



AZ ELMÉLET VÉDELMÉBEN

MEGJEGYZÉSEK A JOGTUDOMÁNYOK ELŐÁLLÍTÁSÁRÓL

Samuel Estreicher

To:

Fr: Sam Estreicher

Re: Kézirat - Az elmélet védelmében

Átnéztük elhunyt kollégánk irodáját, és ezt a kéziratot találtuk, amely általános érdeklődésre tarthat számot.

W

* * *

NAGY ÁTTÖRÉS KÜSZÖBÉN ÁLLUNK,
a társadalmi formálás megértésében
jogi ismeretek. Tul sokáig voltunk a német
filozófusok foglyai. Vagy mi
Kant és Hegel mellett állt, és az értelem szerepét ünnepelte, a
szellemi munka létrehozásában, azt a folyamatot, amelynek során
szavakkal életet adunk az intuíciónak. Vagy Marx, és követői mellé
álltunk, és az intellektualis tevékenységet pusztán "felepitménynek",
az eszméknek az anyagi érdekek elfedésére való, vékonyan leplezett
felhasználására tett kísérletnek minősítettük.

Samuel Estreicher a New York-i Egyetem jogi karának Dwight D. Opperman professzora. Sokan segítőkészséggel hozzászóltak ehhez a cikkhez; nevüket az ártatlanok védelme érdekében nem közöljük. Szerzői jog Samuel 2006 Estreicher. Minden jog fenntartva.

10 ZÖLD SZEGYZSÁK 2D 49

Történeket kísérletek az idealista-materialista ellentét áthidalására. Karl Mannheim olyan tudásszociológiát hirdetett, amely szem előtt tartotta az eszmék önálló teremtő erejét; sőt, az értelmiségeket tekintették az egyetlen olyan társadalmi csoportnak, amely képes túllépni közvetlen anyagi körülményein.¹ A marxista elméletírók, Georg Lukács és Antonio Gramsci - mindketten Mannheimhez hasonlóan az 1920-as években írtak - azon fáradoztak, hogy összeegyeztetjék a társadalmi osztályok mindenekfeletti, álló fontosságához való hitvalló ragaszkodást azzal, hogy felismerték az intellektuális tevékenységnek az osztályharcban betöltött szerepét. Gramsci a "hegemonia" fogalmát kínálta fel azon kulturális erők megragadására, amelyekkel az uralkodók ráveszik a hatalmon lévőkét sorsuk elfogadására.

Idővel az idealista oldal győzedelmeskedett, a bal- és a jobboldal egyaránt azt hirdette, hogy az eszmék számítanak, hogy a politika az értelmiségeket szajából jön, még akkor is, ha azt talán nem is egyszer, a puskacsővel kell erőltetni. Tekintettel a munkásosztály harcosságának világszerte tapasztalható hanyatlására, valamint arra a makacs és tartós valóságra, hogy a munkásosztály jó része sok országban a szükséges társadalmi átalakítások hordozójaként a munkásosztály eleve elrendelt érdekeivel ellentétesen szavaz, az osztály mint központi jelentőségű magyarázó eszköz ma kevés híve van.

A jogi iskolákban soha nem dőltünk be a materialista tévhitnek. Történetileg szakmai identitásunk középpontjában az a meggyőződés áll, hogy a szavak számítanak, különösen azok, amelyek a bírósági határozatokban és a törvényhozásban találják meg az utat, és hogy a szavak a jogon keresztül olyan normákká válhatnak, amelyek alapvetően alakítják a viselkedést. A mi hitvallásunk a doktrinalisták, a jogi katedrális szeminaristáinak hitvallása volt.

Szerencsére végre kiszabadulunk a jogi doktrinizmus béklyóiból is. Továbbra is a szó közvetítői maradunk, de már nem vagyunk

¹ Karl Mannheim, *Ideológia és utópia: Bevezetés a tudásszociológiába* (Louis Wirth & Edward Shils ford. 1936). Lásd általában Robert K. Merton, *A tudás szociológiája*, *Isis* 27 (3, 1937. novemberi szám), 493.

² Georg Lukács, *Történelem és osztálytudat* (Rodney Livingstone ford. 1967; eredetileg 1920-ban jelent meg).

³ Antonio Gramsci, *Börtönfüzetek* (1. kötet: Joseph A. Buttigieg szerk. & Joseph A. Buttigieg & Antonion Callari trans. 1992; 2. kötet: Joseph A. Buttigieg szerk. és ford. 1996).

Az elmélet védelmében

az ügyvédek, bíróságok és törvényhozók szolgálói. A katedrális most már a mi művünk. Szavaink, cikkeink, könyveink most már a jogi ismereteket, a saját szabad akaratú irodalmunkat gyarapítják. Önteremtők vagyunk, már nem tekintjük magunkat alkalmazottnak, bér munkásnak, ügynöknek. Falalkozunk az óráinkkal és javítjuk a vizsgadolgozókat - heti 6-12 órát igénylő feladatok. A fennmaradó időben azért írunk, hogy oktássunk, építsünk, és megvilágítsunk - magunknak, nem pedig a munkaadóinknak, a diákjainknak, az ügyfeleinknek. Szabad tevékenységet folytatunk, önmegvalósító tevékenységet. Sem munka, sem szórakozás - hanem észtondíj. Es olyan tudományt, amely számít, nem pedig az ügyvédek mindennapi szükségleteihez való epifenomális hozzájárulást, amelyet hamarosan elvetnek, amint újabb döntések születnek; célunk, hogy tartosan hozzájáruljunk a szakirodalomhoz. Veblen elméletet kínál a szabadidős osztályról.⁴ Mi az elméleti osztály szabadidejét írjuk - nem a csupasz, céltalan, hedonista szabadidőt, hanem az elmélet, a jogi tudás szolgálatában álló szabadidőt.

Vannak kritikásaink, de a kritikájuk feloldódik a vizsgálat alatt. Alapvetően hat pontot vetettek fel alpművünk ellen, amelyek mindegyike A betűvel kezdődik:

- (1) Karosszék-izmus(4)Állítás-izmus
- (2) Absztrakció-izmus (5) Affinitás-csoport-izmus
- (3) Ampersand-izmus(6)Altruista expiaciós-izmus

Mindegyiket, sorra vesszük, hogy leleplezzük az ellenzék szegénységét, képzeletük szegénységét, törekvéseik szegénységét.

ARMCHAIR-ISM

We valóban, első sorban fotel-értelmiségiek.⁵ Amit ellenségeink korlátokba ütközve gúnyolnak, mi érvénynek tartjuk. Mi nemcsak diplomások seregei, nincsnek laboratóriumok, nincsnek Nervei Tudományos Alapítványi támogatások. Nem vagyunk részei a gyártási folyamatnak...

⁴ Thorstein Bunde Veblen, A szabadidő-osztály elmélete (1899).

⁵ Ahogy Richard Epstein fogalmaz: "A fotel empirizmus időnként a legjobb eszközünk a jogi ügyek megoldására." Richard A. Epstein, Hadd érvényesüljenek az "alapvető dolgok": Necessary and Contingent Truths in Legal Scholarship, 115 Harv. L. Rev. 1295-1288, (2002).

ess a tudomány és a technológia számára. Nem vagyunk a katonai-
ipari-kutatási komplexum részei. Nem vagyunk részei a nagyobb
társadalmi kulturális hegemon erőinek. A mi munkánk a miénk, a
mi időnk a miénk, a mi hozzájárulásunk nem engedi meg a
materialista számításokat.

Kant-hoz hasonlóan mi is azt valljuk, hogy a világ igazságának az
első elvekből kiindulva, az észszerű reflexióból kell kiderülnie; de a
mi munkánk a világban, ahogyan az van, a valós világban, a jogi
döntésekben, a jogi intézményekben, a jogban gyökerezik. John
Rawls "Az igazságosság elmélete" kitalálta, de Ronald Dworkin
megmondja nekünk, hogy mit kellene tennie a herkulési bíráknak -
az igazságosságot mint megvalósítható erényt.⁶ Elméletünk nem a
tudatlanság fátyla mögül bújkál elő, hanem a terepen lévő
intézmények ismeretének fényében. Robert Nozick megtapsolja az
"éjjeliőr, államot",⁸ de Richard Epstein belenyúl a Supreme Court
"takings" doktrínájába, hogy a jogrendszer tenyleges munkáját a
nozicki premisszához mérje.⁹ Rawls és Nozick az eszmény
szellemében dolgozik, Dworkin és Epstein az érző, szenvedő
emberek világában.

Az, hogy a bírák komolyan veszik-e Dworkint vagy Epsteint,
végső soron lenyegtelen. Szeretnénk, ha a bírák a mi munkánkat
fogadnák el döntéseikben, de tudjuk, hogy végső soron ők is csak
ügyvédek fekete köpenyben, akik a világot a munkájuk szemüvegen
keresztül látják. A bírói elfogadás szép dolog, de nem
elengedhetetlen. Nem keressük a gyakorló ügyvédek vagy bírák
jóváhagyását, és ők nem adnak értéket a munkánknak. Nem
rendelkezünk és nem is törekszünk hatalommal az állam apparátusa
felett. Egyetlen kritériumunk: A Dworkinéhoz és Epsteinehez
hasonló munkák nyújtottak-e friss, megalapozó, gyümölcsöző in-
látásmódot, amelyek hozzáadnak a szakirodalomhoz? A
hasznosságnak nincs más próbája, mint az érintett tudományos
közösség hasznossága.

Egyes kollégáink empirikus munkát végeznek, amiért
elismeréssel adózunk nekik. Az empirizmus szép, de nem
elengedhetetlen. A jó elmélet próbája

⁶ John Rawls, *Az igazságosság elmélete* (1971).

⁷ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977); *Law's Empire* (1986).

⁸ Robert Nozick, *Anarchia, állam és utópia* (1974).

⁹ Richard A. Epstein, *Takings: A magántulajdon és a kisajátítás hatalma* (1985).

Az elmélet védelmében

az, hogy újszerű és érdekes-e, nem pedig az, hogy jó munkát végez-e a jövőbeli események menetének előrejelzésében. Szerencsére a jogi és ismeretelméleti pozitivizmust már régen levetettük: Egy tény nem győzheti le az elméletet! Például a versenypiacokon a keresleti és kínálati görbék az egyensúlyi bérnél metszik egymást: ezen a bérrel a vállalat megkapja az összes szükséges munkaerőt, és egyetlen munkavállaló sem vállal munkát kevesebbet, és egyetlen munkavállalónak sem ajánlanak többet munkát. Ez egy munkanélküliség nélküli világ, faji vagy nemi megkülönböztetés nélkül. Ez a való világ? Természetesen nem. Ha a valós világ piaca nem felelnek meg, akkor két válasz létezik: Az első, hogy megváltoztatjuk a világot: Azonosítottuk azokat a piacokat, amelyek nem versenyképesek, az államnak arra kell törekednie, hogy valamilyen megfelelő beavatkozással versenyképesse tegye őket. A második válasz az elmélet javítása, de úgy, hogy közben nem áldozzuk fel az eredeti modell eleganciáját, szükségességét, heurisztikus ígértét, fogalmi rezonanciáját. Ha tehát a valóságban a foglalkoztatottság hiánya mutatkozik, akkor a munkaadók talán hajlandóak az egyensúlyi bérnél többet fizetni, hogy átlagon felüli munkaerőt kapjanak, vagy hogy a munkaerőt a céghez való elköteleződésre ösztönözzék. A közgazdasági Nobel-díjakat nem kevesebbet ítélik oda.

Nem a való világ eseményeinek előrejelzésével foglalkozunk.

Azzal foglalkozunk, hogy modellezzük a valós világban zajló folyamatok megértését, és teszteljük, hogy a modellünk jól magyarázza-e ezeket a folyamatokat.

Az elméletünk nem száraz álmódosítás. Elméletünk végső soron egy jobb világ szolgálatában áll. De, nem remélhetjük, hogy megváltoztathatjuk a világot, amíg nem értjük meg. A megértéshez mindenekelőtt szilárd elméleti alapokra van szükség.

ABSZTRAKCIÓ-IZMUS

Tza kritika, miszerint munkánk elvont, nem élesebb, mint az első. A munkánk absztrakt, annak kell lennie. El kell absztrahálnunk elemzésünket a rendezetlen, szituációs tényektől, amelyek összezavarhatják az elméletet.

¹⁰ George A. Akerlof & Janet Yellen, Efficiency Wage Models of the Labor Market (1986). Akerlof 2001-ben közgazdasági Nobel-díjat kapott.

kompensáló magyarázó hatás nélkül. A tények, amelyekből dolgozunk, stilizált tények, amelyek gyakran bírósági határozatokból származnak, - prototipikus tények, amelyek mintát képeznek az elmélet felépítéséhez.

A jog és közgazdaságtan iskola éppen azért vált ismertté, mert ilyen mintát nyújt. Ronald Coase, egy másik Nobel-díjas, nyitotta meg az ajtót: Feltételezzünk egy olyan világot, ahol az emberek költségmentesen alkudoznak egymással - egy olyan világot, ahol a tranzakciós költségek nullaak, ahol az emberek ismerik a preferenciaikat, és a hitelpiacok mindenki számára elérhetőek. Egy ilyen világban, az államnak meg kell-e akadályoznia a farmereket abban, hogy állataik a szomszédos farmerek földjén legeljenek? Természetesen nem, tanítja Coase. Ha a farmerek által létrehozott érték (mondjuk 10 dollar) meghaladja a farmerek veszteségét (mondjuk 7 dollar), akkor ez a különbség (3 dollar) a közös tevékenységükből származó nettó társadalmi nyereség, és egy alkupozíción biztosít. Ha a gazdák rendelkeznek az eredeti joggal, akkor a farmerek valahol 10 dollárig fizetnek a gazdáknak azért a jogért, hogy folytathassák a gazdalkodási gyakorlatukat. Ha a kezdeti jogot a farmerek kapták meg (az értékek állandóak maradnak), akkor a farmerek elszívják a legeltetett csordákat, de a nettó társadalmi nyereség változatlan marad. Ez egy szimmetrikus világ, amely csak a nettó társadalmi nyereséggel foglalkozik: sem farmer-, sem farmerparti. Mindössze világos háttérszabályokra van szükség, és a jognak is csak ezeket kell biztosítania -, hogy a felek tudják kinek van az eredeti jogában. A háttér- vagy alapértelmezett szabályokkal kapcsolatban gazdag és érdekes szakirodalom alakult ki. Hogyan határozható meg a legjobb háttérszabály? A feleknek be kell-e érniük a felelősségi szabályokkal (ez a tipikus megközelítés), amely esetben, ha a gazdák rendelkeznek az eredeti joggal, akkor a farmerek fizetési hajlandósága az irányadó. Vagy vannak olyan stilizált körülmények, amikor a gazdáknak tulajdonjogot kell adni -, azaz a jogsértő feltevékenységek megtiltásához való jogot, és így a gazdák fizetési hajlandósága irányítja a fizetést? ¹² A mi példánkban a tulajdonhoz való jog esetén a gazdák ragaszkodnának a következőkhöz

¹¹ Ronald Coase, The Problem of Social Cost, J3. L. & Econ. 44 (1960. október). Coase 1991-ben közgazdasági Nobel-díjat kapott.

¹² Lásd általában Guido Calabresi & Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

Az elmélet védelmében

valahol 7 és 10 dollár között, hogy a legeltetés folytatódhasson. Az elosztási hatások különböznek (a gazdák egyértelműen többet kapnak a tulajdonjogi szabály, mint a felelősségi szabály alapján), de a farmerek és a gazdálkodók közös tevékenységéből származó nettó társadalmi nyereség változatlan marad. Más kérdések is felmerülnek; Például, hatékonyabb-e a szigorú felelősség, mint a gondatlanság?¹³ De hogyan lehet ezeket és más alapvető kérdéseket megválaszolni, ha csak nem, egy olyan absztrakt elemzéssel, amely az alapvető Coasian-i belátásra épül.

Mi van, ha pozitív tranzakciós költségeket vezetünk be, az elemzésbe? Felrúgjuk az elméletet? A válasz: nem. Az eljárás módja ismét az, hogy stilizált tényeken keresztül vizsgáljuk meg, hogyan néznek ki ezek a tranzakciós költségek. Egy tranzakciós költségekkel terhelt világban az alapértelmezett szabályok ragadosabbak lesznek, mert a nettó társadalmi nyereséget szolgáló alkuk nem köthetők. Leggyakrabban azt az alapértelmezett szabályt akarjuk választani, amely a legjobban utánozza azt, amit a felek nulla tranzakciós költségű környezetben tennének.

A Coasian elemzés a hatékonysággal foglalkozik, amely a paretoi kritériumból indul ki (Vilfredo Pareto politikai teoretikusról elnevezve): az A állapot akkor hatékonyabb, mint a B állapot, ha az egyik fél számára javulást eredményez anélkül, hogy a többi érintett félnek kárt okozna; a paretoi optimum akkor áll fenn, ha a kereskedelemből nem lehet további nyereséget elérni. A paretoi hatékonyság azonban túlságosan szigorú kritérium, mert a való világban (amit nem hagyunk figyelmen kívül); gyakorlatilag minden ügyváltoztatás előnyös egyeseknek, miközben másoknak hátrányt okoz. A legtöbb elemző a Kal-dor-Hicks-féle változatot alkalmazza, amely azt a kérdést teszi fel, hogy az a nyereség, amely az alábbiakból származik

¹³ Lásd általában Steven Shavell, *A jog gazdasági elemzésének alapjai* (2004). Posner bíró nyilvánvaló kritikája helytelen: East Richard A. Posner, *A Review of Steven Shavell's Foundations of Economic Analysis of Law*, XLIV J. Econ. Lit. 405, 408 (2006. június) ("A Shavell által elemzett jog, a tényleges jog absztrakt vagy stilizált - leegyszerűsített - változata; a jog minusz a részletek és a textúra, a gazdasági modellhez igazított jog.")

¹⁴ Vilfredo Pareto, *A politikai gazdaságtan kézikönyve* (angol ford. 1971, eredetileg 1906-ban jelent meg).

¹⁵ John R. Hicks, *The Foundations of Welfare Economics* (1939); Nicholas Kaldor, *Welfare Propositions in Economics* (1939).

B és A között elég nagy ahhoz, hogy elméletileg mindazokat kompenzálja, akik veszítenek a változásból. (Tényleges kompenzáció azonban nem szükséges.)

A jogtudományban vita folyik arról, hogy a hatékonyság az egyetlen releváns érték. Természetesen más értékek is számíthatnak. A franciák például nagy súlyt fektetnek a társadalmi stabilitásra. A kari üléseken szokatlanul nagy hangsúlyt fektetnek a hangra, mint kiemelkedő értékre. A hatékonyság azonban továbbra is kiemelkedő érték marad a társadalmi számításban, mert a B-ből A-ba való átmenetből származó nyereségből érték keletkezik, amelyből az állam finanszírozni tudja az alapvető közműveleteket, és még a vagyont is át tudja csoportosítani a nyertesektől a vesztesek között. Így azoknak, akiknek fontos a társadalmi javak optimális újraelosztása, azoknak az ilyen javak létrehozásával is törődniük kell.

A tényektől való elvonatkoztatás a politikai viselkedésről alkotott képünket is jelentősen gazdagítja. Sok tudós alkalmazza az úgynevezett "public choice" elméletet.¹⁶ Feltételezik, hogy a politikusok tudják, mit akarnak, és a politikai rendszert e célok megvalósítására használják. Mit akarnak a politikusok? Azt, hogy megválasszák őket, és hogy a közhivatalban maradjanak. Hogyan teszik ezt? Olyan jogalkotási terméket adnak el, amely a választók szavazatait és a támogatók pénz- vagy természetbeni erőforrásait vonzza az újválasztási kampányok finanszírozásához, és személyi állományához. Gyakran a választók és a támogatók céljai egyeznek; a politikusok politikai pártokhoz csatlakoznak, amelyek márkaépítőügynökként segítenek a választóknak ösztönösen eldönteni, hogyan szavazzanak, és segítenek a támogatóknak a szimpatikus törvényhozókkal összehozni. Neha a választók és a támogatók érdekei nem könnyen összeegyeztethetők, és ilyenkor az ügyes politikus megtanulja, hogyan csomagolja politikai akcióit úgy, hogy úgy tűnjön, hogy megfeleljen a választók érdekeinek anélkül, hogy a támogatók ellenkezzenek. A közválasztás elmélete azt tanítja, hogy a jogalkotás folyamata, bár a közérdek nyelven szólal meg, lényegében gyakran a magánérdekek befolyását mutatja, mind a törvényhozókat, mind a támogatóikat.

A közválasztási elemzés erénye az, hogy eltávolítja a

szavak, tettek és tévleségek összessége, hogy a politi-

¹⁶ Lásd James M. Buchanan & Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Az alkotmányos demokrácia logikai alapjai* (1962). Buchanan 1986-ban közgazdasági Nobel-díjat kapott.

Az elmélet védelmében

a zongoristát, mint racionális szereplőt, akinek meghatározható preferenciái vannak, amelyeket munkája révén igyekszik megvalósítani, és ebben a tekintetben nem különbözik a vállalatvezetőtől, a vállalkozótól vagy a szakszervezeti vezetőtől.

A közválasztás kritikusaí ragaszkodnak ahhoz, hogy a politikusokat gyakran a közérdek magasabbrendű szempontjai mozgatják, ami olyan cselekedetekre kényszeríti őket, amelyek nem magyarázhatók öns érdekeikkel. A légitársasági ágazat 1978-as deregulációját gyakran emlegetik az onzetlen jogalkotás példaként, ahol a demokrata politikusok, mint Ed Ward Kennedy szenátor, olyan álláspontot képviseltek, amely valójában a támogatóknak artott - ebben az esetben a légitársaságok szakszervezeteinek, amelyek elvesztették a szabályozás által biztosított védett piacot. Itt a kivétel bizonyítja a szabályt. Anélkül, hogy alásnánk az elméleti szükségyúságot, a közválasztás elméletében van helye annak a politikai vállalkozónak, aki - mivel sejtí, hogy a szabályozás megszüntetése a kuszobón áll - a kérdés elé lép, hogy magaének tudhassa az elkerülhetetlen bekövetkeztének elősegítésében szerzett érdemeket, és eközben enyhítő intézkedések elfogadásának biztosításával a vállalatsoportok számára okozott csapást.

A jog-gazdaságtani vagy a közválasztási elemzés indokolatlanul elvonatkóztat? Nem absztraktabb, mint amennyire szükséges. Mi elméletet alkotunk, nem pedig azt jósoljuk meg, hogy hogyan fognak az ügyek végződni, vagy hogy a törvényhozók hogyan fognak szavazni bizonyos intézkedésekről. Idővel, ahogy ezen a határon haladunk előre, elméletünk segíthet a bíraknak és a közigazgatásnak a "nehéz" ügyek eldöntésében, a jogalkotóknak pedig abban, hogy jobban megértsek a megfontolandó intézkedésekben rejlő ösztönzők szerkezetét. Munkánk mercéje azonban nem az, hogy valóban előfordulnak-e ilyen felhasználások.

AMPERSAND-ISM

W örömmel üdvözöljük azon kollégáink növekvő számát, akik nem jogi területen szereztek doktori címet, és a "jogi" doktori iskolák elterjedését. "jog és tudomány", "jog és irodalom", "jog és képzőművészet", "jog és rasszizmus", "jog és az őslakos népek igazságszolgáltatási igényei" és más jog és kurzusok. Tul sokaig csönkoltuk szellemi horizontunkat, hogy a jogi cégek felig-meddig dicsóított szakiskolajaként szolgáljunk. Tul sokaig voltunk az egyetem mostohagyermekai, akiket a tandíjpenzékert kivantak, de nem tisztelték meg a

Reggel. Végre komolyan vesszük magunkat, mint tudósok, és szerencsére a minket befogadó egyetemek újonnan megismerték, hogy mit tehetünk az elme életeért.

Régebben a jogi karunkat olyan fényes jogi egyetemek végzősei közül választottuk ki, akik a jogi szakvelemenyeik elnöki fiztet tölthettek be, és versenyképes szövetségi bírósági gyakorlatot végeztek, amelyet 3-5 évnyi valós tapasztalattal folytattak egy nagy ügyvédi irodában. Az ilyen jelöltek nem biztos, hogy rendelkeztek érdemi szakértelemmel, és mi biztosan nem vártunk el semmilyen írást. Elégedettek voltunk, ha az illető okos volt és "jog gondolkodott, mint egy ügyvéd". De akkor mit kaptunk ettől a forrási stratégiától? A legrosszabb esetben terméketlen tanárokat kaptunk, akik a legtöbbször soha nem tettek tollat a papírra, csak azért, hogy a fizetésükhöz jussanak. Az eredmény szintén nem volt említésre méltó - a legjobb esetben is akademikusok, akik nem tettek mást, mint gyakorlati értekezéseket írtak, ügyvédi bizottságokban dolgoztak, vagy esetleg segítettek a jog újraszervezése projekt szakaszainak megfogalmazásában.

Most már csak olyan kipróbált és bevált tudósokat veszünk figyelembe, akik megértik, hogy a fő közönségük a saját területükön dolgozó más tudósok közössége. Ha tehetjük, inkább más iskolákból veszünk fel munkatársakat, mert ez a legbiztosabb módja annak, hogy olyan elkötelezett tudósokat szerezzünk, akik képesek tartosan hozzájárulni a vonatkozó szakirodalomhoz. Alkalmanként azonban az akadémia újonnan érkezőket is felvesszünk, már csak azért is, hogy az előleptetési és kinevezési eljáráshoz alpanyagot szolgáltatassunk. Többé azonban nem vesszük figyelembe a Harvard Ames ösztöndíjasát, a Stanford Law Review elnökét, a Legfelsőbb Bíróság korábbi jogi munkatársát, vagy a Wilmer Cutler vagy Jones Day sztar munkatársát - kivéve, ha egy-két évet töltöttek a szakirodalomban való elmélyüléssel", és keszen állnak arra, hogy előre elküldjenek egy kész tudományos dolgozatot, amely megfelelő szintű elméleti ambíciót és hatótávolságot mutat. Ha a jelölt rendelkezik független eszközökkel, azt tanácsoljuk, hogy vegyen ki 2-3 évet a gyakorlatból, és készüljön fel a "munkabeszéltetésre"; ha nem, akkor a vezető iskolák által kínált "gubó" ösztöndíjak egyikét ajánljuk, ahol a valós világgal való jelentős kapcsolattól és felelősségtől mentesen, biztonságos számára eszközt a szükséges irodalmi elmélyüléshez és tudományos produkcióhoz.

A felvételi politikában bekövetkezett változás azt tükrözi, hogy a jogi kar az egyetem komoly részévé vált. A legtöbb egyetem még mindig lehetővé teszi egy

Az elmélet védelmében

a pusztán jogi doktori címmel rendelkező személyeket, hogy jogi iskoláikban tanítsanak, pontosan azért, mert a jogi iskolákat (és kisebb mértékben még mindig) pusztán szakmai képzésre szolgáló iskoláknak tekintették (és tekintik). A jogi tudományok terén keveset vártak, és keveset kaptak, ami forrásanyagként szolgált az olyan lesújtó kritikához, mint Fred Rodelle, vagy a human- és tarsadalomtudományok területén dolgozó kollégáink kevesbé nyílt gyönyölgéséhez. Ez azonban változik, mivel a jogi karok, amelyeket egyre inkább a Yale Law School,¹⁷ a tiszta jogelmélet vezető elődje, végzősei népesítenek be, főként doktoranduszokat¹⁸ és más, komoly tudósoknak tekintett személyeket vesznek fel, akiknek bizonyítottan elméleti munkájuk van, vagy kifejezett hajlamuk az elméleti munkára.

Az általunk, más tudományágakhoz épített vonalaktól szisztematikus módszertani hasznát is húzunk. Az 1930-as évek jogi realistái a törvény hatásának mérésére a parkolóórák megsértésének számlálására szorítottak.²⁰ Nekünk ezzel szemben rendelkezésünkre áll az egyetem teljes szellemi apparátusa. A közgazdászokkal folytatott munkánk gyümölcseit már azonosítottuk. A pszichológusokkal való kapcsolatunk is egyre mélyül: képesek vagyunk kísérleti tanulmányok szinte hegynyi eredményt felhasználni, és diákokkal azonosítani az alapvető pszichológiai hajlamokat, amelyek gazdagítják az emberi viselkedés megértését, és hasznos szerepeket határoznak meg a jog számára, hogy ellensúlyozza ezeket a hajlamokat. A Nobel-díjas Daniel Kah-

¹⁷ Fred Rodell, Goodbye to Law Reviews, Va23. L. Rev. 38 (1936).

¹⁸ A Harvard Law School - mérete miatt - továbbra is a jogi tanárok legfőbb befutója, de a Yale Law School feljebb lép. A NYU Law-n, a Yale Law-n végzettek 1985-86-ban a tanári kar 7,4%-át, 2005-06-ban pedig 13%-át tették ki; a Harvard Law-n a Yale aránya ugyanebben az időszakban 8,5%-ról 16,3%-ra nőtt. Forrás: az AALS Directory of Law Teachers (AALS Directory of Law Teachers) összeállítása.

¹⁹ A NYU-n 1985-86-ban a jogi kar 9,3%-a rendelkezett doktori címmel, de 2005-06-ra a kar 19,5%-a szerzett doktori címet; a Harvardon kevésbé jelentős volt a növekedés, 12,7%-ról 15,1%-ra. Forrás: az AALS Directory of Law Teachers (AALS Directory of Law Teachers) összeállítása.

²⁰ Lásd általában William Twining, Karl Llewellyn and the Realist Movement (1973); Underhill Moore & Charles Callahan, Law and Learning Theory: A Study in Legal Control, 53 Yale L.J. 1 (1943).

neman és Amos Tversky bögrékkel ²¹kezdték, tesztelve, hogy a diákok mennyit lennének hajlandók fizetni azért, hogy megtartsák őket, vagy mit kapnának azért, hogy lemondjanak róluk - Szerény kezdetek egy nagyszerű analitikai kalandban. A szociológusokkal, irodalomelméleti szakemberekkel, sőt geológusokkal való bimbózó kapcsolataink hasonló ígereteket hordoznak a jogi tudományok jövője szempontjából.

ASSERTION-ISM

W kritizálják, hogy túlértékelik a jó történetet, hogy bizonyíték nélküli állításokat tesznek hitelt érdemlővé. Ez egyszerűen helytelen. A jó elmélet próbája az, hogy mennyire tudod megvédeni, mennyire élnék, frappáns, és eredeti a hozzájárulásod. A jó munka gyakran kínál meggyőző metaforát vagy hasonlatot. A tulajdonjogi elmélet például minőségileg új korszakba lépett a "közös javak tragédiájára", az "antiközösségekre" és az "antiközösségekre" összpontosító elméletével. ²² Ezek a szöfordulatai segítenek megváltoztatni a meglévő paradigmákat, olyan utakat nyitva meg a felismerések előtt, amelyeket a terület korábbi tudósai még csak el sem tudtak képzelni.

A legjobb embereink többet tesznek annál, mint hogy kidolgoznak egy érdekes metaforát; Ők egy olyan széleskörű álláspontot képviselnek, amely épp azért vált ki heves vitát, mert mentes az árnyalatoktól, ²³ a helyi tényektől. Owen Fiss például "a letelepedés ellen" van, ²³ Komolyan gondolja: Még szép, hogy komolyan. Ugy érti, hogy minden nyilvános tárgyalás nélkül egyezséget még akar tiltani? Talán. Ki tett többet azért, hogy komolyan vegyük az ADR-mozgalom költségeit közjogunk integritására és életképességére nézve?

²¹ Befolyásos esszékét gyűjtött össze Daniel Kahneman, és Amos Tversky szerkesztésében: *Choices, Values and Frames* (2000). Kahneman 2002-ben közgazdasági Nobel-díjat kapott. Az "endowment effect" eredményeinek érdekes empirikus nem-erővényszerítést lásd Charles R. Plott & Kathryn Zeiler, *The Willingness to Pay - Willingness to Accept Gap, the "Endowment Effect", Subject Misperceptions, and Experimental Procedures for Eliciting Valuations*, 95 *Amer. Econ. Rev.* 530 (2005. június).

²² Lásd általában Michael Heller, *Az antiközösségek tragédiája: Property in Transition from Marx to Markets*, 111 *Harv. L. Rev.* 601 (1998); Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science* (1243) 1968).

²³ Owen M. Fiss, *Against Settlement*, Yale 93 L.J. 1073 (1984).

Az elmélet védelmében

Richard Epstein vissza akarja hozni a "munkaügyi kapcsolatok közös jogát". Ugy érti, hogy vissza akarja hozni a munkaügyi végzéseket, a Sherman-törvény szerinti kárterjesztési perekét a fogyasztói bojkottok ellen, a békés sztrájkörseget betiltó rendeleteket? Még szép, hogy azt akarja. Vegyen részt a vitában, ha nem ért egyet. Az akkori dekan, Guido Calabresi egy "szokásjogot akart bevezetni a statútumok korában", ahol a bíróságok visszautasíthatnák a hatalvos jogi környezethez nem illeszkedőnek ítélt jogszabályokat. Komolyan gondolta? Még szép, hogy az volt. Lehet ezt úgy megvalósítani, hogy a bíróságok ne kapjanak túl nagy hatalmat a jogszabályok "felreértelmezésére"? Talán igen. Amit tennie kell, az az, hogy csatlakozik a kérdéshez, és felajánlja a saját versengő, remélhetőleg meggyőző, számla. Ne csak álljon a pálya szélén!

Túl a meggyőző metaforákon, túl az irodalomban való egyértelmű helytálláson, a narratíva technikája - a hangtalanok, a légyőzötték, az eltűntek történeteinek elbeszélése - meggyőző módot kínál a párbeszédre, az elméletre. Az emancipációt a rabszolgákról szóló elbeszélések hirdették, a rasszizmus folyamatos virulenciájának megítélését az afroamerikai kol- ligak vallomásai táplálták, a nemek közötti egyenlőség új vízióit pedig a küzdő hivatásos nők történeteiben azonosították, akik nem hagyták, hogy az üvegplafon korlátozza az álmaikat.

A narratíva eredendően transzgresszív. Nem replikálja a hierarchiát, hanem felforgatja azt. Ez az utca költészete, a kendőzetlenek kiáltása.

AFFINITÁS-CSOPORT-IZMUS

Itt nincs egyetlen, oszthatatlan proletariátus, hanem sok csoport keresi a hangját, remélve, hogy karaktere többet számít majd, mint a borszinük, az ország, ahonnan származnak, a nyelv, amelyen beszélnek egymással. Ha csak magunkért vagyunk, akkor miük vagyunk? Vannak, akik apolitikusan gyakorolják hivatásukat. A többiek nem hagyhatják figyelmen kívül az igazságosság iránti kielégítetlen igényt. Mi

²⁴ Richard A. Epstein, A munkaügyi kapcsolatok közös joga: A New Deal törvényhozás kritikája, 92 Yale L.J. 1357 (1983).

²⁵ Guido Calabresi, A Common Law for the Age of Statutes (1983).

a némák ügyének előmozdításán dolgozzanak. Elméletet szőünk, de elméletet egy jobb világ szolgálatában.

Catherine MacKinnontól és a néhai Andrea Dworkintól megtanultuk, hogy még a látszólag konszenzusos szexuális kapcsolatokban is rejlik jogsértés.²⁶ Kollegám, Derrick Bell emlékeztet bennünket a rabszolgaság tartos, szinte megváltoztathatatlan, mindig maró örökségére,²⁷ Kenji Yoshino leleplezi azokat a fájdalmas elfedési stratégiákat, amelyeket a társadalmilag marginalizáltak alkalmaznak, hogy megvédjék alapvető identitásukat a nem adekvát világtól,²⁸ Függetlenül attól, hogy ezek a megfigyelések rezonálnak-e a saját intuícióinkkal, vagy sem, a vizsgálat megnyitására szolgálnak.

Minden társadalmi csoport, minden etnikai kisebbség, minden vallási és vallástalan politikai mozgalom, minden hang a püsztában a maga módján kínálja fel az igazságot. Sokféle út vezet az igazsághoz, és mindegyik egy-egy szükséges perspektívát kínál. A mindenre kiterjedő, objektív igazsághoz való ragaszkodás, amelyhez minden egyen erőfeszítéssel, empáthikus megértéssel és a tényekre való gondos odafigyeléssel hozzáferhet, püszta szemfényvesztés. Az igazság alapvetően kontingens, egy társadalmi konstrukció, amely a tudomány és a társadalmi küzdelem révén újrafogalmazható, ha nem is megváltoztatható.²⁹

TÖREKVŐ VEZEKLÉS-IZMUS

F végül eljutunk a leghitványabb ellenvetéshez - a vádhoz, hogy csak a politika miatt vagyunk benne, meghozza egy tisztán szimbolikus jelentőségű politika miatt, amely megközelíti az ókoriak gyakorlatát.

Héberék, akik égőáldozatot mutattak be, hogy kiengeszteljék a vélt bűnöket.

²⁶ Lásd Catherine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989); Andrea Dworkin, *Intercourse* (1987).

²⁷ Lásd Derrick Bell, *Arcok a kút fenekén: A rasszizmus állandósága* (1992).

²⁸ Lásd Kenji Yoshino, *Covering: The Hidden Assault on Our Civil Rights* (2006); Erving Goffman, *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity* (1963) című könyvere építve.

²⁹ Vö. Daniél A. Farber & Suzanna Sherry, *Beyond All Reason: The Radical Assault on Truth in American Law* (1997).

Az elmélet védelmében

Kritikusaink politikai és ideológiai monizmusunkra mutatnak rá: kevés republikánus,³⁰ kevés támogatója van a megbízható olajellátást biztosító külföldi expedícióknak a sorainkban. Ragaszkodnak hozzá, hogy a kínzás, a tökélezés, a rasszizmus, a szexizmus és az uralom minden formája elleni megingathatatlan, változatlan ellenállásunk, a pozitív diszkrimináció, a reprodukciós döntésekben való választás, a vagyon újraelosztása, a nyilvános obszcenitás és a közszolgálati ráfizetés iránti kitartó támogatásunk arulkodik az arnyafatok hiányáról, az előre kialakított meggyőződések iránti merev elkötelezettségről.

Természetesen vannak törekvéseink. Egy jobb világot remélünk, amely mentes a szegénységtől, a gyarmatosítástól és a kizsákmányolás minden formájától. A jog alakítja a normáinkat: azt, hogy a társadalom mit tart normatívnak, és azt, hogy mi az, amit mi a normán kivülnek tekintünk. Nem fogadjuk el a status quo-t. Nem azért írunk, hogy rögzítsük, amit a bíróságok már megtettek, hanem hogy kiterjesszük az igazságszolgáltatás hatókörét. A jog nem maga a cél, hanem egy eszköz, amelyet az igazságosság, tökéletesítése érdekében alkalmazunk, míg mások csak a gazdagság megszerzése érdekében gyakorolják a jogot.

Vetkeztünk? Vetkeztünk, mert olyan társadalomban élünk, amely továbbra sem vesz tudomást a nélkülözés és a tudatlanság arcairól. Engesztelést keresünk? Nem abban az értelemben, hogy áldozatokat hozunk a templomnak, hanem azért, hogy bevaltsák ígeretünket, hogy a nemzet lelkenek megváltásán munkálkodjunk. A személyes politikai, a politikai személyes.³¹ Arra törekszünk, hogy az idealizmust a gyakorlatba integráljuk - hogy a cselekvő eszmék új gyakorlatat alakítsuk ki. Küldetésünk, hogy hazahozzuk a küzdelmet, hogy szélesítsük az emberiség törekvéseit azzal, amit teszünk - a jogi tudományok előállításával.



³⁰ Lásd általában John O. McGinnis, Matthew A. Schwartz & Benjamin Tisdell, *The Patterns and Implications of Political Contributions by Elite Law School Faculty*, *Geo93*. L.J. 1187 (2005).

³¹ Carl Schmitt, *Politikai teológia: Négy fejezet a szuverenitás fogalmáról* (1922; Geo. Schwab szerk.): "A politikai a totális, és ebből következően, tudjuk, hogy minden döntés arról, hogy valami *politikamentes-e*, mindig politikai kérdés".