



iCourts

iCourts Working Paper Series, 215. szám, 2020

Európai új jogi realizmus: A jog alaptudománya felé

Jakob v. H. Holtermann és Mikael Rask Madsen

Megjelenik a Research Handbook on Modern Legal Realism című kötetben, szerkesztette
Shauhin Talesh, Heinz Klug és Elizabeth Mertz. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

iCourts - A Dán Nemzeti Kutatási Alapítvány
Nemzetközi Bíróságok Kiválósági Központja

Szeptember 2020

Összefoglaló: Ez a fejezet felvázolja az európai új jogi realizmus (ENLR) álláspontját, és összehasonlítja azt az amerikai jogi realizmus (ALR) új és régi változataival. Amellett érvelünk, hogy az ENLR és az ALR közötti alapvető különbség az episztemológiához való fordulás - vagy visszatérés -. Az európai jogi realizmus nagyrészt azzal foglalkozott - és véleményünk szerint foglalkozik is -, hogy kidolgozza a jog tudományos tanulmányozásának alapjait, amely a jogot tudományos alapon teszi érthetővé. A jognak mint alaptudománynak - és a tudományos törekvések minden más formájával, így a természettudományokkal is egyenrangú tudománynak - a premisszáit keresi. Ennek az érvelésnek az alátámasztásához először felvázoljuk álláspontunk intellektuális úttervét, mielőtt rátérnénk a jogtudomány episztemológiai kérdéseire. A weberi értelmező jogszociológia és az Alf Ross által megfogalmazott skandináv realizmus kombinációja által kínált egyedülálló meglátásokra támaszkodunk. Kiemeljük a jogi érvényességről mint valóban empirikus vizsgálati tárgyról alkotott, feltűnően egyező elképzeléseiket, és azt, hogy ez miben különbözik az amerikai jogi realizmustól és annak a pragmatizmusra való támaszkodásától. Ennek fényében a IV. részben az európai jogi realizmus ezen előfutárait összekötjük a Pierre Bourdieu által a jog tanulmányozásának sajátos kihívásaira tekintettel felvázolt, a jog szigorú tudományának programjával. Amellett érvelünk, hogy ahhoz, hogy a jog a jogi realista kutatás tárgyaként érthetővé váljon, olyan megközelítést kell kidolgozni, amely egyszerre veszi komolyan a jog termelését és azokat a pontos - de változó - társadalmi feltételeket, amelyek ezt a termelést lehetővé teszik.

KULCSSZÓSZÓK: európai új jogi realizmus, amerikai új jogi realizmus, Max Weber, Alf Ross, Pierre Bourdieu

Jakob v. H. Holtermann, jogfilozófiai docens, iCourts - A Dán Nemzeti Kutatási Alapítvány Nemzetközi Bíróságok Kiválósági Központja a Koppenhágai Egyetem Jogi Karán.

E-mail: jvhh@jur.ku.dk

Mikael Rask Madsen a Koppenhágai Egyetem jogi karának jogi és európai integrációs professzora, valamint a Dán Nemzeti Kutatási Alapítvány nemzetközi bíróságokkal foglalkozó kiválósági központjának, az iCourtstnak az igazgatója.

E-mail: mikael.madsen@jur.ku.dk

Ezt a kutatást a Dán Nemzeti Kutatási Alapítvány támogatta. DNRFF105.

Az iCourts - Centre of Excellence for International Courts - a nemzetközi bíróságok egyre növekvő szerepével, a globalizálódó jogrendben elfoglalt helyükkel, valamint a politikára és a társadalomra gyakorolt hatásukkal foglalkozik. A jog, a politika és a társadalom e kulcsfontosságú és kortárs kölcsönhatásainak megértése érdekében az iCourts egy sor mélyen integrált interdiszciplináris kutatási projektnek ad otthont, amelyek a nemzetközi bíróságok elterjedésének okait és következményeit vizsgálják.

Az iCourt 2012 márciusában nyílt meg. A központot a Dán Nemzeti Kutatási Alapítvány (2012-18 közötti időszakra) nyújtott nagy összegű támogatásból finanszírozzák.

I. Európai és amerikai új jogi realizmus: Réalrealizmus: különbségek és konvergenciák

A jog empirikus vizsgálatának gondolata aligha új a jogtudományban. Több mint egy évszázada az amerikai jogi realizmus (ALR), majd később a jog és társadalom és a kritikai jogi tanulmányok a jog és a bírászkodás kontextuálisabb értelmezésének bevezetésével igyekeztek megkérdőjelezni a jogi formalizmust és annak változatait. Európában a jogi formalizmus hasonló fejlődésével és kritikájával még régebbre nyúlik vissza. A jog empirikus megközelítésének egyik korai képviselője Eugen Ehrlich volt. Hermann Kantorowicz és a *szabad jogtudomány (freie Rechtswissenschaft)* programját követve Ehrlich kimutatta, hogy a formális jogi normák a gyakorlatban nem úgy működnek, ahogyan azt a könyvek előírják. Példája szülővárosa, Czernowitz, Bukovina tartomány fővárosa volt az Osztrák-Magyar Monarchia peremén. Ott, a birodalom előőrsén a Bécsben hozott formális birodalmi törvények egyszerűen nem úgy irányították az emberi viselkedést, ahogyan azt a fővárosban feltételezték. Ehrlich szimpatizált ugyan a szabad jogtudomány programjával, amely az akkoriban uralkodó fogalmi jogtudomány (*Begriffsjurisprudenz*) ellenében alakult ki azzal a céllal, hogy bemutassa, hogy a jogon kívüli tényezők hogyan alakítják a jogi döntéseket, de Ehrlich egy lépéssel tovább ment. Azt állította, hogy Bukovinában létezett egy helyi élő jog (*lebendes Recht*) - egy olyan társadalmi tény, amelyet csak az akkoriban új szociológia módszereivel lehetett megfigyelni. Ezzel bevezette a cselekvő jog és a könyvekben szereplő jog közötti praktikus különbséget. Ezen túlmenően, az európai kontextusban később jogszociológiának, illetve később szociáljogi tanulmányoknak nevezett tudományok kialakulása is ténylegesen megtörtént. Az európai jogi realizmus szintén ezekből az újításokból következett, de inkább jogfilozófiai irányultságú volt. Ehrlichet azért érdemes kiemelni, mert ő volt a jog kontextuális és szociológiai felfogásának korai képviselője, amely mind Európában, mind az Egyesült Államokban hatással volt a realistákra. Az Egyesült Államokban ma már talán kissé elfelejtették, de olyan korai realistákra volt hatással, mint Roscoe Pound és az ő szociológiai jogtudományuk. Európában az Ehrlich által támogatott gondolatok egy része szintén hatással volt a korai jogi realistákra. Például az Axel Hägerström által vezetett svéd Uppsala-iskola, amelynek tagja volt a száműzött dán Alf Ross is, hasonló impulzusokra épített tudományos programjában, amelyet végül skandináv realizmus néven ismertek. Az európai és az amerikai realizmusnak vannak más közös gyökerei is, de ami e könyv szempontjából talán még érdekesebb, azok a különbségek. Néhány kulcsfontosságú különbség, amellyel fogunk érvelni, intézményi és ismeretelméleti. Azzal, hogy Európában a jogi *karokon* a jogot tanítják.

– és nem a jogi gyakorlatra orientált jogi *egyetemek*, mint az Egyesült Államokban - az európai jogtudomány mindig is nagyobb hangsúlyt fektetett a tudományos indoklásra és megismerésre - és a jogi tudás tudományos előfeltételeire -, mint amerikai társaik. Ezért az európai jogi realizmus volt -

és,

véleményünk *szerint* - nagyrészt a jog tudományos tanulmányozásának alapjainak kidolgozásával foglalkozik, amely a jogot tudományos alapon teszi érthetővé. A jognak mint alaptudománynak az előfeltételeit keresi.

– és a tudományos törekvések minden más formájával egyenrangú tudomány, beleértve a természettudományokat is.¹ Ez az episztemológiai és alapvető tudományos érdeklődés különbözteti meg az európai jogi realizmust az amerikai - új és régi - jogi realizmustól, ahol pragmatikusabb, olykor instrumentálisabb hangsúly érvényesült. A filozófiai pragmatizmus az eredeti amerikai jogi realizmusnak olyan impulzust adott, amely célorientálttá és az alkalmazhatóság iránt érdeklődővé tette.² A pragmatizmus, amely az Egyesült Államokban különösen sikeres filozófiai hagyomány, és amelyet nagyrészt amerikai gondolkodók irányítottak, a jogi kutatásnak a közszereplésbe való viszonylag sikeres átültetését is lehetővé tette - leginkább az amerikai New Deal keretében.³ Az eredeti amerikai jogi realizmus sikere a jogi tudományokban is megmutatkozott. Kétségtelen, hogy az amerikai jogi realizmus viszonylag nagyobb hatást gyakorolt az amerikai jogi karokon, mint európai megfelelője az európai jogi karokon. Európában, függetlenül az európai realizmus által nyújtott ismeretelméleti kifinomultságtól, sokkal nehezebb dolga volt a jogi formalizmus és a pozitívizmus kihívásával, mind a kelsen, mind a hartianus változatban, amelyeket a doktrinális jogi elemzést, a jogi kutatás domináns paradigmáját közel egy évszázadon keresztül Európában támogatóknak tekintettek.

Bár az amerikai jogi realizmus történelmileg jelentős teret hódított az amerikai jogi egyetemeken, az Egyesült Államokban az elmúlt két évtizedben kialakult megújult jogi realizmus mindazonáltal az intézményi ambícióit is előrevetíti, különösen az amerikai jogi egyetemek tekintetében. Mark C. Suchman és Elizabeth Mertz, mindketten az új jogi realizmus vezető hangjai, nyomon követik a jogról szóló új empirikus tanulmányok egy olyan testületének kialakulását, amelynek gyökerei mind az amerikai jogi realizmusban, mind a későbbi Law and

¹ Az angolban a "science" kifejezés elsősorban a természettudományokat és néha a társadalomtudományok kvantitatív tudományágait is jelöli. Itt és a továbbiakban azonban a "science" szót tágabban használjuk, a német "Wissenschaft" szónak megfelelően, így potenciálisan minden tudományos tudományágot, beleértve a humán tudományokat is. A német kifejezés előnye, hogy jobban körülhatárolja azt a fajta szisztematikus és kritikus tudáskeresést, amely általában akadémiai környezetben zajlik. Továbbá azért hangsúlyozzuk az alaptudományt, hogy megkülönböztessük az európai jogi realizmus célját mint olyan törekvést, amely a gyakorlati alkalmazhatóság kérdéseit zárójelbe teszi, és a tudást önmagáért keresi. Ez ellentétben áll az amerikai jogi realizmus *alkalmazott* tudományos megközelítésével, amely a pragmatizmus alapelveivel összhangban hajlamos a tudományos jogi ismereteket a jogi gyakorlat és az intézményi reformok szempontjából való instrumentális értékükkel arányosan alárendelni és értékelni.

² Lásd a (Nourse and Shaffer 2009, 65).

³ Lásd például Shamir 1995.

Society mozgalom (Suchman és Mertz 2010). Úgy érvelnek, hogy a két legújabb mozgalom, amelyeket Empirical Legal Studies (ELS) néven népszerűsítenek, és amelyek hajlamosak az empirikus és a kvantitatív tanulmányokat egyenlővé tenni, és a módszertant az elmélettel⁴ szemben hangsúlyozzák, valamint a New Legal Realism (új jogi realizmus), amely egy szélesebb egyház, amely a jog új empirikus tanulmányait egyesíti, és mind minőségi, mind kvantitatív megközelítéseket használ, de hű marad a Law and Society elméleti elkötelezettségéhez, mindkettő intézményes célokat tűzött ki maga elé. Azt írják: "Az új jogi empirizmus újdonsága tehát kevésbé módszerében és tárgyában, mint inkább intézményi helyében és intellektuális programjában rejlik: Az ELS-t és az NLR-t - érvelésünk szerint - leginkább úgy lehet értelmezni, mint az empirikus kutatás legitimálására irányuló erőfeszítéseket magán a jogi akadémián belül."⁵ Mindkét mozgalom nagyjából a pragmatizmusra támaszkodik igazolásként, de két viszonylag eltérő megközelítést kínálnak: Az ELS alapvetően empirista, míg az NLR inkább klasszikusan társadalomtudományos, a Jog és Társadalom interpretivista hagyományában. Ez utóbbi ráadásul azzal különbözteti meg magát az eredeti ALR-től, hogy a vizsgálat tárgyát a bírák és bírósági döntések fétisének túlra terjeszti, ami szintén a Jog és Társadalom kutatás évtizedes öröksége.

Első pillantásra ez a *Streit der Fakultäten*, Kantot idézve, nagyon amerikai szemléletűvé teszi az NLR törekvéseit, és ezért a nem amerikai tudósok számára csak korlátozottan érdekes. Amint azonban máshol már feltártuk, az európai új jogi realizmus kialakulása részben intézményi eredetű is, és kétségtelenül a nagyszabású empirikus jogi kutatások relatív fellendülése táplálta számos európai jogi karon.⁶ Amiben azonban egyértelműen különbözik, az az episztemológia felé való fordulás - vagy visszatérés -. Ennek az érvelésnek a tisztázása érdekében a fejezet a következőképpen halad. A II. rész először felvázolja álláspontunk intellektuális útitervét. A III. rész az európai jogi realizmusnak mint a jogtudomány életképes megközelítésének alapkérdésével foglalkozik. A weberi értelmező jogszociológia és az Alf Ross által meghirdetett skandináv realizmus kombinációja által kínált egyedülálló meglátásokra támaszkodunk. Kiemeljük a jogi érvényességről mint valóban empirikus vizsgálati tárgyról alkotott, feltűnően egyező elképzeléseiket, és azt, hogy miben különbözik ez az amerikai jogi realizmustól és annak a pragmatizmusra való támaszkodásától. Ennek fényében a IV. részben az európai jogi realizmus ezen előfutárait összekötjük a Pierre Bourdieu által a jog tanulmányozásának sajátos kihívásaira tekintettel felvázolt szigorú jogtudomány programjával. Azzal érvelünk, hogy ahhoz, hogy a jog mint a jogi realista vizsgálat tárgya érthetővé váljon, ki kell dolgozni a következőket

⁴ Az ELS ezen aspektusának megvitatásához lásd még (Holtermann és Madsen 2016b, 9-10).

⁵ Ibid, p. 556.

⁶ Lásd például (Holtermann, Christensen és Madsen 2013; Christensen, Holtermann és Madsen 2013;

Holtermann és Madsen 2015b, 2016a és 2016b).

egy olyan megközelítés, amely egyszerre veszi komolyan a jog előállítását és azokat a pontos - de változó - társadalmi feltételeket, amelyek ezt az előállítását lehetővé teszik. Az V. részben azt a kérdést vizsgáljuk, hogy kik a releváns szereplők az érvényes jog létrehozásának megértése szempontjából, nevezetesen a bourdieu-i mező fogalmának és annak a jog realista tanulmányozására való alkalmazásának megvitatásával. A VI. rész összefoglalja érvelésünket.

II. Európai új jogi realizmus négy lépésben

A megújult európai jogi realizmus programja, amelyet ebben a fejezetben bemutatunk, a formalizmus kritikájának köszönheti a korai tudósok, például Ehrlich által felajánlott kritikát, de ami fontos, hogy egy másfajta intellektuális pályán artikulálódik, amely a jog kontextuális és társadalmi megértését az episztemológiára és az alaptudományokra való hangsúlyosabb összpontosítással ötvözi. Ebben a konjunktúrában különösen *Max* Weber jogszociológiája emelkedik ki, mint a jog társadalomban - és a társadalom a jogban - való megértéséhez való jelentős hozzájárulás. A formális jogi racionalitásról, valamint a jog és az állam tekintélyének a társadalmon keresztül történő felépítéséről szóló tanulmányai, például a vélt legitimitás (*Legitimitätsglaube*) és az uralom (*Herrschaft*) fogalmain keresztül, alapvető fontosságúak a kortárs társadalomtudomány és jog számára. Weber e fogalmak segítségével mutatja be, hogy a jelentés és a társadalmi intézmények az egyéni és kollektív cselekvés eredménye. Ehrlichhez hasonlóan Weber is a jog cselekvés közbeni elemzését és empirikus megközelítések alkalmazását javasolja. De Weber mély elkötelezettsége a tudomány - a társadalomtudomány és a jogtudomány - iránt megkülönbözteti őt Ehrlich-től. A joggal összefüggésben a tudományos objektivitásra tett kísérlete, például azáltal, hogy értékviszonyokat tanulmányoz - ahelyett, hogy értékítéleteket hozna -, alapvető fontosságú ahhoz, hogy a jog valódi empirikus vizsgálati tárgy legyen. Az új európai jogi realizmus kialakításának kiindulópontja a weberi jogfelfogás. Ezt azonban kiterjesztjük a 21. századra és a 21. századra is, azonosítva egy sor olyan gondolkodót, akik továbbfejlesztették Weber munkásságának központi tanait, nevezetesen a cselekvéelméletet és a tudomány episztemológiájának középpontba állítását^{20th.st}

Alf Ross dán jogi realista 20th. század közepén megjelent munkája az első lépést jelenti. Az érvényes jog leíró empirikus szempontú értékelésének eszközeinek kidolgozására összpontosítva Ross egyrészt Hans Kelsen, másrészt a természetjogi elméletek kritikájával a jogtudomány episztemológiailag megalapozott alapjait alakítja ki. Ross mindkét esetben kritikusan viszonyul az értékítéletek és általánosabban a normativitás jogtudományba való beépítéséhez. Vizsgálatának fő tárgya a joggyakorlatok alakítói - a bírák -. Ross ezáltal az alapvető weberi meglátásokhoz egy világosabb

a jogtudományra önmagában való összpontosítás - és az igazságszolgáltatási gyakorlatok iránti kifejezett érdeklődés, amelyet valószínűleg az ALR-től kölcsönöz. Bár egészen más kiindulópontból indult, *Pierre Bourdieu* francia posztstrukturalista szociológus a jogszociológia - pontosabban a jogterület - vázlatában ugyanazokat az alap gondolatokat vette észre. Bourdieu társadalomtudományos programot dolgozott ki a jog tanulmányozására, a jog területén zajló társadalmi cselekvés leírására a *gyakorlatokról* alkotott fogalmait, az ilyen tanulmányok episztemológiai megalapozására pedig a *reflexivitást* használta.⁷ A bevett szociológiai gyakorlatra támaszkodva Bourdieu ezenfelül eszközöket biztosít egy új jogi realizmus operacionalizálásához.

Az Európai Új Jogi Realizmus (ENLR) címszó alatt a jog kontextuális és empirikus tudományának új programját javasoljuk, Weber, Ross és Bourdieu segítségével, hogy a jog mint társadalmi és empirikus jelenség megértéséhez egy különálló intellektuális álláspontot alakítsunk ki, de döntően anélkül, hogy figyelmen kívül hagynánk vagy megghiúsítsanánk a jog normatív jellegét. Ez az intellektuális pálya, ami fontos, eltér az amerikai realizmus genealógiájától, ahogyan azt általában bemutatják. Az egyik legfontosabb különbség a fő inspirációink episztemológiai fókusz. Webertől Rosson át Bourdieu-ig és a mi ENLR-ünkig a hangsúly a jog szigorú tudományának kifejlesztésén van. Míg az új és régi amerikai jogi realizmussal osztozunk az alapvető empirikus kutatási érdeklődésben, álláspontunkat általában másként fogalmazzuk meg a jogtudomány lehetőségének alapvető ismeretelméleti kérdését illetően.

. Sőt, mint a következőkben bemutatjuk, megközelítésünk - ENLR - nem egyszerűen a jog megismerésének lehetőségeiről szóló exegézis, amely a modern társadalom- és jogtudományok kulcsfiguráira támaszkodik. Mi ehelyett a jog olyan alaptudományát keressük, amely képes és működőképes a jog, a jogi intézmények és a jogi gyakorlatok érthetővé tételére.

III. Jogi neorealizmus: Az episztemológia komolyan vétele

A jogi realizmus más fajtáihoz hasonlóan az ENLR is a jog empirikus megközelítésére törekszik, de két jellemzője miatt kiemelkedik a többi közül: egyrészt az episztemológiára való összpontosítás, másrészt a jog hagyományos doktrinális megközelítéseivel szembeni kritikus hozzáállás. Ami az első kérdést illeti, már az ENLR-nek nevezett tudomány legkorábbi képviselői is abban különböznek korai amerikai társaiktól, hogy komolyabban vesznek egy sor olyan filozófiai kérdést, amelyek legalább Descartes és Kant óta az európai gondolkodás középpontjában állnak. Ezek a kérdések alapvetően ismeretelméleti jellegűek, és a következő kérdésekkel kapcsolatosak

⁷ A reflexivitásról lásd Madsen 2011a.

a tudás lehetőségével - vagy esetünkben *a (jogi) tudomány lehetőségével*. Ennek megfelelően a mi programunk - ENLR - a következő kérdésre próbál választ adni: hogyan lehetséges *a jogtudomány*? És ennek fényében hogyan lehet a jogot tudományos szempontból *érthetővé* tenni?⁸

Ez az alapvető ismeretelméleti kérdés részben a hagyományos jogi doktrinális tudományosság ellen irányul. Álláspontunk Weberrel, Ross-szal és Bourdieu-vel osztozik abban a kifejezett szkepticizmusban, amely a jogdogmatikai tudomány tiszteletreméltó filozófiai indoklását illeti, amely utóbbi olyan tudományos diszciplína, amely valamiféle tudományos tekintéllyel kívánja megállapítani, hogy mely szabályok és kötelezettségek képezik az objektíven érvényes jog részét.⁹ Ehelyett Bourdieu-t követjük, amikor amellelt érvelünk, hogy egy valódi jogtudomány nem korlátozhatja magát sem a jog és a jogi normák formalista, sem a tisztán instrumentális szemléletére. Bourdieu írja: "A jog szigorú tudománya abban különbözik attól, amit általában jogtudománynak¹⁰ neveznek, hogy az előbbi az utóbbit tekinti tanulmányozásának tárgyának". (Bourdieu 1987, 814). Ezáltal az ENLR különbözik a hagyományos jogi pozitívizmustól is, mint a jogtudomány alapjául szolgáló főáramú állásponttól. Bár Kelsen talán kacérkodott a jog valódi tudományának gondolatával, úgy tűnik, neki és más jogpozitivistáknak soha nem voltak komoly ismeretelméleti kétségeik a jogtudományt illetően, amíg a tudományág nem feledkezett meg arról, hogy tartózkodjon a jog és az erkölcs közötti fogalmi kötődésektől, és ehelyett a joggal kapcsolatos minden állítást kizárólag a történelmi társadalmi tényekre alapozza.¹¹

Ebben az összefüggésben azonban különösen fontos, hogy az ENLR különbözik az ALR-től is, legalábbis abban az értelemben, ahogyan ezt az álláspontot a 20th. század első felében a legtöbb támogatója megfogalmazta. Bár gyakran állítják be őket megrögzött szabályszeptikusoknak, az ALR episztemológiai aggodalmai, úgy tűnik, soha sem

⁸ Ebben az összefüggésben érdemes megjegyezni, hogy az ENLR korai támogatói olyan komolyan veszik a jogtudomány lehetőségére vonatkozó kérdést, és olyan magas ismeretelméleti mércét feltételeznek, hogy azt valóban nyitott kérdésnek tekintik. Különösen azt nem tekintik magától értetődőnek, hogy erre a kérdésre egyenesen pozitív választ lehet adni. Ez abból is látszik, hogy közvetlen következtetésük teljesen szkeptikus.

⁹ Weber határozottan elutasítja azt az elképzelést, hogy a jog hagyományos doktrinális tanulmányozása tudományként lehetséges lenne: "Nyilvánvaló, hogy aki arra vállalkozik, hogy a "társadalmi élet" empirikus létezéséről tárgyaljon, az nem alapozhatja vitáját jogosan axiológiai dogmatika alapjaira". (Weber 1977, 68). Lásd még (Ross 4-52019.)

¹⁰ Az eredeti szövegben Bourdieu idézőjelben "science juridique"-re hivatkozik (1986, 3).

¹¹ A jogi pozitívizmus nem abban az értelemben *pozitivist*, hogy kizárólag empirikus tényeken alapul, hanem abban az értelemben, hogy minden jog *pozitivitást* igényel, vagyis hogy érvényes jog csak azzal a feltétellel létezik, hogy bizonyos történelmi események megtörténtek, és azzal a további feltétellel, hogy ezek a történelmi események egy alapvető kritérium - egy *Grundnorm* (Kelsen) vagy egy *elismerési szabály* (Hart) - alapján jogteremtő eseményként vannak meghatározva, amely maga is egy összetett történelmi tényről függ.

hogy olyan mélyre hatoltak, mint az ENLR és elődei. Úgy tűnik, hogy az ALR számos klasszikus támogatója *de facto* ugyanazt a tudásanyagot és következésképpen jogi doktrínát fogadja el, amelyet a jogi pozitivisták feltételeznek. A fő különbségük az, hogy megkérdőjelezzik e doktrína ok-okozati befolyását a bírói gyakorlatra, és különösen a nehéz ügyekben.¹² Ily módon az ALR csak a gyakorlati hasznosságot és a teljesség fogalmát vitatja, amelyet sok jogpozitivista a jogi doktrínának tulajdonít, nem feltétlenül magát a doktrínát mint vizsgálati módszert.¹³ Az ANLR egyes részei ebben a tekintetben nem különböznek markánsan a klasszikus ALR-től.¹⁴ Mivel azonban az ANLR széles egyház, eltéréseket találunk, és nevezetesen az ANLR megrögzöttebb szociológiai hívei kritikusabb álláspontot képviselnek a doktrinális jogi kutatás hasznosságát illetően.¹⁵

Ez a különbség a jogi doktrínával kapcsolatos episztemológiai aggodalmak mélységét illetően hatással van az ENLR által felvázolt pozitív kutatási program jellegére. Mind Max Weber, mind Alf Ross deklarált episztemológiai kiindulópontja a társadalmi-jogi empirikus szemlélet iránti kategorikus elkötelezettség.¹⁶ Ez az elsődleges oka annak, hogy elutasítják a hagyományos doktrinális megközelítéseket. Ez a szemlélet azonban olyan szemléletmód, amely a doktrinális tudósok részéről erős ellenvetésekre ad okot az ellenkező irányban. Ezek a kritikusok, köztük Hans Kelsen és H. L. A. Hart a legismertebbek, azt állítják, hogy egy valóban empirikus jogtudomány lehetetlen. Az aggodalom az, hogy a következetesen empirikus megközelítés figyelmen kívül hagyja azt a tulajdonságot, amely a jogot *joggá* teszi. Ennek az állításnak az alapja a *Sein* és *Sollen*, a tények és a normák, a leíró és a normatív, illetve a jogi szabályok külső és belső aspektusa közötti kategorikus különbségtétel feltételezése. Megfigyelve, hogy a jog

¹² Lásd például (Leiter 2007), (Schauer 2009) és (Green 2011).

¹³ Korábbi munkáinkban ezt az ENLR és ALR közötti különbséget a visszafelé tekintő, illetve az előre tekintő szabályszepticismus közötti különbségként jellemeztük (a teljes érvelést lásd Holtermann és Madsen (2015a, 214-215, valamint Holtermann 2016). Ez az episztemológiai különbség részben az egyes mozgalmak sajátos történelmi-intézményi kontextusából adódhat. Lásd az e fejezet bevezetőjében a jogi *karok* és jogi *iskolák* közötti különbségről szóló vitát.

¹⁴ Például (Nourse és Shaffer 2009): Nourse és Shaffer, "Varieties of Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?"

¹⁵ Egy példa erre Bryant Garth. Lásd például (Dezalay és Garth 1996).

¹⁶ Vö. pl. (Weber és 1977,68, (Ross 812019,).

a jogi szabályok, amelyek normatív jelenségek, a doktrinális kutatók arra következtetnek, hogy a jog mint olyan szükségszerűen kategorikusan áthatolhatatlan marad az empirikus vizsgálatok számára.¹⁷

A jogról szóló, valóban empirikus tudomány bármely képviselője számára a fő kihívás ezért inkább az, hogy megmutassa, hogy i) egy következetesen empirikus perspektívát lehet elfogadni, amely ii) nem hagyja figyelmen kívül vagy nem csökkenti a jog normatív jellegét, de iii) mégsem esik vissza a hagyományos doktrinális jogtudományba. Állításunk szerint az ENLR éppen itt bizonyul különösen találékonyak és fogalmilag erősnek.

Az ENLR álláspontjának egyik fő erőssége a *jogi érvényességgel* kapcsolatos megközelítésében rejlik, amely középső pozíciót foglal el egyrészt a természetjog¹⁸ és a jogi pozitivizmus¹⁹ klasszikus doktrinális megközelítései, másrészt a jogszociológia²⁰, illetve a politikatudomány és a szociológia redukcionista empirikus megközelítései között.²¹ Érdekes módon Max Weber mint a mozgalom egyik elméleti előfutára és Alf Ross mint a skandináv realizmus egyik legismertebb képviselője, látszólag egymástól függetlenül, lényegében ugyanazt a jogi érvényességi koncepciót dolgozták ki. Ez a felfogás nemcsak teljes mértékben lehetővé teszi, hogy a jogi érvényességet az empirikus vizsgálat valódi tárgyaként tartsuk fenn, hanem azt is lehetővé teszi, hogy a jogtudós sokkal alaposabban vizsgálódjon, és sokkal döntőbb szerepet tulajdonítson a jogi gondolkodás e sajátos vonásának az empirikus elemzésben.²² Pontosabban, mind Ross, mind Weber hangsúlyozza, hogy az empirikus jogtudománynak élesen meg kell különböztetnie a (jogi) érvényesség két fajtáját: az *axiológiai* és az *empirikus* érvényességet.²³ Ez a megkülönböztetés tökéletesen lehetővé teszi, hogy teljes mértékben igazságot tegyen a

¹⁷ Ez a gondolat tükröződik Kelsen azon gondolatában, hogy az empirikus tudomány csak a *Sein-t*, de soha nem a *Sollen-t* vizsgálhatja a jogban. Ugyancsak visszatér Hart ugyancsak jól ismert megkülönböztetésében a jogi szabályok belső és külső aspektusai között.

¹⁸ Vö. pl. paradigmátikus természetjogászok, mint (Radbruch 2006), és (Finnis 2011), de tágabb értelemben jogelméleti szakemberek is, akik fenntartják a jogi és erkölcsi érvényesség közötti tartalmi kapcsolatot, mint pl. (Dworkin 1977) és (Habermas 1992).

¹⁹ Vö. nevezetesen (Kelsen 1967), (Hart 2012) és (Raz 146-1621979),..

²⁰ Vö. pl. (Geiger 1987).

²¹ A jognak a politikára (politikatudomány) vagy a társadalomra (szociológia) gyakorolt hatásai iránt elsősorban érdeklődő tudományágak számos jogi tanulmányában egyáltalán nem foglalkoznak a jogi érvényesség problémájával. A tudományos érdeklődés kizárólag a jog cselekvése iránt irányul.

²² Ross legkimunkáltabb és legkövetkezetesebb elemzését a jogi érvényességről fő művében találjuk (Ross 2019). Weber leghálásabb elemzése a jogi érvényességről kevésbé ismert művében, a *Stammler kritikájában* (1977) található.

²³ Itt Weber terminológiáját alkalmazzuk, ahogyan az Guy Oakes 1977-es fordításában olvasható. *Az On Law and*

Justice 2019-es második kiadásában és teljes fordításában (Ross 2019) a vonatkozó megkülönböztetést úgy fordítjuk, mint a következők közötti megkülönböztetést

a tények összetettségét *anélkül, hogy* ezzel egyidejűleg veszélyeztetné az empirikus tudomány ismeretelméleti eszményeit.

Weber kezdetben a következőképpen magyarázza az axiológiai érvényességet:

"[C]onsider a jogi maximák "érvényességét" [...] az "ideális" értelemben. A 'jogi igazságot' megállapítani kívánó személy tudós lelkiismerete szempontjából a fogalmak közötti szigorú logikai kapcsolat alkotja. Más szavakkal, azt az 'axiológiai érvényesség' alkotja, amellyel egy bizonyos logika rendelkezik a jogi elme számára". (Weber 1977, 128)

Az axiológiai érvényesség, más szóval, az a fajta érvényesség, amely a doktrinerek (akár jogpozitivisták, akár természetjogászok) elemzését irányítja. Az axiológiai érvényesség szempontjából azok a kulcskérdések, amelyek "a polgári jogi kódex egy adott "paragrafusával" kapcsolatban felvethetők" (op. cit. 126), azok, amelyek a hagyományos jogi módszerrel megválaszolhatók, azaz a pedigrével kapcsolatos kérdések (a belső normatív érvelésnek az alapokhoz - akár (tisztán) történeti, akár (részben) morális - visszavezető láncai) és a fogalmi kiterjesztéssel kapcsolatos kérdések (a jogértelmezés adott kánonjainak alkalmazásával). Az így axiológiai érvényességként felfogott jogi igazság megállapítására irányuló törekvés tényleges, széles körű társadalmi létezése azonban *együttal* valóban empirikus kutatási tárgyként is érvényesül:

"Másképp vegyük figyelembe a következő *tényt*. Általában a tényleges személyek, akik "jogi igazságot" *akarnak* megállapítani, *hajlamosak* bizonyos "jogi maximák" "axiológiai érvényességére" következtetni bizonyos szóbeli összefüggésekből. Ez a tény nyilvánvalóan nem marad empirikus következmények nélkül. Ellenkezőleg, az elképzelhető legnagyobb empirikus-történelmi jelentőséggel bír. Gondoljunk csak arra a tényre, hogy létezik "jogtudomány". És gondoljunk azokra a "szellemi szokásokra", amelyeket ez a "jogtudomány" ténylegesen szabályoz, szokásokra, amelyek empirikus-történelmi módon alakulnak ki. Ennek a ténynek óriási gyakorlati-empirikus jelentősége van az emberi ügyek tényleges megszervezése szempontjából. [...] Az empirikus valóságon belül vannak "bírák" és más "hivatalnokok", akik bizonyos fizikai és pszichológiai kényszerítő eszközök alkalmazásával képesek befolyásolni az emberi viselkedést. Úgy nevelték őket, hogy a "jogi igazságot" *akarják* megállapítani. És - valójában nagyon különböző következetességgel - megfelelnek ezeknek a "maximáknak". [...] Ha azt mondjuk, hogy egy "jogrend

a jogi szabályok *érvényessége* és a jogi szabályok *tudományos érvényessége*. Weber terminológiájának angol fordításának tárgyalását lásd (Holtermann és Madsen 2015a, 216-7).

valójában létezik, az azt jelenti, hogy "maximaként", valami *kötelező* eszmeként létezik. Ez a 'maxima' az emberi magatartás kauzális meghatározója." (op. cit. 128-129)

Webernek és Rosznak megfelelően, megfigyelve, hogy egy adott szabály valójában így, "maximaként" létezik,

azaz a bírák és más hivatalnokok elképzelése valami kötelező (mert általuk *axiológiailag érvényesnek* vélt) dologról, éppen az, hogy megfigyeljük, hogy *empirikus érvényességgel bír*. És amennyiben egy realista jogelmélet - "a tények összetettsége" nevében - kifejezetten az érvényességgel akar foglalkozni, akkor annak ilyen jellegűnek kell lennie, és *nem* axiológiai érvényességnek:

"Nyilvánvaló, hogy aki arra vállalkozik, hogy a "társadalmi élet" empirikus létezéséről tárgyaljon, nem alapozhatja vitáját jogosan axiológiai dogmatikai alapokra. A 'lét' területén belül egy 'szabály' példánkban csak a következő értelemben azonosítható: mint olyan empirikus 'maxima', amely egyszerre kauzálisan hatékony és kauzálisan megmagyarázható". (op. cit. 115)²⁴

Sok jogtudós azonban ismételten összekeveri az axiológiai és az empirikus érvényesség közötti különbséget, és válogatás nélkül ide-oda mozog a szakadék között. Ez problematikus. Először is, az axiológiai és az empirikus érvényességre vonatkozó kijelentések *szemantikailag* kategorikusan különböznek egymástól. Az axiológiai érvényességre vonatkozó kijelentés egyenesen normatív kijelentés. Közvetlenül kifejez egy normatív tényt, egy maximát (hogy létezik egy bizonyos jog vagy kötelezettség), és mint ilyen, ahogy Kelsen mondaná, a kellene (*Sollen*) birodalmába tartozik.

Ez ellentétben áll az empirikus érvényességre vonatkozó kijelentésekkel, amelyek, bár bizonyos maximákra/normákra *vonatkoznak*, valóban leíró jellegű állítások, és mint ilyenek az is (*Sein*) világába tartoznak. A kettő közötti félreértések elkerülése érdekében Ross hasznos módon bevezet egy kapcsolódó megkülönböztetést a *normadeskriptív* és a *normakifejező* kijelentések között: "Mivel a jog doktrinális tanulmányozása normákkal foglalkozik, normatívnak nevezhető. Ezt a kifejezést azonban nem szabad félreérteni. ... Azt mondani, hogy a jog doktrinális tanulmányozása normatív jellegű, azt jelenti tehát, hogy a normákról, nem pedig a normákról szóló tanulmányozás. Célja nem a normák "lefejtése" vagy kifejezése, hanem inkább azok "tudományosan érvényes (dán)" jellegének megállapítása.

törvény". A jog doktrinális tanulmányozása normatív a *normaleíró*, nem pedig a *normakövetelményt leíró* értelemben.

normakifejező." (Ross 272019,)

Másodszor, az axiológiai és az empirikus érvényesség közötti különbségtételnek mély *ismeretelméleti* következmények a jogtudósok számára. Konkrétabban, a normakifejező kijelentéseket a

²⁴ Vö. (Ross 812019).

axiológiai érvényesség és az empirikus érvényességre vonatkozó normaleíró kijelentések kategorikusan különböző igazságfeltételekkel rendelkeznek. Weber kifejezésével élve:

"[A] 'jog' empirikus 'létezése' [teljesen] különbözik a jog 'axiológiai érvényességének' jogi elképzelésétől. Az 'empirikus' érvényesség pontosan ugyanolyan mértékben tulajdonítható mind a 'jogi igazságnak', mind a 'jogi tévedésnek'. Gondoljunk csak a kérdésre: *Mi a 'jogi igazság'?* Vagyis a jogtudomány mint tudományág bizonyos "objektív" elvei alapján logikusan minek *kellene* "érvényesnek" lennie, vagy minek *kellene* "érvényesnek" *lennie*? Ennek a kérdésnek a logikai jelentősége teljesen különbözik a következő kérdés jelentőségétől: Egy konkrét esetben vagy esetek sokaságában valójában mi *következett* empirikus, kauzális "következményként" egy bizonyos "bekezdés" "érvényességéből"?". (Weber 129-130)

Az igazságfeltételek e különbsége egyúttal azt is megmutatja, hogy mennyire gyenge az a törekvés, hogy - mint az amerikai jogi realizmus egyes változatai - a jogi érvényesség két, egymástól kategorikusan különböző fajtáját próbáljuk egy elemzésben megragadni, azaz egy jogi pozitivista és doktrinális, amely az axiológiai érvényességre vonatkozik, és egy viselkedési, amely a tényleges (bírói) magatartásra vonatkozik.²⁵ A két szempont közötti szakadék elvileg áthidalhatatlan a két jelenség közötti kategorikus különbség miatt. Csak az empirikus érvényesség koncepciójával hidálható át, amelyet az ENLR Weber és Ross által importál; Vagyis az empirikus érvényesség eltünteti a szakadékot, mert az axiológiai érvényességet az előbbi fogyasztja, mert az általa definiált. Amint ez a megkülönböztetés megtörtént, világos, hogy az axiológiai érvényesség *önmagában* empirikusan irreleváns. Nem játszik kauzális szerepet, még társ meghatározóként sem. Csak az axiológiai érvényesség *észlelése* játszik ilyen szerepet, vagyis *az empirikus érvényesség*. Más szóval, a jogi pozitívizmus a maga nemében felesleges a magyarázó empirikus elméletben. Egyszerűen nem tud hozzájárulni a jog realista empirikus vizsgálatához, mivel félreérti a vizsgálat tárgyát.²⁶

IV. A *Homo Juridicus* és gyakorlata mint a vizsgálat tárgya

Ezen alapvető megkülönböztetés és keretrendszer megléte után az ENLR következő lépése az empirikus jogi érvényességről szóló életképes normaleíró elmélet tartalmának pontosabb meghatározása. És

²⁵ Lásd: (Leiter 2007), (Nourse and Shaffer 2014), (Schauer 2009) és (Shaffer 2015).

²⁶ Vagyis, kivéve, ha maga is a vizsgálat tárgyának része, vö. Weber: "[C]onsider the fact that a 'jurisprudence' exists". (1977, 128).

ez az a pont, ahol a régebbi európai realisták koncepcióinak vannak bizonyos korlátai. Weber röviden megemlíti, hogy az empirikus érvényesség normaleiró szempontja szerint "egy 'jogrend' úgy elemezhető, mint maximák komplexuma bizonyos, valóban létező emberek fejében" (Weber 1977, 130), de a jogi racionalizáció ideáltípusait leszámítva nem sok irányt ad arra nézve, hogy hogyan vizsgáljuk ezt a "maximák komplexumát". Más szóval, valószínű, hogy az elemzés, bár episztemológiailag megalapozott, csak az empirikus felszínét karcolja annak, hogy a tényleges joggyakorlatot hogyan befolyásolják bizonyos maximák vagy gondolkodásmódok. Ross kidolgozottabb, talán azért, mert Weberrel ellentétben ő valóban egy jogi karon volt professzor, ami arra kényszerítette, hogy közvetlenebbül foglalkozzon a joggal. Weberből kiindulva Ross azt állítja, hogy az empirikusan érvényes jogi doktrína realista vizsgálatának középpontjában az áll, amit ő *bírói ideológiának* nevez:

"A bírói magatartás megértése és előrejelzése csak ideológiai értelmezéssel érhető el, vagyis a bírót éltető és cselekedeteit motiváló bizonyos ideológiára vonatkozó hipotézis segítségével."
(Ross 2019, 48-49)

A jogi döntéshozatal nem önkényes "[...]hanem attitűdök és elképzelések határozzák meg - egy közös normatív ideológia, amely a dán bírák tudatában egységesen jelen van és működik, amikor bírói hivatásuknak megfelelően cselekszenek". (Ross 892019,). Bár Ross tudatában van a bírák gondolkodásmódjának empirikus hozzáférhetetlenségének, ezzel szemben azzal érvel, hogy "hipotéziseket állíthatunk fel róluk, és értékük pontosan azért tesztelhető, mert lehetővé teszik számunkra, hogy előrejelzéseket tegyünk" (Ross 2019, 89). Ross megpróbálja ezt a bírói ideológiát alkotóelemeire bontani, és feltárni azt a mögöttes logikát, amely a bírák elméjében mindenkor a "maximák adott komplexumát" strukturálja. Nagyjából vázlatosan Ross itt központi szerepet tulajdonít a *jogforrások* doktrínájának, amelyet "a bíró által a döntése alapjául szolgáló szabály megfogalmazására befolyást gyakorló tényezők összességéként azonosít" (Ross 912019,). Tekintettel az ENLR és a doktrinális jogtudomány közötti összeegyeztethetlenségre helyezett hangsúlyunkra, a jogforrások e központi szerepe első pillantásra meglepőnek tűnhet. Nem szabad azonban elfelejteni, hogy az axiológiai érvényességről az empirikus érvényességre való áttérés nem feltétlenül jelent teljes változást a konkrét jogi szabályok vagy szabályfajták tekintetében, amelyek érvényességéről beszélünk. A döntő kérdés, amelyet egy adott szabály vagy szabályfajta tekintetében fel kell tenni, az, hogy azokat más szabályokhoz való logikai kapcsolatuk miatt tekintik-e érvényesnek, azaz *axiológiai érvényességük miatt*, vagy azért, mert a bírák és más tisztviselők úgy vélik, hogy így logikai kapcsolatban állnak, azaz *empirikusan érvényesek*. Az ENLR az utóbbit igyekszik feltárni.

Elismerjük, hogy Weber és Ross ezen kapcsolódó fogalmai kissé fejletlenek. Az egyik módja annak, hogy az elemzéshez további elemzői fogásokat adjunk, az, hogy újrafogalmazzuk őket a következők mentén

a *habitus* bourdieus-i fogalmának vonalaival. Ez utóbbit Bourdieu úgy definiálja, mint az ágensek viselkedését irányító internalizált sémákat, amelyek egyszerre kollektívak és individuálisak, és viszonylag hasonló gyakorlatokat eredményeznek a társadalmi csoportok között - így általában közel állnak mind Ross, mind Weber meghatározásához. Konkrétabban, a *habitus* alatt a diszpozíciók azon közös készletét értjük, amely az ágensek gyakorlatát irányítja bizonyos területeken. A *habitus* a következőképpen definiálható:

"a megértés, megítélés és cselekvés megszokott, mintázott módjai, amelyek egy vagy több társadalmi mező tagjaként elfoglalt sajátos helyzetünkből, valamint a társadalmi struktúrában elfoglalt sajátos pályánkból (pl. abból, hogy a csoportunk felemelkedőben van-e vagy hanyatlak, hogy saját helyzetünk a csoporton belül erősödik-e vagy gyengül) erednek". (Bourdieu 1987, 811)

A *habitus* tehát az a belsővé tett séma, amely az ágensek, esetünkben a jogászok viselkedését irányítja. A *habitus* tehát a valóság gyakorlati (ugyanakkor sajátos) érzékelése, amelyet az ágens sajátos és egyéni társadalmi pályája során sajátít el (Bourdieu 1977). Ebben a tekintetben Weber, Ross és Bourdieu mind meglehetősen strukturált nemzeti mezőkre gondolnak, ahol például az oktatás - jelen esetben mindenekelőtt a jogi oktatás és kultúra - közössége kollektíven osztott (jogi) szemléletet eredményez.²⁷ Ráadásul a bírák mint társadalmi osztály is számos normatív preferenciát osztanak meg, amelyek közül sok jogi-normatív jellegű. Mindezek alapján mindhárom szerző azt állítja, hogy a társadalmi diszpozíció összefüggésbe hozható a társadalmi és szakmai pozícióval és szemlélettel.²⁸ És ez a sajátos jogi szemlélet (*habitus*, maximák vagy ideológia) az, ami a gyakorlatban jogot termel.

A jogászok fejében lévő maximák, vagyis ideológiájuk vagy *habitusuk* a társadalmi és szakmai internalizáció eredménye. Fontos, hogy ez egy dialektikus folyamat: a *habitus* egyszerre termeli és termeli a társadalmi világot. A *habitus* egyrészt *strukturáló struktúra* - amire Weber is rámutat, amikor az axiológiai érvényesség gyakorlati jelentőségére utal; másrészt *strukturált struktúra* - egy adott maximakészletet követ. A jog tehát nagy empirikus következetességgel bír, és főszereplőinek szabad akarata korlátozott. A jogi cselekvés ennek megfelelően intézményesen és szakmailag elhelyezkedő (és korlátozott) cselekvésként írható le. Bourdieu megjegyzi: "Az egyén mindig, akár tetszik neki, akár nem, csapdába esik ... annak a kategóriarendszernek a határain belül, amelyet neveltetésének és képzésének köszönhet". (Bourdieu és Wacquant 1261992,.) A *habitus* tehát nem mechanikus reakciónak köszönhető, hanem

²⁷ Ennek a pontnak a megvitatását lásd (Dezalay és Madsen 441-422012,).

²⁸ Bourdieu ezt bőségesen dokumentálja az ízléskategóriák mint társadalmilag meghatározottak alapvető elemzésében (1984).

sem külső kényszerre, sem az ágens szubjektív, tudatos szándékára. Ez, mint említettük, egy sajátos gyakorlati értelem, amelyet elsajátítanak és társadalmilag konstruálnak.

Ez azt is jelenti, hogy a jogról beszélni és jogot gyakorolni egyedülállóan korlátozott feladat. Bourdieu-t idézve, a jogászok saját szakmájuk első számú áldozatává válnak. A jog szimbolikus erejének fenntartása érdekében kénytelenek hinni a jog szimbólumainak objektív érvényességében, és megvédik azt a mindennapi tapasztalatukban (Bourdieu 1991). A jogértelmezést különösen befolyásolják ezek a kényszerek, és fontos tekintetben hasonlít a teológiára annak doktrinális változataiban (Bourdieu 1971). A normák és más jogforrások alkalmazása korántsem szabad, hanem a jogi mező intézményi és társadalmi hierarchiái által ellenőrzött. Egyszerűen fogalmazva, a csúcsbíróság ítéleteinek tulajdonított jelentőség ebben a nézetben a jog és a jogforrások szocializált hierarchiájának köszönhető - nem pedig az ilyen intézmény formális intézményi pozíciójának.

Van azonban egy másik probléma is, különösen Ross megközelítésével (amelyet sok régi amerikai realistával oszt meg), nevezetesen az, hogy a bírákhoz mint a jog magyarázatának kulcsához ragaszkodnak. Bár a bíróságok nyilvánvalóan fontosak a jog szempontjából, a jogszociológia és a jog és társadalom tudósai már régóta bizonyították, hogy a jogalkotás a jogi-normatív kérdések és azok határainak rendezésének mindennapi gyakorlatában sokkal nagyobb számú szereplő vesz részt.²⁹ A probléma egyszerű megoldása az, hogy a releváns ágenseket a bírákon túl - nemzeti vagy nemzetközi szinten - kiterjesszük; vagyis ami egy jogi realista elmélet számára e tekintetben releváns, az ehelyett a jogot előállító és gyakorló tényleges ágensek azonosítása. Ez azonban nem változtat azon az alapvető megfigyelésen, hogy a jog érthetővé tételének kulcsfontosságú vizsgálati tárgya a *homo juridicus* és annak gyakorlata - és az, hogy mi élteti és irányítja ennek az ágensnek a magatartását.

V. A jogi gyakorlatok területei

Az ENLR fejlesztése során egy másik bourdieu-i fogalomhoz fordulunk, nevezetesen a *mező* fogalmához, amely lehetővé teszi az alulról felfelé irányuló empirikus megközelítést a releváns ügynökség azonosítására. A *mező* fogalma a jog újragondolását javasolja az adott jogi mezőt alkotó szereplők közötti, a jog jelentéséért folytatott versengés körül, az e szereplők közötti objektív kapcsolatok struktúrája szempontjából.

²⁹ Amint fentebb említettük, az ANLR egyik meghatározó jellemzője, hogy nem korlátozódik a bírákra, bíróságokra

és azok döntéseire. Egyetértünk ezzel a tétellel. Az ANLR-rel kapcsolatban lásd például (Erlanger et al. 2005), (Suchman and Mertz 2010) és (Macaulay 2016).

pozíciók (Dezalay és Madsen 2012). Ezzel a megközelítéssel empirikusan azonosíthatjuk, hogy kik a fő támogatók és termelők - és elkerülhetjük, hogy arra hagyatkozzunk, hogy formálisan vagy intézményesen kikről feltételezik, hogy ők a fő termelők, például a bírák. Ez a megközelítés nyilvánvalóan nagyfokú realizmussal bír, mivel az elemzés középpontjába a jog tényleges termelőit állítja.

Fogalmilag a *mezőt a* különböző szereplők közötti küzdelem helyszínéként határozzák meg, ahol a tőke mennyisége és formái alapján különböző pozíciókat foglalnak el. Ez egy:

"[...]a pozíciók közötti objektív kapcsolatok hálózata, vagy konfigurációja. Ezeket a pozíciókat objektíven meghatározza - létezésükben és a bennük foglaltakra, ágensekre vagy intézményekre vonatkozó meghatározottságaikban - a hatalom (vagy tőke) azon hatalomfajták (vagy tőkék) elosztási struktúrájában elfoglalt jelenlegi és potenciális helyzetük (*situs*), amelyek birtoklása a mezőben kockán forgó konkrét nyereségekhez való hozzáférést parancsolja, valamint a más pozíciókhoz való objektív viszonyuk (uralom, alárendeltség, homológia stb.)" (Bourdieu és Wacquant 1992, 97)." (Bourdieu és Wacquant 1992, 97).

Egy terület kialakulása bizonyos fokú strukturális stabilitást feltételez, ami a szereplők és intézmények közötti objektív és szimbolikus kapcsolatok összességét jelenti egyre specifikusabb kérdések és témák körül. Ami minket érdekel, az az, hogy a társadalmi strukturálódás e folyamatán keresztül hogyan megy végbe az érintett ügynökség sajátos társadalmi-jogi strukturálódása is. Míg a nemzeti jogi területek általában véve meglehetősen strukturált társadalmi terek, ahol intézmények - nevezetesen jogi karok és jogi iskolák, jogi intézmények, például bíróságok és közigazgatás, valamint ügyvédi irodák - általános közös jogi orientációkat hoznak létre, a kutatások azt mutatják, hogy specifikusabb jogi területek alakulnak ki, gyakran a meglévő területek kereszteződésében.³⁰ Az új jogterületeken sajátos jogi logikák alakulnak ki, amelyek megkérdőjelezik a doktrinális jog koherens egészének fogalmát. Empirikusan az általános jogi fogalmak és számok számos területen léteznek, de pontos jelentésük és jelentőségük eltérő.

Erre példa az emberi jogok európai területének kialakulását vizsgáló kutatás. Madsen egy sor tanulmányában az Emberi Jogok Európai Bíróságának (EJEB) kialakulását és átalakulását vizsgálta, mint az emberi jogok mint az európai és nemzetközi társadalomban a második világháború óta új és erőteljes erőként jelentkező átalakulásának egymásra épülő összefüggéseit (Madsen 2010, 2011b, 2016). Ebben a tanulmányban a transznacionális jogi vállalkozók kerülnek a középpontba, ugyanakkor a másikkal való állandóan változó találkozásban

³⁰ Mind a sajátos jogi területek kialakulását, mind a különböző jogi és nem jogi területek kereszthatását számos szerző vizsgálta. Lásd például (Dezalay 1990), (Dezalay és Garth 1996), (Vauchez 2008) és (Edelman 2016).

szakértők, köztük diplomaták, államférfiak és aktivisták. A "transznacionális hatalmi elitek" (Kauppi és Madsen 2013) gyakorlatának, valamint az általuk létrehozott társadalmi struktúráknak és az általuk segített jogi és politikai intézményeknek a kapcsolódási pontja az, ami az EJEB és általában véve az emberi jogok felemelkedésének magyarázatának magját képezi. E strukturális keretek és konkrét mobilizációik azonosításával a jog már nem csak normatív struktúráként létezhet, hanem nagyon is a tudás és a szimbolikus hatalom gyakorlatainak összessége, amely végül normákat hoz létre, köztük olyan jogi normákat, amelyek empirikusan érvényesek, mert a releváns szereplők axiológiai érvényűnek tartják őket.

Amint azt ez és más kapcsolódó tanulmányok is bizonyítják,³¹ például egy olyan nemzetközi bíróság, mint az EJEB és bírái, *valamint a jogalkalmazás struktúrái közötti kapcsolódási pontok, amelyeken belül ez zajlik, hatással vannak a jogi döntések érdemi tartalmára.* Más szóval, az empirikusan érvényes jog mint a normák és érvek sajátos valorizációja az idők során a "mi az" (axiológiailag érvényes) jogról alkotott interszubjektív elképzelések konvergenciájának eredményeként alakul ki az egyes területek főszereplői között. Elméleti fejlesztéseink szempontjából a legfontosabb analitikus tanulság az, hogy az empirikus jogi érvényesség nemcsak egy ilyen kölcsönhatásokból eredő társadalmi konstrukció, hanem sokkal dinamikusabb is, mint amit a legtöbb jogelmélet feltételez az axiológiailag érvényes jogról szóló elméletében. Célunk éppen az empirikusan érvényes jog e dinamikus előállításának feltárása, ami következképpen szükségessé teszi a jog előállításának kettős elemzését a jogi cselekvés szintjén, mind a jogi elképzelések internalizálása és interszubjektívizálása, *mind* e folyamatok strukturális keretei értelmében.

VI. Következtetés

Ez a fejezet felvázolta az európai új jogi realizmus (ENLR) programunk alapelveit. Bár programunk alapvetően jogi realista törekvésekkel bír, programunk olyan gondolkodók értelmezésében nyer kifejezést, akiket ritkán vesznek fel a jogi realizmus kánonjába. Egy sor kulcsfontosságú európai szociológus és filozófus meglátásait használjuk fel és értelmezzük, Webertől és Rosstól Bourdieu-ig, akik különböző módon törekedtek a jog szigorú empirikus tudományára. Ezt az európai jogi realizmusnak nevezzük mind e gyökerek miatt, mind pedig azért, hogy megkülönböztessük az amerikai jogi realizmustól, amely bár bizonyos szempontból átfedéseket mutat, mindig is más hangsúlyt helyezett rá. Ez a

³¹ Lásd különösen (Vauchez 2015).

a mi programunk mind alkalmazásában, mind alkalmazási körében univerzális, és egyszerűen egy másfajta új jogi realizmust mutat be, amely a jog alaptudományát keresi.

Amellett érvelünk, hogy az episztemológiailag megalapozott empirikus jogtudományra irányuló törekvések, amelyek a mi fő érdeklődési körünkbe tartoznak, Max Weber munkásságára, nevezetesen a *Rechtssoziologie* című művére és az értékmentes társadalomtudomány objektivitásának keresésére nyúlnak vissza. A 20th. század közepén Alf Ross munkásságában (Holtermann, Christensen és Madsen 2013) találjuk az empirikus jogtudomány kialakítására tett újabb kísérletet. Három-négy évtizeddel később Pierre Bourdieu megfogalmazza a szigorú jogtudomány iránti felhívást, amely jól kapcsolódik a Weber és Ross által felvetett eredeti elképzelésekhez. Azt állítjuk továbbá, hogy Bourdieu az ENLR-t a vizsgálatunk központi tárgyának jobb konkretizálásával látja el, nevezetesen a habitus és a mező két kapcsolódó fogalmán keresztül. Ezáltal megvannak a kutatási eszközök a *homo juridicus* és gyakorlatának tényleges empirikus vizsgálatához; vagyis az érvényes jog empirikus feltárásához szükséges eszközök.

A mi programunk, az ENLR, nyilvánvalóan sok tekintetben hasonlít és átfedésben van az ANLR-rel. Van azonban egy egyértelmű különbség az ENLR és az ANLR között, amely leginkább az episztemológia és az ebből eredő vizsgálat tárgya szintjén látható. Megközelítésünk elengedhetetlenül szükségessé teszi a jogi érvényesség empirikus koncepciójának kidolgozását - ezért nem támaszkodhatunk, mint az ANLR egyes képviselői, a jogi normák doktrinális elhatárolásaira mint vizsgálati tárgyunkra.³² A kritikusok azzal vádolhatnak bennünket, hogy csupán egy fejlett jogszociológiát nyújtunk, amely történetesen komolyabban veszi a jogot, mint ami a jog és társadalom tudományában szokásos.³³ Válaszunk erre az, hogy valóban arra törekszünk, hogy áthidaljuk azt, amit - némileg félrevezető módon - a jog külső és belső dimenziójának neveztek.³⁴ Az ANLR néhány más változatával ellentétben (Mertz Erlanger 2005, és mások Macaulay 2005, 2016) azonban ennek elsődleges célja nem önmagában az interdiszciplináris fordítás és együttműködés elősegítése. A mi esetünkben a kapcsolat egy társadalomtudomány és annak empirikus vizsgálati tárgya között áll fenn, és a híd azért épül, hogy a lehető legjobb megértést biztosítsa e tárgyról. A jogi érvényesség empirikus jelenségként való tanulmányozására vonatkozó koncepciónk valójában a normatív fejlődés finomabb megfigyelésével kombinálva a jogtermelés strukturális kereteinek megértését teszi szükségessé. A

³² Vö. pl. (Nourse és Shaffer & 2014, 108-110), (Shaffer 2015) és (Leiter 2007).

³³ Hasonló kritikát lehetne természetesen megfogalmazni néhány ANLR-rel szemben is, amely szintén a jogalkotás kifinomultabb megértésére törekszik.

³⁴ Lásd (Holtermann 2017).

Ez utóbbi azonban nem jelenti önmagában a doktrinális módszerek újbóli bevezetését.³⁵ Ezek a vizsgálat tárgyának részeként relevánsak - de nem a vizsgálat módszereiként. Általánosságban ez azt is jelenti, hogy a nagyobb intézményi ambíció, amely az ANLR központi eleme,³⁶ az ENLR kontextusában inkább csak utólagos szempont. Ha azonban az ENLR ismeretelméleti érvei helyesek, és ami még fontosabb, széles körben elfogadják őket, akkor ez természetesen intézményi következményekkel jár a jogi karok és a jogi egyetemek számára is. Az ANLR és az ENLR pedig konvergál abban, hogy ez a következmény pozitív a jogtudomány fejlődése szempontjából.

Hivatkozások

- Bourdieu, P. 1971. Genèse et structure du champieux religieux. *Revue française de sociologie* 12(3): 295-334. Bourdieu, P. *Egy gyakorlatelmélet vázlatára* 1977.. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bourdieu, P. 1984. *Megkülönböztetés: Az ízlés megítélésének társadalomkritikája*. Cambridge, MA: Harvard University Press. Bourdieu, P. 1986. La force du droit : Éléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales* 64(september): 3-19.
- Bourdieu, P. 1987. A jog ereje: A jogi mező szociológiája felé. *The Hastings Law Journal* 38(5): 805- 853.
- Bourdieu, P. 1991. Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective. In Chazel, F. és Comaille, J. (szerk.) *Norms juridiques et régulation sociale*. Paris: LGDJ.
- Bourdieu, P. és Wacquant, L. 1992. *Meghívás a reflexív szociológiára*. Chicago: University of Chicago Press.
- Christensen, M. J., Holtermann, J. v. H., and Madsen, M. R. 2013. Replik til en dogmatiker. *Retfærd - Nordic Journal of Law and Justice* 36(4): 98-102.
- Dezalay, Y. 1990. A nagy bumm és a jog: a jogterület nemzetközivé válása és átstrukturálódása. *Elmélet, kultúra és társadalom* 7(2-3): 279-293.
- Dezalay, Y., és Garth, B. G. *Az erényekkel való kereskedelem* 1996.. *Nemzetközi kereskedelmi választottbíráskodás és a transznacionális jogrend felépítése*. Chicago: Chicago: University of Chicago Press.
- Dezalay, Y. és Madsen, M. R. A jog és az ügyvédek 2012.ereje: Pierre Bourdieu és a jog reflexív szociológiája. *Annual Review of Law and Social Science* 8: 433-452.
- Dworkin, R. *A 1977.jogok komolyan vétele*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Edelman, L. B. 2016. *Munkajog: Bírók, vállalatok és szimbolikus polgári jogok*. Chicago: University of Chicago Press.

³⁵ Lásd (Holtermann és Madsen 2016b).

³⁶ Amint azt például Suchman és Mertz 2010-ben világosan kifejtette.

- Erlanger, H. és mások 2005. Itt az ideje egy új jogi realizmusnak. *Wisconsin Law Review* 2005(2): 335-363.
- Finnis, J. *Natural Law and Natural Rights*, 2nd. kiadás, utószóval. Oxford: Clarendon Press.
- Geiger, T. J. *Vorstudien* 1987. *zu einer Soziologie des Rechts durchgesehen und herausgegeben von Manfred Rehbinder*, ed 4th. Berlin: Berlin: Duncker & Humblot.
- Green, M. S. Leiter 2011. a jogi realistákról. *Law and Philosophy* 30(4): 381-418.
- Habermas, J. *Faktizität und Geltung - Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats Inhalt*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- Hart, H. L. A. A.: *A jog* 2012. *fogalma*, 3rd kiadás. Oxford: Oxford University Press.
- Holtermann, J. v. H. 2016. Realizálódni vagy pozitívnak maradni? Jogi realizmus(ok), jogi pozitivizmus és a naturalizmus kilátásai a jogtudományban. *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law* 29(4): 535- 555.
- Holtermann, J. v. H. A 2017. Straw Man Revisited: H.L.A. Hart és a skandináv jogi realizmus közötti elszámolás. *Santa Clara Law Review* 57(1): 1-41.
- Holtermann, J. v. H., Christensen, M. J., and Madsen, M. R. Kan 2013. retsvidenskaben være empirisk? Om aktualiteten af Alf Ross' empiriske vending i retsfilosofien. *Retfærd - Nordic Journal of Law and Justice* 36(2): 3-22.
- Holtermann, J. v. H., and Madsen, M. R. 2015a. Az európai új jogi realizmus és a nemzetközi jog: Hogyan tegyük értelmezhetővé a nemzetközi jogot. *Leiden Journal of International Law* 28(2): 211-230.
- Holtermann, J. v. H., and Madsen, M. R. 2015b. Nagy tét és tartós kihívások - Válasz Klabbers és Augsbergnek. *Leiden Journal of International Law* 28(3): 487-493.
- Holtermann, J. v. H., and Madsen, M. R. 2016a. Tolerálás, szintézis vagy helyettesítés?: Az "empirikus fordulat" és következményei a nemzetközi jog tudományára nézve. *Leiden Journal of International Law* 29(4): 1001-1019.
- Holtermann, J. v. H., and Madsen, M. R. 2016b. Mi az *empirikus* az empirikus jogi tanulmányokban? Egy európai új jogi realista felfogás. *Retfærd - Nordic Journal of Law and Justice. Különszám az európai új jogi realizmusról* 39(4): 3-21.
- Kauppi, N. és Madsen, M. R. (szerk.) 2013. *Transnational Power Elites: A kormányzás, a jog és a biztonság új szakmái*. London: Routledge.
- Kelsen, H. *A jog tiszta* 1967. *elmélete*. Berkeley: University of California Press.
- Leiter, B. 2007. *Naturalizáló jogtudomány : esszék az amerikai jogi realizmusról és a jogfilozófiai naturalizmusról*. Oxford: Oxford University Press.
- Macaulay, S. 2016. Új jogi realizmus: Unpacking a Proposed Definition. *UC Irvine Law Review* 6(2): 149-168.
- Madsen, M. R. *La* 2010. *genèse de l'Europe des droits de l'homme : Enjeux juridiques et stratégies d'Etat (France, Grande-Bretagne et pays scandinaves, 1945-1970)*. Strasbourg: Presses universitaires de Strasbourg.
- Madsen, M. R. 2011a. Reflexivitás és a nemzetközi tárgy konstrukciója: Az emberi jogok esete. *Nemzetközi politikai szociológia* 5(3): 259-275.
- Madsen, M. R. 2011b. A strasbourgi bíróság elhúzódó intézményesülése: A jogi diplomáciától az integrációs joggyakorlatig. In Madsen, M. R. és Christoffersen, J. (szerk.): *Az Emberi Jogok Európai Bírósága a jog és a politika között*, 43-60. Oxford: Oxford University Press.
- Madsen, M. R. Az Emberi Jogok Európai Bíróságának 2016. kihívó tekintélye: A hidegháborús jogi diplomáciától a brightoni nyilatkozatig és a visszahatásig. *Law & Contemporary Problems* 79(1): 141-178.

- Mertz, E. Kihívó2005. fordítások: New Legal Realists Methods. In Handler et al: Kerekasztal az új jogi realizmusról, az intézmények mikroelemzéséről és az új kormányzásról: Exploring Convergences and Differences. *Wisconsin Law Review* 2005(2): 482-489.
- Nourse, V. és Shaffer, G. A jogi realizmus fajtái2009.: Új világrend új jogelméletet eredményezhet? *Cornell Law Review* 95(1): 61-138.
- Nourse, V. és Shaffer, G. 2014. Empirizmus, kísérletezés és feltételes elmélet. *SMU Law Review* 67(1): 101-142.
- Radbruch, G. 2006. Jogszabályi törvénytelenység és törvényen túli jog. *Oxford Journal of Legal Studies* 26(1): 1-11.
- Raz, J. A jog 1979.tekintélye: Essays on Law and Morality. Oxford: Clarendon Press.
- Ross, A., Holtermann, J. v. H. (szerk. és intr.), és Bindreiter, U. (tr.) 2019. *A jogról és az igazságosságról*. Oxford: Oxford University Press.
- Schauer, F. 2009: *Új bevezetés a jogi érvelésbe*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Shaffer, G. 2015. A nemzetközi jog új jogi realista megközelítése. *Leiden Journal of International Law* 28(2): 189-210.
- Shamir, R. 1995. *A jogi bizonytalanság kezelése: Elit ügyvédek a New Dealben*. Durham: Duke University Press.
- Suchman, M. C., és Mertz, E. Toward2010. a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism. *Annual Review of Law and Social Science* 6: 555-579.
- Vauchez, A. 2008. A gyenge mező ereje: Jog és jogászok az Európai Unió kormányában (Egy megújított kutatási menetrendért). *Nemzetközi politikai szociológia* 2(2): 128-144.
- Vauchez, A. 2015. *Brokering Europe. Jogászok és a transznacionális politika kialakulása*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weber, M. és Oakes, G. (ford. és intr.) *Stammler kritikája*1977.. New York: Free Press.

Szerzők: H. Holtermann és Mikael Rask Madsen
Cím: Az európai új jogi realizmus: A jog alaptudománya felé
iCourts Working Paper Series, No. 215,

2020 Megjelenés dátuma:

2/September/2020

URL: <http://jura.ku.dk/icourts/working-papers/>

© Szerző

**iCourts Working Paper
Series ISSN: 2246-4891**

Jakob v. H. Holtermann, jogfilozófiai docens, iCourts - A Dán Nemzeti Kutatási Alapítvány Nemzetközi Bíróságok Kiválósági Központja a Koppenhágai Egyetem Jogi Karán.

E-mail: jvhh@jur.ku.dk

Mikael Rask Madsen a Koppenhágai Egyetem jogi karának jogi és európai integrációs professzora, valamint a Dán Nemzeti Kutatási Alapítvány nemzetközi bíróságokkal foglalkozó kiválósági központjának, az iCourtstnak az igazgatója.

E-mail: mikael.madsen@jur.ku.dk

Az iCourts Online Working Paper Series a nemzetközi bíróságokról, azok globalizálódó jogrendben betöltött szerepéről, valamint a politikára és a társadalomra gyakorolt hatásáról szóló, nyomtatás előtti kéziratokat tesz közzé, és kifejezetten interdiszciplináris szemléletet képvisel.

A tanulmányok a <http://jura.ku.dk/icourts/> címen érhetők el.

iCourts

- A Dán Nemzeti Kutatási Alapítvány Nemzetközi Bíróságok Kiválósági Központja A Jogi Kar

University of Copenhagen

Karen Blixens Plads 16

Koppenhága 2300 S

E-mail: icourts@jur.ku.dk

Tel. +45 3235 26 26