hogy eldöntsék azokat, vagy sokféle tisztviselőre, hogy felügyeljék az eljárást, vagy vigyázzanak az igazságszolgáltatás végrehajtására, ahol csak kevés volt a törvénszegés és kevés a bűnös".⁸⁷ A joghoz nem volt szükség teljes intézményes támogatásra, és a bandák korlátozott társadalmi összetettségét tekintve ez nem is volt lehetséges, de az alapvető törvények mégis léteztek.

Immanuel Kant logikai alapon érvelt. "Ha azt tartanánk, hogy a polgári társadalom megalakulása előtt semmilyen tulajdonszerzés, még az ideiglenes tulajdonszerzés sem jogilag érvényes" - írta Kant - "akkor maga a polgári társadalom lehetetlen lenne. Ez abból a tényből következik, hogy a természeti állapotban az enyészetre és a tiédre vonatkozó törvények formájukat tekintve ugyanazt tartalmazzák, amit a polgári társadalomban a jog előír, amennyiben azok

⁸⁴ Jürgen Habermas, *Jog és erkölcs*, Tanner-előadások (1986) 263.

⁸⁵ Id. 264. Ezek nem pusztán empirikus állítások voltak Habermas részéről, aki "elsősorban a fogalmi viszonyok tisztázásával foglalkozott". 266.

⁸⁶ John Locke, *A kormányzás második értekezése* (Indianapolis: Hackett [1980/1690]) 58.

⁸⁷ Id. 57.

pusztán az ész tiszta fogalmainak tekinthetők."⁸⁸ Amit az állam hozzáad, az a közjog egy olyan rétege, amely a személyes szabadság és a tulajdonjogok már létező magánjogát érvényesíti. "A föld és a földdel együtt a rajta lévő dolgok eredeti közössége (*communio fundi originaria*) olyan Idea, amelynek objektív (jogi-praktikai) valósága van."⁸⁹ E nézet alapján Kant "elítélendőnek" ítélte az őslakosoktól való gyarmati földrablást⁹⁰-a gyakorlatot, amelyet akkoriban azzal indokoltak, hogy az őslakosok nem rendelkeztek joggal, és ezért nem voltak tulajdonjogaik.

A jogi tilalmak felismerhető folytonossága a vadászó-gyűjtögető bandáktól a törzsfőnökségeken át a modern társadalomig összeköti a jogot ezekben a nagyon különböző társadalmi berendezkedésekben. Ez az oka annak, hogy az antropológusok az intézményesített rendszer hiánya ellenére természetesen olyan jogi kifejezéseket használnak, mint a "jogi" és a "jogok", hogy jellemezzék az ezekben a társadalmakban érvényes szabályokat, szankciókat és eljárásokat.

"Jog" "jogrendszer" nélkül

A jogpozitivisták gondolkodás nélkül összemossák a "jogot" és a "jogrendszert". "Ilyen a standard eset, hogy mit értünk *"jog"* és *"jogrendszer"* alatt" - mondta ⁹¹Hart a kettőt összevonva. "Ha azonban hiányoznak belőlük a *jog* alapvető jellemzői" - írta Raz - "akkor nem *jogrendszerek"*.⁹² A "jog" és a "jogrendszer" analitikusan szét kell választani. Mivel a társadalmi komplexitás a népsűrűséggel együtt növekszik, ami hierarchiát és intézményesülést hoz, a jogrendszerek szükségesek ahhoz, hogy a jogot

⁸⁸ Immanuel Kant, Az igazságosság metafizikai elemei, 2nd. kiadás, fordította John Ladd (Indianapolis: Hackett 1999 [1979]) 116-117. Kant az "ideiglenesen" kifejezést a természet állapotában az adott tulajdon birtoklásához való jogra használja; ezt állítja szembe a "peremptorikusan" kifejezéssel, amely a polgári társadalomban a tulajdonjogokat jelenti, amelyek mögött intézményesített végrehajtás áll.

⁸⁹ Id. 183.

⁹⁰ Id. 65-66.

⁹¹ Hart, A jog fogalma Hart5. felett

⁹² Joseph Raz, "Can There be a Theory of Law," supra 328.

hatékonyan működnek (ahogy Hart állította). Kis társadalmi csoportokban azonban a jog hatékonyan megőrzi a személyeket és a tulajdont, és szervezett rendszer nélkül is megoldja a zavarokat. Ez volt a jog az emberi létezés nagy részében, és még mindig ez a funkciója a világ távoli területein.

Hart rugalmasabb volt a kortárs analitikus jogtudósokhoz képest. "Nincsenek szilárd elvek, amelyek tiltják a "jog" szó használatát olyan rendszerek esetében, ahol nincsenek központilag szervezett szankciók"⁹³ - ismerte el, bár azt sugallja, hogy bizonyos szintű rendszerezésre szükség van. Raz és Shapiro ezzel szemben kategorikusan ragaszkodik ahhoz, hogy a szervezett rendszer elengedhetetlen a jog természetéhez, így ami ennek híján van, az nem számít jognak.

A rendszer mint jogi kritérium elhagyása egy másik régi jogtudományi rejtélyt vet fel. A jogpozitivisták már régóta szükségesnek tartották, hogy megtalálják a módját annak, hogy a jogot megkülönböztessék más normatív rendektől. Ahogy Andre Marmor írja: "A jog nem az egyetlen normatív terület a kultúránkban; az erkölcs, a vallás, a társadalmi konvenciók, az etikett és így tovább, szintén számos, a joghoz hasonló módon irányítják az emberi viselkedést. Ezért a jog természetének megértéséhez szükséges dolgok egy része annak magyarázatából áll, hogy miben különbözik a jog ezektől a hasonló normatív területektől, hogyan lép kölcsönhatásba velük, és hogy értelmezhetősége függ-e az ilyen más normatív rendektől, mint az erkölcs vagy a társadalmi konvenciók".⁹⁴ Mivel a szervezett rendszer jelenléte segít megkülönböztetni a jogot ezektől a más normatív rendeződésektől, ennek mint a jog elemének elvetése úgy tűnik, lehetetlenné teszi a megkülönböztetés megvonását.

Ez azonban egy mesterséges rejtély, amelyet a jogi pozitivisták hoztak létre a keretezés során - egy rosszul feltett kérdés eredménye. Nekünk nem okoz gondot, hogy ezeket a megkülönböztetéseket a saját

társadalmak a józan ész hagyományos kritériumai alapján. Nehézségek csak azért merülnek fel, mert a jog

⁹³ Hart, Concept of Law, supra 195.

⁹⁴ Andrei Marmor, "A jog természete", Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>.

elvontan fogalmazzák meg, majd más társadalmi kontextusokra, például vadászó gyűjtögetőkre és egyszerű törzsfőnökségekre alkalmazzák.⁹⁵ E korai társadalmi csoportokban nem lehet éles különbséget tenni törvény és szokás, erkölcs, etikett, vallás stb. között, mivel a társadalmi differenciálódás alacsony szintjein nem voltak olyan horizontális normatív variációk, mint a társadalmi komplexitás magasabb szintjein. Ez egy őseredeti differenciálatlan normatív leves volt. Ha ebből azt a következtetést vonjuk le, hogy ezért a jog nem létezett, akkor ebből az is következne, hogy a szokások és az erkölcs nem léteztek - bár ezt kevesen fogadnák el -, mert ezek sem különböztethetők meg. A genealógiai megközelítésnek nincs szüksége ilyen megkülönböztetésekre, mert a felismerhetően ismerős jogi tilalmak felkutatásával azonosítani tudja, hogy a korai társadalmi csoportokban létezik-e jog.

Hadd tegyek most egy lényeges pontosítást. Amikor azt állítom, hogy a bandákban és a törzsfőnökségekben létezett "törvény", nem azt mondom, hogy *ők* ezt "törvénynek" tekintették, vagy hogy ez a törvény valamilyen objektíven igaz, egyetemes értelemben vett törvény. A jog *a mi* fogalmunk, nem az *övék* (ahogy azt az analitikus jogtudósok is elismerik); az én állításom az, hogy amit mi jognak gondolunk, az a rendszer hiánya ellenére is jelen volt, még akkor is, ha *a mi* fogalmaink szerint nem volt fogalmuk a jogról, a tulajdonról vagy a gyilkosságról. Nem tehetünk mást, mint hogy saját fogalmainkat használjuk ezekben a vizsgálatokban, és arra kell figyelniük, hogy ne tévesszük össze a mi kategóriáinkat és érdekeinket az *övékkel*.⁹⁶

Jog és egyenlőtlenség a korai civilizációkban/államokban

⁹⁵ Ez nem csak a primitív társadalmakkal kapcsolatos probléma. Shapiro elismeri, hogy az ő megfogalmazása szerint egy profi golfszövetség (USGA) szabályai a jog egyik formájának minősülnek.

⁹⁶ Ez emlékeztet az 1950-es évek híres Gluckman-Bohannan vitájára, amely a nyugati jogi kategóriák más társadalmak tanulmányozására való esetleges visszaélészerű alkalmazásáról szólt. Ennek a vitának a tanulsága az volt, hogy a népi fogalmakat nem lehet összehasonlítani, de a népi eszmékből és gyakorlatokból elvont analitikus kategóriákat igen. Lásd Sally Engle Merry, "Transznacionális emberi jogok és helyi aktivizmus: Mapping the

Middle", 108 American Anthropologists 38,41 (2006).

A jogrendszerek a korai államok meghatározó jellemzői.⁹⁷ A világ számos részén - Mezopotámiában, Egyiptomban, az Indus-völgyben, Kínában, Peruban, Mezoamerikában - három-ötezer évvel ezelőtt egymástól függetlenül alakultak ki az ősi vagy elsődleges államok.⁹⁸ Az államoknak százezres vagy annál nagyobb népessége volt, összetett, rétegzett társadalommal, amely magában foglalta az adminisztrátorokat, papokat, harcosokat, kétkezi munkásokat, kézműveseket, kereskedőket, rabszolgákat stb. A központosított kormányzat élén általában egy vallási támogatást élvező királyi család állt (bár a papok a hatalomért versenghettek), amelyet a társadalmi-politikai berendezkedést igazoló vallási és politikai ideológiák támogattak. Területi ellenőrzést gyakorolt a környező terület felett. A hivatalnokok rétegei speciális feladatokat láttak el, amelyeket adókból, adókedvezményekből vagy fosztogatásból finanszíroztak. A vezetők nagy projekteket irányítottak (öntözési munkálatok, nagy középületek és templomok, műemlékek), jelentős külkereskedelmet folytattak vagy ellenőriztek (akár maga az állam, akár adózott magánkézben), támadó és védekező háborúkat vívtak, és rendelkeztek a társadalmon belüli erőgyakorlás és az udvartartás képességével.⁹⁹

A törzsfőnökségekhez hasonlóan a tudósok az államalakulás funkcionalista és konfliktuselméleteit is felvetették.¹⁰⁰ A funkcionalista elméletek a társadalom szükségleteire összpontosítanak organikus vagy holisztikus szempontból. Hangsúlyozzák az állam hasznát a koordináció, a rend, a védelem, a védelem, a rossz termés ellensúlyozására szolgáló élelmiszerellátás, a piacok, az információ és a kommunikáció, a közmunkák és más, a közjót szolgáló projektek biztosításában. Ezek az elméletek "azt állítják, hogy a komplexitás és a

⁹⁷ Elman Service egyik vezető munkája a formális jogi intézmények jelenlétét használja fel az államok és a törzsfőnökségek megkülönböztetésére. Service, *Az állam és a civilizáció eredete*, 14-16. o. A korai államok jellemzőiről lásd Henry T. Wright, *Recent Research on the Origin of the State*, *Annual Review of Anthropology* (3791977) Henri M. Claessen, *The Internal Dynamics of the Early State*, *Current Anthropology* 365 (1984); Robert L. Carneiro, *Cross- Current in the Theory of State Formation*, *American Ethnologist* 756-770 (1987); Rita Smith Kipp és Edward M. Schortman, *The Political Impact of Trade in Chiefdoms*, *American Anthropologist* (3701989).

⁹⁸ Lásd Elman R. Service, *Az állam és a civilizáció eredete: The Process of Cultural Evolution* (New York: Norton 1978). Lásd Robert J. Wenke, *Patterns in Prehistory: Humankind's First Three Million Years* (Az emberiség első hárommillió éve), 4th. kiadás. (New York: Oxford University Press 1999) 331-336.

⁹⁹ Henri J. M. Claessen, "Was the State Inevitable?" (Az állam elkerülhetetlen volt?), 107-112. o.

¹⁰⁰ Lásd Tainter, *Collapse of Complex Societies*, supra 33.

a rétegződés az emberi populációkat érő stresszhatások miatt alakult ki, és pozitív válaszok voltak ezekre a stresszhatásokra." ¹⁰¹ A konfliktuselméletek ezzel szemben az államot úgy tekintik, mint amely a hatalom birtokosainak érdekében kezeli a társadalmon belüli egyéni és csoportkonfliktusokat. "Pontosabban, az állam irányító intézményei a gazdasági rétegződésből eredő társadalmon belüli konfliktusok megoldására szolgáló kényszerítő mechanizmusokként alakultak ki. Az állam tehát egy olyan uralkodó osztály kiváltságos helyzetének fenntartását szolgálja, amely nagyrészt a tömegek kizsákmányolásán és gazdasági lealacsonyításán alapul." ¹⁰² Az államfejlődés egyik vezető tudósa, Henri Claessen megjegyezte: "a (korai) államokban mindig nagy egyenlőtlenséget találtak. Egyesek, a boldog kevesek, gazdagok és hatalmasok, a többiek, a nagy többség pedig szegények és erőtlenek". ¹⁰³ Law fenntartotta ezt az elrendezést.

A korai államokban a jog összefonódott a vallással. Bruce Trigger régész néhány példát hoz (idézetek nélkül):

Gyakran állították, hogy a törvények az istenektől származnak, akik azokat az uralkodók kihirdetése révén adták át az embereknek. Az azték "törvények" kifejezés, *nahuatilli*, "parancsok összességét" jelentette. A törvények olyan eszközök voltak, amelyekkel az emberi társadalmat nemcsak szabályozták, hanem egy mélyen hierarchikus kozmikus rendhez is igazították. A babiloni *mesaru* és az egyiptomi *m3't* egyaránt utalt a kozmikus rendre és a jogi igazságszolgáltatásra. Az inka állam azt állította, hogy az alattvalók által elkövetett bűncselekmények, például gyilkosság, boszorkányság, lopás és a vallási kultuszok elhanyagolása veszélyezteti a király egészségét, és ezeket szentségtörésnek tekintette. A Kínából származó későbbi bizonyítékok arra utalnak, hogy a jogról (*fa*) azt hitték, hogy emberfeletti lények teremtették meg az isteni minták és érdekek szerint. A földi rend előmozdítása érdekében az uralkodók igyekeztek elfojtani a vérbosszúkat, és büntetni a gyilkosságot, az árulást, a lopást, a vérfertőzést és a vétségek számos más formáját.

Úgy vélték, hogy a természetfeletti erők támogatják a jogi eljárást azáltal, hogy orákulumokon és próbatételeken keresztül felfedik a bűnösséget vagy ártatlanságot, és megbüntetik az esküszegőket. Az istenek megbüntették azokat az egyéneket, akiknek a büntetéseit az emberek nem fedezték fel vagy nem büntették meg. Hammurabi babilóniai király azt állította, hogy törvénykönyvét Utu vagy Sámász isten parancsára állította össze, aki - mivel napistenként mindent látott, amit az emberek tettek - az igazságszolgáltatás védőistene is volt. E törvénykönyv kihirdetése Hammurabinak egy olyan jogrendet adott.

¹⁰¹ Id. 34.

¹⁰² Id. 33.

¹⁰³ Claessen, Was the State Inevitable, fentebb. 104.

a sumér panteon legfőbb végrehajtó istenségének, Enlilnek a földi szerepéhez hasonlóan. Az I. Mochtezuma azték uralkodó által kihirdetett törvényeket úgy írták le, mint "villanásokat, amelyeket a nagy király...[a] keblébe vetett, az isteni tűzből, királysága teljes egészségére". Ez az állítás az azték uralkodóba trónra lépésekor beültetett isteni erőkre utalt. A korai kínaiak hittek abban, hogy a helytelen viselkedést természetfeletti módon büntetik.¹⁰⁴

A korai államokban a jog másik közös jellemzője a társadalmi hierarchia és a státuszkülönbségek érvényesítése volt. Hammurabi törvénykönyve tele van státuszkülönbségekkel. "Ha valaki egy nála magasabb rangú ember testét megüti, hatvan csapást kapjon ökörkorbáccsal nyilvánosan".¹⁰⁵ Aki az udvar vagy a templom tulajdonát lopja el, azt halálra ítélik, míg a másokat meglopó tolvajok enyhébb büntetést kapnak.¹⁰⁶ A férj eladhatja feleségét és gyermekeit kényszermunkára, hogy adósságát törlessze, bár a negyedik évben szabadon kell engedni őket.¹⁰⁷ Az elszökött rabszolgákat vissza kell szolgáltatni a gazdájuknak, és aki bújtatja őket, azt halálra kell ítélni.¹⁰⁸ Az általános irányadó norma a durva egyenértékűség volt (figyelembe véve a hierarchiát), ami megfelelt az igazságérzetüknek: szemet szemért, törött csontot törött csontért, fogat fogért (kivéve, hogy egy alacsonyabb státuszú személynek kiütött fog pénzbüntetést von maga után).¹⁰⁹ "Ha egy építető házat épít valakinek, és nem megfelelően építi meg, és a ház, amelyet épített, beomlik, és megöli a tulajdonosát, akkor azt az építetőt meg kell ölni".¹¹⁰ Ha a tulajdonos fiát megöli a

¹⁰⁴ Trigger, *Understanding Early Civilizations (A korai civilizációk megértése)*, fentebb 221-222.

¹⁰⁵ Hammurabi törvénykönyve, L.W. King fordításában, elérhető a <http://eawc.evansville.edu/anthology/hammurabi.htm> #202 oldalon.

¹⁰⁶ Id. #6-8.

¹⁰⁷ Id. #117.

¹⁰⁸ Id. #17-19.

¹⁰⁹ Id. #196-197; #200-201.

¹¹⁰ Id. #229.

elesik az épület, az építtető fiát megölik;¹¹¹ ha a tulajdonos rabszolgáját ölik meg, az építtető "rabszolgát fizet a rabszolgáért a tulajdonosnak".¹¹²

A modern államokban is léteznek státuszalapú törvények, amire az Egyesült Államokban a rabszolgatörvények szolgáltak hírhedt példaként. A rabszolga státusz az anyán keresztül öröklődött (beleértve a rabszolgatartó mulatt utódait is), így a rabszolgaság generációkon keresztül öröklődő jogi állapot volt.¹¹³ Korbácsütés volt a büntetése annak, ha egy rabszolga megütött vagy megkísérelt megütni egy fehéret; a második vagy harmadik vétségért halálbüntetés járt.¹¹⁴ A szökési kísérletet (vagy a szökés szorgalmazását) korbácsolással, megbélyegzéssel, fül levágásával vagy halállal büntették; a rabszolgák kivégzésekor a tulajdonosok kártérítést követelhetek az államtól az elvesztett vagyonért.¹¹⁵ A rabszolgáknak tilos volt szarvasmarhát, lovat, juhot, sertést és hajót birtokolniuk, és tilos volt kereskedelmi tevékenységet folytatniuk, hogy ne álljanak versenyben a fehérekkel.¹¹⁶ Voltak szumptuárius törvények, amelyek a rabszolgákat alacsony státuszú ruházatra korlátozták.¹¹⁷ Miután a rabszolgatörvényeket eltörölték, a jogilag kikényszerített státuszkülönbségek az 1950-es évekig érvényben lévő Jim Crow-törvényekben állandósultak. A feketékkel szembeni fehér dominancia fenntartása érdekében jogilag kikényszerített ideológiai és politikai ellenőrzés is létezett.¹¹⁸

A jogot a jogelméleti szakemberek gyakran a civilizáció ismertetőjegyeként mutatják be. "A civilizáció csak a társadalmi együttműködés és kölcsönös függőség nagyon magas fokán lehetséges", Shapiro

¹¹¹ Id. #230.

¹¹² Id. #231.

¹¹³ Lásd William M. Wiecek, *The Statutory Law of Slavery and Race in the Thirteen Mainland Colonies of British America*, 34 *William and Mary Quarterly* 258, 262-263 (1977).

¹¹⁴ Lásd Id. 273.

¹¹⁵ Id. 270.

¹¹⁶ Id. 276.

¹¹⁷ Id. 268.

¹¹⁸ Egy Mississippi államban még az 1950-es években is érvényben lévő jogszabály így szólt: "Aki... bűnös a társadalmi egyenlőséget vagy a fehérek és négerök közötti vegyes házasságot szorgalmazó vagy a nyilvánosság számára elfogadást vagy általános tájékoztatást, érveket vagy javaslatokat tartalmazó nyomtatott, gépelt vagy

írott anyag nyomtatásában, közzétételében vagy terjesztésében, vétséget követ el, és ötszáz (500,00) dollárt meg nem haladó pénzbírsággal vagy hat (6) hónapot meg nem haladó szabadságvesztéssel vagy mindkettővel büntetendő." Lásd: Példák a Jim Crow-törvényekre, The Jackson Sun, <http://www.ferris.edu/jimcrow/links/mislink/examples/>.

írja, "ami viszont csak akkor lehetséges, ha egy közösség képes hatékonyan és eredményesen szabályozni a társadalmi kapcsolatokat. A jog éppen azért volt forradalmi találmány, mert lehetővé tette ezt a szabályozást".¹¹⁹ Ez egy idealizálás, amely a jog funkcionális előnyeit hangsúlyozza, miközben háttérbe szorítja az erőszakkal támogatott elnyomó aspektusait, az előbbit központi, az utóbbit pedig esetlegesnek festi le, noha a jog történetében állandó kísérők. A jogelméleti szakemberek¹²⁰ úgy tárgyalják a nyíltan elnyomó jogrendszereket, mint a náci Németországot, a rabszolgatartó Amerikát, a dél-afrikai apartheidet vagy a mai tekintélyelvű rezsimeket, mintha ezek a jog aberrált megnyilvánulásai lennének.

A történelem azonban azt sugallja, hogy az elnyomás különböző módokon és mértékben, különösen a hierarchia szolgálatában, az állami jogrendszerek gyakori eleme. David Hume filozófus nem szépítette a valóságot: "Majdnem minden kormány, amely jelenleg létezik, vagy amelyről a történelemben maradt feljegyzés, eredetileg vagy bitorláson, vagy hódításon, vagy mindkettőn alapult, a nép tisztességes beleegyezésének vagy önkéntes alávettségének látszata nélkül".¹²¹ Rudolph von Jhering jogász megjegyezte: "Aki egy nép jogi szövetét a végső gyökerekig követi, számtalan olyan esethez jut, amikor az erősebb ereje szabott törvényt a gyengébbnek".¹²² Az államokban a jog a kényszerítő hatalom szervezett rendszere, és az egyének és a társadalmi csoportok természetesen arra törekszenek, hogy ezt a hatalmat saját céljaik szolgálatába állítsák. A jognak a történelem során meghatározó aspektusa a politikai és gazdasági hatalom, a társadalmi rétegződés és az egyenlőtlenségek szolgálata.

¹¹⁹ Shapiro, *Legality*, supra 36.

¹²⁰ Lásd általában David Dyzenhaus, *Nehéz esetek gonosz jogrendszerekben: Pathologies of Legality*, szerk. kiadás (Oxford: Oxford University Press 2010); Tom Ginsburg és Tamir Moustafa, szerk. kiadás, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (Cambridge: Cambridge University Press 2008).

¹²¹ David Hume, *Politikai esszék*, Charles W. Hendel, szerk. (1953) 47.

¹²² Rudolph von Jhering, *A jog mint eszköz*, Issack Husik ford. (1914) 185.

Adam Smith, a kapitalizmus apostola, a vadászó-gyűjtögetőktől a törzsfőnökségeken át az államig tartó társadalmi-jogi fejlődés evolúciós leírását adta, kiemelve a jog, a tulajdon és az egyenlőtlenség közötti kapcsolatot.¹²³ Amint az emberek letelepedtek és állatokat tenyésztettek, különbségek alakultak ki gazdagok és szegények között. A tulajdonjog vitákat generál a birtoklással, az örökléssel, a házassági rendezéssel és a tranzakciókkal kapcsolatban.¹²⁴ A közösség gazdagabb tagjai előkelőségre és politikai hatalomra tesznek szert, amely idővel öröklődik.¹²⁵

[Amikor] egyesek nagy vagyonnal rendelkeznek, mások pedig semmivel, szükséges, hogy a hatalom karját folyamatosan kinyújtsák, és olyan állandó törvényeket vagy rendeleteket hozzanak, amelyek biztosítják a gazdagok tulajdonát a szegények betöréseitől, akik egyébként folyamatosan megsértik azt, és megállapítják, hogy miben áll e tulajdon megsértése, és milyen esetekben büntethetők. *A törvények és a kormányzat ebben, sőt minden esetben úgy tekinthetők, mint a gazdagok összefogása a szegények elnyomására, és a javak egyenlőtlenségének megőrzésére a maguk számára, amelyeket egyébként a szegények támadásai hamarosan megsemmisítenének, akik, ha nem akadályozzák meg őket, nyílt erőszakkal hamarosan magukkal egyenlővé tennék a többieket.* A kormány és a törvények megakadályozzák a szegényeket abban, hogy valaha is erőszakkal megszerezzék azt a vagyont, amelyet egyébként a gazdagokra gyakorolnának; azt mondják nekik, hogy vagy szegénynek kell maradniuk, vagy ugyanúgy kell vagyont szerezniük, ahogyan ők tették. A rendezett törvények vagy a tulajdonra vonatkozó megállapodások tehát hamarosan a pásztorok korának kezdete után születnek.¹²⁶

Smith a gazdasági tényezőket tekintette elsődlegesnek a jog kialakulásában és alakításában,¹²⁷ bár elismerte az ideológiai tényezők fontosságát is, amelyek szerint a nemesi származás feljogosította a törzsfőket a rangjukra és a törvény által megfelelően érvényesített tulajdonra.¹²⁸

Széles körben feltételezik, hogy a státusz alapú társadalmakról a modern liberális jogi rendszerek a szerződési szabadsággal és a tulajdonjogokkal kényszermentes társadalmat hoznak létre, de mit

¹²³ Lásd Andrew Skinner, Adam Smith: Society and Government, in Elspeth Attwooll, szerk. Perspectives in Jurisprudence (Glasgow: University of Glasgow Press 1977) 195-220.

¹²⁴ Id. 203.

¹²⁵ Id. 203-204

¹²⁶ Adam Smith, Lectures on Jurisprudence, szerkesztette R. L. Meek, D. D. Raphael és P. G. Stein (Indianapolis:

Liberty Fund 1982) 208 (kiemelés hozzáadva).

¹²⁷ Lásd: Andrew Skinner, Adam Smith: Society and Government supra

¹²⁸ Id. 215-216.

megváltoztak a kényszerítés mögöttes alapjai. Hogy ez a kényszer tényleges csökkenését jelenti-e, Max Weber megjegyezte, "teljes mértékben a konkrét gazdasági rendtől és különösen a tulajdon elosztásától függ".¹²⁹ A piaci rendszerekben a termelőeszközök tulajdonosai (munkaadók) és a tőkével rendelkezők a maguk javára használják a jogi felhatalmazást, és diktálják a tulajdon nélküli emberekkel való munkaviszonyok feltételeit. "Egy olyan jogrend, amely egyre kevesebb kötelező és tiltó normát tartalmaz [nincsenek korlátozások arra vonatkozóan, hogy a munkáltatók mit írhatnak elő], és egyre több "szabadságot" és "felhatalmazást", gyakorlati hatásaiban mégis elősegítheti nemcsak a kényszerítés mennyiségi és minőségi növekedését általában, hanem egészen konkrétan a tekintélyelvű kényszerítést."¹³⁰ A tőkeérdekek befolyása a jogra nyilvánvaló volt a huszadik századfordulón, amikor a bűnügyi összeesküvés törvényeket és a monopóliumellenes törvényeket alkalmazták a munkaügyi akciók elfojtására, a bíróságok munkaügyi végzéseket hoztak a sztrájkok és bojkottok ellen, az állami és magánrendőrségek pedig sztrájkolókat öltek meg és börtönöztek be.¹³¹ Bár ma már kevésbé látható, a tőke befolyása a jogi előnyök biztosításában számos módon megmaradt.

A jog tényleges működésének figyelése időben és térben azt mutatja, hogy a jogrendszerek és az egyenlőtlenségek összekapcsolódnak, és az előbbiek segítik az utóbbiak kialakulását. Az állami jogrendszerek a társadalmi komplexitáson belüli funkcionális differenciálódás egyik aspektusa, amely intézményesített formát ölt, hogy megszervezze az államok kényszerítő hatalmának alkalmazását. Ezt a hatalmat jó és rossz célokra is használják. A jog természetéről író analitikus jogtudósok hangsúlyozzák, hogy a jogi intézmények társadalmi funkciókat szolgálnak. A kritikai teoretikusok azt hangsúlyozzák, hogy a jog rögzíti, normalizálja és érvényesíti a

¹²⁹ Max Weber, *Economy and Society*, kötet, szerk. Günther2, Roth és Clause Wittich, (Berkeley: Univ. California Press 1978) 730.

¹³⁰ Id. 731.

¹³¹ Lásd általában Michael Mann, *A társadalmi hatalom forrásai: kötet: Az osztályok és nemzetállamok*

felemelkedése, 1760-1914, 2. kiadás. (Cambridge: Cambridge University Press 2012) Fejezetek és17 18.

hierarchia és egyenlőtlenség a komplex társadalmakban, amelyet a kulturális, vallási és politikai meggyőződések ideológiai támogatása segít. A mainstream és a kritikai nézet egyaránt a jog egyik oldalát hangsúlyozza, a másikat pedig lekicsinyli. A teljes megértés a jog mindkét oldalát látja.

A korai államok jogi lefedettsége

A korai államokban általánosan megtalálható jogi tilalmakat nyolc durva (egymást átfedő) kategóriára lehet bontani: az állam érdekeit szolgáló törvények; a társadalmi hierarchiát érvényre juttató törvények; vallási-feletti törvények; a nemi életet szabályozó törvények; a személyi sérüléseket érintő törvények; a tulajdont védő törvények; a munkát szabályozó törvények; a kereskedelmet érintő törvények.¹³² Itt vannak példák mindegyikre:

1) Az államapparátus (beleértve a királyi családot és a tisztviselőket) fenntartását a bevételeket (bérleti díjak, adók, vámok) biztosító törvények; az árulást, hűtlenséget vagy engedetlenséget büntető törvények; valamint a kötelezően fizetetlen munkát előíró törvények biztosítják.

2) A társadalmi hierarchiát a feljebbvalókkal szembeni helyes viselkedésre vonatkozó törvények, az ételfogyasztást, a ruházzkodást és a luxuscikkek birtoklását társadalmi rang szerint korlátozó szumptuárius törvények, valamint a nemesek, harcosok, közemberek, nők, gyermekek és rabszolgák közötti bánásmódban a státuszon alapuló jogi megkülönböztetés erősítik.

3) A vallási-földöntúli törvények a boszorkánysággal, a szentségtöréssel, a vallási tilalmak megszegésével, a vallási kötelezettségek elmulasztásával és az emberáldozatokkal foglalkoznak.

4) A szexuális szabályozás magában foglalja a vérfertőzés, házasságtörés, nemi erőszak,

csábítás jogi tilalmát,

a házasságon kívüli szex, valamint a házasságra és a válásra vonatkozó törvények (beleértve a korhatár-korlátozásokat, a házassági

¹³² Példaként lásd a "11, Law" című fejezetet Trigger Understanding Early Civilizations című könyvében, 221-239. o., a korábban idézett más forrásokkal együtt. A kategóriák és az összefoglalók az én sajátjaim.

engedélyezési joga van, hozomány, melyik családban él az új házastárs, válási okok, kihez tartoznak a gyermekek).

5) A személyi sérüléssel kapcsolatos törvények foglalkoznak a (szándékos és véletlen) gyilkosságokkal, a támadások során elkövetett testi sértésekkel vagy sérülésekkel, a véletlen sérülésekkel, a boszorkányságnak tulajdonított betegségekkel és balszerencsével, valamint az emberrablással és a viszályokkal.

6) A tulajdon megőrzése magában foglalja a rablás és lopás (személyes tárgyak, jószágok stb.), birtokháborítás, tulajdonban okozott kár, a személyes tulajdon és a föld tulajdonjogával kapcsolatos jogviták (beleértve a használati jogokat is), valamint az öröklési jog elleni törvényeket.

7) A munkát szabályozó törvények kiterjednek a rabszolgotartásra, a rabszolgák elidegenítésére, kezelésére és visszaszolgáltatására vonatkozó szabályokra, a munkakörökre vonatkozó korlátozásokra, a szerződéses vagy adósrabszolgaság érvényesítésére, valamint a mások (feleségek és gyermekek, jobbágyok, szolgák) munkájára vonatkozó tulajdonjogokra.

8) A kereskedelemmel kapcsolatos törvények a kereskedők közötti megállapodások megszegésével, a vevőket becsapó tisztességtelen kereskedőkkel, a hibás áruk eladásával vagy a szállítás elmaradásával, az adósságok megfizetésével, valamint a céheket védő korlátozásokkal foglalkoznak.

A jogi szabályozás e kategóriái egészen a korai államok több ezer évvel ezelőtti állapotáig nyúlnak vissza. Az, hogy ma ugyanezen kategóriák többségét szabályozzuk - bár a tartalom különbözik -, arra utal, hogy a nagy államok társadalmi életének vannak bizonyos állandó elemei. Ezek közé tartozik a társadalmi és gazdasági hierarchia érvényesítése, a szexualitás és az utódok feletti ellenőrzés, a gazdasági csere és az adósság szabályai, a tulajdon védelme, a munka szabályozása, a fizikai sérülés elleni védelem, valamint az ideológiai

érvényesítés (azaz a vallás, a politikai legitimáció). Ezek a jogi konstansok a nagy csoportokban élő társadalmi-szexuális lények szükségleteiből fakadnak, akiknek élelemre, biztonságra és menedékre van szükségük, és akik

anyagi kényelemmel, akiknek szükségük van a másokkal való együttműködésre és koordinációra, akiket mások fenyegetnek, és akik arra törekszenek, hogy értelmet adjanak a világnak és értelmet találjanak az életüknek. Egy másik állandó jelenség, hogy az államapparátus a jogot saját hatalmának védelmére és megszilárdítására használja; ha már léteznek államok és jogrendszerek, féltékenyen őrzik saját érdekeiket az általuk előmozdított társadalmi érdekektől függetlenül.

H.L.A. Hart szerint létezik egy "minimális természetjogi tartalom", amely minden társadalomban létezik. Az emberi állapot (kiszolgáltatottság, a képességek közelítő egyenlősége, korlátozott altruizmus, korlátozott erőforrások, korlátozott megértés és akarat) alapvető jogi elemeket igényel a társadalmi élet rendezett fenntartásához, érvelt, beleértve a személyek, a tulajdon és az ígéreték védelmét.¹³³ A korai államok jogi lefedettsége összhangban van Hart megállapításával. De négy további jogi állandóságot, amelyet nem említett, hozzá lehetne még adni (legalábbis nagyobb társadalmi csoportokban): a szexuális kapcsolatok jogi szabályozása, mások munkájának jogi szabályozása, a hierarchia jogi érvényesítése, valamint magának a jogrendszernek és annak a polisznak a hatalmának a fenntartása, amelyhez kapcsolódik. Hart jogi minimumai a funkcionális előnyökre összpontosítanak, míg a jogi állandóságok listája nemcsak a társadalmi csoportok számára nyújtott előnyeiket, hanem a jog elnyomó aspektusait is tartalmazza (beleértve a férfi patriarchátust).

Az idők során néhány változás történt e lista tekintetében. A mágia és a vallás egészen a középkorig összefonódott a joggal: a papi személyiségek jóslatokban vagy orákulumokban hirdettek normákat, a megállapodásokat szent esküvel pecsételték meg, a jogszegéseket természetfeletti szankciókkal (átokkal) büntették, a bűnösséget pedig előjelek és megpróbáltatások alapján állapították meg.¹³⁴ A jogi intézményesülés és racionalizáció

előrehaladtával (valamint a felvilágosodás és a felemelkedés

¹³³ Hart, *The Concept of Law*, 189-195. o.

¹³⁴ Lásd Georges Gurvitch, *Magic and Law*, *Social Research* (1041942); Weber, *Economy and Society*, vol. supra2, 647, 761-62, 768-770765,, 809-831.

tudomány) a jog ezen irracionális elemei csökkentek. Bár még mindig létezik egy sor teokratikus berendezkedés, a liberális társadalmakban a vallási intézményeket megfosztották a korábbi, államilag kikényszerített ortodoxiától, bár a polgári és büntetőjogban továbbra is különleges kiváltságokat élveznek,¹³⁵ és még mindig jelentős pénzügyi támogatást élveznek közvetlen támogatások vagy adómentesség révén. Egy másik különbség, hogy a korai államokban a jog közvetlenül érvényesítette az örökletes társadalmi státuszt, míg a liberális társadalmakban a hierarchia nagyrészt a vagyoni és foglalkozási státuszon alapul, amelyet tulajdonjogok és különleges kiváltságok támogatnak, amelyek azok számára állnak rendelkezésre, akik megengedhetik maguknak.

A korai államok és a legtöbb mai (liberális és nem liberális) állam közötti további különbségek az első és az utolsó, a kormányzattal és a gazdasággal foglalkozó kategória méretének és hatókörének növekedését foglalják magukban, amelyek mára eltörpültek a többi kategória mellett. A modern közigazgatási állam a társadalomban végzett tevékenységek teljesen új területeit vállalja fel, amelyek nagy részét a jogon keresztül végzi, beleértve magának a kormányzatnak a felépítését és annak céltudatos törekvéseit. A gazdasági tevékenységekkel foglalkozó törvények is hatalmasra duzzadtak. A kereskedelemmel kapcsolatos törvények biztosítják a kapitalizmus infrastruktúráját, beleértve a vállalatok, a pénzügyi és bankrendszerek, a pénz ("törvényes fizetőeszköz"), valamint a piac szabályozását és támogatását.

A modern jog a korábbi korok jogától eltérő tevékenységen ment keresztül. Miután olyan jogi intézmények jöttek létre, amelyek lehetővé tették az állami jogalkalmazók számára, hogy tetszés szerint jogot alkossanak, a jog diverzifikálódott, és olyan kényszerrel támogatott, többfunkciós eszközzé vált, amelyet *bármilyen* célra fel lehetett használni. Az összetett társadalmakban ez a proteán plusz kényszerítő képesség a jogot az állami tisztviselők és más szereplők által kedvelt mechanizmussá tette a dolgok véghezvitelére. Amikor a társadalmak egyre sűrűbbé és nagyobbá váltak, egyre több, egymástól függő ember egyre változatosabb

tevékenységét kellett összehangolni.

¹³⁵ Az egyházak bizonyos mentességeket élvezhetnek, valamint azt, hogy a világi hatóságok vonakodnak behatolni az egyházi hatalomba, amit a papok és egyházak ellen a gyermekek szexuális zaklatása miatt indított késedelmes és minimális büntetőeljárások is tükröznek.

Az olyan kérdéseket, mint a közlekedés, az élelmiszerellátás, a lakhatás, a kommunikáció, az oktatás, az egészség és a biztonság védelme, valamint a piacok, kiterjedt területeken kellett kezelni. Az állam jogi mechanizmusokat használ az intézmények létrehozására, tevékenységük irányítására és a kezdeményezések végrehajtására. A csoportok, egyének, vállalatok és kormányok által céljaik elérése érdekében igénybe vett jog a társadalmi színterek olyan szereplőjévé vált, amely a társadalmi rend fenntartásán és az erkölcsi problémák megoldásán messze túlmutató módon vesz részt projekteken.

Birodalmak és jog

A birodalmak olyan beolvasztó államok, amelyek katonai erővel gyakorolnak ellenőrzést más társadalmak felett: A Római, Bizánci, Perzsa, Mongol, Mogul, Oszmán és Brit Birodalom, hogy csak néhányat említsünk a legismertebbek közül.¹³⁶ Gazdaságilag motiváltak, munkaerőt (rabszolgák), anyagi erőforrásokat (arany, ezüst stb.), valamint adókat és adókat foglalnak el.¹³⁷ A különböző nyelvű és kultúrájú népek nagy területeinek ellenőrzésének nehézségei miatt a birodalmak általában jelentős mértékű helyi autonómiát engedtek meg az alávetett népesség megbékítése után. A birodalmi adminisztrátorok és a fegyveres erők viszonylag kis létszámú csoportja uralkodott, a helyi elitek támaszkodva a rend fenntartásában és az adók beszedésében, lehetővé téve a helyi törvények zavartalan érvényesülését, kivéve, ha azok ütköztek a birodalmi érdekekkel. A birodalmak az államok extrakciós oldalát fedik fel, mint zsarolási zsarolások, amelyek védelmet nyújtanak az állam és mások által elkövetett fosztogatással szemben - adókért és adókedvezményekért cserébe.¹³⁸

¹³⁶ A világ történelmét a birodalmak és az általuk generált kereskedelem segítségével mutatja be J. R. McNeill és William H. McNeill, *The Human Web* (New York: Norton 2003).

¹³⁷ Lásd általában Carla M. Sinopoli, *The Archeology of Empires*, 23 *Annual Review of Anthropology* 159 (1994).

¹³⁸ Lásd Charles Tilly, War Making and State Making as Organized Crime, in Peter Evans, Dietrich Rueschemeyer, and Theda Skocpol, szerkesztők, Bringing the State Back In (Cambridge: Cambridge University Press 1985).

A Kelet-indiai Társaság (EIC), egy magántársaság, amely a XVIII. század közepétől a XIX. század közepéig India nagy területeit uralta, különösen szemléletes példája volt a birodalom, a jog és a gazdasági érdekek közötti kapcsolatoknak.¹³⁹ Ez volt "az egyetlen brit közigazgatási, igazságszolgáltatási és kereskedelmi képviselő Indiában ebben az időszakban. A monopolisztikus társaság a brit érdekek fenntartójaként működött, és a szubkontinensen a területi terjeszkedés eszközeként szolgált".¹⁴⁰ Az EIC a kereskedelmi tevékenységéből származó bevételeket (jogi monopólium) jelentős területi bevételekkel egészítette ki, amelyeket a mogul császártól vett át. Az EIC kettős bírósági rendszert hozott létre: az egyiket az angol jogot alkalmazó alkalmazottak számára, a másikat a hindu és muszlim személyi jogot, valamint az iszlám büntetőjogot alkalmazó bennszülöttek számára.¹⁴¹ A bennszülött bíróságok nem ítélezhetek brit állampolgárokkal szemben; az angol bíróságnak otthont adó Kalkuttába való eljutás költségei miatt a belföldi indiánok "rendkívül kiszolgáltatottak voltak az európai erőszaknak és kizsákmányolásnak mind polgári, mind büntetőügyekben".¹⁴²

A brit gyarmati gyakorlat azért sokatmondó, mert a civilizációt az elmaradott országokba terjesztő jogállami társadalomnak tekintették magukat, a jog azonban a birodalmi érdekek érvényesítőjeként szolgált. "A gyarmati uralom új "bűnöket" hozott létre, amelyek közül sokan a gyarmati irányítás kikényszerített struktúrája elleni vétségek voltak".¹⁴³ Annak érdekében, hogy megkönnyítsék a telepések számára a földszerzést az ültetvények és a bányászat számára, a közösség már meglévő kollektív tulajdonjogait eltörölték, és egyéni tulajdonjogokkal helyettesítették, amelyeket el lehetett adni vagy bérbe lehetett adni (ami a hozzáértő hagyományos elitek javát szolgálta, míg a

¹³⁹ Lásd L.S. Sutherland, *The East India Company in Eighteenth Century Politics*, 17 *Economic History Review* 15 (1947); Amar Farooqui, *Governance, Corporate Interest and Colonialism: The Case of the East India Company* 35 *Social Scientist* 44 (2007).

¹⁴⁰ Huw V. Bowen, *A "kis parlament": The General Court of the East India Company, 1750-1784*, *Historical Journal* 858857, (1991).

¹⁴¹ Elizabeth Kolsky, *Kodifikáció és a gyarmati különbség szabálya: Law 23 and History Review* 641631, (2005).

¹⁴² Id.

¹⁴³ David Killingray, The Maintenance of Law and Order in British Colonial Africa, 85 African Affairs 413 (1986). Ez a cikk kitűnő áttekintést nyújt a gyarmati politika torzító hatásáról.

a kollektívát megfosztva).¹⁴⁴A gyarmati törvénykezés szokásos kezdeményezése volt, hogy a gyarmat működtetéséhez szükséges bevételek érdekében a bennszülöttekre hut- vagy fejadót vetettek ki. Az adófizetés érdekében a bennszülötteket arra kényszerítették, hogy munkát keressenek a pénzgazdaságban, és munkaerőt szolgáltatassanak a telepések exportnövényeket termesztő farmjainak.¹⁴⁵ Egy rodéziai gyarmati adminisztrátor 1935-ben arról panaszkodott, hogy a körzeti tisztviselő "szinte csak a közhatalom és a hatalom álarcában - azaz bosszúálló bíróként és adószedőként - került kapcsolatba az afrikai lakossággal".¹⁴⁶ A munkaügyi törvények is kizsákmányolóak voltak. Pápua Új-Guineában például a bennszülötteket fizetett munkára kényszerítő adókat egy olyan bérmunkásrendszer támogatta, amely az ültetvényeseket többéves munkaviszonyba zárta, amelyet a "dezertálás" elleni büntetőjogi szankciókkal kényszerítettek ki.¹⁴⁷

A gyarmati jog a kitermelő uralom dísztelen eszköze, amely megőrzi a gyarmati államot és előmozdítja a birodalmi gazdasági vállalkozásokat, miközben alig nyújt szolgáltatásokat a bennszülött lakosság számára. Az állami jogrendszer számos gyarmati környezetben kezdetben kevés erőfeszítést tett a társadalmi rend fenntartására a gyarmati városokon kívül, ezeket a feladatokat a bennszülött intézményekre bízta. Ez nem állt ellentétben a jogállamiság ideológiájával, legalábbis a felszínen. A bérmunkaszerződések *mindkét* félre, az ültetvénytulajdonosokra és a munkásokra is jogi kötelezettségeket róttak, bár a bennszülöttek "gyakorlatilag szinte egyáltalán nem tudtak bírósághoz fordulni, hogy az ő oldalukat érvényesítsék".¹⁴⁸ És miközben szenvedtek

¹⁴⁴ Lásd Martin Chanock, A jogpiac: W.J. Mommsen és J.A. de Moor, szerk., European Expansion and Law (Oxford: Berg Publishers 1992).

¹⁴⁵ Lásd John Lonsdale és Bruce Berman, Coping with the Contradictions of the Colonial State in Kenya, 1895-1914,

Journal20 of African History (1979).

¹⁴⁶ Idézi: Killingray, The Maintenance of Law and Order in British Colonial Africa (A törvény és a rend fenntartása a brit gyarmati Afrikában), lásd az 1. pontot⁴¹¹.

¹⁴⁷ Lásd Peter Fitzpatrick, Law and Labor in Colonial Papua New Guinea, in Yash Ghai, Robin Luckham, and Francis Snyder, The Political Economy of Law: A Third World Reader (Delhi: Oxford University Press 1987) 130-143.

¹⁴⁸ Id. 131.

jelentős jogi hátrányok miatt az őslakosok korlátozott módon, de alkalmanként hivatkozhattak a jogra a gyarmati kormányral, a telepeseikkel, a misszionáriusokkal és a helyi elittel szemben.¹⁴⁹

A birodalmak nem szándékolt következménye a jogi hibriditás és pluralizmus keveréke volt, azáltal, hogy az egyik társadalom jogát egy másik társadalomra más társadalmi-politikai-gazdasági berendezkedéssel helyezték át, ami mind a jogot, mind a társadalmat számtalan módon átalakította.¹⁵⁰ A nyugati szokásjogi és polgári jogi rendszerek a gyarmatosító hatalmak általi kényszerítés (és egyes esetekben önkéntes másolás) révén terjedtek el a világon. A vallási jog szintén a birodalmakkal és az általuk megnyitott kereskedelmi útvonalakkal terjedt; az iszlám jog, amely kezdetben Arábiában alakult ki, végül Észak-Afrikától a Közel-Keleten át Indonéziáig terjedt. A birodalmak joghordozó diaszpórákat is létrehoztak: a leigázás elől menekülő vagy a birodalom gazdasági központjába költöző, lehetőségeket kereső emberek; az új országokban közösségeket alkotó kivándorlók csoportjai az otthonról hozott jogi felfogást (különösen a házassági és örökösödési jogokat) hozzák magukkal, legalábbis egy időre.

A birodalmi érdekeket szolgáló jogi átültetés világszerte kiemelkedő szerepet játszik a jogtörténetben.¹⁵¹ A jogelméleti teoretikusok a jogról szóló elméleteket úgy alkotják meg, hogy a jog a társadalom tükré, amely fenntartja a társadalmi rendet. Birodalmi kontextusban azonban a jog kizsákmányoló volt, ütközött az uralkodó társadalmi normákkal, és a lakosság került. Raz állítását, miszerint a jog "biztosítja azt az általános keretet, amelyen belül a társadalmi élet zajlik", a gyarmati jog megcáfolta, és ennek öröksége a mai napig folytatódik a jog és a társadalmi élet közötti eltérésekben számos társadalomban.

Hart szerint egy jogrendszer akkor "létezik", ha két feltétel teljesül: a polgárok többsége betartja az elsődleges szabályokat, a jogi tisztviselők pedig elfogadják a másodlagos szabályokat.

Gyarmati kontextusban azonban a

¹⁴⁹ Lásd Lauren Benton, *Law and Colonial Cultures: Jogi rendszerek a világtörténelemben, 1400-1900* (New York: Cambridge University Press 2002).

¹⁵⁰ Lásd általában Sally Engle Merry, *Law and Colonialism*, *Law & Society Review* (8891991); Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society* (Oxford: Oxford University Press 2001) 112-120.

¹⁵¹ Lásd Alan Watson, *A jog fejlődése* (1985).

a bennszülött lakosság nagyrészt ellenséges volt a gyarmati jogrendszer által előírt elsődleges szabályokkal szemben, vagy nem ismerte azokat. A jogrendszerek, ahogyan a gyarmati jog mutatja, a kényszerítő hatalom komplexumai, amelyek a jog nevében olyan dolgokat tesznek, amelyeknek nincs szükségszerű vagy eredendő kapcsolatuk azzal a társadalommal, amelyet uralni akarnak.

A jogi intézmények az uralkodó társadalmi normákkal és érdekekkel ellentétesen működhetnek, ha a jogi tisztviselők a környező társadalmi csoporttól eltérő napirendet követnek.

A jogpozitivisták felfogásokkal kapcsolatban az a legproblémásabb, hogy a jogról alkotott funkcionalista felfogásuk lekicsinyli azt a mértéket, amelyben a jogrendszerek "nagyra írt fegyveres"¹⁵² lehetnek, ami a történelem számos jogi rendszerének és néhány mai jogrendszernek a találó leírása. "Ha meg akarjuk magyarázni, hogy mitől lesz a jog *törvény*, akkor úgy kell látnunk, hogy szükségszerűen erkölcsi célja van" - ragaszkodik¹⁵³ Shapiro.¹⁵⁴ Csak egy olyan teoretikus, aki figyelmen kívül hagyja a jog történetét, és lecsupaszítja a jog sok mindenét, jutna arra az álláspontra, hogy a jog egy tervezési rendszer, amely kemény erkölcsi problémákat old meg. Vegyünk még egy ellenpéldát, az őslakos Aro konföderációt, amely a 18-19th.th században Nigéria nagy részét uralta, fenntartotta a békét és kiterjedt kereskedelmi hálózatot irányított, miközben a bevételek learatására orientálódott; a transzatlanti rabszolga-kereskedelemre válaszul "a korábban például verés, kártérítés vagy száműzetés formájában alkalmazott bírói szankciókat most rabszolgasorozásra alakították át"¹⁵⁵, a rabszolgakereskedőknek adták át a foglyokat fizetség fejében. A tisztánlátó szemlélet azt sugallja, hogy a jogi intézmények mindenféle célból, mindenféle cél előmozdítása érdekében kényszerítő erőt gyakorolnak, az erkölctől az erkölcstelenig, az amorálistól az erkölcstelenig.

¹⁵² A jogpozitivisták funkcionalista feltevéseinek kritikájához lásd Brian Z. Tamanaha, "Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence", 21 Oxford J. Leg. Stud. 1 (2001).

¹⁵³ Shapiro, *Legality*, supra 215.

¹⁵⁴ Úgy tűnik, hogy Shapiro a jog erkölcsi funkciójáról alkotott nézete egy gyenge antipozitívista (vagy gyenge természetjogi) álláspont mellett kötelezi el magát, bár nincs olyan erkölcsi elmélete, amely kritériumokat adna annak meghatározásához, hogy mi számít erkölcsösnek. Lásd William A. Edmundson, "Why Legal Theory is Political Philosophy", *Legal Theory*, 2014. február.

¹⁵⁵ Martin Klein, *The Slave Trade and Decentralized Societies*, *Journal of African History* (49,200159).

A jogállam konszolidációja

A törvényes hatalom monopóliumát gyakorló állami jogról alkotott szokásos egységes elképzelés - amely Raz jogelméletében tükröződik - későn lépett be a történelmi színpadra, és talán már el is múlik. A középkori Európában a jog különböző törvények és intézmények összevisszasága volt, amelyek ugyanazt a teret foglalták el, és nem rendelkeztek átfogó hierarchiával vagy szervezethez. ¹⁵⁶ A jog társadalmi csoportok és társulások terméke volt, amelyek mindegyike egy-egy sajátos jogrendet alkotott, "amelyet tagságában vagy a születés, a politikai, etnikai vagy vallási felekezet, az életmód vagy a foglalkozás ilyen objektív jellemzői alkottak, vagy a kifejezett testvériség folyamata révén jött létre". ¹⁵⁷ E jogformák közé tartozott az íratlan helyi szokásjog; a fennmaradt római jog; a kodifikált germán szokásjog; a feudális jog; a városi jog; a kereskedőjog (*lex mercatoria*); a sajátos céhek joga; a római katolikus egyház kánonjoga; a királyi törvényhozás és az egyetemeken kialakított, újjáélesztett római jog. Különböző típusú bíróságok léteztek egymás mellett: a bárók vagy földesurak által vezetett uradalmi bíróságok; a polgárság által vezetett városi bíróságok; a kereskedők által vezetett kereskedői bíróságok; a céh tagjai által vezetett céhes bíróságok; a püspökök és fődiakónusok által vezetett egyházi bíróságok; és a királyi bíróságok a király vagy az általa megbízott személyek által vezetett királyi bíróságok. "E törvények és bíróságok között számos elhatárolódási vita volt." ¹⁵⁸ Nemcsak hogy különálló rendszerek és jogrendszerek léteztek egymás mellett, és versenyeztek egymással, hanem a "személyiség elve" értelmében egyetlen bíróság is alkalmazhatott különböző jogrendszereket. ¹⁵⁹ Ahogy Walter Ullmann középkorász megjegyezte: "Ez a bonyolult mozaik a

¹⁵⁶ Lásd általában Thomas Fergus és William Gordon, *European Legal History* (2000); Harold Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (1983).

¹⁵⁷ Weber, *Gazdaság és társadalom*, vol. supra. 2,695.

¹⁵⁸ Raoul van Caenegem, *Jogtörténet: A European Perspective* (1991) 19.

¹⁵⁹ Lásd van Caenegem, *Jogtörténet*, 117-118. o.; Patrick Geary, *The Myth of Nations: The Medieval Origins of Modern of Europe* (2002) 152-154.

jogrendszerek számos nehézséget jelentettek az absztrakt jogi szabály adott konkrét körülményekre való alkalmazásával kapcsolatban".¹⁶⁰

Shapiro szerint ez egy közhely a joggal kapcsolatban: "Minden jogrendszerben egy személy vagy intézmény rendelkezik a legfelsőbb hatalommal bizonyos törvények megalkotására." Ez az állítás ma is visszhangzik a jogászok körében, de nem lett volna magától értetődő a középkorban és más korokban és helyeken, amikor a helyi szokásjog - nincs végső tekintély, versengő változatok - volt a jog elsődleges formája. "Minden jogrendszernek vannak intézményei a jog megváltoztatására" - egy másik Shapiro-közhely. Max Weber azonban megjegyezte, hogy a szokásjogot "eleinte nem úgy fogták fel, mint az emberi jogalkotás termékét, vagy akár csak lehetséges tárgyát....Az "hagyományos" törvények, legalábbis elméletben, megváltoztathatatlanok voltak. Helyesen ismerni és a bevett szokásoknak megfelelően értelmezni kellett őket, de létrehozni nem lehetett őket".¹⁶¹ Szintén nem illeszkednek a középkorhoz Joseph Raznak a jog alapvető jellemzői, különösen az az állítása, hogy "a társadalom minden más normatív rendszerével szemben felsőbbrendűséget követelnek". Ez ellentétes azzal a régóta fennálló középkori elvvel, hogy "a különleges törvényeknek az ország általános törvényeivel szemben elsőbbséget kellett élvezniük".¹⁶² A jog személyes, nem pedig területi volt, amelynek értelmében "minden ember mindenütt jogosult volt arra, hogy az a törzsi törvény alapján ítélkezzen, amely szerint "vallotta", hogy él".¹⁶³ Egyetlen jogi rendszer sem rendelkezett felsőbbrendűséggel a többi felett (a pápák a kánonjog felsőbbrendűségére hivatkoztak, bár nem teljesen hatékonyan¹⁶⁴). "Az eredmény számos "jogközösség" egymás mellett létezése volt" - írta Weber -, "amelyek autonóm joghatóságai átfedték egymást, a kötelező, politikai egyesület csak egy ilyen autonóm

¹⁶⁰ Walter Ullmann, A jog középkori eszméje (1969) 71.

¹⁶¹ Weber, Gazdaság és társadalom, vol. supra. 2.,760.

¹⁶² Id. 852.

¹⁶³ Id. 696.

¹⁶⁴ Id. 830.

joghatósága, amennyiben egyáltalán létezett.¹⁶⁵ Amit a jogfilozófusok magától értetődő igazságokként állítanak a jogról, mint láttuk, azok a közelmúlt fejleményein alapuló kortárs feltételezések.

Az államrendszer megszilárdulása Európa-szerte több évszázadot vett igénybe.¹⁶⁶ Az uralkodóknak először meg kellett alapozniuk uralmukat a politikai és katonai hatalom rivális forrásai felett.¹⁶⁷ Belsőleg ez azt jelentette, hogy az egyházat ki kellett szorítani a politikai ügyekből, és a főnemeseket meg kellett békíteni a hűségük megvásárlásával vagy kooptálásával, valamint katonai képességük megfosztásával; külsőleg ez azt jelentette, hogy szövetségek (királyi házasságok) vagy hadi kalandok révén el kellett nyelni a szomszédos területeket, és meg kellett védeni a határokat más uralkodók betörése ellen.

Az államépítő monarchiabeli tisztviselők olyan közigazgatási apparátust hoztak létre, amely az adóbeszedést, a bűnüldözést és a bíraskodást felügyelte. Korábban az uralkodók fő finanszírozási forrását a hűbértokokból származó bevételek, a különleges vámok és a királyi udvarok által beszedett illetékek jelentették; a magas rangú tisztviselők a király házi személyzetének tagjai voltak; sok hivatal magántulajdonban volt, és a hivatalnokok a hivatali tevékenységükből származó bérleti díjakat kapták. A bürokrácia egyik kulcsfontosságú fejleménye volt a köz- és a magánhivatalok szétválasztása: a közpénzekből fizették a közhivatalokat betöltő személyeket.¹⁶⁸ A reformáció csökkentette az egyház befolyását, lehetővé téve a protestáns országok uralkodói számára, hogy lefoglalják az egyházi vagyont és korlátozzák az egyházi bíróságokat (Angliában az 1850-es évekig nem fosztották meg joghatóságuktól).¹⁶⁹). A szerződés a

¹⁶⁵ Id. 697.

¹⁶⁶ Lásd Martin van Creveld, *The Rise and Decline of the State* (Cambridge: Cambridge University Press 1999).

¹⁶⁷ E fejlemények részletes bemutatását lásd Michael Mann, *The Sources of Social Power*: kötet: A hatalom története a kezdetektől a Kr. u. szerk1760,2nd. (Cambridge: Cambridge University Press 2012); Michael Mann, *The Sources of Social Power: Volume 2: The Rise of Classes and Nation-States, 1760-1914*, 2. kiadás. (Cambridge:

Cambridge University Press 2012).

¹⁶⁸ Lásd Mann, *The Rise of Classes and Nation-States*, fentebb 13. fejezet; S.E. Finer, *The History of Government: Empires, Monarchies, and the Modern State* (Oxford: Oxford University Press 1999) 1298-1299/1266,.

¹⁶⁹ R. B. Outhwaite, *The Rise and Fall of the English Ecclesiastical Courts, 1500-1860* (Cambridge: Cambridge University Press 2006).

Vesztfália (1648) Európát külön területekre osztotta, megerősítve az uralkodók belügyek feletti ellenőrzését.

A jog állami konszolidációja megkövetelte az egymás mellett létező jogrendszerek beolvasztását, az egész területre kiterjedő törvénykönyvek elfogadását, az államtól rendszeres jövedelmet fizető jogi hivatalok létrehozását, valamint a helyi mágnásoknak nem alárendelt bíróságok létrehozását és személyzettel való ellátását. A jog intézményesítése az államban a jogi szakma kiépítésével, az emberek speciális jogi ismeretekre és jogi gyakorlatra való képzésével (céhes monopóliumok tartása) is járt. A XIX. században hivatásos rendőri erőket hoztak létre (a hadseregtől elkülönítve) nemzeti, regionális és önkormányzati szinten, és állami börtönöket építettek.¹⁷⁰

A jogállam egységes víziója csak akkor közelítette meg a valóságot, amikor a jogintézmények és a hatékony jogintézmények teljes egészét létrehozták és állami hivatalokban konszolidálták, racionalizálták és hierarchikusan megszervezték. Ez két fejleményt jelentett: a jog funkcionális differenciálódását és intézményesülését, valamint a jogi intézmények e komplexumának az állam politikai struktúrájában való elhelyezését.

A döntő pont az, hogy a jogállam egységes víziója a jog monopóliumával olyan ideológiai *állítás*, amelyet meg kell valósítani, és nem lehet feltételezni, hogy megállja a helyét. A jog múltja és jelene a terepen sokkal kuszább. Ezt több tényező is előidézheti: külső hódítás, amely nem nyomja el az uralkodó helyi jogot, diaszpóra, különböző etnikai vagy vallási közösségek saját jogi normákkal és intézményekkel, amelyek egymás mellett élnek egy területen belül, gyenge állami jogi intézmények, nem elegendő jogi ismeretekkel és gyakorlattal rendelkező ember, korrupciótól vagy erős társadalmi érdekektől áthatott jogi intézmények és így tovább. Az állami jogrendszer

¹⁷⁰ Lásd Mann, *The Rise of Classes and Nation-States*, fentebb 404; lásd van Creveld, *The Rise and Decline of the State*, fentebb.

Afganisztán ma például a legfelsőbb hatalomra hivatkozik, de az állami jogintézmények rosszul működnek, és a nagyobb városokon kívül alig érnek el valamit; vidéken hagyományos bíróságok vagy tálib bíróságok működnek, előbbiek az állam alternatívájaként, utóbbiak pedig egyenesen az állam ellen harcolnak.¹⁷¹ Még a modern megavárosokban is - a nyugati bevándorló negyedektől a Sao Paoló-i favelákig - vannak olyan zónák, ahol a közösségi jogformák (beleértve a tulajdonjogot, az átruházásokat és a rendfenntartást) többet számítanak, mint az állami jog.

Történelmileg nézve a jogrendszerek a jogi normák és intézmények komplexumait foglalják magukban, amelyek különböző formákban, különböző hatékonysággal és hatókörrel rendelkeznek, és a társadalmi színtereken a tekintélyért versengenek, egyesek az államhoz kötődnek, mások nem. Amikor a jogi intézményesülés sűrűsödik és szerteágazik az államon belül, horizontálisan (a különböző jogi funkciók között: rendfenntartás, bűnüldözés, jogszolgáltatás, ítélkezés, büntetés, börtön) és vertikálisan (magasabb szintek) differenciálódik, és kifejleszti a hatalom hatékony gyakorlásának képességét, akkor a társadalmi-politikai-gazdasági élet normalizált aspektusává és háttér-infrastruktúrájává válik. De hogy ez bekövetkezik-e, és milyen formát ölt, az minden társadalom egyedi történetétől és körülményeitől függ. Sok helyen ez továbbra is hiányos marad.

Transznacionális kapcsolatok - jog az államon túl

A világtörténelmet gyakran úgy mesélték el, mint a társadalmak közötti kapcsolatok gyarapodását a birodalmak hódításának és a kereskedelem bővülésének, a közlekedés és a kommunikáció technológiai fejlődésének, a népességnövekedésnek és az emberek mozgásának együttes hatásai révén.

¹⁷¹ Lásd Barfield, Thomas 2006: Neamat Nojumi és J. Alexander Their, "The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan," (2006), http://www.usip.org/files/file/clash_two_goods.pdf

a vidéki területekről a városokba és egyik földről a másikra a jobb élet reményében.¹⁷² Az állami rendszerek és a globális kapitalista gazdaság vastag összekötő ágakat növesztett, amelyek transznacionális és globális hálózatokká érnek, és a komplexitás további rétegeit szövik át az emberi társadalmon.¹⁷³ A birodalmi terjeszkedés már nem meghatározó, de a többi tényező előre galoppozik.

A társadalmi-politikai tér földrajza a helyi szintről globális szintre változik.¹⁷⁴ Úgy tűnik, hogy az államrendszer konszolidációja a huszadik század közepén érte el csúcspontját, amelyet a nemzetállamokon belüli gazdasági, politikai és jogi tevékenységeket összekötő központosító dinamika jellemez. Most ez szétesőben van, és az államon kívül más irányokba halad. A nemzetállam politikai-jogi értelemben továbbra is domináns marad (kivéve a krónikusan gyenge vagy háború sújtotta államokat), míg a jelentős politikai-jogi hatalom regionális (Európai Unió, NAFTA és ASEAN) és nemzetközi szervekre szállt át. A vállalatok jelentős globális szereplőkké váltak, több országra kiterjedő termelési és értékesítési hálózatokkal. A világvárosok/régiók (London, New York, Los Angeles, Párizs, Hongkong, Frankfurt, Amszterdam, Tokió stb.) a globális kapitalizmus csomópontjaivá váltak - a termelési létesítmények, a szakképzett és szakképzetlen munkaerő, a banki és pénzügyi szolgáltatások, a termékek és szolgáltatások piacai és fogyasztói, a közlekedési csomópontok, a jogi és számviteli szolgáltatások, vagyis mindazok a dolgok, amelyekre a modern kapitalizmus működéséhez szükség van.¹⁷⁵ Az önkormányzati és nemzeti kormányok egyre inkább átveszik a szerepét

¹⁷² Lásd McNeill és McNeill, *The Human Web*, fentebb; William J. Bernstein, *A Splendid Exchange: How Trade Shaped the World* (New York: Grove Press 2008). A globális gazdasági rendszer világos és tömör elméleti bemutatása megtalálható Immanuel Wallerstein, *World Systems Analysis: an Introduction* (Durham: Duke University Press 2004) című könyvében.

¹⁷³ A társadalmi fejlődés sok beszámolója megáll az államnál, de a közelmúltban Robert Wright, *Nonzero: The Logic of Human Destiny* (New York: Vintage 2000) és Ian Morris, *Why the West Rules-For Now: The Patterns of History and What They Reveal About the Future* (New York: Farrar Straus and Giroux 2010). ¹⁷⁴ Ennek nagyszerű feltárása Neil Brenner, *Globalisation as Reterritorialisation: The Re-scaling of Urban Governance in the European Union*, *Urban36 Studies* (4311999).

¹⁷⁵ Id. 438-441.

a helyi és globális kereskedelem elősegítői,¹⁷⁶ és gazdasági tevékenységet folytatnak a fejlesztőkkel való partnerségek és a vállalatoknak nyújtott adókedvezmények révén, vagy olyan kvázi-magánszervezetek létrehozásával, amelyek befektetnek a gazdasági tevékenységekbe, vagy közvetlenül gazdasági tevékenységet folytatnak.¹⁷⁷

Azzal egyidejűleg, hogy az állami kormányok egyre szorosabban összefonódnak a gazdasági magán szereplőkkel, egyesek lemondanak alapvető jogi tevékenységeikről. Magán biztonsági erők végzik a rendfenntartást egyetemeken, bevásárlóközpontokban, sport- és szórakoztató arénákban, üzleti létesítményekben és zárt közösségekben. Magánvállalkozások által működtetett büntetés-végrehajtási intézetekben az állami jogrendszer által küldött rabokat helyezik el. A kereskedelmi és magánjogi jogviták egyre nagyobb hányadát a jogi rendszer alternatívájaként magánbíráskodással rendezik. Ez a magánjog felé történő elmozdulás megfordítja a jogállam konszolidációjának az előző szakaszban ismertetett aspektusait, elmosva a köz- és magánjogi funkciók és hivatalok közötti határt.

Államközi szinten új jogi és jogi intézményi rétegek jöttek létre, amelyek "a biztonsággal, a fejlődő országoknak nyújtott fejlesztési és pénzügyi támogatás feltételeivel, a környezetvédelemmel, a banki és pénzügyi szabályozással, a bűnüldözéssel, a távközléssel, a termékek és szolgáltatások kereskedelmével, a szellemi tulajdonjogokkal, a munkaügyi normákkal, valamint a lakosság határokon átnyúló mozgásával, beleértve a menekülteket is, foglalkoznak".¹⁷⁸ Az emberi jogokról, valamint a nőkkel és a kisebbségi lakossággal való bánásmódról számos egyezmény létezik. Közel 50 aktív regionális és nemzetközi bíróság és törvényszék tárgyal ügyeket.¹⁷⁹ A transznacionális üzleti jog megkönnyíti a különböző nemzetek közötti kereskedelmi tranzakciókat a magánfelek között.

¹⁷⁶ Lásd Philip Bobbitt, *Terror és beleegyezés: The Wars for the Twenty-First Century* (New York: Anchor Books 2009) 86-93.

¹⁷⁷ Lásd Gordon MacLeod, *New Regionalism Reconsidered: International Journal of Urban and Regional Research* (8042001): *Globalization and the Remaking of Political Economic Space*, 25 *International Journal of Urban and Regional Research*.

¹⁷⁸ Benedict Kingsbury, Nico Krisch és Richard B. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, *Law and Contemporary Problems* 1615, (2005).

¹⁷⁹ Lásd Cesare P.R. Romano, A Taxonomy of International Rule of Law Institutions, *Journal of International Dispute Settlements* 241 (2011).

E jog nagy részét nem a hivatalos jogi hatóságok hozták létre, és nincs legfelsőbb hatalma - azt a kereskedelmi forgalomban részt vevő felek cselekedetei hozzák létre. Ezek a felek a mintaszerződésekből és az üzleti szokásokból vett szabványosított szerződési feltételeket használják, és a vitás ügyeket inkább magánbíráskodással, mintsem nemzeti vagy nemzetközi bíróságokkal rendezik.¹⁸⁰

A nemzetközi jog és a transznacionális jog sokat változott azóta, hogy H.L.A. Hart a század közepén megállapította, hogy a primitív jogra hasonlít. Bár ma már sokkal több jogintézmény létezik, Hartnak továbbra is igaza van abban, hogy messze elmarad a teljesen rendszerezett másodlagos szabályoktól.¹⁸¹ A nemzetközi bíróságok nem rendelkeznek kényszerítő végrehajtási képességgel. (A WTO által a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok miatt sérelmet szenvedett nemzetek által engedélyezett megtorlás megadása az állam előtti társadalmakhoz hasonlít, ahol az öregek jóváhagyták a sértett fél megtorlását.) A szabályok és a bírósági ítéletek betartása gyakran önkéntes beleegyezésen alapul. Sok szó esik a nemzetközi jog széttöredezettségéről és pluralizmusáról, mivel az nem racionalizált vagy egységes. Egy tudós úgy jellemezte a transznacionális kereskedelmi jogot, mint "főként önálló "puha jogot", amely független a kötelező jogi szabályok nemzetközi kereteitől, és néha hiányzik belőle a jogilag végrehajtható szabályhoz nélkülözhetetlen pontosság".¹⁸² Az emberi jogi normákat számos országban megsértik.

Genealógiai szempontból mindez nem zárja ki ezeket, mint a jog fontos megnyilvánulásait. A nemzetközi és a transznacionális jog folytonosan kapcsolódik a már létező jogrendszerekhez, és azokból nőtt ki, beleértve számos azonos típusú jogi rendelkezést és

¹⁸⁰ Lásd Ross Cranston, *Theorizing Transnational Commercial Law*, 42 *Texas International Law Journal* 597 (2007); Roy Goode, *Rule, Practice, and Pragmatism in Transnational Commercial Law*, 54 *International and Comparative Law Quarterly* 539 (2005).

¹⁸¹ Azzal az érveléssel kapcsolatban, hogy a nemzetközi jogi intézmények a legalizáció kontinuumán helyezkednek el, lásd Kenneth W. Abbott, Robert O. Keohane, Andrew Moravcsik, Anne-Marie Slaughter és Duncan Snidal, 54 *International Organization* (4012000).

¹⁸² Mario Giovanoli, A globális pénzügyi piac új architektúrája: Jogi szempontok a nemzetközi pénzügyi szabványok meghatározásában, in: Nemzetközi monetáris jog, szerkesztette Mario Giovanoli (2000) 40, idézi: Cranston, *Theorizing Transnational Commercial Law* supra 598.

mechanizmusok, valamint az állami joghoz való különböző folyamatos kötődések. Ahogy a nemzetközi jogászok hangsúlyozzák, "ma világszerte a kormányok túlnyomó többsége az idő túlnyomó többségében betartja a nemzetközi jog előírásait".¹⁸³ A nemzetközi jog és a transznacionális jogi rendszerek tagadhatatlanul jogi következményeket gyakorolnak a kormányok, a vállalati szereplők, a nem kormányzati szervezetek, az ügyvédek, az aktivisták és a hozzájuk folyamodó emberek tevékenysége révén.¹⁸⁴

A törzsek, államok és birodalmak jogához hasonlóan a transznacionális szintű jog is a hatalmat tükrözi és érvényesíti, miközben rendezi és keretet biztosít a közösüléshez. Ismét a jog kettős oldalát látjuk. A legerősebb országok alakítják és támogatják a nemzetközi jogot, amelyről úgy vélik, hogy az érdekeiket szolgálja, és szembeszállnak azzal, ami nem: például a foglyok vízbe szállítása az Egyesült Államokban és a Nemzetközi Büntetőbírósághoz való csatlakozás elutasítása. Az ENSZ Biztonsági Tanácsának öt állandó tagja (Kína, az Egyesült Államok, Oroszország, Franciaország és az Egyesült Királyság) törvényhozó és vétójoggal rendelkezik a jogszabálysértések miatti szankciók alkalmazása felett.¹⁸⁵ A Kereskedelmi Világszervezet szabadkereskedelmi etikája - a munkaügyi és környezetvédelmi rendelkezések kizárásával - a gazdaságilag erős nemzetek által erőltetett ideológiai választás; eközben az Egyesült Államok és az európai államok jelentős támogatásokat nyújtanak a gazdáiknak, ami torzítja a globális mezőgazdasági piacot, és visszautasítja a fejlődő országok kéréseit, hogy hagyjanak fel ezzel.¹⁸⁶

A nemzetközi és a transznacionális jog a jog legújabb formái, amelyek a történelem során alakultak ki, és a társadalmi, politikai és gazdasági szereplőkkel, valamint az államok közötti és transznacionális tevékenységekkel kölcsönhatásban fejlődnek.

¹⁸³ Louis Henken, *How Nations Behave* (New York: Columbia University Press, 1979). 47.

¹⁸⁴ Lásd Karen J. Alter, *The New Terrain of International Law* (Princeton: Princeton University Press 2014).

¹⁸⁵ Stefan Telman, The Security Council as World Legislature, *American Journal of International Law* (1752005).

¹⁸⁶ Lásd Sungjoon Cho, The Demise of Development in the Doha Round Negotiations, *45 Texas International Law Journal* 573 (2010).

Mi a jog?

A jog olyan társadalmi konstrukció, amelynek formája és funkciója az emberi történelem során változott. A korai időkben, amikor az emberek vadászó és gyűjtögető bandákban éltek, a jog a legkezdetlegesebb formájában a tulajdonra és a személyekre vonatkozó védelmeket és korlátozásokat állapított meg - a fizikailag sebezhető, kényelmet és élvezetet kereső, agresszív és ragaszkodó hajlamú társadalmi-szexuális lények számára az együttéléshez, a megfelelő élelem és menedék megszerzéséhez, a túléléshez és a szaporodáshoz szükséges alapokat. Amikor a közösségek letelepedtek és jelentősen megnöttek, összetett törzsfőnökségeket és korai államokat alakítottak ki, a társadalmi összetettség egyik aspektusaként az intézmények összeolvadtak, és a joghoz struktúrát és szervezett erőt adtak, létrehozva a jogrendszereket. Ez egyfajta fázisátalakulás volt, amely után a jog más formát és képességeket, mindenekelőtt összehangolt állandó hatalomra tett szert. A jogrendszerek folytatták a jog alapvető funkcióit a sávokban, miközben strukturálták és érvényre juttatták a társadalmi, gazdasági és politikai hierarchiát, és hozzáadták magának a jogrendszernek a hatalom fokozását. A korai államok a jogot a poliszon belül olyan intézmények komplexumaként foglalták magukba, amelyek képesek voltak jogi döntéseket hozni és a hatalmat irányítani, vallási és politikai ideológiába, hagyományba és közösségi normákba öltöztetve. A birodalmakká vált államok a jogot kényszerítő mechanizmusként használták a birodalmi uralom fenntartására és a birodalmi gazdasági érdekek előmozdítására.

Miután a konszolidált jogállami rendszer további intézményesülésen, megszilárduláson és racionalizáláson ment keresztül, egy második fázisú átalakulás következett be, amelynek során a jog, amely már nem korlátozódott elsősorban a társadalmi rendező funkciókra, tetszés szerint jött létre, és többfunkciós eszközzé vált, amelyet szervezett kényszerítéssel támogattak, hogy előmozdítsák az azt használók céljait. A legutóbbi szakasz az államok közötti és az államokon átnyúló jog intézményesülését foglalja magában, amely megfelel az államhatárokon átnyúló

politikai és gazdasági tevékenységek növekvő hálózatainak.

A jog ma sokrétű, olyan okokból, amelyeket a legtöbb jogelméletíró nem ismer el. Az előbbi elbeszélés a jog különböző formáit tárgyalja, amelyek az emberi történelem során léteztek: vadászó gyűjtögetők, törzsfőnökségek, korai államok, birodalmak, jogegységességre törekvő államok, valamint a nemzetközi és transznacionális jog (különösen a globális kapitalizmushoz kötődve). Ha időrendi sorrendbe állítjuk, úgy néz ki, mint egy történelmi pálya, ahol a későbbi szakaszok felváltják a korábbiakat. Ez azonban félrevezető. A jog mindezen formáinak változatai, variációi és örökségei ma számtalan kontextusban megtalálhatók a világ minden táján, kölcsönhatásban más, ugyanabban a társadalmi térben szintén jelen lévő jogformákkal (bár a vadászó-gyűjtögető csoportok eltűnőben vannak). Éppen ezért ezeket a különböző formákat el kell ismerni, ha a jogot valóban meg akarjuk érteni: ezek a formák valóságosak, és továbbra is hatással vannak.

Mint minden társadalmi jelenség, a jog is rendkívül változó, és még mindig alakulóban van. A jogpozitivisták azon törekvése, hogy a joggal kapcsolatban alapvető, szükséges, általánosan alkalmazható, időtlen igazságokat állapítsanak meg, kiemeli azt a történelemből, és változatlan jellemzők szűk körére redukálja. Ami ennek eredményeképpen létrejön, az számos múltbeli és jelenlegi társadalmi környezetben nem felel meg a jognak, és elveti a jog lényegének és működésének nagy részét. Ahhoz, hogy megértsük, mi is a jog, nem választhatjuk el a környező társadalmi, kulturális, politikai, technológiai, anyagi és gazdasági erőktől. A jog társadalmi elmélete ehhez a valósághoz tartja kötve.

