



**JOGI TANULMÁNYOK KUTATÁSI
TANULMÁNYSOROZAT**

PAPÍRSZÁMLA SZÁM. 13-04-01

2013. április

A jogtudomány harmadik pillére:
Szociális jogelmélet

Brian Z. Tamanaha
William Gardiner Hammond jogi professzor

A JOGTUDOMÁNY HARMADIK PILLÉRE: A TÁRSADALMI- JOGI ELMÉLET

BRIAN Z. TAMANAHA*

TARTALOMJEGYZÉK

BEVEZETÉS..
I. HÁROM TIZENKILENCEDIK SZÁZADI RIVÁLIS.
II. A JOG MINT TÁRSADALMI INTÉZMÉNY.
III. A JOG TÁRSADALOMELMÉLETÉNEK KÖZÉPPONTJÁBAN TÖRTÉNETI JOGTUDOMÁNY.
IV. A SZOCIOLÓGIAI JOGTUDOMÁNY FOLYTONOSSÁGA.
V. A JOG TÁRSADALOMELMÉLETE A JOGI REALIZMUSON BELÜL ÉS A KORTÁRS JOGI GONDOLKODÁS.
VI. TÁRSADALMI-JOGI ELMÉLET
VII. A JOG.. HÁROM ELLENTÉTES-KIEGÉSZÍTŐ NÉZŐPONTJA
VIII. "DE EZ NEM JOGFILOZÓFIA"...
IX. MIÉRT FONTOS.

* William Gardiner Hammond jogászprofesszor, Washington Egyetem. Köszönöm a William & Mary jogi karának, hogy meghívtak a 2012. évi Wythe-előadás megtartására, és a Law Review szerkesztőinek, hogy meghívtak az előadás átdolgozott változatának közzétételére. Köszönöm továbbá az előadáson és a Georgetown Law School jogi karának workshopján megjelent hallgatóságnak a hasznos kritikai észrevételeket.

BEVEZETÉS

Amikor a kortárs jogelméleti szakemberek a "Mi a jog?" kérdéssel foglalkoznak, elemzéseiket jellemzően a jogi pozitívizmus és a természetjog közötti nagyszabású küzdelem jegyében fogalmazzák meg. A "Jog természete" című enciklopédikus bejegyzésben Andrei Marmor megjegyzi:

Az elmúlt évszázadok során két fő rivális filozófiai hagyomány alakult ki, amelyek különböző válaszokat adnak a [hagyományos] kérdésekre [a jog természetével kapcsolatban]. A régebbi, a késő középkori keresztény tudományosságra visszavezethető hagyományt természetjogi hagyománynak nevezik. A 19. század eleje óta a természetjogi elméleteket hevesen támadta a jogi pozitívizmus hagyománya, amelyet olyan tudósok hirdettek, mint Jeremy Bentham és John Austin.¹

A jog természete című, nemrégiben megjelent szöveg csak a természetjogászok és a jogpozitivisták közötti vitát tárgyalja.²

Ez a kettő előkelő helyet foglal el a jogtudományok szokásos beszámolóiban.

dence,³ álló felett álló rendezetlen kusza összevisszasága más elméleti

megközelítések.⁴ A jogtudományi szövegek gyakori elrendezése az, hogy a természetjoggal és a jogi pozitívizmussal kezdenek, ebben a sorrendben, majd a jogi realizmus következik, végül pedig a kortárs gondolkodási irányzatok sokasága.⁵ Ez a sorrend egyrészt időrendi, másrészt tematikus: a természetjog

1. Andrei Marmor, A jog természete, STAN. ENCYCLOPEDIA PHIL. (2001. május 27.), <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature> (utolsó frissítés 201125., február) [<http://perma.cc/6YT6-6F47>]. Bár elismeri a szociológiai megközelítéseket, Larry Solum hasonlóképpen a természetjogra és a jogi pozitívista iskolára összpontosítja elemzését. Larry Solum, Jogelméleti lexikon 065: The Nature of Law, LEGAL THEORY BLOG (2005. május 11.), http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2008/05/legal-theory-le.html (utolsó látogatás 2015. május 28.) [<http://perma.cc/8TB9-539Z>].

2. A JOG TERMÉSZETE: A FOGALMI JOGTUDOMÁNY FILOZÓFIAI KÉRDÉSEI ÉS LEGAL THEORY (Kenneth Einar Himma szerk., 2011).

3. Id. at v.

4. Lásd általában BRIAN BIX, JURISPRUDENCE: (6. kiadás, 2012) (a jogtudomány különböző elméleteinek, valamint a befolyásos elsődleges szövegekben bemutatott, ezeket az elméleteket övező vitáknak a tárgyalása).

5. Lásd pl. ROBERT L. HAYMAN, JR. ET AL. „JURISPRUDENCE CLASSICAL AND CONTEMPORARY: FROM NATURAL LAW TO POSTMODERNISM, (2d ed. 2002); JEFFRIE G. MURPHY & JULES L. COLEMAN, PHILOSOPHY OF LAW: AN INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE (rev. ed. 1990); FREDERICK SCHAUER & WALTER SINNOTT-ARMSTRONG, THE PHILOSOPHY OF LAW:

a jogelmélet a klasszikus időkben kezdődött; a ⁶jogi pozitivizmus a XIX. században a természetjog megkérdőjelezésére alakult ki; a ⁷jogi realizmus az 1920-as és 1930-as években a formalista jogszemlélet leleplezésére;⁸ az 1950-es évek végi Hart-Fuller vita a jogi pozitivizmus újjáéledését jelentette;⁹ az 1970-es években Dworkin megkérdőjelezte Hart dominanciáját, a ¹⁰jog és közgazdaságtan a jogot gazdasági szempontból vizsgálta, ¹¹a radikális baloldal kritikai jogi tanulmányai pedig a mainstream jogi liberalizmust támadták.¹² Most ezen iskolák leszármazottainak vagy variációinak összevisszasága áll előttünk, a természetjog és a jogi pozitivizmus pedig mindenekelőtt a természetjog és a jogi pozitivizmus élvezi a kiemelkedő szerepet.

A jogtudománynak létezik egy harmadik fő pillére is - érvelek ebben a cikkben -, amely a természetjog és a jogi pozitivizmus riválisaként több évszázadon át létezett, bár a címkézés és az intellektuális divat szeszélyei miatt manapság többnyire nem ismerik el.¹³ Annak ellenére, hogy nincs elismert neve és identitása, ennek az elméleti áramlatnak számos központi tételét ma már gyakorlatilag magától értetődőnek tekintik - figyelemre méltó eredmény egy olyan jogelméleti perspektíva számára, amely továbbra is szinte láthatatlan.

A címmel ellentétben nem állítom, hogy minden létező jogi elméletet be lehet szorítani e három jogtudományi megközelítés valamelyikébe; és azt sem állítom, hogy ez az egyetlen módja a jelenlegi jogelméletek kategorizálásának.¹⁴ Állításaim inkább korlátozottak: ez a harmadik elméleti áramlat a természetjoggal és a jogi pozitivizmussal szemben régóta fennálló és koherens alternatívát jelent, és a jogról folytatott elméleti vitának előnyére válik, ha elismeri, hogy ez a

KLASSZIKUS ÉS KORTÁRS OLVASATOK KOMMENTÁRRAL (1996).

6. MURPHY & COLEMAN, fentebb 5. lábjegyzet, at 12.

7. Id. 19.

8. HAYMAN, JR. ET AL., 5. lábjegyzet, 159-60. o.

9. MURPHY & COLEMAN, fentebb, 5.

lábjegyzet, 36-39. lábjegyzet. 10. Id. 39-46. o.

11. J. M. KELLY, A NYUGATI JOGELMÉLET RÖVID TÖRTÉNETE 437-41 (1992).

12. MURPHY & COLEMAN, 5. lábjegyzet, 51-55. o.

13. Ez alól az általános kezelés alól kivételt képez a RAYMOND WACKS, UNDERSTANDING JURISPRUDENCE (3d ed. 2012). Wacks egy fejezetet szentel a "Jog és társadalomelmélet", valamint egy fejezetet a "Történeti és antropológiai jogtudomány" témakörének. Az én kezelésem abban különbözik, hogy ezeket az iskolákat egyetlen hagyományon belül egyesítem, míg ő ezeket különálló megközelítéseként mutatja be. Az általam említett hagyomány egy változatát a közelmúltban Hanoch Dagan & Roy Kreitner, The Character of Legal Theory, CORNELL 96 L. REV. 671, 675- (772011).

14. Egy másik, három részből álló osztályozáshoz lásd ROBIN WEST, NORMATIVE JURISPRUDENCE: AN INTRODUCTION (2011) (a természetjog, a jogi pozitivizmus és a kritikai jogi tanulmányok elemzése).

ilyen.¹⁵ A jogtudomány e harmadik ágának elismerése olyan keretet teremt, amely megkönnyíti a jog természetéről szóló viták során jelenleg háttérbe szorult felismerések beépítését, beleértve a jogi intézményekkel, a jogi funkciókkal, a jogi hatékonysággal, a jogi változásokkal, a jogi gyakorlattal, a jogfejlődéssel, a jogi pluralizmussal és a jogi kultúrával kapcsolatos felismeréseket, és még több.¹⁶ Ez a jogtudományi hagyomány, amelyet "szociális jogi" névvel illetnek

Az "elméletet" - a későbbiekben nyilvánvalóvá váló okok miatt - a jog természetének tökéletesen szociális szemlélete jellemzi.¹⁷

I. HÁROM TIZENKILENCEDIK SZÁZADI RIVÁLIS

Először is megpróbálom lazítani a hagyományos feltételezések szorítását azzal, hogy megjegyzem, hogy a jogelméleti szakemberek egy évszázaddal ezelőtt meglepődtek volna azon, hogy Marmor csak két nagy jogtudományi riválist azonosít, és azon is, hogy a természetjognak milyen nagy jelentőséget tulajdonít.¹⁸ Ahogy Roscoe Pound írta 1911-ben:

A közelmúltig a jogtudósokat három fő csoportra lehetett osztani aszerint, hogy milyen nézeteket vallanak a jog természetéről és milyen nézőpontból kell megközelíteni a jogtudományt. Ezeket a csoportokat nevezhetjük filozófiai iskolának [természetjog], történeti iskolának és analitikus iskolának.¹⁹

A XIX. század végén a történeti iskola egyenrangú volt a jogi pozitivizmussal,²⁰ míg a természetjogi elmélet hosszú időre elcsendesedett.²¹ Ahogy J. M. Kelly jogtörténész fogalmazott:

Ha a tizenkilencedik században a természetjogi hitnek, amely az ókortól kezdve egészen a reformáció utánig fennmaradt, és amelyet csak a felvilágosodás racionális tudományos szelleme szorított háttérbe, bármilyen nyomát keressük, nehezen fogjuk megtalálni az intézményes tanításon kívül bárhol is.

15. Lásd a 88-95. megjegyzéseket kísérő infra szöveget.

16. Lásd az alábbi IX. részt.

17. Lásd az alábbi VI. részt.

18. Marmor, *Supra* note 1.

19. Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, HARV24. L. REV. 591,591 (1911).

20. Lásd Roscoe Pound, *Book Review*, HARV35. L. REV. 774,774 (1921); lásd még Melville M. Bigelow, *A jogi gondolkodás tudományos iskolája*, GREEN17 BAG (1,19051).

21. Bigelow, *Supra* note at 20,1.

Katolikus Egyház, amely soha nem hagyta el az arisztotelészi-tomista hagyományt.²²

Ez a kijelentés túlságosan tágra söpör, mert figyelmen kívül hagyja, hogy a természetjogi gondolkodást ebben az időszakban a standard iskolai tantervben tanították,²³ de abban igaza van Kellynek, hogy a jogtudósok alig írnak a természetjogi elméletről.²⁴

A természetjog a XIX. század végére olyannyira kegyvesztetté vált filozófiai körökben, hogy időnként felvetődött, hogy nincs okunk tudományos érveket felsorakoztatni ellene.²⁵ A neves oxfordi professzor, James Bryce a *Studies in History and Jurisprudence* című tanulmányában megjegyezte, hogy "ma már ritkán halljuk a természetjog kifejezést. Úgy tűnik, eltűnt a politika szférájából éppúgy, mint a pozitív jogból".²⁶ Évtizedekig szunnyadt. Egy cikk a megjegyezte 1915: "[n]em mondják újra és újra, hogy a természetjog újjáéledése folyamatban van vagy küszöbön áll", de úgy folytatta, hogy "ilyen jellegű új mozgalom ... aligha [látható]".²⁷ Lon Fuller 1940-ben azon kesergett, hogy a természetjogot akkoriban széles körben "pókhálós illúzióknak" tekintették.²⁸ Ezt írta:

Úgy vélem, hogy a mai kor számára nagy értéket képviselnek azoknak a gondolkodóknak az írásai, akiket a természetjog iskolájához sorolnak és általában el is utasítanak, és a még mindig uralkodó pozitivisták irányzat egyik legszerencsétlenebb következményének tartom, hogy hozzájárult e fontos és gyümölcsöző irodalom elhanyagolásához.²⁹

22. J. M. KELLY, A NYUGATI JOGELMÉLET RÖVID TÖRTÉNETE (3331992).

23. Lásd KNUD HAAKONSSON, NATURAL LAW AND MORAL PHILOSOPHY 310-41 (1996).

24. Lásd Jeremy Waldron, *The Decline of Natural Right*, in *THE CAMBRIDGE HISTORY OF PHILOSOPHY IN THE NINETEENTH CENTURY (1790-1870)* 626-27623, (Allen W. Wood & Songsuk Hahn szerk., 2012).

25. Id. Bár a természetjogi gondolkodás különbözik a természetjogtól, az előbbi az utóbbiból nőtt ki, és mindkettő hasonló okokból hanyatlott. Id. 640.

26. JAMES BRYCE, *STUDIES IN HISTORY AND JURISPRUDENCE* 604 (1901). Bryce négy iskolát különböztet meg: metafizikai (természetjogi), analitikus, történeti és összehasonlító iskolát - az utóbbi kettő egymással összefügg. Id. at 607-37. Frederick Pollock is úgy írja le az utóbbi kettőt, mint szorosan összefüggő, Montesquieu-re és Maine-re alapozott iskolát. Lásd Frederick Pollock, *The History of Comparative Jurisprudence*, *J5. SOC'Y COMP. LEGIS.* 74, 75-84 (1903).

27. A.W. Spencer, *A természetjog újjáéledése*, *CENT80. L.J.* (1915)346, 346

28. LON L. FULLER, *A JOG ÖNMAGÁT KERESI* (1041940).

29. Id. 101.

A történeti jogtudomány félelmetes rivális volt, nemcsak abban, hogy egy időre háttérbe szorította a természetjogot, hanem abban is, hogy erőteljes kritikát fogalmazott meg a természetjoggal szemben:³⁰ "A historizáló hagyomány valamennyi gondolkodója úgy vélte, hogy a természetjogi doktrína jogtalanul univerzalizálta a XVIII. századi Európa értékeit, mintha azok minden korszakra érvényesek lennének...

és kultúrák."³¹ Friedrich von Savigny, a XIX. századi a történeti jogtudomány előfutára, a történeti perspektívát ajánlotta fel e természetjogi tendencia ellenszereként: "A történeti szellem az egyetlen védelem az önámítás egy fajtája ellen is, amely egyes emberekből, valamint egész nemzetekben és korokban is újra és újra felélénkül; nevezetesen az ellen, hogy azt, ami csak ránk jellemző, az emberi természet egészére általánosan érvényesnek tartjuk." A történeti szellem az egyetlen védelmet jelenti az önámítás egy fajtája ellen, amely egyes emberekből, valamint egész nemzetekben és korokban is újra és újra felélénkül.³² Henry Maine, a történeti jogtudomány egy másik alapító alakja a tizenharmadik század közepére vezette vissza ezt a kihívást: "[Montesquieu könyve] minden hibájával együtt még mindig azon a történeti módszeren haladt, amely előtt a természetjog egy pillanatra sem állta meg a helyét."³³

A hagyományos jogtudományi narratíva a szellemtörténet e részleteit a későbbi fejleményekre hivatkozva elveti: a történeti jogtudomány a huszadik század elején lejárt, míg a természetjogi elmélet a század közepe után éledt újjá.³⁴ "Az Egyesült Államokban a történeti jogtudományt halottnak tekintik,"

írta Harold Berman jogtörténész és teoretikus.³⁵ Egy vezető jogtudományi szöveg hasonlóan hirdeti, hogy "a történeti jogtudomány nagyrészt eltűnt".³⁶

Ebben a cikkben megmutatom, hogy ez a nézet, bár felszínesen helyes, lényegét tekintve téves. Bár a címke használaton kívülre került, a történeti jogászok által képviselt alapvető elméleti tételek, a jogtudomány harmadik áramlatát meghatározó tételek továbbéltek és elterjedtek.³⁷ Ezek az elméleti tételek nem a történeti iskolától származnak, és nem is kizárólag arra vonatkoznak.

30. Lásd CHARLES GROVES HAINES, THE REVIVAL OF NATURAL LAW CONCEPTS 69-71 (1930).

31. FREDERICK CHARLES BEISER, A NÉMET HISTORISTA HAGYOMÁNY (132011).

32. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, KORUNK HIVATÁSÁRÓL A JOGALKOTÁS ÉS A JURISPRUDENCE (134Abraham Hayward ford., Littlewood & Co. szerk. 1831).

33. HENRY SUMMER MAINE, ANCIENT LAW (91John Murray szerk., 1920).

34. Lásd MURPHY & COLEMAN, 5. lábjegyzet, 36-37. o.

35. Harold J. Berman, The Historical Foundations of Law, EMORY 54 L.J. (13,200518).

36. BIX, a4, fenti megjegyzés 276.

37. Lásd az alábbi IV. részt.

II. A JOG MINT TÁRSADALMI INTÉZMÉNY

Montesquieu A törvények szelleme című művében, amelyet 1748széleskörű elismeréssel adtak ki, ez a termékeny szakasz található:

A törvényeknek a létrehozott vagy létrehozni kívánt kormányzat természetéhez és elvéhez kell kapcsolódniuk, akár a politikai törvényekhez hasonlóan alakítják, akár a polgári törvényekhez hasonlóan tartják fenn azt.

Az ország fizikai adottságaihoz kell kapcsolódniuk; az éghajlathoz, legyen az fagyos, tikkasztó vagy mérsékelt égövi; a terep tulajdonságaihoz, elhelyezkedéséhez és kiterjedéséhez; a népek életmódjához, legyenek azok szántók, vadászok vagy pásztorok; viszonyulniuk kell a szabadságnak ahhoz a fokához, amelyet az alkotmány fenntarthat, a lakosok vallásához, hajlamaikhoz, vagyonukhoz, számukhoz, kereskedelmükhöz, erkölcsöikhez és modorukhoz; végül a törvények viszonyulnak egymáshoz, eredetükhöz, a törvényhozó céljához és a dolgok rendjéhez, amelyen alapulnak. Mindezekből a szempontokból kell vizsgálni őket.³⁸

"A törvényeknek olyannyira illeszkedniük kell ahhoz a néphez, amely számára készültek" - tanácsolta - "hogy nagyon valószínűtlen, hogy az egyik nemzet törvényei megfeleljenek egy másiknak".³⁹

Montesquieu leíró és előíró jellegű beszámolót adott a jogról mint társadalmi intézményről, amely illeszkedik a környező környezetéhez, és amelynek illeszkednie kell ahhoz, hogy a jogrendszer és a társadalom jól működjön. A jog olyan társadalmi intézmény, amelyet a társadalom formál, és amely viszont formálja a társadalmat. A jog az államberendezkedés, a vallás, a kereskedelem, az emberek, az erkölcsi nézetek, a szokások, a hőmérséklet, a földrajz és minden más, a társadalommal kapcsolatos és azon belüli dolog terméke és tükröződése, holisztikusan szemlélve. Emile Durkheim szociológus azt írta, hogy Montesquieu "világosan látta, hogy mindezek az elemek egy egészet alkotnak, és hogy ha külön-külön, külön-külön, a nélkül, hogy

38. MONTESQUIEU, THE SPIRIT OF THE LAWS 8-9 (Anne M. Cohler et al. eds. & trans., Cambridge Univ. Press 1989) (1748).

39. Id. 8.

a többiekre való hivatkozással nem érthetők meg."⁴⁰ Montesquieu kiemelte "a társadalmi jelenségek összefüggéseit".⁴¹

A jog társadalmi intézményként való ábrázolásán túlmenően befolyásos példát mutatott azzal is, hogy a jog naturalista-tudományos szemléletét feltételezte, szemben a filozófiai vagy vallási spekuláció vagy idealizálás jelenlegi módjaival.⁴² Hobbes természetállapot- és társadalmi szerződéselméleteit indokolatlan és szükségtelen mítoszokként bírálta: az emberi társadalmak nem igényelnek magyarázatot.⁴³ Természetünkön fogva társas-szexuális lények vagyunk, akik közösségekben élnek.⁴⁴ A jogot a legjobban tudományos módszerekkel lehet megítélni, a történelmi és jelenlegi társadalmakra vonatkozó információk széles körének összegyűjtésével, a tények alapos megfigyelésével, induktív és deduktív érvelés alkalmazásával, összefüggések és minták megfigyelésével, ideáltípusok konstruálásával és a társadalmi-jogi berendezkedésre vonatkozó általános tételek megfogalmazásával.⁴⁵ Durkheim Montesquieu-nek tulajdonította, hogy ő volt az az elméletíró, aki "először fektette le a társadalomtudomány alapelveit"⁴⁶, és "új tudományterületet hozott létre, amelyet ma összehasonlíto jognak nevezünk".⁴⁷

A felvilágosodás természetjogi gondolkodásának fénykorában írta, Montesquieu pluralista elképzelést fogalmazott meg, amely (bizonyos értelemben) meghonosította a természetjogot: bár az ész egyetemes, a jogi rendelkezések nem lehetnek egységesek, mert az ész által a jottól elvártak a környező kontextus különbségei miatt változnak. Montesquieu álláspontjából következik, hogy a különböző politikai-gazdasági-kulturális-ökológiai komplexummal rendelkező társadalmak eltérő feltételekkel és célokkal rendelkeznek, és ebből következően a jog is eltérő szerkezetű és tartalmú lesz.⁴⁸ David Hume, egy naturalista szemléletet valló kortárs filozófus, megerősítette ezt a korszakalkotó felismerést:

40. EMILE DURKHEIM, MONTESQUIEU ÉS ROUSSEAU: A SZOCIOLÓGIA ELŐFUTÁRAI (561960).

41. Id. az

Id57.42.. 56-57.

pontnál.

43. MONTESQUIEU, *Supra* note at 38,6-7; lásd még Michael Zuckert, *Natural Law, Natural Rights, and Classical Liberalism: On Montesquieu's Critique of Hobbes*, *SOC18. PHIL. & POLY* 227,228(2001).

44. MONTESQUIEU, *Supra* note at 38,6-7.

45. Isaiah Berlin, *Montesquieu*, in *AGAINST THE CURRENT* 138-39130, (Henry Hardy szerk., 2001).

46. DURKHEIM, fentebb 40. lábjegyzet, at 61.

47. Id. 51.

48. Lásd a Berlin, *Supra* note at 45,158.

Általánosságban megállapíthatjuk, hogy minden tulajdonjogi kérdés a polgári törvények fennhatósága alá tartozik, amelyek az egyes társadalmak sajátos kényelme szerint kiterjesztik, korlátozzák, módosítják és megváltoztatják a természetes igazságosság szabályait. A törvények állandóan a kormányzat alkotmányára, a szokásokra, az éghajlatra, a vallásra, a kereskedelemre és az egyes társadalmak helyzetére vonatkoznak, vagy azoknak kellene vonatkozniuk. Egy zseniális és művelt szerző [Montesquieu], aki nemrégiben ezt a témát alaposan feldolgozta, és ezekből az elvekből kiindulva a politikai ismeretek olyan rendszerét alkotta meg, amely bővelkedik zseniális és ragyogó gondolatokban, és nem szűkölködik szilárdságban sem.⁴⁹

Hume az emberi természet alapvető jellemzőiből kiindulva (társas lények, önérdekűek, korlátozott jóindulatúak társaikkal szemben), szűkösségi körülmények között dolgozta ki a jogról mint változó intézményi berendezkedésről szóló saját beszámolóját, amely a társadalom javát szolgálja.⁵⁰

Montesquieu nézőpontja nemcsak a természetjogi elmélet univerzalizmusával száll szembe, hanem finoman visszavág a jogi pozitívizmusnak is. Azzal, hogy a jog hatékony okait a társadalmi erőkhöz helyezi el, kiszorítja a törvényhozó akaratát mint a jog elsődleges forrását.⁵¹ Isaiah Berlin filozófus ezt az irányvonalat közvetítette egy Montesquieu-ről szóló esszéjében:

Egész célja annak megmutatása, hogy a törvények nem a semmiből születnek, hogy nem Isten, pap vagy király pozitív parancsainak eredményei, hanem, mint minden más a társadalomban, egy adott társadalom változó erkölcsi szokásainak, hiedelmeinek, általános hozzáállásainak kifejeződései, egy adott időben, a földfelszín egy adott részén, melyekre azok a fizikai és szellemi hatások hatnak, amelyeknek a hely és az időszak kiteszi az embereket.⁵²

49. DAVID HUME, AN ENQUIRY CONCERNING THE PRINCIPLES OF MORALS (93Tom L. Beauchamp szerk., 1998).

50. Id. 83-103., 170-75. pont.

51. DURKHEIM, 40. lábjegyzet, 40-44. o.

52. Berlin, fentebb, 45,153-54. o.

Hangsúlyozta, hogy a jog szervesen fejlődik a változó társadalom igényeivel összefüggésben.⁵³

Montesquieu jogi végzettséggel rendelkezett, és mivel egy évtizeden át tartományi bíróként dolgozott, első kézből ismerte a jogot.⁵⁴ Figyelmeztetett arra, hogy az uralkodó erkölcsi és társadalmi normákkal ütköző törvényhozási rendelkezések könnyen kudarcot vallhatnak, és a hatékonyságukhoz zsarnoki erőre lehet szükség.⁵⁵ Judith Shklar írta Montesquieu kapcsán,

A törvényhozók számára az a tanulság, hogy a jogot mindenekelőtt az általuk irányított társadalmi egész részeként, valamint a szándékos kormányzás eszközeként kell értelmezniük. A törvények szelleme tehát a szándékos emberi tervek és a társadalom minden szabályát feltételező mélységes körülmények keveréke.⁵⁶

A jogról és a társadalomról alkotott nézetét kritizálták, mint túlságosan determinisztikus és konzervatív - ez a vád rendszeresen elhangzik a jog és társadalom holisztikus elméleteivel szemben -, de, mint Berlin megjegyezte, a társadalmi reformerek és radikálisok is "úgy hívták segítségül, mint annyi követelést, hogy a jognak folyamatosan reagálnia kell a változó társadalmi szükségletekre, és nem szabad valami elavult elvhez kötődnie, amely csak egy halott és elmúlt korszakra érvényes".⁵⁷

III. A JOG TÁRSADALOMELMÉLETE A TÖRTÉNETI JOGTUDOMÁNY KÖZÉPPONTJÁBAN

Amikor a történeti jogtudomány a tizenkilencedik század elején kialakult, Montesquieu meglátása állt a középpontjában. Peter Stein, egy ritka kortárs tudós, aki munkáját a történeti jogtudományon belül helyezi el, világossá teszi ezt: "A XIX. századi történeti jogtudomány a jog és a társadalmi és gazdasági körülmények közötti kapcsolaton alapult".⁵⁸ Harold Berman ugyanezt a tézist mutatja be:

53. Id. 156-57.

54. Lásd JUDITH N. SHKLAR, MONTESQUIEU 1-5 (1987).

55. Lásd MONTESQUIEU, Supra 38. lábjegyzet, 308-33; lásd még Berlin, Supra 45. lábjegyzet, 155. lábjegyzet. Montesquieu szigorúan azt a nézetet vallotta, hogy a bírák a törvényeket úgy értelmezik, ahogyan azok meg vannak írva, és így nem terjesztette ki a társadalmi erők befolyását a bírói értelmezés területére. Berlin, Supra note at 45,154.

56. SHKLAR, Supra note at 54,69.

57. Berlin, a45, fenti megjegyzés 156.

58. Peter Stein, A történeti jogtudomány feladatai, in: A JOGI SZEMLE: ESSAYS FOR TONY HONORÉ (293, Neil 304 MacCormick & Peter Birks szerk., 1986).

[H]istorikusok a "van" jog és a "kell lennie" jog forrását az adott társadalom szokásaiban és hagyományában - beleértve a bíróságok korábbi döntéseit és a jogászok tudományos írásait is - hangsúlyozzák, azt állítva, hogy mind a jogi szabályok, mind az igazságszolgáltatás értelme a társadalom jellegében, kultúrájában és történelmi értékeiben található meg.⁵⁹

Friedrich von Savigny A korunk hivatásáról a jogalkotás és a jogtudomány számára című műve, amelyet a németországi Polgári Törvénykönyv megalkotásának 1814kikezdése érdekében adtak ki, a történelmi jogtudomány első darabja. Savigny bírálta a természetjogi "meggyőződést, miszerint létezik egy gyakorlati természet- vagy észjog, egy ideális jogszabály a minden időben és minden körülmények között"⁶⁰, és bírálta a jogi pozitivisták tételét, miszerint "minden jog, konkrét formájában, a legfőbb hatalom kifejezett rendelkezéseire épül".⁶¹ Ezekkel az álláspontokkal szemben úgy érvelt, hogy a jog a társadalmon belüli erők tervezetlen terméke:

A legkorábbi időkben, amelyekig a hiteles történelem terjed, a jog már elnyerte a népre jellemző, rögzített jellegét, akárcsak a nyelvük, a szokásaik és az alkotmányuk. Nem, ezek a jelenségek nem rendelkeznek különálló létezéssel, hanem csak az egyes népek sajátos képességei és hajlamai, amelyek a természetben elválaszthatatlanul egyesülnek, és a mi szemünkben csak a látszatát viselik a különálló tulajdonságoknak.⁶²

A jog forrása vagy "székhelye" szerinte a "nép közös tudata".⁶³ A jogot "először a szokások és a szokásjog alakítja ki".

"népi hit",⁶⁴ majd a jogászok ezeket jogi tanítás; a törvényt tehát "mindenütt belső, csendben működő erők hozzák létre, nem pedig a törvényhozó önkényes akarata".⁶⁵ Savigny Montesquieu-nek tulajdonította annak megállapítását, hogy a jog a következőkhöz kötődik

59. Berman, 35,13-14. o.

60. SAVIGNY, Supra note at 32,23.

61. Id.

62. Id. at

Id24.63.. at Id.

at Id. at

Id28,24.64.. at

28,30.

65. Id. 30.

az emberek egyedi körülményei, és ezért a közösségek jogának sokfélesége várható.⁶⁶

A jog és a társadalom közötti sokrétű kapcsolatok miatt - hangsúlyozta Savigny - bolondság azt gondolni, hogy létre lehet hozni egy új kódexet, amely "minden történelmi összefüggést" megszakít, és "teljesen új életet kezd".⁶⁷ Ez nemcsak azért tévhit, mert a meglévő jog abból nő ki, ami korábban volt, hanem azért is, mert a jogászok gondolkodását áthatják a már meglévő utak.

Mert lehetetlen megsemmisíteni a ma élő jogászok benyomásait és gondolkodásmódját, - lehetetlen teljesen megváltoztatni a fennálló jogviszonyok természetét; és ezen a kettős lehetetlenségen nyugszik a nemzedékek és korszakok felbonthatatlan szerves kapcsolata, amelyek között csak fejlődés, nem pedig abszolút vég és abszolút kezdet képzelhető el.⁶⁸

Ez nem egy mereven konzervatív nézet. Éppen ellenkezőleg, a változásnak létfontosságú helye van a történelmi perspektíván belül; emlékeztet azonban "a múltból a jövőbe való folytonosság elemére egy társadalom kultúrájának fejlődésében, beleértve a jogi kultúrát is".⁶⁹ A társadalom folyamatosan mozog, és vele együtt a jog is. Savigny írta:

De a jognak ez a szerves kapcsolata az emberek lényével és jellemével az idők fejlődésében is megnyilvánul; és itt is a nyelvvel lehet összehasonlítani. A jog számára, akárcsak a nyelv számára, nincs olyan pillanat, amikor abszolút megszűnik; ugyanannak a mozgásnak és fejlődésnek van alávetve, mint minden más népi tendencia. A jog a növekedéssel együtt növekszik, és megerősödik a növekedéssel együtt. a nép ereje, és végül elhal, ahogy a nemzet elveszíti nemzetiségét.⁷⁰

Savigny jogelméletének két központi eleme van: a jog a társadalom terméke, és a jog folyamatosan fejlődik a változásokkal összefüggésben.

66. Id. 57-58.

67. Id. 132.

68. Id.

69. Berman, fenti megjegyzés, 35,18-19.

70. SAVIGNY, *Supra* note at 32,27.

a társadalomban. A jog tehát kitörölhetetlenül rányomja bélyegét egy társadalom történetére.⁷¹

Henry Maine, a történeti jogtudomány második nagy alakja, aki a XIX. század második felében írt, szintén kifejezetten elismerte Montesquieu hatását (bár nem Savignyét).⁷² Maine mind a természetjogot, mind a jogi pozitivizmust bírálta, mert túlságosan elvontak, és hiányzik belőlük a történelmi tudatosság.

spekulációk a jogról. ⁷³ Munkáját tudományosnak mutatta be orientáció, a bizonyítékokon alapuló jogelmélet.

Maine a társadalom szerveződésére összpontosított, és arra, hogy ez hogyan jelenik meg a jogban. Megfigyelése szerint a primitív társadalom a családok körül forog, amelyek klánokká és törzsekké tömörülnek, amelyek viszont a szervezet magasabb szintjein tömörülnek, és mindannyian közös származáson keresztül kapcsolódnak össze; a jogi szabályozást a csoporton belüli státuszviszonyok határozzák meg.⁷⁴ Ezzel szemben a modern társadalom az egyének körül forog, akiknek a jogviszonyait önkéntes megállapodás határozza meg. Ezért híres antitézise:

A progresszív társaságok mozgása egy tekintetben egységes volt. Egész pályáján a családi függőség fokozatos felbomlása és az egyéni kötelezettségek növekedése jellemezte. Az egyén folyamatosan felváltja a családot, mint a polgári törvények által figyelembe vett egységet. Az előrehaladás különböző gyorsasággal történt De bármilyen gyorsasággal is ment végbe, a változásra nem volt sem reakció, sem visszahatás.

az ember és ember közötti kötelék, amely fokozatosan felváltja a jogok és köteleességek kölcsönösségének azon formáit, amelyek a családból erednek. Ez a Szerződés. A történelem egyik végpontjáról, a társadalom olyan állapotából kiindulva, amelyben a személyek összes kapcsolata a Családi kapcsolatokban összegződik, úgy tűnik, hogy folyamatosan haladunk a társadalmi rend egy olyan szakasza felé, amelyben az összes

71. Ez a beszámoló, amely a jog és a társadalom közötti kapcsolatra összpontosít, kihagyja Savigny gondolkodásának más aspektusait, különösen azt az állítását, hogy a jogi fogalmak logikai vagy geometriai rendszerre redukálhatók. Lásd id. 38-41. o.

72. Lásd MAINE, fenti 33,133-34. pont.

73. Lásd MAINE, fenti jegyzet, 33,79-83, 123-29; lásd még PETER STEIN, LEGAL EVOLUTION: THE STORY OF AN IDEA 89-90 (1980); PAUL VINOGRADOFF, THE TEACHING OF SIR HENRY MAINE 4-6 (1904). Maine ezen iskolák kritikájáról szóló kiváló tanulmányt lásd: Stephen G. Utz, Maine's Ancient Law and Legal Theory, CONN16. L. REV. 821 (1984).

74. Lásd MAINE, fentebb, 33,131-37. o.

ezek a kapcsolatok az egyének szabad megállapodásából erednek
[Azt] mondhatjuk, hogy a haladó társadalmak mozgása eddig a
státuszából a szerződésbe való átmenet volt.⁷⁵

Maine megfogalmazása kifejezi a jog és a társadalom közötti elválaszthatatlan kapcsolatot: az egyik fejlődése a másik fejlődése, egy és ugyanazon folyamat aspektusai.

Maine azt írta, hogy a modern jogrendszerek számára az a kihívás, hogy a társadalmi erkölcsök gyorsabban változnak, mint a jog, ami folyamatosan szakadékot teremt közöttük. "A jog stabil; a társadalmak, amelyekről beszélünk, progresszívek. Egy nép nagyobb vagy kisebb boldogsága attól függ, hogy milyen gyorsasággal szűkül a szakadék".⁷⁶ E szakadék áthidalására három mechanizmust alkalmaznak, amelyeket történelmi megjelenésük sorrendjében sorolunk fel: "Jogi fikciók, méltányosság és törvényhozás".⁷⁷ Az első kettőt a bírák többnyire burkoltan, a harmadikat a jogalkotók nyíltan használták.⁷⁸

Maine 1861-ben írt, a jogi fikciókról szóló értekezése korhűen realista. Megállapította, hogy a jogi fikciók olyan eszközök, amelyek "elrejtik, vagy el akarják rejteni azt a tényt, hogy egy jogi szabály módosításon ment keresztül, a betűje változatlan marad, a működése módosul".⁷⁹ Maine azt mondja, hogy elrejtji, mert az ügyvédek és a bírák tisztában vannak azzal, hogy a törvényt megváltoztatták - a fikció tudatos színlelés. "Mi Angliában jól megszoktuk a jog kiterjesztését, módosítását és javítását egy olyan gépezet által, amely elméletileg képtelen a meglévő joggyakorlat egy jöttányit vagy egy sort megváltoztatni. A folyamat, amellyel ez a virtuális jogalkotás megvalósul, nem annyira érzéketlen, mint inkább tudomásul nem vett."⁸⁰ Ez a bonyolult színlelés lehetővé teszi a jog számára, hogy fenntartsa a stabilitás homlokzatát, miközben a bírák a felszín alatt kiigazítják a jogi doktrínát, hogy lépést tartson a társadalommal.

Rudolph von Jhering, Maine német kortársa, félretette Savigny misztikus "közös tudatát" és a hangsúlyt, amit Savigny a "közös tudatra" helyezett.

a szokásokon mint a jog alapjául szolgáló jogforráson.⁸¹ Jhering ehelyett

75. Id. 163-65.

76. Id. 29.

77. Id.

78. Lásd id. 32-34.

o. 79. Id. 30-31.

80. Id. 35.

81. "Azt mondták Jheringről, hogy ő volt egyszerre a beteljesülése [sic] és a vége a

a jogi fejlődést a versengő egyének és csoportok közötti csatározások formájában írta le, amelyek céljaik és érdekeik érvényesítéséhez jogi támogatást vesznek igénybe. A jogot instrumentálisan hozzák létre és használják. Jhering írta:

Az idők folyamán egyének ezreinek és egész osztályoknak az érdekei oly módon kötődtek a fennálló jogelvekhez, hogy ezeket nem lehet megszüntetni anélkül, hogy az előbbieknél ne okoznának a legnagyobb kárt.

Ezért minden ilyen kísérlet, az önfenntartás törvényének természetes engedelmeskedve, a veszélyeztetett érdekek leghevesebb ellenállását váltja ki, és ezzel együtt egy olyan küzdelmet, amelyben, mint minden küzdelemben, a kérdést nem az ész súlya, hanem a szemben álló erők relatív ereje dönti el.⁸²

Jhering optimista módon úgy vélte, hogy az egyéni egoizmus (etikai fogalmakkal átítatva) és a társadalmi célok ebben a folyamatban összekapcsolódnak, és olyan jogrendet eredményeznek, amely az egyének és a társadalom egésze számára előnyös.

Jhering korának jelentős jogi alakja, bár a jogtudósok ma ritkán említik, Jhering alapvető hozzájárulása az volt, hogy a kor új felfogását tükröző, alapvetően instrumentális jogszemléletet fogalmazott meg, amely átveszi (függetlenül a

Jhering) a huszadik század folyamán.⁸³ Ő azonosította a joghoz mint a jog folyamatos fejlődésének a társadalommal együtt történő folyamatos fejlődésének egyik alapvető mozgatórugójához folyamodnak. Ő is Montesquieu nyomdokaiba lépett, amint azt A harc a jogért című könyvéről szóló recenziójának túláradó nyitó sora is elismeri: "Ez a címe a jog keletkezéséről és fejlődéséről szóló legbriliánsabb, legeredetibb és legjelentősebb könyvnek Montesquieu óta".⁸⁴

Jhering elutasította a társadalmi szerződés elméleteit, mint kitalációkat, és ehelyett a jogról mint szervezett erőről adott erőteljes beszámolót: "Aki egy nép jogi szövetét a végső gyökerekig követi, számtalan olyan esethez jut, ahol az erősebb ereje határozta meg a jogrendet.

történelmi iskola." CARL JOACHIM FRIEDRICH, THE PHILOSOPHY OF LAW IN HISTORICAL PERSPECTIVE (1542d ed. 1963).

82. RUDOLPH VON JHERING, THE STRUGGLE FOR LAW 10-11 (John J. Lalor trans., Hyperion Press, Inc. 1979).

83. Lásd BRIAN Z. TAMANAHA, A JOG, mint eszköz a cél eléréséhez: a jogállamiság veszélye (2006).

84. A jogért folytatott küzdelem, ALB20. L.J. 444444, (1879) (könyvismertetés).

törvény a gyengébbek számára."⁸⁵ Hume ugyanezt mondta, megjegyezve: "Majdnem minden kormány, amely jelenleg létezik, vagy amelyről a történelemben feljegyzés maradt, eredetileg vagy bitorlásra, vagy hódításra, vagy mindkettőre épült, a nép tisztességes beleegyezésének vagy önkéntes alávettségének látszata nélkül".⁸⁶ "Az erő közvetlenül önmagából teremti a jogot" - állította Jhering - "és mint önmaga mértékét, a jog az erő politikájaként fejlődik ki. Nem mond le tehát arról, hogy átadja a helyet a jognak, hanem miközben megtartja a helyét, hozzáadja magához a jogot mint hozzá tartozó járulékos elemet, és jogi erővé válik".⁸⁷ Idővel a jog sok helyen a hatalmasok eszközéből úgy fejlődik, hogy a hatalmasok számára is korlátokat szab, és eközben legitimitást nyer, bár ez nem mindenhol történik ugyanolyan mértékben, és még ezzel az átalakulással együtt is az erő a jog szerves része marad.

A jogtörténetírás e XIX. századi óriásai mindegyike ragaszkodott Montesquieu holisztikus elképzeléséhez a jogról a társadalomban, és hozzáadták a saját rétegüket és ráncukat. Savigny az organikus jog-társadalom képet támogatta, a társadalmat a jog forrásaként helyezte el, és a jogászok gondolkodására mutatott rá, mint a kollektív tudat és a jog közötti kulcsfontosságú kapcsolatra. Maine a jogi fejlődést és a társadalmi fejlődést ugyanazon folyamat két oldalaként ábrázolta, és elmagyarázta, hogy a jogalkotás mellett a bírák hogyan változtatják a jogot, hogy lépést tartsanak a társadalommal. Jhering elvetette a jogról mint immanens rendről alkotott képet, és helyébe a jogot mint olyan eszközt állította, amelyet az egyének és a társadalmi csoportok alakítanak és használnak fel érdekeik érvényesítésére.

A tizenkilencedik század utolsó negyedében elért csúcspontján a történeti jogtudomány a természetjog-elméletet ősbemutatónak állította be, és a jogi pozitívizmust szűknek tüntette fel a világ múltbeli és jelenlegi jogrendszereinek virágzó sokféleségének fényében.

85. RUDOLPH VON IHERING, *LAW AS A MEANS TO AN END* 185 (Isaac Husik trans., 1914).

86. DAVID HUME, *Of the Original Contract*, in *DAVID HUME'S POLITICAL ESSAYS* 43, 47 (Charles W. Hendel szerk., 1953). Számos kortárs antropológus és politológus is kifejtette e nézet változatait. Lásd például Charles Tilly, *War Making and State Making as Organized Crime*, in *BRINGING THE STATE BACK IN* 169 (Peter Evans et al. szerk., 1985).

87. IHERING, *Supra* note at 85,187.

IV. A SZOCIOLÓGIAI JOGTUDOMÁNY FOLYTONOSSÁGA

A történeti iskola a huszadik századforduló táján eltűnt a jogtudományi szintérről. Hogy miért jutott erre a sorsra, az vita tárgyát képezi - ehhez több tényező is hozzájárult. Alapítói nem fogalmaztak meg szisztematikus elméletet. Maine közvetlen jogtudományi utódai, Frederick Pollock és Paul Vinogradoff nem tudták továbbfejleszteni.⁸⁸ Jhering kritikái diszkreditálták Savigny-t. A történeti jogtudomány része volt a németországi általános historizáló hagyománynak, amely ebben az időszakban hanyatlott, ami arra utal, hogy szélesebb körű intellektuális tényezők is szerepet játszottak.⁸⁹ Számos jogelmélet és a történészek azzal érvelnek, hogy a történeti jogtudományt az evolúciós elmélettel való kapcsolata tette tönkre, amely a tizenkilencedik század után kiesett a népszerűségből, amikor az elkerülhetetlen emberi fejlődésbe vetett hitet a szüntelen társadalmi viszályok és a Nagy Háború megtörték.⁹⁰ A századforduló ráadásul gyors és átfogó társadalmi változások tanúja volt, ami miatt a látszólag hátrafelé tekintő jogtudományi iskola kevésbé tűnt relevánsnak és vonzónak;⁹¹ az új, hevesen vitatott gazdasági, munkaügyi és szociális jóléti jogszabályok robbanásszerű megjelenése és a közigazgatási állam növekedése miatt a szokásokról és a szerves növekedésről szóló beszéd elavultnak tűnt.⁹²

88. Neil Duxbury szerint a történeti jogtudomány, amelyet ő "összehasonlító jogtudománynak" nevez, azért nem folytatódott az angol jogtudományon belül, mert hiányzott belőle a sajátos jogtudományi program. NEIL DUXBURY, FREDERICK POLLOCK AND THE ENGLISH JURISTIC TRADITION 90-91 (2004). "Ezek az emberek [Maine, Vinogradoff, Pollock] ugyan a jogtudomány oxfordi professzorai voltak, de a témával kapcsolatos elmélkedéseik nem voltak eléggé jól strukturáltak és célratörők ahhoz, hogy saját jogtudományi eredményeiknek tartós vonzerővel bírjanak." Id. 91.

89. Lásd FREDERICK C. BEISER, THE GERMAN HISTORICIST TRADITION (2011).

90. Calvin Woodward szerint a történeti jogtudomány három tényező együttes hatására omlott össze Anglo-Amerikában: (1) az evolucionista eszmék elutasítása; (2) a német eszmék elutasítása az első világháború után; és (3) a laissez-faire gondolat (amelyhez Maine-t társították) elutasítása a szociális jóléti állam felemelkedésével. Lásd Calvin Woodward, A Wake (or Awakening?) for Historical Jurisprudence, in THE VICTORIAN ACHIEVEMENT OF SIR HENRY MAINE: A CENTENNIAL REAPPRAISAL 217, 220-28 (Alan Diamond szerk., 1991); lásd még: Stein, supra note at 58, Donald 296. Elliott feltételezi, hogy az evolúciós elmélet hiánya a jogtudományban 1920 és 1970 között valószínűleg a szociáldarwinizmus elleni visszahatásnak volt köszönhető. E. Donald Elliott, The Evolutionary Tradition in Jurisprudence, 85 COLUM. L. REV. 38, 59-60 (1985).

91. Lásd Berman, fenti jegyzet, 35,17-19. o.

92. Lásd Brian Z. Tamanaha, The Unrecognized Triumph of Historical Jurisprudence, TEX91. L. REV. 615 (2013) (recenzió DAVID M. RABBAN, LAW'S HISTORY: AMERICAN LEGAL

Az, hogy a történeti jogtudomány látszólag miért járt le, bár érdekes elgondolkodni rajta, elvonja a figyelmet arról a sokkal lényegesebb pontról, hogy a jogról és a társadalomról alkotott alapvető elméleti nézetek, amelyeket előadott, továbbra is virágoztak. Eugen Ehrlich osztrák jogász erőteljesen támogatta az álláspontok ugyanezt a csoportját Funda-

a jogszociológia mentális alapelvei.⁹³ Azonosulás a Montesquieu, Ehrlich azt állította, hogy "[a]lévén a jog lényegében a társadalmi élet egyik formája, tudományosan nem magyarázható másként, mint a társadalmi erők működésével".⁹⁴ Ehrlich Savigny-nek is hitelt ad, amikor azt írja,

Savigny és Puchta tanainak értékelésénél figyelembe kell venni, hogy ők voltak azok, akik először vezették be a fejlődés gondolatát a jogforrás-elméletbe, és világosan látták a kapcsolatot a jog fejlődése és egy nép egészének története között.⁹⁵

Ehrlich munkásságának kiemelkedő témája a jog és a társadalmi erők vibráló kölcsönhatása volt, amely szüntelen változásnak van kitéve.⁹⁶ Megjegyzi, hogy "[a] jogi fejlődés súlypontja tehát ősidők óta nem az állam tevékenységében, hanem magában a társadalomban rejlik, és jelenleg is ott kell keresni".⁹⁷ A társadalom folyamatosan átalakul, és vele együtt a jog is. "A jog azért van állandó változásban, mert az emberek, akiknek viszonyait a jog szabályozni hivatott, folyamatosan új problémákat vetnek fel számára, amelyeket meg kell oldania".⁹⁸ Az új jogszabályok nyíltan megváltoztatják a jogot, de a jogi változás nagyobb mértékben bírói értelmezéseken keresztül valósul meg, olyan finom megkülönböztetések és fikciók segítségével, amelyek "új képet helyeznek a régi keretbe".⁹⁹ "Az ilyen jellegű, mérhetetlen következményekkel terhes átalakulások valószínűleg minden pillanatban munkálkodnak a jogi és társadalmi megítélést érintő jogi

GONDOLKODÁS ÉS A TRANSZATLANTI TÖRTÉNELMI FORDULAT (2013)).

93. EUGEN EHRLICH, *FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE SOCIOLOGY OF LAW* (Walter Moll ford., 1936).

94. Eugen Ehrlich, *Montesquieu and Sociological Jurisprudence*, 29 *HARV. L. REV.* 582, (1916)584.

95. EHRLICH, *Supra* note at 93,443.

96. Lásd általában Brian Z. Tamanaha, *A társadalmi-jogi változás víziója*: 36 *LAW & SOC. INQUIRY* (2011)297.

97. EHRLICH, *Supra* note at 93,390.

98. *Id.* 399.

99. *Id.* 397. o.; lásd még *id.* 436-71. o.

kapcsolatok; de talán mégsem lenne szükséges emiatt az írott törvény egyetlen sorát sem megváltoztatni.¹⁰⁰ Ehrlich szerint a jogi változások frontvonalában álló szereplők a jogászok sokasága, akik a jogi formákat módosítják, jogi dokumentumokat készítenek vagy új jogi érveket konstruálnak, hogy megfeleljenek az új társadalmi és gazdasági igényeknek.¹⁰¹ A jog soha nem nyugszik. "A jogtudomány nagy, soha véget nem érő feladata - írta Ehrlich -, hogy feloldja az élet változó igényei és a bevett szavak közötti konfliktust".

törvény. ¹⁰² Ehrlich hazavitte a leckét, hogy ez hiba, a jogászok által gyakran elkövetett hiba, hogy a jogot elszigetelten szemlélik: "[a] probléma nem egyszerűen az, hogy tudjuk, mit jelent egy szabály, hanem az, hogy hogyan él és hogyan működik, hogyan alkalmazkodik az élet különböző viszonyaihoz, hogyan kerülgetik, és hogyan sikerül megghiúsítani a körülményeket".¹⁰³

Az Alapelvek másik kiemelkedő témája Ehrlich érvelése volt, miszerint a társadalmi életet több, az államtól függetlenül létező, társadalmi társulásokhoz kötött, többféle normával szabályozott rend tölti ki. Ez az "élő jog", ahogyan ő nevezte, kölcsönhatásban áll az állam hivatalos jogával, gyakran hatékonyabb, mint az állami jog, az állami jog normáinak forrása, és több, egymás mellett létező jogi és kvázi-jogi rendet hozhat létre.¹⁰⁴ Az állami jog működésének és hatásának megítéléséhez figyelemmel kell lennünk a társadalmi színtereket telítő többszörös normatív rendre.

Ehrlichet a kontinentális jogászok elhanyagolták, de az Egyesült Államokban fogékony közönségre talált. Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound és Karl Llewellyn áradozott a könyvről. Frederick Pollockkal folytatott levelezésében Holmes a *Fundamental Principles*-t "az élő kontinentális országok legjobb jogi témájú könyvének" nevezte.

100. Eugen Ehrlich, A bírői döntés szabadsága: A jogi módszer tudománya: válogatott esszék különböző szerzőktől 57 (Ernest Bruncken & Layton B. Register ford., 1917); lásd még BENJAMIN N. CARDOZO, A jogtudomány paradoxonai 1- (301928).

101. EHRLICH, fentebb, 93,341-45. o, 433.

102. Id. 402.

103. Ehrlich, Supra note at 100,78.

104. Lásd általánosságban az ÉLŐ JOG: EUGEN EHRLICH újragondolása (Marc Hertogh szerk., 2009).

jogász."¹⁰⁵ Pound kijelentette, hogy 1915 "szerintem ez a legjobb dolog, amit mostanában írtak".¹⁰⁶ Ehrlichet dicsérte, amiért megmutatta:

[Nem elég, ha tudatában vagyunk annak, hogy a törvény él és növekszik, sokkal inkább annak kell tudatában lennünk, hogy az emberi élet része. Nem pusztán arról van szó, hogy semmi emberi dologra nem tekinthet úgy, mint ami idegen tőle, bizonyos értelemben minden emberi dolog a része.¹⁰⁷

Llewellyn bevallotta, hogy amikor megtalálta Ehrlichet, "lélekben kissé összetört volt, mert [Ehrlich] annyi mindent látott".¹⁰⁸

A hagyományos jogtudományi narratíva szerint a történeti jogtudomány haldoklik, és helyébe a szociológiai jogtudomány lép.¹⁰⁹ Ez téves. Ezek ugyanannak a jogtudományi hagyománynak a törzsei,¹¹⁰ ahelyett, hogy megszűnnének, ahogyan azt sokan ismételtetik, a

az előbbi zökkenőmentesen átalakult az utóbbivá.¹¹¹ Paul
Vinogradoff

Az 1920-ban megjelent Bevezetés a történeti jogtudományba a történelem, a pszichológia, a szociológia, a közgazdaságtan és a politikaelmélet területét járja körbe, mivel ezek a társadalmi-jogi fejlődéshez kapcsolódnak. Roscoe Pound tanúja volt ennek az átalakulásnak: "Eleinte ezt a szélesebb körű történeti jogtudományt összehasonlító etnológiai jogtudománynak gondolták. De nem sokáig tartott, amíg felvette a szociológiai jogtudomány nevét és valamennyire a szociológiai jogtudomány jellegét is".¹¹² Egy akkori francia jogfilozófus

105. Stefan Vogl, Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of His Work in Japan, in *LIVING LAW: RECONSIDERING EUGEN EHRLICH*, supra note at 104,95-96 (idézi Oliver Wendell Holmes levelét Frederick Pollocknak (191929., december), in *HOLMES-POLLOCK2 LETTERS* (34Mark DeWolfe Howe szerk., 1941)).

106. N.E.H. HULL, ROSCOE POUND AND KARL LLEWELLYN: SEARCHING FOR AN AMERICAN JURISPRUDENCE 110 (1997) (idézi Roscoe Pound levelét Oliver Wendell Holmesnak (191522., július), The Roscoe Pound Papers (a Harvard Law School Library állományában)).

107. Id. at 108-09 (idézi Roscoe Pound levelét Oliver Wendell Holmesnak (191522., július), The Roscoe Pound Papers (a Harvard Law School Library állományában)).

108. Id. at (29)idézi Karl Llewellyn, Appendix on Allocation of Responsibility [for THE CHEYENNE WAY], in The Karl Llewellyn Papers (a Chicagói Egyetem Jogi Karának könyvtárában található).

109. Lásd pl. a 35-36. sz. és a kísérőszövegeket.

110. Fontos hangsúlyozni, hogy a jog társadalomelméletén túl, amely e cikk középpontjában áll, a történeti jogászok és a szociológiai jogászok több tekintetben is különböztek egymástól. Különböző generációkból származtak, és az előbbiek inkább konzervatívabbak voltak, a lassabb, organikusabb jogi változásokat részesítették előnyben, míg az utóbbiak inkább a jogalkotáson keresztül történő gyors változásokat szorgalmazták. Lásd Berman, supra note, 35,18-19. o.

111. Ennek az érvelésnek a részletesebb kifejtését lásd Tamanaha, Supra note, 92,628-29. o.

112. Pound, Supra 19. lábjegyzet, 614. lábjegyzet. Bár a német szárnyat írja le, Pound megjegyezte, hogy az angol ágban is hasonló terjeszkedés történt. Id. 614-15 n.79.

is érzékelték alapvető identitásukat: "A történeti iskolához hasonlóan [a szociológiai iskola] a jogot fejlődésében, egymást követő változásaiban vizsgálja, és ezeket a változásokat összekapcsolja azokkal, amelyeket maga a társadalom tapasztal".¹¹³ Michael Oakeshott filozófus hasonlóképpen megjegyezte: "[e]gyik értelmezés [a jog természetének gazdasági és "szociológiai elmélete"] részben osztozik azokban az előfeltevésekben, amelyek meghatározzák a történeti jogtudomány jellegét, és ezért nem lehet őket abszolút módon megkülönböztetni tőle".¹¹⁴

A jog történeti és szociológiai elméletei közötti kapcsolat Montesquieu-ig nyúlik vissza. Ő a jogot egy társadalom történetének termékének tekintette, és módszertanában ötvözte a történelmet és a szociológiát. Ahogy Carl Becker leírta, Montesquieu "minden nép eszméit, szokásait és intézményeit minden időben és minden helyen felmérte, hogy egymás mellé állítsa őket";¹¹⁵ a történelmi ismereteket az alapvető társadalmi berendezkedések ideáltípusainak megkonstruálásához mérte fel, majd szociológiai szempontból elemezte, amit talált.¹¹⁶ Isaiah Berlin megjegyezte, hogy Montesquieu beszámolója a jogról mint a társadalom termékéről "az alapja a történeti jogtudomány nagy német iskolájának" és "a jog különböző modern szociológiai elméleteinek".¹¹⁷

V.

A JOG TÁRSADALOMELMÉLETE A JOGI REALIZMUSON BELÜL ÉS
KORTÁRS JOGI GONDOLKODÁS

A történeti jogtudomány által képviselt elméleti elképzelések a jogról nem csak a szociológiai jogtudományban folytatódtak, hanem tovább terjedtek, és végül széles körben és mélyen meghonosodtak. Oliver Wendell Holmes *The Common Law* című műve ugyanezt a szemléletet sugározza:

113. Joseph Charmont, *Recent Phases of French Legal Philosophy*, in *MODERN FRENCH LEGAL PHILOSOPHY* 65 (Arthur W. Spencer ed., Franklin W. Scott & Joseph P. Chamberlain trans., 1916). Charmont megjegyzi, hogy a szociológiai iskola szintén az utilitarizmusból vette át azt a felfogást, hogy az intézmények "a társadalmi érdekek kielégítésének eszközei". Id. Ami mindezen iskolákban közös, az a természetjogi elmélettel szembeni ellenállás. Id. 69-70. o.

114. MICHAEL OAKESHOTT, *A FILOZÓFIAI JOGTUDOMÁNY KONCEPCIÓJA: ESSAYS AND REVIEWS*, 1926-1951, (1512007).

115. CARL L. BECKER, *A TIZENNYOLCADIK SZÁZADI FILOZÓFUSOK MENNYEI VÁROSA* (1001932).

116. Lásd JOHN ALAN BAUM, *MONTESQUIEU AND SOCIAL THEORY* 97-119 (1979); ERNST CASSIRER, *THE PHILOSOPHY OF THE ENLIGHTENMENT* 209-16 (Fritz C.A. Koelin & James P. Pettegrove trans., 1951).

117. Berlin, a45, fenti megjegyzés 154.

A törvény élete nem a logika volt: a tapasztalat volt. A kor szükségletei, az uralkodó erkölcsi és politikai elméletek, a közrendre vonatkozó, bevallott vagy nem bevallott intuíciók, sőt a bírák és embertársaik közös előítéletei is sokkal többet tettek a szillogizmusnál annak meghatározásához, hogy milyen szabályok szerint kell kormányozni az embereket. A jog egy nemzet sok évszázadon átívelő fejlődésének történetét testesíti meg.¹¹⁸

Több mint egy évtizeddel korábban Jhering hasonló megfigyelést tett:

Törjük meg a bűbájt, az illúziót, amely fogva tart minket. A logikának ez az egész kultusza, amely a jogtudományt jogi matematikává szeretné változtatni, tévedés, és a jog félreértéséből fakad. Az élet nem a fogalmak kedvéért létezik, hanem a fogalmak az élet kedvéért. Nem a logikának van létjogosultsága, hanem annak, amit az élet, a társadalmi érintkezés, a jogérzék követel - legyen az logikailag szükséges vagy logikailag lehetetlen.¹¹⁹

Holmes, Jheringhez hasonlóan, a jogi elismerés folyamatát az egymással versengő egyéni és társadalmi érdekek közötti küzdelemként írta le (bár Jhering optimistábban fogalmazott). Holmes írta:

A társadalmi érdekek szolidaritásának ez a hallgatólagos feltételezése nagyon gyakori, de számunkra hamisnak tűnik. [I]n végső soron az ember joggal részesíti előnyben a saját érdekeit a felebarátai érdekeivel szemben. És ez ugyanúgy igaz a jogalkotásra, mint a testületi cselekvés bármely más formájára. [Bármely szerv is rendelkezik a legfőbb hatalommal, egyelőre biztos, hogy érdekei nem állnak összhangban másokéval, amelyek sikertelenül versenyeztek. Az erősebb érdekeknek többé-kevésbé tükröződniük kell a jogalkotásban, amelynek, mint az ember vagy az állat minden más eszközének, hosszú távon a legerősebbek túlélését kell segítenie.¹²⁰

118. O. W. HOLMES, JR., THE COMMON LAW (1881).

119. PAUL VINOGRADOFF, INTRODUCTION TO HISTORICAL JURISPRUDENCE n142.1 (1920) (idézi RUDOLPH VON IHERING, GEIST DES ROMISCHEN RECHTS, III, at (3021866)).

120. Oliver Wendell Holmes, Jr., The Gas-Stoker's Strike, 7 AM. L. REV. 582,583 (1873).

A jogalkotás "szükségszerűen olyan eszközzé válik, amellyel a hatalommal rendelkező testület a számára kellemetlen terheket valaki más vállára helyezi".¹²¹ Holmes azt írta, hogy "nem elégséges elítélése a jogalkotásnak, hogy az egyik osztálynak kedvez egy másik osztály kárára; mert sok vagy minden jogszabály ezt teszi; és még kevésbé, ha a jóhiszemű cél a legnagyobb számú ember legnagyobb javát szolgálja".¹²²

Poundot minden más amerikai jogtudósnál jobban azonosítják a szociológiai jogtudománnyal, köszönhetően a *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence* című művének, amely két részből álló kidolgozása és védelmezése.

cikk a *Harvard Law Review*-ban.¹²³ Pound bemutatott jog alaposan funkcionalista kifejezésekkel:

Elégedett vagyok azzal, hogy a jogot olyan társadalmi intézménynek tekintem, amely a társadalmi igényeket - a civilizált társadalom létezésével járó igényeket, követeléseket és elvárásokat - elégíti ki azáltal, hogy a lehető legkisebb áldozatok árán olyan sokat valósít meg, amennyit csak lehet, amennyiben az ilyen igényeket ki lehet elégíteni, vagy az ilyen igényeket az emberi viselkedésnek a politikailag szervezett társadalmon keresztül történő rendezésével lehet érvényre juttatni.¹²⁴

A jognak a történelem ívét figyelve Pound "egy folyamatosan hatékonyabb társadalmi mérnöki munkát" látott.¹²⁵

Morris Cohen jogfilozófus, a jogi realista Felix Cohen atyja 1915-ben azt írta, hogy a bírák folyamatosan módosítják a jogot - a közjogot, a törvényeket és az alkotmányt - kreatív módon.

értelmezés, amely bírósági jogalkotásnak minősül.¹²⁶ Ezek változásokat" - jegyezte meg Cohen - "az ipari és kereskedelmi élet megváltozott körülményei tették szükségessé, és a bíróságok tudatosan vagy öntudatlanul ennek megfelelően változtatták meg a törvényt".¹²⁷ Cohen bírálta "a jogról alkotott két, egymásnak ellentmondó abszolutista felfogást. Az egyik szerint a jog a szuverén akarata, a másik szerint pedig

121. Id.

122. Id. 584.

123. Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence* (1. és 2. pont), 24 HARV. L. REV. 591 (1911), HARV25. L. REV. 140 (1912) (II. rész).

124. ROSCOE POUND, *AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW* (47rev. ed. 1954).

125. Id.

126. Lásd Morris R. Cohen, *The Process of Judicial Legislation*, 48 L. REV. 161 (1914).

127. Morris R. Cohen, *Legal Theories and Social Science*, INT25'L J. ETHICS (469,1915476); lásd Cohen, fenti jegyzet, 126, 1915. 169.

hogy a törvény az örök értelem vagy a megváltoztathatatlan igazságosság."¹²⁸ Bár mindkét felfogás informatív, ha enyhítjük és nem ellentétként fogalmazzuk meg, a gyakorlatban a jogot a társadalmi célok elérését szolgáló eszközként kell felfogni és értékelni. "A kérdés - írta Cohen - nem egyfelől a rögzített jog, másfelől a társadalmi elméletek között van, hanem az öntudatlanul feltételezett társadalmi elméletek és a gondosan vizsgált és tudományosan tanulmányozott társadalmi elméletek között".¹²⁹

A jogi realistáknak is alapvetően társadalmi szemlélete volt a jogról. A jogi realista tételek listáján Karl Llewellyn kijelentette: "(1) A változó jog, a mozgó jog és a bírói jogalkotás felfogása. (2) A jognak mint a társadalmi célok eszközének és nem mint öncélnak a felfogása;... [és] (3) A társadalom felfogása mozgásban, és a jognál jellemzően gyorsabban mozgásban".¹³⁰ Llewellyn Ehrlichet nevezte meg

a realista jogtudomány korai példája.¹³¹ Mindketten elsőbbséget adtak a

a bírának, mint olyan eszköz, amelyen keresztül a jog a társadalmi változásokkal való lépéstartás érdekében módosul. Ehrlichhez hasonlóan ő is ezt írta:

A társadalom és nem a bíróságok az, amely létrehozza, amely első körben kialakítja a kialakulóban lévő intézményt; amely működésbe hozza a bíróságokat. A bíróságok csak a társadalom megfigyeléséből tudják kiválasztani elképzeléseiket arról, hogy az új intézmény milyen igényeket szolgál, és milyen igényeket zavar meg. Mindenesetre, ha az igények nyomást gyakorolnak és ismétlődnek, előbb-utóbb ezek elismerése be fog épülni a törvénybe. Vagy arra készítetik majd a bíróságokat, hogy áttörjenek és eltérjenek a korábbi formáktól, vagy az ügyvédi kamara talál módot arra, hogy új bort töltsön a régi palackokba, és hogy a palackokban előidézze azt a rugalmas és alakváltozást, amely hosszú távon minden társadalmi intézményt jellemez.¹³²

Ezeket az elképzeléseket ma már a jogi realizmushoz társítják. A szociológiai és a történeti jogtudomány már évtizedekkel korábban megfogalmazta őket.¹³³

128. Cohen, *Supra* note at 127,482.

129. *Id.* 485.

130. Karl N. Llewellyn, *Some Realism About Realism-Responding to Dean Pound*, HARV44. L. REV. 1222,1236 (1931).

131. Lásd Karl Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence-The Next Step*, COLUM30. L. REV. 431,454 (1930).

132. K. N. LLEWELLYN, *A SZEDERBOKOR: NÉHÁNY ELŐADÁS A JOGRÓL ÉS ANNAK TANULMÁNYOZÁSÁRÓL* (551930).

133. Lásd Brian Z. Tamanaha, *Understanding Legal Realism*, TEX87. L. REV. 731, 758-

59 (2009).

Benjamin Cardozo bíró hasonlóképpen hangsúlyozta, hogy a jog folyamatosan együttműködik a társadalmi fejleményekkel, és azt írta, hogy a jog állandó feladata, hogy "az állandóságot a változással, a stabilitást a haladással" kezelje.¹³⁴ Cardozo írta:

A változások világában élünk. Ha létezne is a mai civilizációnak megfelelő joganyag, az nem tudna megfelelni a holnapi civilizáció követelményeinek. A társadalom inkonstans. Amíg ez inkonzisztens, és amilyen mértékben inkonzisztens, addig a jogban sem lehet állandóság. A kinetikus erők túl erősek számunkra.¹³⁵

Cardozo hangsúlyozta, hogy a jogi változások nagy részét szükségszerűen és jogszerűen a bírások hajtják végre.¹³⁶ Amikor az üzleti szokások megváltoznak, mint

hogy egy korábban létező normáknak vagy viselkedési normáknak megfelelő jogszabálynak már nem felel meg a jelenlegi normáknak vagy normáknak, akkor... ugyanazok az erők vagy fejlődési tendenciák, amelyek a jogot a régi normákhoz és normákhoz igazították, jogalkotás nélkül, hanem a bírósági eljárás eredendő energiái révén képesek helyreállítani az egyensúlyt.¹³⁷

Ugyanez igaz a társadalmi erkölcsökre is. "Minden nemzedék erkölcsi kódexe, a szokások és a filozófia, valamint a viselkedés és a hit számos köztes fokozatának ötvözete olyan viselkedési normát vagy szabványt szolgáltat, amely küzd azért, hogy artikulálódjon a következő szövegekben törvény. "¹³⁸ A "társadalom által az egyéni elmére gyakorolt nyomás",

ő

megjegyezte, "mindig is a bíróságok által kihirdetett törvények alkotásában munkálkodik".¹³⁹

A jog mindezen ábrázolásaiban közös a jog implicit megértése... a jog társadalmi természetének figyelembevételével.¹⁴⁰ "Ami biztos",

Cardozo, "az az,^{hogy}

134. CARDOZO, 100. lábjegyzet, 6.

o. Id135.. 10-11. o.

136. Id. 7-8. 137.

Id. at 14-15.

138. Id. 17.

139. Id.

140. Nem minden teoretikus, aki a jogot társadalmi szempontból vizsgálta, terjesztette ki ezt a felismerést a bírói döntéshozatalra. Montesquieu különösen úgy írta le a bírászkodást, mintha a bíró szigorúan értelmezné

hirdette 1928-ban, "az, hogy a [jogi] rendszer hézagait a társadalmi érdekek kiegyensúlyozásával, a társadalmi értékek becslésével, a társadalmi gondolkodás olvasásával fogják kitölteni, és a folyamat következményeinek egyre növekvő tudatosságával fogják kitölteni".¹⁴¹

Az ideális típusú jog-társadalom klaszterek kidolgozott modern ábrázolását Roberto Unger, a kritikai jogi tanulmányok egyik vezető filozófusa mutatta be a *Law in Modern Society* című könyvében. "Egy társadalom joga képezi a legfőbb köteléket kultúrája és szervezete között; ez az előbbi kultúrának az utóbbiba való beágyazottságának külső megnyilvánulása".¹⁴²

Az ebben a könyvben tárgyalt társadalmi életformák mindegyike - a törzsi, az arisztokratikus és a liberális társadalom, vagy a modernitás posztliberális, tradicionalista és forradalmi szocialista változata - a legátfogóbb értelemmel bíró egész. Mindegyik az emberi létezés egy teljes módját testesíti meg. És mindegyik esetében a törvény döntő szerepet játszik a hit és a szervezet viszonyának feltárásában és meghatározásában.¹⁴³

Két évtizeddel később Unger visszalépett ettől az ideáltípustól. bemutató.¹⁴⁴ A késő- és középkorban bekövetkezett gyors átalakulás a huszadik századi gazdasági globalizáció elavulttá tette. Unger pedig elkerülte azt a konzervatív felhangot, amely a társadalom és a jog koherens egészként való felfogásához kötődik, és ehelyett inkább a jogi-társadalmi megállapodások változékonyságát hangsúlyozta.¹⁴⁵ De a jogról, mint a társadalmi erők által létrehozott és a társadalmi erők által elnyelt társadalmi intézményről alkotott elképzelése megmaradt. "[A] jog a valódi kollektív

a törvény. Lásd SHKLAR, fenti 54,88. lábjegyzet.

141. CARDOZO, 100. lábjegyzet, a következőnél 77.

142. ROBERTO MANGABEIRA UNGER, JOG A MODERN TÁRSADALOMBAN: A MODERN TÁRSADALOM KRITIKÁJA FELÉ. TÁRSADALOMELMÉLET (2501976).

143. Id. 252.

144. Lásd ROBERTO MANGABEIRA UNGER, MIVÉ KELL JOGI ANALÍZIS? 2-6 (1996) ("Az átalakító lehetőség elképzelésének elmulasztása, amely a társadalmi és történeti tanulmányok uralkodó gyakorlatát megfertőzte, megfertőzi a normatív politikai filozófiát és a gyakorlati politika közös nyelvét is").

145. Lásd id. 126-28. o. ("A jognak mint egy egyedi életforma kifejeződésének az elképzelése drasztikusan eltúlozza a jogban megnyilvánuló kultúrák egységét és folytonosságát, és alábecsüli a kitalált jelleget.").

konfliktus - írta Unger -, amely hosszú időn keresztül folyt, sokféle akarat és képzelet, érdek és elképzelés között."¹⁴⁶

Ma sok jogelméleti szakember csatlakozna ehhez a kijelentéshez, amely Jheringre és Holmesra vezethető vissza. A kortárs elméleti megközelítések egy sora hallgatólagosan feltételezi, hogy a jog a társadalmi erők által áthatott és bolygatott egyéni és társadalmi célok elérésének eszköze.¹⁴⁷ A jog és a közgazdaságtan elmélete a jogot a jólét maximalizálásának eszközeként tételezi.¹⁴⁸ A kritikai elméletek szerint a jog a semlegesség homlokzata mögött alapvetően a társadalmi hatalmi hierarchiakat szolgálja és érvényesíti, legyenek azok gazdasági, nemi vagy faji alapúak. A jogi pragmatizmus "annak az elképzelésnek az elutasítását jelenti, hogy a jog valami olyasmi, ami állandó elveken alapul, és ezen elvek logikus manipulálásával valósul meg, és azt az elhatározást, hogy a jogot társadalmi célok eszközeként használják".¹⁴⁹

Bonyolítja a jogtudományi képet, hogy számos modern jogelméleti szakember elfogadja a jogpozitivizmus alapvető felismerését, miszerint a jog az, amit a jogi tisztviselők érvényesen kijelentenek,¹⁵⁰ valamint a történeti és szociológiai jogtudomány alapvető felismeréseit a jog társadalmi természetéről és a jog instrumentális használatáról.¹⁵¹ Ennek megfelelően a jogi realizmusról, a jog és közgazdaságtanról, a kritikai jogi tanulmányokról és másokról elmondható, hogy mindkét jogtudományi hagyományban részt vesznek - mindegyik a maga módján kiemeli a jog egy-egy kulcsfontosságú aspektusát, amely a jogászok számára rezonanciát kelt.

A jog társadalomelméletének főbb elemei, amint azt ez a krónika bemutatja, ma már szinte magától értetődőnek számítanak a jogi kultúrában. Donald Elliott húsz évvel ezelőtt megjegyezte, hogy az az elképzelés, miszerint a jog a társadalommal összefüggésben fejlődik, "mélyen gyökerezik", bár eredeti elméleti eredete feledésbe merült.¹⁵² "Arról beszélünk, hogy a jog "alkalmazkodik" a társadalmi, kulturális és technológiai környezetéhez anélkül, hogy a legcsekélyebb mértékben is tudatában lennénk a jogtudományi

146. Id. 65.

147. Lásd TAMANAHA, Supra 83. lábjegyzet, 118-32. o. (a jogelméletek leírása a jog gazdasági elemzéséről, a kritikai jogi tanulmányokról, a jog és társadalom mozgalmáról, a jogi pragmatizmusról és a jogállamiság formális változatáról, valamint arról, hogy mindegyik arra a nézetre épül, hogy a jog eszköz egy cél eléréséhez).

148. Id. at 118-20.

149. RICHARD A. POSNER, A TÖRVÉNYEK LEGYŐZÉSE (4051995).

150. Lásd Berman, Supra note, at 35,13.

151. Lásd a fenti megjegyzést 147.

152. Elliott, Supra note at 90,38.

hagyomány, amelyre hivatkozunk."¹⁵³ Ugyanezen a vonalon Robert Gordon jogtörténész nemrégiben megjegyezte, hogy az evolúciós funkcionalista elmélet és a hozzá kapcsolódó narratíva "az elmúlt két évszázadban uralta a jog és a társadalmi változások közötti kapcsolatról szóló nyugati gondolkodást, bár a szigorúan jogi írásokban az elmélet általában nem kifejezett: inkább háttérfeltételezések halmazaként lappang, mintsem hogy kifejezetten kifejtésre és érvelésre kerülne".¹⁵⁴

VI. TÁRSADALMI-JOGI ELMÉLET

Eddig egy alternatív szellemtörténetet mutattam be a hagyományos jogtudományi narratívával szemben. A továbbiakban a jogtudomány harmadik ágára "társadalmi jogelméletként" fogok hivatkozni. Egy másik találó címke a "társadalomtörténeti jogelmélet" lenne, utalva az ezt megtestesítő mindkét elméleti irányzatra, de én a tömörség kedvéért és azért, mert már most is keringenek változatai, a "társadalmi jogelmélet" kifejezést részesítem előnyben.¹⁵⁵

Engedjék meg, hogy néhány pontosítást adjak. A joggal kapcsolatos társadalmi "perspektíva" vagy "orientáció", illetve a jog társadalmi természetével kapcsolatos, széles körben elfogadott "háttérfeltevés" nem jelentenek jogelméletet. A jog elmélete kifejezetten megfogalmazott tételekből áll arról, hogy mi a jog és mit tesz a jog. A fent említett teoretikusok közül többen - legalábbis bizonyos mértékig - ilyen értelemben kínáltak elméletet a jogról, de nem mindegyikük.

Bár önmagukban nem elméletek, a jogról szóló elméletek középpontjában mégis széles körben elfogadott háttérfeltevések állnak. A jogi pozitivizmus azt a józan felismerést testesíti meg, hogy a jog az, amit a jogi tisztviselők jogként érvényesítenek, függetlenül attól, hogy az tartalmát vagy következményeit tekintve rossz.¹⁵⁶ A természetjogi elmélet azon a közkeletű meggyőződésen alapul, hogy a jog igazságos (vagy annak kellene lennie), és hogy az erkölcs (bizonyos értelemben) objektív.¹⁵⁷ A szociális jogelmélet a

153. Id.

154. Robert W. Gordon, "Critical Legal Histories Revisited": A Response, 37 LAW & SOC. INQUIRY (2012)200,.202

155. A jog- és társadalomtudósok gyakran használják a "társadalmi-jogi" vagy "szociáljogi" megjelölést.

156. Lásd Berman, *Supra* note, at 35,13.

157. Lásd Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, HARV55. L. REV. 44, 46-47 (1941) (a természetjogi elméletet úgy írja le, mint amely tanítását abból a feltételezésből eredezteti, hogy az emberi ész vagy Isten akarata által objektíven meghatározható, hogy mi az igazságos).

széles körben elterjedt az a felfogás, hogy a jog olyan társadalmi intézmény, amelynek társadalmi hatásai és következményei vannak, és amelyet eszközként használnak.¹⁵⁸

A háttérben meghúzódó meggyőződések és az elméletek közötti kapcsolat nagy, mivel az elméletek maguk is társadalmi termékek, amelyek elválaszthatatlanul kapcsolódnak a meglévő társadalmi nézetekhez, gyakorlatokhoz és körülményekhez. Pound megfigyelte:

A jogászok és a filozófusok ugyanis nem a filozófiai alapok kérlelhetetlen fejlődésével teszik ezeket az elméleteket egyszerű logikai kérdéssé. Ha valamit meg kell magyarázniuk vagy ki kell fejteniük, arra törekednek, hogy megértsék és racionálisan megfogalmazzák, és ennek során kidolgoznak egy elméletet arról, hogy mi is az. Az elmélet szükségszerűen tükrözi azt az intézményt, amelynek racionalizálására kitalálták, még akkor is, ha általánosságban fogalmazzák meg.¹⁵⁹

A jogelméletek a megfogalmazásuk idején és helyén bekövetkező fejleményeknek megfelelően változnak és változnak a hangsúlyok. Ez magában foglalja az olyan széleskörű hatásokat, mint egy társadalmi zűrzavaros időszak vagy gyors társadalmi változás, valamint a jogi elméletek kidolgozásának szellemi környezetében jelentkező közvetlenebb hatásokat, mint például a tudományos szakosodás, az intézményi támogatás és az aktuális tudományos normák vagy divatok.

Fontos látni, hogy egy jogász (vagy állampolgár) egyszerre mindhárom háttérhöz ragaszkodhat ellentmondás vagy következetlenség nélkül - hiheti, hogy a jogi szabályok akkor is jogilag érvényesek, ha erkölcstelenek, hogy a jognak igazságosnak kell lennie, és hogy egyes erkölcsi normák objektíve helyesek, valamint hogy a jog olyan társadalmi intézmény, amelyet a célok elérésére használnak. Valószínűleg a meggyőződéseknek ez a kombinációja valóban gyakori. Csak akkor merülnek fel összeegyeztethetlenségek, ha ezeket a meggyőződéseket magasabb absztrakciós szinteken fogalmazzuk meg, és meghatározó elemekkel rendelkező, ellentétes elméleti álláspontokként állítjuk szembe egymással.

A jogelméletek és a háttérfeltételezések közötti különbségtétel elmulasztása termékeny forrása a zűrzavarnak. Lon Fuller például a jogi pozitívizmus alapjául szolgáló feltételezéshez való ragaszkodást használta kritériumként, amikor Oliver Wendell Holmes Jr-t, a jogi realistákat és a jogsociológusokat (beleértve Ehrlichet is) a jogi pozitivisták közé sorolta, noha ők nem

158. Lásd fentebb a IV. részt.

159. POUND, *Supra* note at 124,30.

kifejezetten a jogi pozitivizmushoz igazodnak.¹⁶⁰ A teoretikusok még mindig vitatkoznak arról, hogy Holmes jogi pozitívista volt-e,¹⁶¹ és hogy a jogi realisták jogi pozitivistáknak tekinthetők-e.¹⁶² Az ehhez hasonló állítások hajlamosak elkövetni azt az alapvető hibát, hogy azt gondolják, hogy az a jogász, aki egy elméletben foglalt háttérfeltevést vall, ezért a magasabb szintű elméletet is magáénak vallja. Ez, amint azt az imént kifejtettük, zavart okoz, mivel egy jogász elfogadhat egy vagy több háttérfeltevést anélkül, hogy szükségszerűen elkötelezné magát az ezen feltevéseken alapuló elmélet mellett.

Hogy megelőzzem ezt a félreértést, tisztáznom kell, hogy nem állítom, hogy minden jogi realista vagy kortárs jogtudós, aki implicit módon evolúciós-funkcionalista-társadalmi nézeteket vall a jogról, társadalmi jogelméletnek számít. Céлом inkább az volt, hogy nyomon kövessem a jog társadalmi természetéről szóló, a történeti és szociológiai jogtudományban központi szerepet játszó elképzeléseket, és megmutassam, hogy ezek az elképzelések mennyire elterjedtek az őket eredetileg támogató elméletektől függetlenül.¹⁶³

A jelenlegi helyzet éppen az, hogy a jogot széles körben társadalmi szempontból tekintik, de nincs ehhez illeszkedő elismert jogtudományi hagyomány.¹⁶⁴ A joggal kapcsolatos háttérhiedelmek nyilvánvalóan nem igényelnek kísérő elméletet a gyarapodáshoz, de ez az elméleti vákuum mégis a jól megfogalmazott elméletek potenciális előnyei nélkül hagy minket a megértés terén elért előrelépések nélkül.

Egy másik lényeges pontosítás, hogy a szociális jogelméletek a jogtudomány egyik ága. Több, egymással ellentétes társadalmi jogelmélet létezik, nem csak az általam korábban említettek, olyan különböző teoretikusoktól, mint a

Max Weber, Niklas Luhmann és Julius Stone,¹⁶⁵ és többek között

160. Lásd FULLER, fenti megjegyzés, 28,45-59. o.

161. Lásd FREDERIC R. KELLOGG, OLIVER WENDELL HOLMES, JR., LEGAL THEORY, AND JUDICIAL RESTRAINT (2007) (megkérdőjelezve azt a felfogást, hogy Holmes jogi pozitívista volt).

162. Lásd pl. Danny Priel, *Were the Legal Realists Legal Positivists?*, 27 LAW & PHIL. 309 (2008); Anthony J. Sebok, *Misunderstanding Positivism*, 93 MICH. L. REV. 2054 (1995) (a jogi pozitivizmus fejlődésének leírása az Egyesült Államokban, és összehasonlítása a jogi realizmussal).

163. Lásd a fenti II-IV. részt (annak tárgyalása, hogy a történeti jogtudomány elvei hogyan épültek be a szociológiai jogtudományba, amely viszont beépült a jogtudományi elméletekbe); lásd még a fenti 152-54. és kísérőszövegeket.

164. Lásd a fenti megjegyzést és a 154kísérő szöveget.

165. Lásd MAX RHEINSTEIN, MAX WEBER ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY (Max Rheinstein ed., Edward Sihls & Max Rheinstein trans., 1954); JULIUS STONE, THE PROVINCE AND FUNCTION OF LAW: LAW AS LOGIC, JUSTICE, AND SOCIAL CONTROL (1950); Niklas Luhmann,

olyan kortárs jogtudósok, mint William Twining, Roger Cotterrell, Lawrence Friedman és David Trubek.¹⁶⁶ A társadalmi jogelméletek a jog fogalmait, a jog eredetére és funkcióira vonatkozó elméleteket, a jog intézményes természetére vonatkozó elméleteket, a jogot alakító társadalmi erőkre vonatkozó elméleteket és még sok mást is kínálnak.¹⁶⁷ Mivel a társadalmi jogelméleti teoretikusok alapvető kérdésekben nem értenek egyet egymással, nem lehetséges a közös elméleti tételek részletes felsorolása.

A jog társadalmi elméleteinek széles skálája és pusztán sokfélesége hozzájárult ahhoz, hogy elhomályosítsa, hogy azok egyetlen jogágba tartoznak. A Montesquieu-n belüli funkcionalista feltevések¹⁶⁸ például különböznek a kulturális magyarázatoktól, a

Savigny,¹⁶⁹ amelyek ismét különböznek a műszeres

Jhering magyarázata.^{170A} szociológiai jogtudósok, az ő

politikai nézetei, hajlamosak voltak kritikusan viszonyulni a történeti jogtudósokhoz a radikális jogalkotási reformokkal szembeni ellenszenvük miatt.¹⁷¹ Erre a sokféleségre lehet érvként hivatkozni az ellen, hogy egyetlen jogtudományi ernyő alá szorítsuk őket, különösen ha figyelembe vesszük, hogy egyes teoretikusok, közülük is kiemelkedik Maine és Weber, a jogtudományon kívül olyan területeken, mint a szociológia, az antropológia és a szociológiai tudományok, jelentős személyiségek.

politikatudomány¹⁷² (bár meg kell említeni, hogy Weber volt

Működési zárás és strukturális csatolás: The Differentiation of the Legal System, 13 CARDOZO L. REV. 1419, 1425 (1992) ("Maga a jogrendszer a társadalmi rendszer elválaszthatatlan része.").

166. Lásd általában ROGER COTTERRELL, THE POLITICS OF JURISPRUDENCE (Univ. of Pa. Press 1989); LAWRENCE M. FRIEDMAN, THE LEGAL SYSTEM: A SOCIAL SCIENCE PERSPECTIVE (1975); WILLIAM TWINNING, GENERAL JURISPRUDENCE: UNDERSTANDING LAW FROM A GLOBAL PERSPECTIVE (2009); David M. Trubek, Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development, YALE82 L.J. 1-21, (1972).

167. Lásd általában BRIAN Z. TAMANAHA, A JOG ÉS A TÁRSADALOM ÁLTALÁNOS JURISZKODÁSA 1-3 (2001) (teszteli, vizsgálja és fejt ki azt a tézist, hogy "a jog a társadalom tükré, amely a társadalmi rend fenntartására szolgál").

168. Lásd a 38-57. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.

169. Lásd a fenti 58-72. megjegyzéseket és a kísérő szöveget.

170. Lásd UNGER, fentebb, 144, 123-28. pont.

171. Lásd a fenti 55-56. megjegyzéseket és a kísérő szöveget.

172. Lásd pl. Charles F. Keyes, Weber and Anthropology, 31 ANN. REV. ANTHROPOLOGY 233, 233 (Weber angol nyelvű antropológusokra gyakorolt hatását elemezve, szemben a politikatudományban és szociológiában gyakran elemzett hatásával); Henry Orenstein, The Ethnological Theories of Henry Sumner Maine, 70 AM. ANTHROPOLOGIST 264, 264 (Maine társadalmi, politikai és jogi elméleteinek szintetizálása a modern antropológiára gyakorolt hatásának megértése érdekében). A jogról mint társadalmi intézményről szóló legérdekesebb jelenlegi elméletalkotások némelyike a politikatudományban zajló evolúciós gondolkodásból származik és

jogi képzést szerzett, több évig ügyvédként dolgozott, és kezdetben jogot tanított).¹⁷³

A természetjogi elmélet azonban ugyanebben az állapotban van. A természetjogi hagyományon belül radikálisan különböző megközelítések élnek egymás mellett, köztük az Aquinói Szent Tamás és John Finnis által képviselt katolikus ág, Lon Fuller procedurálisizmusa, Michael Moore metafizikai realizmusa és Ronald Dworkin egyedi jog mint integritás, hogy csak néhány kevés közös vonással rendelkező természetjogi elméletet említsünk.¹⁷⁴ A jogi tanszékeken kidolgozott jogtudományi törzsek mellett a természetjogi elméletet a filozófia, a politikaelmélet és a teológia tanszékein is kidolgozzák.¹⁷⁵

A jogi pozitívizmust belsőleg szintén a versengő pozitivisták elméletek közötti viták feszítik - egy szakadék választja el a hartianus és a kelsenit pozitivistákat¹⁷⁶ -, bár a pozitivisták közötti nézeteltérések köre szűkebb. A jogi pozitívizmuson belüli korlátozottabb sokféleség talán azzal magyarázható, hogy úgy tűnik, csak a jogelméleti teoretikusokat (és még csak nem is a legtöbbjüket) érdeklik az analitikus jogtudósokat foglalkoztató kérdések; ezzel szemben a természetjog és a társadalmi-jogi elmélet olyan kérdésekkel foglalkozik, amelyeket más tudományágak teoretikusainak egy sora vesz fel.¹⁷⁷

A jogtudomány másik két nagy hagyományos ágához hasonlóan itt sincs egyetlen vagy domináns társadalmi-jogi elmélet. Az ezt a jogtudományi hagyományt összekötő közös szál két tételre egyszerűsíthető le: a jog társadalmi természetű, és a legjobban egy empirikus szemüvegen keresztül érthető meg.

antropológia. Lásd pl. FRANCIS FUKUYAMA, *THE ORIGINS OF POLITICAL ORDER* (2011). (a jog eredetének és a társadalmi erőknél az elemzése, amelyek a mai állapotukhoz vezettek).

173. Lásd STEPHEN P. TURNER & REGIS A. FACTOR, *MAX WEBER, THE LAWYER AS SOCIAL THINKER* 2-7 (1994).

174. E sokféleség áttekintését nyújtja Jonathan Crowe, *Natural Law Beyond Finnis*, *JURISPRUDENCE* (2293,2011294) (Aquinói és Finnis, Fuller, Moore és Dworkin természetjogi elméleteinek tárgyalása, miközben tisztázza "az új természeti szemlélet alapvető állításai és az egyes szerzők konkrétabb nézetei közötti kapcsolatot"). Lásd még WEST, *supra* note, 14,12-59. o. (a létező elméletek egész sorát tárgyalja, és a progresszív természetjogi változatok kiegészítését szorgalmazza).

175. Lásd Crowe, *Supra* note 174, 297. o. ("[C]ontemporary natural law scholarship has become splintered between distinct academic fields.").

176. Lásd H.L.A. Hart, *Kelsen Visited*, *UCLA L. REV.* 709 (1963) (Kelsen munkásságának kritikája és az álláspontok közötti elhatárolás).

177. Lásd a fenti megjegyzéseket és a 172,175kísérő szöveget.

VII. A JOG HÁROM KONTRÁTÍV-KOMPLEMENTÁRIUS SZEMSZÖGE

Ez utóbbi megfigyelés felvet egy másik értelmet, amelyben ez a

három

jogtudományi áramlatok valódi elméleti alternatívákat képviselnek. A természetjog a jog normatív szemszögéből közelít a joghoz.¹⁷⁸ A jogi pozitívizmus a jog fogalmi vagy analitikus szemszögéből közelíti meg a jogot.¹⁷⁹ A társadalmi jogelmélet empirikusan orientált szemszögből vizsgálja a jogot.¹⁸⁰ Másképpen fogalmazva: a természetjog az erkölcsfilozófiában, a jogi pozitívizmus az analitikus filozófiában, a társadalmi-jogi elmélet pedig a tudományban gyökerezik. A "tudományt" tágan értelmezem, hogy magába foglalja a történelmet, a közgazdaságtant, a szociológiát, az antropológiát, a pszichológiát, a politikatudományt - minden olyan megközelítést, amelynek középpontjában a megfigyelés, a bizonyíték, az igazolás, a hamisítás, az indukció, a dedukció, az adatgyűjtés és más hasonló módszerek állnak. A "nézőpont" kifejezés azt jelzi, hogy bár minden áramlatnak megvan a maga megkülönböztető központja, ezek nem egymást kizáró részek. Ha nem tolják antagonistikus szélsőségekbe, ez a három irányzat egyensúlyban tartja egymást, ami Morris Cohent arra készítette, hogy (túlságosan merészen) kijelentse: "[n]egy nagy egyéni jogász sem tartozott soha kizárólag az analitikus, a történeti vagy a filozófiai iskolához".¹⁸¹ Mindháromnak vannak normatív vonatkozásai; mindhárom fogalmi elemzéssel foglalkozik; mindhárom elfogadja, hogy a jog társadalmi intézmény.

Egy évszázaddal ezelőtt ez a hármas felosztás jól ismert volt.

"Jurispru- dencia, a maga sajátos értelmében a jog elmélete vagy filozófiája", írta

John Salmond, "három ágra osztható, amelyek a következők lehetnek analitikus, történelmi és etikai szempontból."¹⁸² Salmond

megjegyezte, hogy a legtöbb jogtudományi szöveg elsősorban az egyik vagy a másik témával foglalkozik, de hangsúlyozta, hogy "[a]z említett három jogi aspektus ...annyira összefonódik egymással, hogy bármelyikük elszigetelt kezelése szükségszerűen nem megfelelő".¹⁸³ A huszadik század közepén Julius Stone három fő ágra osztotta a jogtudományt:

178. Lásd Kelsen, *Supra note*, 157,46-48. o. (megállapítja, hogy a társadalomban a legtöbb egyén egyetért az erkölcs és az értékek tekintetében, és a természetjog tanítása ebből az elképzelésből ered).

179. Lásd Sebok, *Supra note*, 162,2070-71. o. (megállapítva, hogy Pound kritikája az analitikus jogtudományról a pozitívizmus három központi eleme közül kettőt céltzott).

180. Lásd a 38-47. lábjegyzeteket és a kísérő szöveget.

181. MORRIS R. COHEN, *JOG ÉS TÁRSADALMI REND*: (3471933).

182. JOHN SALMOND, *JURISPRUDENCE* (47. kiadás, 1924).

183. Id. 5.

"Analitikus jogtudomány"; "Szociológiai (vagy funkcionális) jogtudomány"; és "Jogelméletek (vagy kritikai vagy cenzoriális vagy etikai) jogtudomány".¹⁸⁴

Hans Kelsen jogfilozófus ugyanezt a háromszögelést mutatta be. "Ennek a tárgynak [az analitikus jogtudománynak] és megismerésének határait két irányban kell világosan rögzíteni: a jog sajátos tudományát, az általában jogtudománynak nevezett diszciplínát egyfelől meg kell különböztetni az igazságosság filozófiájától, másfelől a szociológiától, vagyis a társadalmi valóság megismerésétől."¹⁸⁵ Kelsen felosztásában az analitikus jogtudomány a jogra mint normatív rendszer saját érvényességi kritériumokkal;¹⁸⁶ a természeti törvény a az igazságosság vagy az erkölcs elvei; a ¹⁸⁷szociológiai jogtudomány, amelyet az "amerikai jogi realistákkal" hozott összefüggésbe, azt ¹⁸⁸vizsgálja, hogy mit a törvény valójában ezt teszi.¹⁸⁹ Kelsen a természetjoggal szemben állt. elméletét,¹⁹⁰ de nem volt teljesen ellenséges a szociológiai jogtudományokkal szemben, bár a jogelméletében nem volt helye.

A tiszta jogelmélet semmiképpen sem tagadja az ilyen szociológiai jogtudomány érvényességét, de nem hajlandó benne a jog egyetlen tudományát látni, ahogyan azt számos képviselője teszi. A szociológiai jogtudomány a normatív [analitikus] jogtudomány mellett áll, és egyik sem helyettesítheti a másikat, mert mindegyik teljesen más problémákkal foglalkozik.¹⁹¹

A társadalmi jogelmélet, a harmadik, ebben a műben érvelt ág hiányában a jog természetéről szóló elméleti vitákból hiányzik egy, a jog természetéről szóló elméleti vita.

alapvető alternatív perspektíva.¹⁹² Természetes jogászok és jogi

184. JULIUS STONE, A JOG TARTOMÁNYA ÉS FUNKCIÓJA 31-32 (1950).

185. Kelsen, *Supra* note at

157, Id. 44-186. at 50-52.

187. Id. 46-47.

188. Id. n52.2.

189. Id. 52. pont.

190. Id. 45-49.

191. Id. at Bár52. elméletét az analitikus jogtudománnyal azonosította, Kelsen a "normatív jogtudomány" kifejezést használja "tiszta jogelméletének" megjelölésére, mivel elmélete a jogra mint normarendszerre összpontosít. Ahogy Hart megfigyelte, ez a címkeválasztás zavart keltett. Hart, *Supra* note, 176, 712-13. o.

192. Oakeshott úgy érvelt, hogy ezek az álláspontok mindegyike különböző szempontból hiányos volt, és remélte, hogy egy átfogóbb jogelmélet felváltja őket. Külön kifogásolta az analitikus jogtudományt annak túlzottan absztrakt irányultsága miatt: "Azt hiszem, világos, hogy a jog természetének filozófiai vizsgálata nagyon hamar felfogná a

a pozitivisták olyan szemszögből vizsgálják a jogot, amely korlátozza a jog társadalmi természetének a vizsgálat középpontjába helyezéséből adódó elméleti meglátások teljes körét.¹⁹³

Az analitikus jogtudománynak és a természetjognak nagy vakfoltjai vannak, mivel nem figyelnek a társadalmi kontextusra, és nem veszik figyelembe a jog történelmi dimenzióját.¹⁹⁴ Az analitikus jogtudományok például tudnak mondani a jogállamiság elemeiről, de semmit sem mondanak arról, hogy a jogállamiság hogyan fejlődik egy társadalmon belül. Jellemzően azt is kizárják a látókörükből, hogy a "társadalmi nyomás" milyen számtalan módon hatja át a jogalkotást és a bíró által alkotott jogot, és nem vizsgálják a jogi következményeket.¹⁹⁵ Számos jogász megjegyezte továbbá, hogy a jognak állandó kihívást jelent a jogi stabilitás és a társadalmi változások összeegyeztetése, amivel az analitikus jogtudomány és a természetjog nem foglalkozik. "[A] társadalmi szükségletek és a társadalmi vélemények mindig többé-kevésbé megelőzik a jogot" - jegyezte meg Maine.¹⁹⁶ "Végtelenül közel kerülhetünk a köztük lévő szakadék bezárásához, de az örökös tendencia, hogy újra megnyílik".¹⁹⁷ Ahogy Morris Cohen megfogalmazta a dilemmát: "Úgy tűnik tehát, hogy az élet két, látszólag egymásnak ellentmondó tulajdonságot követel a jogtól: bizonyosságot vagy rögzítettséget és rugalmasságot; az előbbire azért van szükség, hogy az emberi vállalkozást ne bénítsa meg a kétség és a bizonytalanság, az utóbbira pedig azért, hogy ne fojtogassa a halott múlt keze".¹⁹⁸ A rögzítettségen belüli folyamatos áramlásának köszönhetően a jog a régi és a létezőn belül és felül folyamatosan újjáteremtődik - a régi néha szilárd alapként vagy visszahúzó húzóerőként szolgál. "Egy mindenkori jogrendszer".

a jog természetének az analitikus jogtudományban kínált magyarázatának hiányossága, és a legjobbat tenné a kevésbé elvont dolog felé". OAKESHOTT, supra note, 114,173-74. o.

193. Harold Berman úgy érvel, hogy "minden egyes ág a jog egyetlen fontos dimenzióját különítette el, és lehetséges és fontos, hogy a több dimenziót közös fókuszba hozzuk. Harold J. Berman, *Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History*, CALIF 76. L. REV. 779,779 (1988).

194. Lásd a fenti megjegyzést és a 73kísérő szöveget.

195. Lásd Edwin W. Patterson, Hans Kelsen and His Pure Theory of Law, CALIF 40. L. REV. 5, 7 (1952) (ezek a megjegyzések Kelsenre irányulnak, de általában az analitikus jogtudósokra vonatkoznak).

196. MAINE, fenti 33.megjegyzés 23.

197. Id.

198. COHEN, fentebb 181. lábjegyzet, 261. lábjegyzet. Cohen írásai a bírói jogszabályváltozásokról Maines jogi fikciókról szóló elemzésére emlékeztetnek. Lásd Cohen, 126. lábjegyzet; Cohen, 126. lábjegyzet. 127.

Holmes írta, "egyrészt a bölcsességről és a jogról alkotott jelenlegi elképzelések, másrészt a társadalom korábbi állapotaiból átörökített szabályok eredménye, amelyek többé-kevésbé elmúlt igényeket és elképzeléseket testesítenek meg".¹⁹⁹

A természetjog és az analitikus jogtudomány keveset mond a jog e kiemelkedő jellemzőiről. Az előbbi hallgat, mert az egyetemes természeti elvek időtlenek és változatlanok. Az utóbbi elhanyagolja őket, mert a társadalmi erők kívül esnek a jogilag elismert jogi változások mechanizmusaira (az elismerés és a változás belső szabályaira) irányuló pozitivista fókuszon, a társadalmi hatások és következmények pedig túlságosan kuszák és empirikusan érzékenyek és változóak ahhoz, hogy analitikusan kezelhetőek legyenek. A kortárs jogtudomány két fő elismert hagyománya következőképpen nem érdekelt és képtelen foglalkozni a jog dinamikus társadalmi szerepvállalásával.

A jogi pozitívizmus feladatáról szóló beszámolójában Marmor elismeri, hogy a jogot úgy kell felfogni, mint egyet a többi társadalmi intézmény közül:

Kultúránkban nem a jog az egyetlen normatív terület; az erkölcs, a vallás, a társadalmi konvenciók, az etikett stb. szintén sok olyan módon irányítja az emberi viselkedést, amelyek hasonlóak a joghoz. Ezért a jog természetének megértéséhez részben annak magyarázatára van szükség, 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.²⁰⁰

Ez azt sugallja, hogy a jogi pozitívizmus kiterjed a társadalmi-jogi elmélet területére is, de jellemzően a jogrendszer elszigetelésére és megkülönböztetésére törekszik; míg az ellenkező irányba tekintve a társadalmi-jogi elméletek nagy figyelmet fordítanak a jog és a környező társadalmi terület kapcsolataira.

Érdekes módon a szociális jogelmélet saját keretébe képes beépíteni a természetjogi és a jogpozitivisták elméleteket. Klasszikus művének, *A jog fogalma* című művének nyitóoldalán Hart azt írja, hogy "[n]em függetlenül attól, hogy az elemzéssel foglalkozik, a könyv a leíró szociológia esszéjének is tekinthető".²⁰¹ Bár a

199. COHEN, *Supra* note at (181,208)idézi Oliver Wendell Holmes-t).

200. Marmor, *Supra* note 1.

201. H.L.A. HART, *A JOG FOGALMA*, v. o. (1961).

A jogfilozófusok azóta is lekicsinylik ezt az állítást, a társadalmi jogelméletek azonban komolyan veszik, és szociológiailag orientált beszámolókat készítenek az olyan jogi pozitivista fogalmakról, mint a társadalmi források tézise, az elkülönítési tézis, az elsődleges és másodlagos szabályok, a belső szemlélet és a jogi érvényesség.²⁰² Maga a természetjogi elmélet társadalmi-jogi jelenségként vizsgálható - mint a jogról alkotott hiedelmek összessége, amelyek a világot befolyásoló módon cselekszenek.²⁰³ Ahogy Max Weber megfigyelte, a természetjog "szociológiailag csak akkor releváns, ha a gyakorlati jogi életet anyagilag befolyásolja a meggyőződés bizonyos jogi maximák sajátos "legitimitásáról", és bizonyos elvek közvetlenül kötelező erejéről, amelyet nem zavarhat meg a pozitív jognak a pusztá hatalom által előírt engedmények".²⁰⁴ John Finnis igyekezett megkülönböztetni a természetjogi elveket, amelyek szerinte a történelmen kívül léteznek, a természetjogi diskurzustól, amelynek hosszú története van a

tényleges társadalmi következmények, jók és rosszak.²⁰⁵

Természetjogi elmélet

az előbbivel foglalkozik, míg a szociális jogelmélet az utóbbival. A jogi pozitívizmus és a természetjog így a társadalmi jogelmélet szemszögéből kerül átfogalmazásra.

VIII. "DE EZ NEM JOGFILOZÓFIA"

A társadalmi-jogi elmélet empirikus-tudományos irányultsága ellenérvet vet fel az érvelésemmel szemben. A természetjog és a jogi pozitívizmus azért jogosultak a jog természetének elméleti megközelítéseihez való emelkedett státuszukra, mondhatnánk, mert csakis filozófiaiak. A jogpozitivisták különösen hajlamosak voltak kifejezni ezt az álláspontot, mint Joseph Raz e passzusában:

Mivel egy jogelméletnek minden jogrendszerre igaznak kell lennie, az azonosító jellemzőknek, amelyekkel jellemzi őket, az összes jogrendszerre igaznak kell lenniük.

202. Ez az alkalmazás például azt mutatja, hogy a jogi pozitívizmus elkülönítési tézisének az erkölcsön túl a funkcionalitásra is ki kell terjeszteni. Lásd Brian Z. Tamanaha, *Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence*, OXFORD 21 J. LEGAL STUD. 1 (2001).

203. Az emberi jogok e nézőpontjának legújabb példáját lásd: LAWRENCE FRIEDMAN, *THE HUMAN RIGHTS CULTURE: A STUDY IN HISTORY AND CONTEXT* (2011). Egy másik példa George Herbert Mead, *Natural Rights and the Theory of the Political Institution*, J12. PHIL. PSYCHOL. & SCI. METHODS (1915)142.

204. MAX WEBER, *ECONOMY AND SOCIETY* (866Guenther Roth & Claus Wittich szerk., 1978). A természetjog mint társadalmi jelenség szisztematikus bemutatását lásd TAMANAHA, *supra note*, 133-205. kk167,.

205. JOHN FINNIS, *NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS* 24-25 (2d. kiadás 2011).

nagyon általánosnak és elvontnak kell lennie. Figyelmen kívül kell hagynia azokat a funkciókat, amelyeket egyes jogrendszerek egyes társadalmakban az adott társadalmak sajátos társadalmi, gazdasági vagy kulturális feltételei miatt töltenek be. Csak a jogrendszerek azon jellemzőit kell megragadnia, amelyekkel a jogrendszereknek rendelkezniük kell, függetlenül azon társadalmak sajátos körülményeitől, amelyekben hatályban vannak. Ez a különbség a jogfilozófia és a jogszociológia között. Az utóbbi a kontingens és a partikuláris, az előbbi a szükségszerű és az egyetemes dolgokkal foglalkozik. A jogszociológia rengeteg részletes információt és elemzést nyújt a jog egyes konkrét társadalmakban betöltött funkcióiról. A jogfilozófiának meg kell elégednie azzal a néhány jellemzővel, amelyekkel minden jogrendszer szükségszerűen rendelkezik.²⁰⁶

Más vezető jogpozitivisták is csatlakoztak ehhez az állásponthoz. Scott Shapiro kijelenti:

A társadalomtudományok nem tudják megmondani, hogy mi a jog, mert az emberi társadalmat tanulmányozzák. A jogfilozófus számára nincsenek relevanciája a szállóigéinek, mert közhely, hogy a nem-embereknek is lehet joguk. A tudományos-fantasztikus irodalom például tele van olyan történetekkel, amelyekben idegen civilizációk szerepelnek, amelyek valamilyen jogrendszerrel rendelkeznek. Társadalmi a tudományos elméletek e tekintetben korlátozottak, mivel csak emberi csoportokat képesek vizsgálni, és ezért nem tudnak a jog minden lehetséges esetéről beszámolni.²⁰⁷

Gondolkodjunk el azon a furcsaságon, hogy egy jogfilozófus kijelenti, hogy a társadalomtudományi elméletek, mivel azok az emberi társadalmakra korlátozódnak, irrelevánsak a jogfilozófia szempontjából. A filozófusok korábbi generációi nem voltak ilyen elutasítóak. Salmond, az analitikus jogtudós az analitikus, a történeti és az etikai jogtudományt a "jogfilozófián" belüli informatív "ágaknak" tekintette.²⁰⁸ Oakeshott a történeti és a szociológiai jogtudományt a "filozófiai jogtudomány" teljes értékű változatainak nevezte, az analitikus mellett

206. JOSEPH RAZ, *A JOG HATÓSÁG* 104-05 (2d ed. 2009).

207. SCOTT J. SHAPIRO, *LEGALITY* 406-07 (2011). Ironikus módon, ahogyan a jogfilozófusok a társadalomtudományok irrelevanciáját hirdetik, épp az ellenkező tendenciának lehetünk tanúi, amikor a tudósok tagadják a filozófia relevanciáját. Lásd Austin L. Hughes, *The Folly of Scientism*, *NEW 37ATLANTIS* 32 (2012), elérhető a <http://perma.cc/Q5F6-JK6T> oldalon. Ez minden oldalról az intellektuális határjárás és az egymás elleni küzdelem érzetét kelti.

208. SALMOND, fentebb 182. lábjegyzet, at 4.

jogtudomány és természetjog. Felismerte, hogy ugyanazt az alapvető feladatot vállalták, bár különböző nézőpontokból, írta:

Sem az analitikus jogtudomány, sem a történeti jogtudomány nem fogadja el a jogot abban a formában, ahogyan az először megjelenik számukra; mindkettő kísérlet arra, hogy a jog természetét azáltal magyarázza, hogy a jogot, ahogyan az először megjelenik, valamilyen általános elvhez viszonyítja, és ily módon átalakítja és teljesebbé teszi a jog természetéről alkotott képünket.²⁰⁹

A filozófus¹⁹⁶⁶, Martin Golding kiadta *A jog természete: Readings in Legal Philosophy* című könyvében ugyanezt a háromrészes felosztást használta.²¹⁰ Nincsenek biztos vagy elfogadott kritériumok, amelyek behatárolnák, hogy mi számít "jogfilozófiának", amelynek hatóköre és irányultsága az idők során változott. Raz és Shapiro szokatlanul és indokolatlanul szűkszavú meghatározási kritériumokat alkalmaz, amelyek sok mindent kizárnának, amit a múltban a jogfilozófiához tartozónak tekintettek. Ebben a cikkben megemlítettem a kiemelkedő filozófusokat - Hume, Berlin, Shklar, Oakeshott és Cohen -, akik pozitívan tárgyalják a jog társadalmi természetének elméleteit. A kortárs filozófus, John Searle "a filozófia egy új ágának felépítésén fáradozik, amelyet "A társadalom filozófiájának" lehetne nevezni", és amely a társadalmi intézmények filozófiai elemzését²¹¹ foglalja magában, a joggal kapcsolatos kiterjedt vitákkal, amelyek átfedésben vannak a következőkkel.

a szociális jogelméletek által tárgyalt témák.

Raz és Shapiro kirekesztő álláspontja azon a feltételezésen alapul, hogy a jogfilozófia meghatározó jellemzője a koncepcionális elemzés, amely univerzalista, szükségszerűen igaz állításokat fogalmaz meg a jog természetéről.²¹² Egy hasonlóan gondolkodó, analitikus jogtudós

209. OAKESHOTT, 114. lábjegyzet, at 158.

210. A JOG TERMÉSZETE: Golding, 1966). Harmadik ágához a természetjog és a jogi pozitívizmus mellett Golding a jogi realizmus és a szociológiai jogtudomány, nem pedig a történeti jogtudomány olvasmányait használja. Egy nemrégiben megjelent azonos című (más alcímű) szöveg ezzel szemben csak a természetjogból és a jogpozitívizmusból tartalmaz olvasmányokat. Lásd: A JOG TERMÉSZETE: PHILOSOPHICAL ISSUES IN CONCEPTUAL JURISPRUDENCE AND LEGAL THEORY, supra note. 2.

211. Lásd JOHN R. SEARLE, MAKING THE SOCIAL WORLD: THE STRUCTURE OF HUMAN CIVILIZATIONS 5 (2010); lásd még JOHN R. SEARLE, THE CONSTRUCTION OF SOCIAL REALITY (1995).

212. Ezt az állítást kritizálja Frederick Schauer, On the Nature of the Nature of Law (2011, május) (vitairat), elérhető a <http://perma.cc/8MRL-VGUD> oldalon; lásd még Frederick Schauer, The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson, OXFORD 25

J. LEGAL STUD. 493 (2005).

kifejti, hogy jogelméletüknek "a jogról szóló olyan tételekből kell állnia, amelyek szükségszerűen igazak, szemben a pusztán folyamatosan igazakkal", mert "csak a jogról szóló szükségszerűen igaz tételek lesznek képesek megmagyarázni a jog természetét".²¹³ Ez az önmagára támasztott követelmény garantálja a jog absztrakt, lecsupaszított, steril elméletét, mert kevés (ha egyáltalán valami) szükségszerűen és általánosan igaz bármely társadalmi intézményről.

A társadalomtudományoktól való állítólagos elhatárolódásuk azonban elkerülhetetlenül megbotlik abban a gyökeres valóságban, hogy a jog társadalmi intézmény. Ez az oka annak, hogy a bonyolult filozófiai köntös alatt a jogfilozófusok által alkotott jogelméletek nagyjából ugyanúgy néznek ki, mint a társadalmi jogelméletek, amelyeket a jogelméleti teoretikusok alkotnak.

termel.²¹⁴ Vegyük Shapiro jogelméletét "mi teszi a jogot, itt jogi intézményként értve, a törvény az, hogy egy önigazoló, kötelezően tervező szervezet, amelynek célja, hogy megoldja azokat az erkölcsi problémákat, amelyek nem, vagy nem ugyanúgy oldhatók meg a társadalmi rendezés alternatív formáival".²¹⁵ A jogról alkotott elmélete két elemből áll: forma (kötelező tervező szervezet) és funkció (komplex erkölcsi problémák megoldása). A jog társadalmi elméletei jellemzően ugyanennek a két elemnek a variációiból épülnek fel.

Hogy lássuk a hasonlóságot, hasonlítsuk össze Shapiro jogelméletét egy Max Weber által megfogalmazott befolyásos szociológiai jogfelfogással: "A "garantált jog" kifejezés alatt azt kell érteni, hogy létezik egy "kényszerítő apparátus", azaz van egy vagy több olyan személy, akinek különleges próbatétele, hogy készenlétben tartja magát a kényszerítés (jogi kényszerítés) speciálisan biztosított eszközeinek alkalmazására a normák érvényesítése céljából".²¹⁶ Weber jogfogalmának megalkotásakor az állami jogot absztrakt módon reformálta meg, lefaragva annak nem lényeges vonásait. Shapiro ugyanezt tette, miután elemzését a következőkkel alapozta meg

213. JULIE DICKSON, *EVALUATION AND LEGAL THEORY* (18John Gardner szerk., 2001) (kiemelés hozzáadva).

214. Ennek a hasonlóságnak egy bővebb bemutatása Brian Z. Tamanaha, *What is "General Jurisprudence"?: A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law*, in *TRANSNAT'L LEGAL THEORY* (2872012).

215. SHAPIRO, *Supra* note at 207,225.

216. MAX WEBER, *WEBER ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY* 13 (Max Rheinstein szerk., 1954). Weber megfogalmazását inkább ideáltípusnak, mintsem definíciónak szánta. Áttekintésért lásd: Brian Z. Tamanaha, *Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law*, *OXFORD 15 J. LEGAL STUD.* 501 (1995).

filozófiai beszéd a magától értetődő intuíciókról. A felszínen azért különböznek egymástól, mert eltérő véleményük van arról, hogy mi a jog lényege, és hogyan lehet a legjobban megfogalmazni, de mindegyikük absztrakciót hoz létre az állami jog formájáról (intézményesített kényszer/szervezett kényszerítő rendszer), és mindegyikük a jog központi funkcióját (normák érvényesítése/normákon alapuló tervezés) tételezi fel.

Az analitikus jogtudósok és a társadalmi-jogi teoretikusok hasonlóan tűnő jogelméleteket alkotnak, mert ugyanabból az anyagból dolgoznak: a jog társadalmilag konstruált megnyilvánulásaiából. Összehasonlíthatók egymással, és megítélhetők jobbnak vagy rosszabbnak, és alkalmazási körük is azonos. Nincs kategorikus különbségtétel az általuk konstruált jogelméletek között.

Azoknak a jogfilozófusoknak, akiket ez továbbra sem győzött meg, az az érve, hogy a társadalmi jogelmélet egy harmadik nagy jogtudományi hagyomány, még akkor is megállja a helyét, ha a filozófia/nem filozófia elhatárolást elfogadjuk. A jogtudomány tágasabb, mint a jogfilozófia.²¹⁷ Az a kitarítás, hogy a jogfilozófia a jogtudomány egy különálló altípusa, nem tagadja, hogy a társadalmi jogelmélet a jogtudomány egyenrangú ága.

IX. MIÉRT ÉRDEKEL

A jogelméleti viták a jellegzetes tézisek által meghatározott gondolkodási iskolák körül forognak, amelyek összecsapnak az ellentétes elméleteket (vagy részelméleteket) valló, egymással szemben álló iskolákkal, amelyeket gyakran kész narratívákban mutatnak be: a jogi realisták megcáfolták a formalistákat; a kritikai jogi tanulmányok megtámadták a liberális legalizmust; a textualisták kihívást jelentenek a pragmatistáknak; az originalisták és az élő alkotmányjogászok szembeszállnak egymással; a természetes jogászok és a jogi pozitivisták több évszázados harcot vívnak egymással.

Elismert név és identitás nélkül gyakorlatilag nem létezik elméleti perspektíva. A történeti jogtudományt szinte teljesen elfelejtették; a szociológiai jogtudományt néha megemlítik, de ritkán foglalkoznak vele; a joggal és társadalommal kapcsolatos elméleti munka a társadalomtudományok határán lévő legeldugottabb régióba szorult, vagy a jog és társadalom mozgalomban ragadt, a jogtudománytól elzártan.

217. Lásd Roger Cotterrell, *Why Jurisprudence is Not Legal Philosophy*, JURISPRUDENCE (51,201441).

A vezető kortárs jogtudományi szöveg Brian Bix exemplifikus ezt a virtuális törlést.²¹⁸ Bix kiterjedten utazik át a jogtudományi terep, számos elméleti zugot és rést feltárva, és kifinomult vitákat folytat a polgári republikanizmusról és a játékelméletről, számos más ismert és homályos elméleti téma mellett; még egy fejezetet is szentel a jog és irodalom témakörének.

ture.²¹⁹ A szociológiai jogtudományt egyáltalán nem tárgyalja azonban a nevet egyszer említi Pounddal kapcsolatban.²²⁰ Az "Egyéb megközelítések" című fejezetben oldalmi kezelést szentel a történeti jogtudománynak, megállapítva annak hanyatlását.²²¹ A jogszociológiát és a jog és társadalmat a "kritikai perspektívákról" szóló fejezet végén egy rövid bekezdésben tárgyalja:

A szociológia jogra való alkalmazása, amelyet különbözőképpen "társadalmi-jogi tanulmányok", "jog és társadalom", illetve "jog kontextusban" néven ismerünk, hosszú múltra tekint vissza, mivel a jelenlegi jogszabályok és jogi gyakorlatok empirikusan megalapozott kritikáját és változtatási javaslatokat kínál. Bár a szociológia célja a leíró és erkölcsileg semleges megközelítés, sokan, akik azonosulnak ezzel a megközelítéssel, "progresszív" vagy radikális nézeteket vallanak, ezért ezeket a mozgalmakat gyakran inkább "kritikusnak", mint tudományosnak tekintik.²²²

Jheringről vagy Ehrlichről nem esik szó a szövegben. Savigny és Maine kap néhány rövid szót a jogtörténeti oldalon.²²³

Weber egy maroknyi lábjegyzetben jelenik meg,²²⁴ Unger egyetlen lábjegyzetben jegyzet.²²⁵ Cicero nagyobb figyelmet kap Bix-től, mint mindannyian kombinálva.²²⁶ Nincs szó a jog társadalmi természetéről vagy a jog holisztikus szemléletéről a társadalomban.

Bixet, mint éles eszű és tanult jogtudóst nem lehet hibáztatni, ami pontosan tükrözi a jogtudományon belüli általános mellőzést a szociális jogi teoretikusok által ebben az

218. BIX, fenti megjegyzés 4.

219. Id.

220. Id. at 194.

221. Id. 275-76.

222. Id. 253.

223. Id. 275.

224. Id. 13,37,42,71.

225. Id. 254,239.

226. Id. 68.

Cikk. A jogtudomány a legtöbbet kihagyja ebből.²²⁷ A jogi teoretikusok közül, akik gondolkodnak ezekről a kérdésekről, a figyelem oroszlánrészét a jogi realisták kapják - az amerikai tudományos-jogi kultúra kinevezett szaktekintélyei -, és kevésbé vannak tudatában azoknak a gazdag elméleti vénáknak, amelyek a realisták jogértelmezése alatt láthatatlanul és kihasználatlanul rejlenek.

Ha nincs neved, akkor nem kaphatsz elismerést és nem kaphatsz lefedettséget. A társadalmi jogelmélet címke identitást ad egy olyan koherens elméleti perspektívának, amely egykor kiemelkedő volt és implicit háttérfeltevésenként él tovább, de ma már elhanyagolják a jogelméleti szakemberek.

Ez csak a kezdet. Ennek a jogtudományi ágának a paramétereit a jog társadalmi természetét megvilágító elméletek megalkotásával kell konkretizálni és kitölteni, építve az olyan elődökre, mint Ehrlich és Weber, valamint az újabb szerzőkre. A társadalmi-jogi irányultságú teoretikusok nevük és identitásuk birtokában elhelyezhetik munkájukat egy közös hagyományon belül, érzékelve és konstruálva közös kapcsolatokat másokkal, kritikusan elköteleződve olyan módon, amely további felismerésekre és fejlődésre ösztönöz a hagyományon belül. A név és az identitás segíteni fog abban is, hogy a természetjog, a jogi pozitívizmus és a szociális jogelmélet mint alternatív elméleti álláspontok közötti különbségek élesebbé váljanak, és talán ígéretesebbé válhat az előbbi kettő közötti jól bejáratott vita. A jogtudományból jelenleg kizárt munkák - mint például a jog és fejlődés elméletei vagy a jogi pluralizmus - a társadalmi jogi fókusz révén bekerülnek a jogtudományba.

A jog végül is egy társadalmi intézmény. A kortárs társadalom szegénysége

A jogtudomány a joggal kapcsolatos ezen alapvető felismerést középpontba állító és azt feltáró elméletek marginalizálása.

227. Raymond Wacks, akinek jogtudományi tankönyve a történeti és szociológiai jogtudományról szóló fejezeteket is tartalmaz, bevallja, hogy a kézirat egyik kiadói bírálója "sürgetett, hogy ezeket a fejezeteket teljesen hagyjam ki", "mert "főként empirikusak" voltak - és nem eléggé intellektuálisak". WACKS, supra note at13, Bár317. Wacks megjegyzi, hogy egy második olvasó éppen ezeket a fejezeteket akarta kibővíteni, a jogtudományi szövegek többsége az első olvasó véleményét tükrözi.