

Új történelmi jogtudomány: A jogtörténet mint a jog kritikai elemzése

Markus D. Dubber*

Absztrakt

Ez a szerény manifesztum - vagy *mini-kiáltvány* - a jogtörténetet mint a jog kritikai elemzésének módját *mutatja be*, az amerikai büntetőjog történelmi elemzését használva hivatkozási pontként. A jog történelmi elemzése ebben a megvilágításban a kritikai elemzés egyik módjaként jelenik meg a többi között, ideértve különösen a jog összehasonlító elemzését, a jog gazdasági, filozófiai, szociológiai vagy etikai elemzésével együtt, és így tovább. Más szóval a jog történelmi elemzése maga is a jogtudomány egyik módja, nem pedig a jog vagy a történelem egy alfaja. Ez a jog attógo szemlélete egy sajátos kritikai nézőpontból: a joggal való foglalkozás módja, nem pedig a joggal való foglalkozása. A jog történelmi elemzése ebben az értelemben kevesbé jog és történelem, mint a jog mint történelem, kevesbé jogtörténet, mint történelmi jogtudomány.

* * *

A mi korunk a kiáltványok kora. Nem a politikai kiáltványokra gondolok, bár azokból is van bőven. Tudományos manifesztumokra gondolok, és ezen belül a történelmi manifesztumok alfajára. Ott van például Jo Guldi és David Armitage kényelmes nevével *The History Manifesto* című műve, amelyet a szerzők egy provokatív, sőt lelkesítő cikkben mutatnak be, amely a történettudomány különböző közelmúltbeli "torzulatai" között, amelyek mindegyike - ha nem is nevé szerint, de talán csak *utólag* - saját kiáltvánnyal jart együtt). Aztán ott van Thomas Piketty tudományos kasszasikeré, a *Tőke a huszonegyedik században* (2014), amely ugyanúgy történelmi, mint közgazdasági mű, és amely - bár címe nem olyan kényelmes - bevezetőjében nem kevesbé egyértelmű a manifeszt ambícióit illetően. Mindkét izgalmas és fontos projekt, különösen - és ezúttal is kifejezetten - az előbbi, legalábbis részben a manifesztumok egy másik, tagabb műfajához, a digitális humantudományok manifesztumához tartozónak tekinthető.

* Torontói Egyetem, Jogi Kar. Köszönet Simon Sternnek az észrevételekért és az évek során e témáról és sok másról folytatott beszélgetésekért.

¹ Elérhető nyomtatásban (Jo Guldi & David Armitage, *The History Manifesto* (2014)) és online (<http://historymanifesto.cambridge.org/>).

² David Armitage & Jo Guldi, *A longue durée visszatérése: An Anglo-American Perspective* (http://scholar.harvard.edu/files/armitage/files/rid Annales_revised_0.pdf) (még jelenik az *Annales* 70: Histoire, Sciences Sociales (2015) (franciául)).

³ Beleértve magát a "Digitális humán tudományok kiáltványát", amely több változatban is elérhető, hasznos és megfelelően számozott formában.

1.0 és (2.0a legutóbbi számolás szerint). A Digital Humanities Manifesto (v. 1.0) (<http://manifesto.humanities.ucla.edu/>); The Digital Humanities Manifesto 2.0 (<http://manifesto.humanities.ucla.edu/2009/05/29/the-digital-humanities-manifesto-20/>).

ISSN 2291-9732

CAL

E két alapvető projektben több a közös, mint az általános kiáltványszerűség; a történelmi munkára vonatkozó sajátos elképzelésük fontos aspektusai is közösek. Például a közgazdasági munka szempontjából is. Az adatokkal kapcsolatos izzgatósságuk mellett, beleértve a technológiai fejlődést, amely lehetővé teszi az adatfelhalmozás és -bányászat vagy -gyűjtés új eszközeit, nem is beszélve a vizuális megjelenítésről, azt a vágyat tükrözik, hogy két irányba - az idő és a tér irányába - bővítsék a vizsgálat hatókörét. Más szóval, egy tagan értelmezett történelmi-összehasonlító módszert követelnek, egy olyan megközelítést, amely nemcsak *longue durée, hanem large portée* is. Továbbá, megközelítésük kifejezetten - és ami fontos - kritikai. A történelem (és valójában a tudományosság), amit ők művelnek, egy célt szolgál, megpedig azt, hogy a jelenlegi állapotokat történelmi (és összehasonlító) nézőpontból kritizálják; a globális jogvédelmi egyenlőtlenségek válságát az egyik esetben, a globális felmelegedés (és más kortárs globális problémák és alternatív "jókepek") válságát a másikban. Az új kiáltványok története más szóval az "elkötelezett" tudományosság egy formájának szántak.

Ennek a mini-kiáltványnak, vagy *mini-kiáltványnak* a célja sokkal szerényebb. Nem foglalkozik a tudományossággal általában, sem annak valamelyik ágával (pl. a human tudományokkal), de még csak nem is egy tudományos "diszciplínával" (pl. történelem vagy közgazdaságtan). Ehelyett a jogtörténet viszonylag szűk tudományos projektjére összpontosít, amely - legalábbis első pillantásra - a történelem vagy a jog egy aldiszciplínájának tűnik. A jogtörténetről itt kifejtett nézet nem egyfajta alkalmazott történelemnek tekinti, azaz a "jogra" egyenesen alkalmazott "történelmi" módszertannak, egy olyan valaminek (talán egy intézményi ténynek), ami a történelmi szemlére úgy ül meg, mint egy modell a ~~jog~~ vázlatkészítő óran. Ehelyett a jogtörténetnek az ebben a minijegyzetben vizsgált felfogása a jogtörténetet nem a történelem vagy a jog egyik aldiszciplínájaként, hanem a *jog kritikai elemzésének* módjaként mutatja be.⁶ A jog történelmi elemzése ebben a megvilágításban a kritikai elemzés egyik módjaként jelenik meg a többi között, beleértve például a jog összehasonlító elemzését, a jog gazdasági elemzésével, a jog filozófiai, szociológiai vagy etikai elemzésével együtt. Más szóval a jog történelmi elemzése a jogtudomány egyik módja, nem pedig a jog (vagy a történelem) egyik altája. Ez a jog átfogó szemlélete egy sajátos kritikai nézőpontból: a joggal való foglalkozás módja, nem pedig a joggal való foglalkozás. A jog történelmi elemzése ebben az értelemben kevesbé jogtörténet, mint történelmi jogtudomány, kevesbé "jog és történelem", mint "a jog mint történelem".

Ha a jogtörténelmi elemzést a jog kritikai elemzésének tekintjük, az azt jelenti, hogy a jogtörténetet kontextusba helyezzük, pontosabban két kontextusba: először is, a jogtörténelmi elemzés a jog *kritikai elemzésének* csak egy módja; másodsor, a jogtörténelmi elemzés a jog kritikai elemzése. A vizsgálat *tárgya*, - vagy módszere - szempontjából a jog kritikai elemzésének más módzatai is léteznek (például a jog gazdasági elemzése); és az

⁴ Armitage & Guldi, Supra note at 2,33.

⁵ Id. at (5"elkötelezett akadémikusok").

⁶ Lásd: Special Issue, Critical Analysis of Law and the New Interdisciplinarity, 1:1 *CAL* (2014).

⁷ Lásd Catherine I. Fisk & Robert W. Gordon, "Law As . . .": Irvine L. Rev. (5192011), A "jog mint . . ." ebben az értelemben különbözik a "jog mint irodalomról", amely a jogot irodalomként olvassa majd irodalomkritikai elemzésnek veti alá. Lásd Guyora Binder & Robert Weisberg, *Literary Criticisms of Law* (2000).

a vizsgálat *tárgya* szempontjából, más intézmények vagy gyakorlatok (például a gazdaság) történeti elemzése is létezik.⁸ A jogtörténetnek a jog történeti elemzéseként való elhelyezése a jogtudomány - és általában véve a jogtudomány - vállalkozásán belül, tehát megköveteli mind a *történeti elemzés*, mind a *jog* számbavételét, anélkül, hogy bármelyiket is adottnak tekintenénk. Végül soron ez azt jelenti, hogy a jogtörténetet a jogban és a jogról folytatott interdiszciplináris tudományosság széles körű és pluralista számbavételében kell elhelyezni, amely mindazonáltal megtartja az elemzés tárgya (vagy módszere) és tárgya közötti különbséget, és a jogot nem tekinti sui generisnek a tudományos kutatás tárgyai között.

I. A jogtörténet mint a jog *kritikai elemzése* (tárgy/módszer)

A kritikai elemzés a jogtörténet mint jogtörténeti elemzés módszere. A módszer itt tágan értelmezve nemcsak a *hogyan*, hanem a *miért* kérdését is érinti. Az első kérdésre a válasz: elemzés. A második kérdésre a válasz: kritika. A jogtörténeti módszer e két aspektusa közötti különbségtétel oka nem az, hogy kate- gorikus különbséget tegyünk az egyik és a másik között. Aligha kétséges - és minden bizonnyal nem is lehet kétségbe vonni -, hogy egy adott tárgy elemzését befolyásolja az, hogy milyen ok(ok) miatt foglalkozunk egyáltalán az elemzéssel. Az elemzés kritika nélkül értelmetlen, a kritika pedig elemzés nélkül alaptalan.

Válójában a jogtörténetnek mint a jog kritikai elemzésének egyik megkülönböztető jege, hogy ragaszkodik az elemzés fontosságához anélkül, hogy ezt a fontosságot az objektivitás igényének tulajdonítsa. Még ha lehetséges is lenné az elemzés önmagaért való elvégzése, a vizsgálat tárgyával kapcsolatos objektív igazság vagy tények feltarasa, ez az elemzés a szó szoros értelmében értelmetlen lenne. A vizsgálat tárgyanak elemzésének egyetlen oka az, hogy lehetővé tegye a kritikát.

Ez a kritika két formában jelentkezhet; nevezzük őket e minijelentés céljaira belsőnek és külsőnek (nevezhetjük őket formálisnak és tartalmiaknak, vagy absztraktnak és partikulárisnak is). A *belső* kritika egy adott tényállásra vagy egy cselekvés és egy adott tényállás közötti eszköz-veg kapcsolatra vonatkozó (hallgatolagos vagy explicit) állításokat vizsgál, függetlenül a szobán forgó konkrét celtől (vagy eszköztől). Például, ha egy adott cselekvésről azt állítják, hogy egy bizonyos hatást ért el (vagy ért el, vagy várhatóan ért el), akkor az eszköz- cel kritika rámutathat az állítolagos vagy várt és a tényleges hatás közötti elterésre. A *külső* kritika ezzel szemben a dolgok állapotát vagy a cselekvést egy igazoló (és nem egy vegrehajtó) normával, és különösen egy legitimációs igennyel szemben állítja szembe. Itt nem az a kérdés, hogy a cselekvés sikeres-e, vagy olyan sikeres-e, mint amilyennek állítják, hanem az, hogy legitim (vagy igazságos, vagy helyes)-e. A teszt nem a kompetencia, az óvatosság vagy a hatékonyság, hanem a legitimitás próbaja. Egy kompetens (vagy sikeres stb.) cselekvés lehet (de nem feltétlenül kell) jogszerűtlen, és egy inkompetens (vagy sikertelen stb.) cselekvés lehet (de nem feltétlenül kell) legitim.

⁸ A "gazdaság" mint vizsgálati tárgy lenyűgöző, átfogó történelmi elemzését lásd David Greynal, *The Invention of the Economy: A History of Economic Thought* (doktori disszertáció, Harvard Egyetem, 2010).

A külső kritika kapja az összes figyelmet, legalábbis részben azért, mert a kettő közül ezt tartják a vitatottabbnak, illetve a tolatódobbnak. (Ez a minjelentés, sem kivétel, amint azt rövidesen látni fogjuk.) De a belső kritika is megér egy közelebbi pillantást, még akkor is - vagy talán éppen azért -, ha egyszerűnek, magától értetődőnek és -vegrehajtonak tűnik, és gyakran úgy is találjuk. Először is ott van az a talán nyilvánvaló, de olykor elhanyagolt szempont, hogy az állítolagos hatás mérésének módja és pontossága - mind onalóan, mind az atlagokkal való feltételezett oksági kapcsolatában - maga is vitatható. Az olyan empirikus vagy statisztikai kutatások, amelyek például az állítolagos politikai sikereket fesztelik, vagy az állítolagosan valamilyen állami intézkedés által kiváltott, javuló (gazdasági, társadalmi stb.) feltételek elismerésére irányuló erőfeszítések hasznos alapot szolgáltathatnak a kritikanak; elindíthatnak és keretbe foglalhatnak egy termékeny vitát a "tenyekről", de nem lehetnek - és nem is kellene, hogy az utolsó szó legyenek.

A tények és adatok csabító ereje naivitásnak vagy ideológiának tűnhet. Az egyik esetben a tények bemutatása (vagy feltétele) a kérdés megoldását szolgálja, nem pedig a tudományos, vagy akár a nyilvános mérlegelést, mintha a tényeket - amint a "digitális technológia" csodáin keresztül "kibányaszták", vagy "megszerezték" - csak közölni kellene, az adatokat pedig megjeleníteni, és nem igényelnének értelmezést (vagy azért, mert a tényeket önértelmezőnek tekintik, vagy azért, mert csak egy lehetséges értelmezés van: naivitas vagy ideológia). A történelem mint kritikai elemzésben azonban a történelem csak a kritikai elemzés egyik eszköze, egy a többi között.

A. Új politikai gazdaságtan és új hosszú távú gazdaság

Vegyük például Piketty munkáját, Piketty több (diszciplináris) nézőpontra támaszkodik, hogy átfogó és sokoldalú kritikai elemzést készítsen a politikai gazdaságtanról. "Gazdasági adatok tömkeleget mutatja be nemcsak az egyes gazdaságokon belül, hanem terén, illetve rendszereken (összehasonlító elemzés) és időn (történeti elemzés) keresztül is. (Itt, Piketty széleskörű megközelítése azáltal, hogy egyszerre hosszú, történelmileg, és széles, komparatív módon halad, nemcsak a *longue durée*, hanem az ugynevezett *large partee* szemléletet is tükrözi; a kritikai elemzés ezen aspektusairól bővebben alább). Figyelemre méltó és üdítő módon Piketty az irodalomhoz mint elemzési eszközhöz is fordul, amikor a regényeket a gazdagságról és annak elosztásáról alkotott elképzelések mutatóiként olvassa, szintén terben és időben. Az irodalmi anyagok felhasználása nyíltan impresszionista, sőt játékos, ugyanakkor önmagában is tanulságos.

Piketty projektjét más hasonló adatvezérelt projektek, nevezetesen a Digital Humanities mozgalom kontextusában kell vizsgálni, amelyeket a technológiai ("digitális") fejlődés által lehetővé tett új adatgyűjtési, "bányászati" és - nem utolsósorban - megjelenítési lehetőségek iránti - gyakran ragályos - lelkesedés táplál. Az új adatokkal és a velük való bánásmóddal kapcsolatban izgalom kritikátlanul magabiztosnak tűnhet az adatok azon képességében, hogy önmagukért beszélnek, mintha a "human tudományok jövője", mondjuk, meg lehet mondani...

⁹ Kritikusai inkább ideológiával, mintsem naivitással vádolják Pikettyt, és nem tisztázzák, hogy a probléma a tények ideológiai felhasználásával általában vagy a szóban forgó konkrét (márkista, szocialista, szocialdemokrata, francia...) ideológiával van-e probléma. Úgy tűnik, az adatokba vetett hit atvél az ideológiai határok között, kiveve, ha az adatokról azt mondják, hogy hibásak. Chris Giles, Piketty Findings Undercut by Errors, Financial Times (London), 2014. május 25. <http://www.ft.com/intl/cms/s/2/e1f343ca-e281-11e3-89fd-00144feabdc0.html#axzz3QXMA31zW>.

úgy gyógyítható, hogy a kemény adatok és tények áradatával - vagy kevésbé nyilvánvalóan hiábavaló módon, akár egy hegynyi kemény tennyel - alapozzuk meg őket, mint a kemény tudományok. Ennek fényében Piketty projektje (és a hasonló adatvezérelt erőfeszítések) nemcsak naivnak, hanem - a "modern" technológia felkarolása ellenére - meglepően furcsának is tűnhet, tekintve, hogy a számok, tények, statisztikák és azok grafikonokban, táblázatokban és kördiagramokban való megjelenítésének megváltozott erejébe vetett hit már jó ideje lefejt, nagyjából ugyanolyan régóta, mint az "empirikus", "kemény", "természetes", "pontos" vagy akár "valódi" tudomány öntudatosan "modern" elképzései. (A "jogi" tudomány fogalmairól akkor fogunk beszélni, amikor a II. részben az általános kritikai elemzéstől a jog kritikai elemzésére térünk át.)

Érdekes módon azonban Piketty és mások, akik többé-kevésbé lazán kapcsolódnak a Digital Humanities projekthez, elismerik és elfogadják eredetiségüket (ha nem is feltétlenül ebben a tekintetben). Ugy látják és úgy mutatják be magukat, mint akik nem valami újat csinálnak, hanem mint akik valami régit csinálnak, csak a technológia fejlődésének köszönhetően jobban, gyorsabban és nagyobb léptékben. Ez kezdetben úgy tűnhet, mintha az adatokba vetett vak hit serelmét a technológiába vetett vak hit serelmével teteznék. De az őszinteség és a szerénység kombinációja mégis üdítő, és - még szimpatikusabb - bizonyítékent is felfogható, ha nem is annak, amit Piketty csodálatosan az igazi tudományos etikanak nevez, de az általános kíváncsiságnak, a hajlandóságnak, hogy megkerdejezzük az állandosult feltételezéseket, és hogy érzékenyek maradjunk nemcsak a vizsgálat tárgyának kontextusára, hanem a hozzá való közelítésre is: nevezzük ezt a kritikai elemzés szellemének (anekül, hogy tudományos kontózt kellene magunkra öltönnünk, amú - ahogy Piketty is figyelmeztet - sosem fog igazán illesni a "társadalomtudóshoz", nem is beszélve a bölcsészettudósról).

Ez a hajlandóság a saját kritikai hozzáállás és módszer (és igényesség) kritikájára és kontextualizálására fontos jellemzője a kritikai elemzés projektjének általában, és különösen a jog kritikai elemzésének. A kritikai elemzésnek mindig tisztában kell lennie azzal, hogy hol van a helye egy vagy több szelesebb intellektuális vagy diszkurzív vállalkozásban, mégpedig mind időbeli, mind rendszerszintű, térben és időben, hosszban és szelességében egyaránt. Ha az ember körülnez, túl a közvetlen vizsgálati tárgyan, gyorsan világossá válik, hogy a kritikai elemzés - mint általános kritikai vizsgálati módszer - nem korlátozódik egyetlen konkrét tárgyra: a jog, a gazdaság, a társadalom, az irodalom mind a kritikai elemzés lehetséges tárgyai.

Ez nem jelenti azt, hogy például az irodalom kritikai elemzése módszertanilag vagy célját tekintve megkülönböztethetetlen a jog kritikai elemzésétől. Ehelyett az elemzés célja minden esetben az lenne, hogy a kritika számára olyan keretet állítson fel, amely tükrözi a tárgyat. Például az irodalom kritikai elemzése más normakkal működhet - de nem feltétlenül kell -, mint a jog elemzése. Hogy mi különbözteti meg az egyiket a másiktól, az nyilvánvalóan a tárgyatól függ; ha például az irodalom kritikai elemzése tagabb értelemben véve esztétikai normák kidolgozására és alkalmazására törekszik, a jog kritikai elemzése ehelyett legitimációs normákra hivatkozhat.

¹⁰ Thomas Piketty, *A tőke a XXI. században* (142014).

¹¹ Nagyon is tanulságos lehet az egyik tárgy kvázi a másik tárgy kritikai elemzése, például a "jog irodalomként" való kezelése révén. Ebben az esetben az ember egyszerűen egy tárgynak (jog) tulajdonít, vagy felismer bizonyos tulajdonságokat egy másik tárgyban (irodalom), amelyeket általában egy másik tárgyra (irodalom) jellemzőnek tekintünk.

attól függően, hogy az egyes esetekben hogyan tekintünk a vizsgálat tárgyára.¹² Különösen e minijelentés fókuszát tekintve, *a jog* bármely kritikai elemzésének - beleértve, de nem kizárólagosan a jog történeti elemzést - a tárgyaról, a jogról szóló beszámolóra kell épülnie. Nem számít, hogy melyik elméletet fogadjuk el; a lényeg az, hogy a jogot ne úgy kezeljük, mint magától értetődő, vitathatatlan adatot, amely türelmesen várja az elemzést. Ez egy fontos pont, amelyre a II. részben térünk vissza, amikor a jog kritikai elemzésére szükítjük a fókuszot, és a jog egy lehetséges, és talán kritikailag gyümölcsöző beszámolóját fogalmazzuk meg.

A kritikai elemzési projekt kontextualizálása és ezáltal a kritika számára való megnyitása azt jelenti, hogy nem csupán egy általánosabb kritikai vállalkozás részeként tekintünk rá - és mellékesen ily módon számos lehetőséget nyitunk meg és strukturálunk az interdiszciplináris kutatás és cseré számára. Azt is jelenti, hogy *historizálni kell*, azaz nemcsak összehasonlító, hanem időbeli kontextusban is látni. Itt ismét hasznos, ha a vizsgálat tárgyát (vagy módszerét) és tárgyat egyaránt figyelembe vesszük. Egy adott vizsgálati tárgy (mondjuk a jog) elemzésekor fontos, hogy azt történelmi perspektívában vizsgáljuk: például kiderülhet, hogy a jog "modern" felfogása lényegesen, sőt kategorikusan különbözik elődjétől; sőt, mint rövidesen látni fogjuk, ez a különbség éppen kritikai potenciáljában állhat.

Ami a vizsgálat tárgyát (vagy módszerét) illeti, már megjegyeztük, hogy Piketty a gazdaság kritikai elemzésében a gazdasági kutatás és reflexió egy elveszett hagyományát - a politikai gazdaságtant vagy oecónomiát (a görög *oiko-nomia*, háztartási kormányzat szóból) - yeli visszaszerézni, amely a közgazdaságtant az állami cselekvés kritikai elemzésének (is) tekintette, nem pedig alkalmazott matematikának. (Nevezzük ezt Uj Politikai Gazdaságtan-nak.) Hasonlóképpen, a történelem területén Jo Guldi és David Armitage a francia Annales-iskola történettudományi iskolájának újraélesztéseként mutatja be ambiciózus manifesztumát a *longue durée*-ben (Uj *Longue Durée*). Mindkét esetben a visszatérés egy (meglehetősen) régen eltűnt (Uj) politikai gazdaságtan) és egy nem is annyira régen eltűnt (Uj *bonyolult*) tudományos, vállalkozáshoz nem pusztán folytatást, hanem az eredeti új és továbbfejlesztett változatát ígéri. Mindkettő hangsúlyozza, amint azt már említettük, a jelentős technológiai fejlődést - az adatok előállításában, bányászatában és megjelenítésében - az adott tudományos projekt előző változata óta.

¹² Lásd pl. Simon Stern, *Law and Literature*, in *The Oxford Handbook of Criminal Law* 111 (Markus D. Dubber & Jitana Hornle szerk., 2014) (a jogi esztétikáról); Simon Stern, *Effect and Technique in Legal Aesthetics*, 2:2 *CAL* (Special Issue on "The Arts in Legal History") (megjelenés előtt, 2015). A műfaj, mint a kritikai elemzés közös eszközeinek lehetőségéről a jogban és az irodalomban lásd: Mark Antaki, *Genre, Critique, and Human Rights*, 82 *U. Toronto Q.* 974 (2015); Markus D. Dubber, *Paradigms of Penal Law*, in *The Oxford Handbook of Criminal Law*, supra, at. 1017.

¹³ Könyvének címe világosan kifejezi ezt a szempontot: Ha azonban Pikettyt úgy ábrázoljuk, mintha a *Das Kapital* huszonegyedik századi változatát írta volna meg, az félreértelmezi és - túrcsa módon - alacsonyul a törekvéseit. Piketty nem a marxizmus gazdaságtörténeti elemzési tartalmi vagy akár módszertani újraélesztésében érdekelt, ő a gazdaságtörténeti elemzést akarja újraéleszteni, korszakosan, kiegészítve egy összehasonlító, sőt globális dimenzióval, amelyet az adatgyűjtés, -evítés és -megjelenítés modern technológiáinak fejlődése tett lehetővé. A "politikai gazdaságtan" és a "rendőrség" mint *oikosz-központú* kormányzási módok története közötti kapcsolatról lásd Markus

D. Dubber, *A rendőri hatalom: Patriarchátus és az amerikai kormányzat alapjai* (2005).

Ezek az adatok azért is jelentősek, mert lehetővé teszik, hogy a humán tudományok (az egyik esetben) és a társadalomtudományok (a másik esetben) megközelítsek, ha nem is érik el az „egzakt” tudományok tudományos szigorát. A tudományos szigorral együtt jár a szakértelem, a szakértelemmel pedig a státusz. Ez a státusz viszont azért jelentős, mert lehetővé teszi azt a fajta „elkötelezett” tudományosságot, amely a szakemberek közönségét néhány (egyre inkább) szakosodott tudosról a nagyközönségre és - ami a legfontosabb - a döntéshozókra is kiterjeszti, nemcsak a hazai kormányok szintjén, hanem végso soron globalis szinten is. Más szóval, a statusszal együtt jár a relevancia is.

Mind az Új politikai gazdaságtan, mind az Új *Longue Durée* szélesebb közönséghez szeretne eljutni, mert az elkötelezett tudományosságról alkotott elképzelésük élén, büszken és döntően *normatív*. Mindkettő azt a törekvést tükrözi, hogy felhagyjanak azzal a (valos vagy képzel) felfogással, amely szerint az általuk választott tudományágak pusztán leíró - vagy ha úgy tetszik, analitikus - vállalkozások, amelyek vagy lemondanak minden normatív célról, vagy - legalábbis az (amerikai) közgazdaságtan esetében - elsősorban egy sajátos, különösen „konzervatív” normatív program (ha nem is ideológia) követésére törekcsenek. Ez a normatív fordulat is úgy tűnik, mint egy visszaterés egy korábbi korszakhoz, amikor a közgazdászok és a történészek a korszak fontos kérdéseiről beszéltek, és a politikai döntéshozók hallgattak rájuk. (Hogy a tudományos szerepvállalás és befolyás e vizioja önmagában egy újabb vizio-e, az egy másik kérdés; ez nem releváns a jelenlegi célunk szempontjából, amely a kritikai elemzés módjának kontextualizálása fontosságára hívja fel a figyelmet). Ez azonban ismét az eredeti projekt egy jobb változata, amelyet a technológiai innováció által segített széleskörű és mely elemzés, erősít, és ami szintén fontos, szakértő tudósok által generált, ellentétben - ahogy Guldi és Armitage fogalmazott - a „gondolkodóközpontok és” nem kormányzati szervezetek” nem történészei által készített „piszkos *longue durée*” történelemmel, amely az újságírók és a szakértő szakemberek eszköze, és alighá tudomány.¹⁴

Ha azt mondjuk, hogy sem az Új Politikai Gazdaságtan, sem az Új *Longue Durée* nem elégszik meg az önmagaért való elemzéssel, hanem az elemzést a normatív elkötelezettség érdekében keresi, az természetesen csak egy másik módja annak, hogy azt mondjuk, hogy kritikai elemzéssel foglalkoznak. Kritikai figyelmük célpontjai, normatív elkötelezettségük kiváló okai különböznek, de központi jelentőségük mindkét tudományos projekt számára nem. Pikettyt talán az motíválja a cselekvésre, amit ő széleskörűnek és növekvőnek lát a globalis jövedelmi és vagyoni egyenlőtlenségekben, egy olyan aggasztó jelenségben, amelyet szerinte a közgazdaságtan, a saját tudományága, nagyrészt és zavaró módon figyelmen kívül hagyott. Guldit és Armitage-ot a globalis felmelegedés és az erószak zavarhatja. Mindannyiukat nem csupan a jobb megértés, hanem a befolyásolás és a változtatás motíválja. Guldi és Armitage, odaig megy, hogy „a történészek egyetemen és a világban elfoglalt helyének erkölcsi újragondolásáról” beszél, és úgy látják magukat, mint akik „ket határral állnak szemben: az egyik az erkölcsi kötelesség, a másik a technológiai lehetőségek”. (Talán nem meglepő, hogy ez az újragondolás - feltehetően a legtöbb hasonló gyakorlathoz hasonlóan - nem eredményezi azt a felhívást, hogy az újragondolást végző személy vagy csoport vállaljon marginálisabb szerepet az adott kontextusban vagy kontextusokban.)

¹⁴ Armitage & Guldi, *Supra* note at 2,28,32.

¹⁵ *Id.* 35,38.

Amikor a *történelmi* elemzésről van szó, ami különösen érdekes a jogtörténelmi vállalkozással kapcsolatos vizsgálatunk szempontjából, ez a hangsúlyozottan normatív megközelítés egy nyíltan jelen idejű törekvéssé válik, hogy (ismét csak a New *Langue Duree* esetében "erkölcsi") tanulságokat vonjunk le a múltból.¹⁶ A történelmi elemzés lényege itt ismét a kritika, pontosabban a jelen állapotok kritikája. A New Political Economy és a New *Langue Duree* nem csak azt látja, hogy hozzájárulását egy olyan antiprezentatív ortodoxia ellenében látja, amely a történelmi kutatást öncélú történelemként határozza meg, és ezzel (legalábbis látszólag) kizárja magát abból, hogy hozzájáruljon a napjaink fontos kérdéseiről folytatott diskurzushoz.. A New *Langue Duree* in- stead kifejezetten a történelemből származtatja a kritikai vásárlást. Nem zárkozik el attól, hogy újrarjra a történelmet, vagy talán még pontosabban, hogy feltárja az eddig a hagyományos történelmi narratíva rétegei alá bújtatott történelmeket, és ezáltal nemcsak a történelemből vonja le a tanulságokat, hanem *különböző* történelmekből vonja le a *különböző* tanulságokat. Így a nemzetközi történelem újra a béke és nem a háborúk történelmeként jelenhet meg, amelyet nem a fegyveres konfliktusok epizódjai, hanem a megbékéles és a nyugalom pillanatai jellemeznek (ha ez az, ami a "béket" jellemzi, nem pedig a háború pusztá hiánya). Gondoljunk itt Steven Pinker - szinten adatokkal és grafikonokkal teli - közelmúltbeli revizionista és (nagyon) *hosszú távú* erőszak-történetére is, amely a feje tetejére kívánja állítani azt, amit ő az emberiség egyre nagyobb erőszakba való folyamatos süllyedésének ortodox és irodalmilag hamis narratívájának tart.

Piketty hasonlóképpen megkerdojelezi a szokásos (ha nem is feltétlenül egyértelmű) történelmi narratívát, de *kevésbé* optimista képet rajzol a múlt és - ahogyan elismeri - a jövő várható, bár kiszámíthatatlan tendenciáiról. Az ő témája nem a háború és az erőszak (vagy a béke és a nyugalom) története, hanem a jövedelmi és vagyoni egyenlőtlenségek története; és ahol mások szerinte azt állítják (vagy legalábbis feltételezik), hogy a folyamatos tendencia az egyre nagyobb egyenlőség felé tart, ő éppen az ellenkező irányú, a nagyobb egyenlőség felé tartó folyamatos fejlődést dokumentálja.

A történetek eltérőek lehetnek, a megközelítés azonban nem. A történelmet hiányosnak találják, és egy ellen-történelemmel helyettesítik, amelyet újonnan talált, újonnan gyűjtött és újonnan bemutatott adatokkal támasztanak alá, majd az Új Politikai Gazdaságban és az Új *Hosszútávúságban* a jelenlegi állapotok kritikájának elindítására használják. Ez a kritika *konstruktív*, abban az értelemben, hogy a valós világban (pozitív) hatást kíván kiváltani. Nem tekinti magát (pusztán) akadémiai gyakorlatnak, csak egy újabb fordulatnak a tudományosság (és így tünik, különösen a történetírás) történetét jellemző fordulatok sorában. Az elemzés lehet a kritika eszköze, de maga a kritika csupán eszköz a haladás (vagy az igazságosság, vagy a jog) céljához: az elemzés megalapozza a kritikát, a kritika pedig változást eredményez.

¹⁶ Id. 34.

¹⁷ Steven Pinker, *Természetünk jobb angyalai: Why Violence Has Declined* (2011). Bár nem világos, hogy Pinker történetésnek számítana-e Galdi és Armitage könyvében, elemzése feltehetően valamiféle tudománynak minősülne.

B. Új történeti jogtudomány

Ez a szerény manifesztum nem a főbb tudományos diszciplínák átirányítását tűzi ki célul, nem is beszélve arról, hogy a nyilvános vitát átformalja, vagy hogy helyi, nemzeti vagy globális szinten reformokat indítson el, mondjuk úgy, hogy a jogtörténészeknek kiemelkedőbb tanácsadói szerepet szán a politikai döntéshozatalban. Nem reméli, hogy kezelni tudja a globális felmelegedést vagy a globális vagyoni és jövedelmi egyenlőtlenségeket, sem pedig azt, hogy a digitális technológia közelmúltbeli fejlődésének erejét kihasználja.

A nyilvánvaló formai és léptékbeli különbségek ellenére azonban fontos hasonlóságok is vannak e minijelentés és Piketty, valamint Guldi és Armitage ambiciozúbb programadó irasai között. A legfontosabb, hogy ez a minijelentés egy olyan tudományos menetrendet határoz meg, amely a kritikai elemzés gondolata körül forog, és teszi egyértelművé, a megértés és a kritika azon kombinációja, amely a kritika kedvéért eleméz, nem pedig önmagaért, és ugyanakkor kerüli az elemzésen kívüli kritikát: a jogtörténet mint a jog történeti elemzése a jog kritikai elemzésének egyik módja.

A jogtörténetnek mint a jog történeti elemzésének ez a minijegyzete kritikával és kontextusba helyezi kritikai megközelítést, mind összehasonlító (azáltal, hogy más területek más kritikai elemzési projektjeihez viszonyítja magát, mint például az új politikai gazdaságtan, és az új *hosszu távú* elemzés), mind pedig történeti (azáltal, hogy historizálja módszert).¹⁸ Ahelyett, hogy radikális újakezdesnek tűnne, inkább úgy tekinthető, hogy új életet lehel egy egykor virágzó tudományos projektbe, amely már régen megszűnt vagy a felismerhetetlenségig módosult, és amely megfosztott eredeti, ösztönző gondolatától: a történeti jogtudományba. Ebben a tekintetben a jog történeti elemzése, mint új történeti jogtudomány, nemcsak Piketty új politikai gazdaságtanához, illetve Guldi és Armitage új *hosszu távú* jogtudományához hasonlít, hanem az új rendőrségi tudományhoz is, amely kísérletet tesz arra, hogy újra kapcsolatba lépjen egy egykor burjánzó intellektuális és intézményi projekttel, amely megpróbálta racionalizálni, ha nem is kritikusan elemezni, a szuverennek a rendfenntartó hatalom hagyományos, tag értelemben vett, mindenre kiterjedő, nehezen meghatározható és diszkrecionális rendőri hatalmanak gyakorlását.¹⁹ (A rendőri hatalomról, valamint a rendőrség és a jog mint alapvető kormányzati módok közötti különbségtételről bővebben alább).

Az új történeti jogtudománynak tekintett jogtörténeti elemzés visszatér a történeti elemzéshez, mint a jogtudomány egyik módjához, nem pedig az alkalmazott történettudományhoz - a történeti jogtudományhoz, nem pedig a jogtörténethez. Az új történeti jogtudomány visszanyúl a történeti jogtudomány eredeti, Savigny-fele felfogásához, amely a kortárs jog kritikai elemzését jelenti egy adott jogrendszer fejlődésének alapvető pillanatainak történeti elemzéséből származó normák alapján.²⁰ Savigny a klasszikus római jogban látta azt a pillanatot (a

¹⁸ Valójában a tárgyát, a jogot is historizálja, amint azt a következő részben látni fogjuk.

¹⁹ Lásd pl.: Az új rendőrségi tudomány: A rendőri hatalom a belföldi és nemzetközi kormányzás területén (Markus

D. Dubber & Mariana Valverde szerk., 2006).

²⁰ Ez figyelmen kívül hagyja Savigny széleskörű és fejlődő nézeteinek más aspektusait, például a kodifikáció elleni polemikájában, a *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), a *Volksgesetz* mint a jog forrásáról és a jogszokások szerepéről mint a jogfejlődés-ágenseiről szóló proto-szociológiai megjegyzéseit, amelyek bizonyították, hogy

XIX. század eleji Németországban), és a történeti jogtudomány analitikus feladatát a római jog tiszta normáinak gondos felfedezésében és megfogalmazásában látta, megtszítva a legjobb esetben is a tudatlan szerkesztői beavatkozás rétegeitől. Klasszikus római jogi forrásait követve Savigny is a magánjog tanulmányozására szorítkozott, és a jogi normák rendszerének, az e forrásokban fellelhető alapvető építőelemekből való felépítése összpontosított, nem mutatott érdeklődést a törvényesség kérdéseit iránt. De semmi sem indokolja, hogy a jogtörténeti elemzésnek ebben a kritikai szelvényben itt és most, vagy éppenséggel ott és akkor, ezt a formát kelljen felvennie, ezt a módszert kelljen alkalmaznia, vagy ezt a fókuszot kelljen választania (ahogyan azt Savigny kortársai - és történeti jogtudós kollégái - közül sokan, már felismerték, akik keőbb a római jog történeti elemzését a német jog javára hagyták el).

Az új történeti jogtudomány inkább a régi történeti jogtudomány lelkesítő szellemét idézi fel, mint annak Savigny munkájában, vagy - ami azt illeti - a tizenkilencedik század folyamán Németországban vagy másutt "történeti jogtudomány" néven futó, gyorsan szaporodó projektekhez kapcsolódó számos tudós, bármely más tudós munkájában való konkrét megnyilvánulását. A történelmet a jog művelésének egyik módjának tekintik: a jog történeti elemzését a jog kritikai elemzésének egyik - nem az egyetlen, vagy az egyetlen igaz, vagy helyes, vagy "tudományos" - formájának tekintik.

A joggal kapcsolatban sokféle nézőpont létezik, némelyik termékenyebb, tanulságosabb vagy zavaróbb, mint a többi, de egyik sem tarthat igényt a másik fölényére egyedi vagy egyedülállóan magas szintű objektivitása vagy tudományos státusza miatt. Ezt érdemes kiemelni és újra hangsúlyozni, mivel a felsőbbrendűség és kizárólagosság állítása - gyakran, egy állítólag egyedülálló tudományosság alcajában - gyakori, még - és talán meglepő módon - a történeti elemzéssel kapcsolatban is, akár a történelmi "tények" pusztai vizsgálatként, akár a megtszított ósi jogi normák feltárasaként jelenik meg, amelyek állítólag - ahogy Savigny állította - a jogrend fejlődésének tökéletes goldilocki pillanatában (nem túl korán, nem túl későn, hanem éppen a megfelelő pillanatban) születtek. A történeti jogtudomány megjelenése a XIX. század eleji Németországban egybeesett a német jogtudomány megjelenésével és a német egyetem kialakulásával; a *historische Rechtsschule* és a *geschichtliche Rechtswissenschaft* szinonimák voltak. A történeti elemzésről azt mondták, hogy éppen azért jobb, mint a filozófiai elemzés, mert a történelmi források valóban tudományos tanulmányozásán alapult, nem pedig a XVIII. századi természetjogi elméletre jellemző hezagos spekuláción.

Németországban és máshol is nagy hatást gyakorolt (különösen a XIX. századi amerikai kodifikációs vitában). Félre tesszük Henry Sumner Maine "történeti jogtudományát" vagy más "történeti jogtudományokat" is, amelyek egykoron benépesítették az angol-amerikai jogi gondolkodást. Az angol-amerikai szakirodalomban Mailland és Pollock munkája jobban megragadja a jogtörténeti elemzés kritikai szellemét, mint a *New Historical Jurisprudence*. Különösen Maillandre nem Savigny, hanem Gierke, egy "germanista" történeti jogtudós volt nagy hatással, aki a történeti elemzést arra használta, hogy bírálja azokat a jogi normákat és intézményeket, amelyeknek Savigny és "romanista" követői a római jogban való megálapozottságot állították. Lásd pl. Markus D. Dubber, *The Comparative History and Theory of Corporate Criminal Liability*, 16 *New Crim. L. Rev.* 203 (2013) (tagyalva Mailland tamaszkodását Gierke *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (4 vols., 1868-1913) című művében a vállalati személyiség történeti elemzésére).

A jog történelmi elemzése (mint Új Történelmi Jogtudomány) egy másik, fontos értelemben is parhuzamba állítható az Új Politikai Gazdaságtannal és az Új *Longue Durée*-vel: normativitásában. Ez bizonyos szempontból magától értetődő, elvégre a kritikai elemzést éppen az teszi kritikussá, hogy normatív hasznót keres. Mégis érdemes közelebbről megvizsgálni, hogy ez a normativitás - vagy ha úgy tetszik, a kritika iránti elkötelezettség - milyen sajátos formát ölt ezekben a tudományos projektekben. Amennyiben a jog történelmi elemzésének normativitása tárgyának, a jognak a feltölgásátől függ, ez a vita atvezet bennünket a következő részbe is, amely a jog történelmi elemzésének alanyi, illetve módszertani kontextusáról áttér a tárgya kontextusára.

Emlékezzünk ezen a ponton a kritika két módja, a belső és a külső kritika között korábban tett különbségetételre. A belső kritika az óvatosság és az instrumentális racionalitás normái alapján vizsgálja a cselekvéseket és a dolgok állapotát. A külső kritika a cselekvéseket és a dolgok állapotát az igazságosság vagy a jog érdemi normáival veti össze, hogy értékelje a kérdéses cselekvés legitimitását. Eddig a belső kritikára összpontosítottunk, és különösen annak (csak) látszólag problémamentes működésére. Amellett, hogy fontos elkerülni a tények és a "kemény" adatok bemutatásának önmegevalósításába vetett naiv vagy ideológiai hit buktatóit - technológiai kiegészítéssel vagy anélkül -, egy másik kérdést is érdemes szem előtt tartani: még ha egyelőre feltételezzük is, hogy mondjuk egy eszköz-eszköz-elteres minden érintett számára kelő megbízhatósággal kimutatható, akkor mi van?

Más szóval, mi a jelentősége vagy "szalienciája" a meggondolatlanságnak, a nemtörődömsegnek, vagy a jó kormányzás normáitól, az instrumentális racionalitás normáitól való bármilyen eltérésnek, és így tovább? Miért lenne ez fontos? Nos, maga az eszköz-veg viszonyokról, a feltételezett vagy állított állapotokról folytatott beszélgetés *létezése* is jelezheti, hogy a jó kormányzás normáinak be nem tartása megfontolásra érdemes kérdés. De itt is számítana, hogy ez a beszélgetés nyilvános-e, vagy állami tisztviselők és szakértők között zajlik, és természetesen az is, hogy a kormányzati bizonyítékok vizsgálata eleve beszélgetésnek minősül-e, és nem egyoldalú belső információkerés az állami bürokrácia működésével kapcsolatban.

A döntő kérdés a kritika harapasára vonatkozik, azaz a meg nem felelés *jelentőségére* vagy következményére. A válasz mind a kritika természetétől, mind pedig az azt keretező kormányzati koncepciótól függ.

Vegyünk például egy pátriarchális háziurat, akinek a *domus* vagy háztartás (és annak minden alkotóeleme vagy erőforrása, emberi vagy nem emberi) feletti diszkrecionális uralma nincs korlátozva vagy ellenőrizve, kivéve talán a szélsőséges inkompetencia határan, amelyet egy felsőbb (makro) háziur ellenőriz, aki a mikro háziur delegált hatalmának forrása. Ebben a margális esetben - legalábbis elméletben, ha nem is a gyakorlatban - a makro-háztartásfenntartó beavatkozhat a mikro-háztartásfenntartónak a mikro-háztartásfenntartó irányításába - amely integrálódott a szuverén makro-háztartásba -, és megfoszthatja őt a háztartásfenntartói státuszától és ezáltal a hatalmatól.

A háziur hatalmának és az e hatalom gyakorlása során végrehajtott bármely intézkedésnek a legitimitása szemben a (delegált) hatalommal, nem kérdőjelezhető meg pontosabban, elvé nem is *kérdőjelezhető meg*. A háztartásfenntartó hatalmának forrása a delegálás egy

felsőbb háziúr, kivéve a makro háziúr - a király vagy uralkodó - egyedi esetét, aki vagy amely (a modern, személytelen uralkodók, például a "nép" esetében) át nem ruházott, eredeti hatalommal rendelkezik. A szuverén háziúr cselekedeteinek tekintélye nem abból ered, hogy azok megfelelnek bármilyen normának, beleértve az olyan ap-parens módon egyszerű, vagy köznapi értelemben vett dolgokat is, mint az eszköz-vég racionalitásnak való megfelelés. A szuverén/dominus/oikonomos szabadon választja meg a céljait, és egy adott cél esetén szabadon választja meg az eléréséhez szükséges eszközöket. Sőt, szabad neki (vagy neki) az is, hogy *ne* valasszon célokat, vagy hogy más célokat valasszon, és hogy *ne* az eszköz-vég racionalitás vagy más normák vezéreljék, beleértve a látszólag kevésbé köznapi (vagy "objektív") normákat is, mint az igazságosság vagy a (köz)jólét, vagy a hatalom megszilárdítása és fenntartása.

A kormányzás e felfogásában a szuverenitás nem csak a célok tartalmára, hanem azok hangsúlyosságára is kiterjed. A szuverén dönthet úgy, hogy bizonyos normákkal konzultál, nem veti alá magát nekik, és nem is vetheti alá őket senki más. A szuverennek címzett normák, vagy inkább azok a normák, amelyeket a szuverén önmagához intéz, természetükkel fogva rugalmas normák, amelyek irányíthatják a szuverén mérlegelést és esetleg cselekedetét. Nem lehetnek kötelezőek; a velük való konzultáció elmúlásztása, nem is beszélve a betartásukról, nem járna semmilyen következménnyel.

Más szóval, a szuverén kormányzás normái a jó kormányzás diszkrecionális irányelvei, amelyeket a kormányzó szabadon figyelmen kívül hagyhat, és amelyek be nem tartása nem vonja kétségbe a tekintélyt. (kivéve az említett, kivételes esetekben, amikor a gyengítő inkompetenciáról van szó, ami kiválthatja a makro-háztartás beavatkozását, ha van ilyen). Mivel az uralkodó hatalma a tekintélyen, nem pedig a legitimitáson alapul, a belső hatásköri normák be nem tartására vonatkozó állítások még szélsőséges esetekben sem befolyásolhatják az ő (vagy a kormányzó) legitimitását. Ugyanezen okból kifolyólag a legitimitás szempontjából megfogalmazott külső kritika is mellékes lenne.

Most pedig gondoljunk egy olyan kormányzati rendszerre, amely hatalmát kifejezetten a legitimitációra alapozza, nem pedig az átruházott vagy nem átruházott hatalomra. Pontosabban, mondjuk, hogy hatalmának legitimitása a választópolgárok (tényleges vagy konstruktív) beleegyezéséből származik, ami viszont az egyes választópolgárok autonómia- vagy önkormányzati képességének sajátos megnyilvánulása.

A kormányzás e felfogása szerint a belső hatásköri normának való meg nem felelés jelentősége hasonlít az előző esethez. Nem végzetes; a cél elérésének elmaradása, meg az elemzés, vagy a végrehajtás nyilvánvaló hibái miatt sem fosztja meg a rendszert legitimitásától. Bizonyos szélsőséges esetekben azonban, talán a rendkívüli inkompetenciát (vagy tartós megtevesztést), jelző, tartósan "fennálló", alapvető ítékezési hibák eredményeként a rezsim elveszíti választói "bizalmát", - és ezáltal legitimációs hozzájárulását -, ami indokolja az előrehozott választások kiürését a szükséges hozzájárulás megerősítésére vagy megtagadására (felteve, hogy a hozzájárulás mérésére rendszeres választásokat használnak).

²¹ Pontosabban, ha a szuverén nem tartaná be a saját maga által felállított normákat, az nem lenne hatással hatalmának tekintélyére vagy cselekedeteire; az viszont befolyásolhatja *hálékomságát*, mivel veszélyeztetheti azon képességet, hogy másoktól kikényszerítse az általa rájuk kényszerített normák betartását. Vö. Douglas Hay, Property, Authority and the Criminal Law, in: Albion végzetes fája: Crime and Society in Eighteenth-Century England (17 Douglas Hay et al. eds., 1975).

De ahogy a patriarchális szuverenitás esetében is, a hozzá nem értés általában nem jár végzetes következményekkel az államhatalom alapjára - ebben az esetben a legitimitásra, nem pedig a hatalomra - nézve. Amennyiben az inkompetencia megítélése csökkentheti a megtartás valószínűségét, a tisztviselőket ösztönzi a jó kormányzás normáinak betartására. A megfelelés élmulasztása azonban nem veszélyezteti hivataluk legitimitását, meg akkor sem, ha - mint a patriarchális uralkodó esetében - akadályozhatja a hatékony kormányzásra való képességüket.

A két forráskönyv a külső normák be nem tartásának jelentőségében, azaz abban, hogy nem a belső, hanem a külső kritika harapasábol fakad, még világosabban különbözik egymástól. Ez aligha meglepő. Hiszen a belső és a külső kritika között fentebb tett különbségtétel a legitimitás fogalmának szerepén múlik. A belső kritika a kompetenciát kérdőjelezi meg; a külső kritika a legitimitást kérdőjelezi meg. A külső kritika az első forráskönyvben nem pusztán kevésbé hat, mint a másodikban; fogatlan. Mivel a patriarchális szuveren. - akár makro-, akár mikro-haztartásbeli - sem legitimitásra nem törekszik, sem legitimitást nem igényel, a legitimitációs normák be nem tartása irreleváns. Ezzel szemben a második forráskönyvben a külső normáknak való meg nem felelés, ahogyan azt a külső kritika alámasztja, végzetes. A kormányzat lehet több vagy kevésbé kompetens; de vagy legitim, vagy nem.

Az általános pont itt az, hogy a kormányzati hatalom gyakorlásának - mondjuk az állami cselekvésnek vagy a (mikro- vagy makro-) haztartás bekezdésének fenntartásának - kritikai elemzése a kormányzás egy bizonyos koncepciójának vagy módjának a háttérben történik. A történeti elemzés hozzájárulhat ennek az elemzési keretnek a felépítéséhez.

Különösen a jogtörténetnek mint a jog történeti elemzésének a jelen minijegyzetben meghatározott programja egy ilyen keretre támaszkodik, amelyet a kormányzás két alapvető módja - a heteronómia és az autonómia - határoz meg, amelyek a nyugati politikai és jogi

gondolkodás és cselekvés egész fejlődésében nyomon követhetők, és legújabbban a "rendőrség" és a "jog" közötti különbségtétel modern megnyilvánulásában. Összefoglalva, e

minijegyzet jogtörténeti elemzése a jog kritikai elemzése, megalapozott. A "jog" mint a kormányzás azon módjának (*longue durée* és *large portée*), történeti elemzésében, amely az államhatalmat az államalkotók mint személyek autonómiaja által, és csakis ezen keresztül legitímálnak tekinti, akik mindannyian osztoznak az autonómia végleges képességében.

II. A jogtörténet mint a jog kritikai elemzése (tárgy)

Egy kritikai elemzésnek, amely a belső iránymutatásokon túlmutató, külső kritikát kíván gyakorolni, szüksége van a legitimitás (vagy igazságosság, erkölcs, jog - bármi legyen is a megfelelő kritikai regiszter) elméletére vagy beszámolójára: meg kell határozni azt a normát, amelyhez képest a kérdéses cselekvés vagy állapot legitimitását (igazságosságát, erkölcsösseget, helyességet) méri. A jog kritikai elemzése, és így a jog történeti elemzése esetében is, ez az ak-túra magának az elemzés tárgyának, a jognak az elemzéséből fakad. Raadásul, ahogyan ez a minijegyzet érvel, a jog modern fogalma éppen abban különbözik, hogy éles és konstitutív normatívással rendelkezik, és még pontosabban abban, hogy a személyekkel szembeni és ellenük irányuló állami cselekvés legitimitását e személyek autonómia-képességében alapozza meg. A személynek ez az autonómián alapuló felfogása a felvilágosodás központi találmánya vagy felfedezése, és a jog modern észmeje ezt a felfogást az állami cselekvés területén nyilváníja meg, azaz a

a "politikai" terület.²² A politikai szféra a felvilágosodással látszólag jogi szférává válik - legalizálódik -, amennyiben az állami cselekvés a modern jog személy- és ezért végső soron autonómián alapuló felfogása által megszabott legitimitási korlátok alá kerül; az állam jogállama (*Rechtsstaat*) válik, ha ideálisan nem is a gyakorlatban. Valójában az állami cselekvés kritikai elemzésének nagy része a felvilágosodás kritikai mo- mentje óta abból áll, hogy a jogállam eszményét összeveti az államhatalom valóságával. A történeti elemzés központi szerepet játszik a legitimitációról szóló beszámoló kidolgozásában. A történeti elemzés, amely megalapozhatja a kritikai elemzést. Különösen a jog kritikai elemzése - azaz az állami cselekvés kvázi jogként való kritikai elemzése - döntő mértékben függ a jog történeti elemzésétől. A modern jogfelfogás megkülönböztető kritikai ereje a kormányzati koncepciók mely és széleskörű történeti-összehasonlító elemzéseiből fakad.²³ E vizsgálat hatóköre természetesen vitatható; itt arra korlátozódik, amit általában nyugati hagyománynak nevezünk, és így visszanyúl az addig, amit általában e hagyomány meghatározó, vagy mindenképpen kulcsfontosságú pillanatának tartanak: a klasszikus Athéni. Az ebből eredő, a felvilágosodás által formált és autonómián alapuló modern jogfelfogás "liberalisnak" tekinthető: végső soron tehát a történeti-összehasonlító vizsgálat, bár hosszú és széleskörű, a nyugati liberalis hagyományra korlátozódik.

A történeti elemzés két, egymással összefüggő módon járul hozzá a kritikai elemzéshez. Megalapozhatja és feltárhhatja a kritikai normákat egy olyan genealogiai vizsgálaton keresztül, amely egy adott jelenség vagy gyakorlat - például a kormányzat, az államhatalom vagy az állami cselekvés - fejlődésének alapító momentumáig követi nyomon azokat. De ugyanakkor historizálhatja és alakíthatja is a feltételezett alapvető kritikai normákat, azáltal, hogy történelmi kontextusba helyezi őket. A kritikai normák lehetnek alapvetők, de egy meghatározott történelmi (és rendszerszintű) kontextusban alapvetők.

A történeti elemzés így módon lehetővé teszi és keretbe foglalja a kritikai elemzés sajátos tárgya számára. Például az államhatalom egy bizonyos gyakorlásának (pl. egy állami gyakorlatnak vagy intézménynek) kvázi jogi - azaz a jog perspektívájából történő - kritikai elemzése egy adott időben (és egy adott helyen) a jog történelmileg (és rendszerszinten) releváns felfogására támaszkodna, feltevé, hogy nem az anak- ronisztikus elemzés produktív gyakorlatának szántak, amelynek célja esetleg éppen azoknak a történelmi fejleményeknek (vagy rendszerszintű különbségeknek) a bemutatása, amelyek miatt nem alkalmazható. Egy 17. századi büntetőjogi tilalmat egy amerikai gyarmaton (mondjuk a boszorkányságról) a modern, autonómián alapuló jogfelfogás fényében kritikanak alávetni történelmileg - és talán meg rendszerszintűen is, attól függően, hogy a fent vázolt modern liberalis jogfelfogás a szóban forgó állam vagy kormányzat politikai és jogi gondolkodásának és cselekvésének történetében (is) gyökerezőnek mondható-e vagy sem - helytelen.

²² Lásd J. B. Schneewind, *Az autonómia feltalálása* (1998).

²³ Egy kapcsolódó, a büntetőjog történeti elemzésére összpontosító vitát lásd Markus D. Dubber, *Histories of Crime and Criminal Justice and the Historical Analysis of Criminal Law*, in *The Oxford Handbook of the History of Crime and Criminal Justice* (Paul Knepper & Anja Johansen szerk., megjelenés előtt 2015).

Egy adott történelmi és rendszerszintű kontextusban további analitikus keretezés lehet helyénvaló. Vegyük például a jog kritikai elemzését (szemben valamilyen más tarrggal, például a gazdasággal). A történeti elemzés szempontjából a jog modern felfogása a kormányzás egyik módjának (autonomia) újkori megnyilvánulásaként jelenik meg, amely a klasszikus Athén óta feszültségben áll egy másikkal (heteronomia). A kormányzás e két felfogása közötti kapcsolatot - vagy, hogy Foucault hasznos, bár kínos kifejezésével éljek: kormányzati viszonyok - a felvilágosodás során értelmezték újra és nevezték át, amely a (jog autonóm) "jogot" a (heteronom) "rendőrséggel" szemben. Ujrafogalmazta, szembeállítva a modern jogállam (*Rechtsstaat*) új eszményét a patriarchális rendőrállammal (*Polizeistaat*). A heteronomia és az autonomia közötti feszültséget a klasszikus Athénban eredetileg úgy kezelték, ha nem is oldották fel, hogy a kettőt különálló, bár összefüggő kormányzati szférákra korlátozták; az egyik a háztartás magánbirodalma, a másik a város közszférája. A háztartás volt a heteronomia helyszíne, kategorikus különbségtétel az autonóm *sui iuris* háztartástulajdonos és a heteronom háztartás (beleértve az emberi, nem emberi és élettelen erőforrásokat) között; az *agora* autonóm, demokratikus birodalmának tagsága a háztartástulajdonosokra korlátozódott, akiknek megkülönböztetett autonómia-kepesége a heteronom háztartás kormányzásában nyilvánult meg, így teremtve meg a kapcsolatot a két kormányzati szféra között.

Ez a minijelentés nem alkalmas arra, hogy ismertesse az autonómia és a heteronomia közötti feszültség *hosszu* (és *nagy portéka*) történetét a nyugati kormányzatban.²⁴ Jelen célokra elég, ha arra utalunk, hogy a köztársasági kormányzás összeomlása Athénban, majd Rómában a heteronom magán- és az autonóm közsztéra közötti eredeti munkamegosztás felbomlásának tekinthető, mivel a patriarchális háztartáskormányzás modelljét kiterjesztették a közszférára, és az állam makro-háztulajdonosát *pater patriae*-nek tekintették. A patriarchális modell végül annyira dominánssá vált, hogy a kormányzás szinonimájává vált minden szinten, a családtól az egyházon át az államig. A rendőrség fogalma korai kísérletet jelentett a kormányzás e módjának racionalizálására és fenszerezésére, amit (elsősorban) a kontinentális Európában a rendőrségi tudomány (*Polizeiwissenschaft*) kialakulása segített, amely a jó kormányzásról ("jó rendőrség") szülő kompendiumokat és útmutatókat készített olyan uralkodóknak, akik a "rendőrállamot" (*Polizeistaat*) úgy kormányozták, mint egy "nagy családot" (Rousseau) vagy egy "jól kormányzott családot" (Blackstone).²⁵ A politikai hatalom alapvető felvilágosodásbeli kritikája megkérdőjelezte a kormányzatnak mint heteronom háztartási kormányzatnak a sokaig uralkodó felfogását. Az autonómia képesége többé nem korlátozódott a szuverén/háztulajdonosra, hanem a személyiség meghatározó jellemzőjeként jelent meg, amely minden személyt mint olyat érint. A radikális

²⁴ Erről bővebben lásd pl.: Dubber, *Supra* note 12.

²⁵ Jean-Jacques Rousseau, *Discourse on Political Economy*, in *On the Social Contract*, with *Geneva Manuscript and Political Economy*, 209, 209 (Roger D. Masters ed. & Judith R. Masters trans., 1978) (1755); William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1621/69).

a kormányzó és a kormányzott közötti különbséget az önkormányzatiságra képes személyek azonossága váltotta fel. Az autonómia ismét az állami kormányzás módjára vált, de csak miután a megkülönböztetés jeléből drámai módon közös alapra bővült (elméletben, ha nem is a gyakorlatban).

A kormányzó, és a kormányzott, a kormányzás, alanya és tárgya radikális azonossága legitimitációt igényelt, azaz az előbbieket hatalmanak kifejezett igazolását az utóbbiak felett, összhangban közös jellemzőjükkel; az önkormányzatiság képességével. Ennek a legitimációnak voltak - vagy lehettek - eljárási és tartalmi vonatkozásai: eljárási szempontból a kormányzottak beleegyezését követele meg; tartalmi szempontból pedig minden egyes állami intézkedésnek a választópolgárok autonómiájával való összhangjával való igazolását. A patriarchális szuverén uralmat - bármennyire is jöndulatú - felváltotta az absztrakt normák uralma, a rugalmas mérlegelési normák helyett a határozott, vegreghajtható szabályok uralma.

A rendőrség fogalma a kormányzat legitím felfogásával társult, és a rendőrállam kifejezés, amely egykor csupán az állami kormányzás racionalizálására és tudományossá tételére irányuló átgondolt és ambíciós kísérletet írta le, a mai napig negatív jelentéstartalommal bír. Közvetlen - és gyakran kifejezett - ellentétben a jogállam - vagy a "jogállamiság" (az. államfobias angol-amerikai diskurzusban) - a modern legitím államhatalmat képviselte.

A modern jog eszményének történeti elemzése nagy vonalakban történik, ahogyan a *hosszú időtartam* és *nagy bordserej*, sok időt és teret felölelő akciók általában szoktak. Még a fenti vázlatnál lényegesen részletesebb változatban sem fog ez a beszámoló pontosan illeszkedni egyetlen konkrét rendszerhez vagy országhoz sem; legfeljebb az időben és térben közös vonásokat emel ki, amelyek eléggé közösek ahhoz, hogy több rövidebb és szűkebb beszámoló helyett egyetlen hosszú és széles beszámolót adjanak ki. A jog ilyen jellegű történeti elemzésének elvégzése tehát azt is megköveteli, hogy kritikusan tárgyaljuk a hosszú és tag beszámoló és az adott történelmi és rendszerszintű kontextus közötti kapcsolatot.

Vegyük például az amerikai politikai és jogtörténetet, és még pontosabban az amerikai büntetőjog politikai és jogtörténetét. Az állam büntetőhatalmanak felfogása, megnyilvánulása és alkalmazása azért kinalja magát a vizsgálat középpontjába, mert az ideiglenes amerikai büntetőjog olyan állapotnak vagy állami éselekvesnek minősül, amely a jogfűdosok körében olyan normatív elkötelezettséget valthat ki, amely saját területükön Piketty politikai gazdaságtani kritikai (történeti-összehasonlító) elemzését vagy Guldi és Armitage történetírását mint erkölcsi kötelességet motyálja. A büntözés elleni háború során a kortárs amerikai büntetés-vegrehajtás jellemzői jól dokumentáltak: milliókat tartanak fogva a raktarbörtönökben és a büntetés-vegrehajtási felügyelet más formái alatt, a világ legmagasabb bebörtönzési aránya, faji aránytalanságok a büntetés-vegrehajtási rendszer minden vonatkozásában, és így tovább. A kérdésünk az, hogy a jogtörténeti elemzés, ahogyan azt ez a minijegyzet felvázolja, milyen mertekben járulhat hozzá e jelenség elemzéséhez és kritikájához.

Hogy ismét rövidre zárjam a meglehetősen hosszú (és széles) történetet: a jogtörténeti elemzés azt sugallja, hogy az amerikai büntetőjog jelenlegi állapota a büntetőhatalomnak a "rendőri hatalom" gyakorlásaként való felfogását tükrözi. Mint a patriarchális, diszkrecionális, rugalmasan alkalmazható

Az állami büntetőhatalom tárgyai a háztartási kormányzás radikálisan heteronóm területére tartoznak, és a szuverén/háztulajdonos törvényes hatalmanak vannak alavetve. Az amerikai politikai és jogtörténet látszólag átfogó alapító pillanata, az amerikai forradalom valójában nem az államhatalom egészenek alapvető kritikáját fogalmazta meg azon a radikális elképzelésen alapulva, hogy minden személy mint olyan osztozik az autonómia, vagyis az öngazgatás képességében. Az államhatalom bizonyos tárgyait - nevezetesen a szegényeket, a nőket és a rabszolgákat, de a bűnözőket is - továbbra is úgy tekintették, mint akik képtelenek az öngazgatásra, és mint ilyeneket, mint pusztán háztartási erőforrásokat, amelyeket heteronóm kormányzás alá vetnek, azok, akik rendelkeztek a ²⁶ szükséges képességgel ahhoz, hogy önmagukat és másokat kormányozzanak.

Ebben az értelemben tehát az amerikai forradalom nem arra törekedett, hogy az átfogó rendorallamot egy átfogó jogállammal váltsa fel; ehelyett a "jogállamiság" alapvető szerepét ünnepelte, miközben az államhatalom bizonyos tárgyaira vonatkozóan fenntartotta a rendőrségi szabályozást. Az utóbbi csoport számára - amely jelentős volt - a forradalom a hatalomban hozott változást (a királyról a népre); nem pedig a kormányzatban. Ok továbbra is a rendőri hatalomnak, a szuverenitás hatalmanak, az emberek és dolgok uralmanak hatalmanak, hogy uralma határain belül kormányozza az embereket és a dolgokat, - meg ha ezt a heteronóm hatalmat most egy (meg inkább) személytelen és absztrakt patriarchális szuverén/hazior gyakorolta is. Más szóval, az amerikai forradalom nem olvasztotta egybe az amerikai politikai és jogi projektet; a politikai (vagy inkább politikai) projekt parhuzamosan futott a jogi projekttel, és mindkettő a hatalom különböző (vagy pontosabban: a hatalom különbözőképpen konceptualizált) tárgyaira vonatkozott.

Ma a bűnelkövetők - és tágabb értelemben a feltételezett bűnelkövetők (egy általában nem hivatalos vélelemmel, amely teret enged többek között a faji megkülönböztetésnek) - az amerikai jogi projekten kívül maradnak, amennyiben a bűnügyi veszélyesség hordozóinak tekintik őket, akiket az állam büntetőjogi banasmodban részesít. Elméletileg ez a banasmod az állam belátása szerint rehabilitáció vagy cselekvésképtelenség formáját öltheti, attól függően, hogy az elkövetőt kezelhetőnek tekintik-e (a "diagnosztizálás" a tömeges büntetés-végrehajtási rendszerben nem létező, finomra szabott elemzést jelentené) vagy sem. Valójában azonban a bűnözés elleni háborút a veszélyesség széles körben elterjedt és gyakorlatilag megdönthetetlen vélelme táplálta, ami a tömeges cselekvésképtelenség büntetőjogi rendszerét eredményezte.

Felretele a (mindent eldöntő) részleteket, és velük együtt a lehetséges kritikai hatás nagy részét, a büntetés mint törvény fenti történeti elemzése kettelekeppen keretezi az amerikai büntetés kritikai elemzését. Először is, a jog történelmileg megalapozott bemutatását javasolja, amely létrehoz egy kritikai normát (autonómia), ebben az esetben az államhatalom legitimitását, amelyhez képest a jelenlegi gyakorlat mérhető. Másodszer, ezt az elszámolást egy olyan

²⁶ Ennek az érvelésnek egy hosszabb változatát lásd pl. Markus D. Dubber, "An Extraordinarily Beautiful Document: Jefferson's Bill for Proportioning Crimes and Punishments and the Challenge of Republican Punishment," in *Modern Histories of Crime and Punishment* (15Markus D. Dubber & Lindsay Farmer szerk., 2007).

²⁷ License Cases, U46.S. (5 How.) (504,1847583).

az államhatalom elemzésének tágabb kerete, amely két kormányzási módot különböztet meg: a törvényes és a rendőri kormányzást. Ennek eredményeképpen a jog vazlatos történeti elemzése teret enged a jelenlegi gyakorlat atfogo kritikai elemzésének, amely ahelyett, hogy csupán egyetlen mercevel mérné azt (és azt hiányosnak találna), különbséget tesz az állami cselekvés különböző normáknak vagy logikáknak alvetett területei között, ha vannak ilyenek. A tömeges bebörtönzés amerikai büntetőjogi rendszere így nem úgy jelenik meg, mint egy megmagyarázhatatlan kivétel egy feltételezett alapvető legitimitási norma alól, hanem mint egy másfajta kormányzási rendszer tükröződése, amely nem igényel vagy keres legitimitást általában, sem pedig a tárgyai autonómiajára alapozott legitimitást különösen.

E történelmi elemzés fényében éppoly helytelen az amerikai büntetőjogi rendszert a legitimitás (vagy az igazságosság, vagy a helyesség) hiánya miatt támadni, mint amilyen helytelen lenne a *Constitutio Criminalis Carolinae* az emberi jogok tiszteltetésben tartásának hiánya miatt bírálni. A kortárs amerikai büntetőjog nem illegitimnek (vagy igazságtalannak), hanem a legitimnek (vagy igazságtalannak) tunik; az állam büntetőhatalmát nem tekintetté és nem is tekinti a modern jogelfogás konstitutív legitimitási korlátainak alvetettnek.

Az amerikai büntetés mint jog történeti elemzésnek minden aspektusa kétséges, ahogyan a jog történeti elemzésnek mint kritikai elemzési módnak a vállalkozása minden általánosabb aspektusa is. Bizonyára sok más lehetséges módja is van a jog történeti (és általánosabb, a kritikai) elemzésnek tárgyát kiteljesíteni.²⁸ A jogról szóló ilyen beszámolók nemelyike nagyobb kritikai potenciált hordoz, mint mások. Ez attól függően, hogy valaki mennyire elkötelezett a jogtörténet, - és általában véve a bármely terület elkötelezett tudományossága -, mint normatív vállalkozás iránt, valamint attól függően, hogy hogyan értelmezi a kritikai elemzésben a kritika természetét.

²⁸ Például a "Law As . . ." című, a közelmúltban a "szociáljogtörténet" jövőjéről szóló ösztönző kollektív címkézés a jogról alkotott elképzelések széles skáláját vonultatta fel, beleértve a jogot mint tudatot, elvarázsolt rituált, latványosságot, szuverenitást, gazdasági, kulturális tevékenységet, írást, keretet és kegyelmet. Lásd Fisk & Gordon, *supra* note 7; Christopher Tomlins & John Comaroff, "Law As . . .": Theory and Practice in Legal History, 1 U. Irvine L. Rev. 1039 (2011).