

NAGY ZSOLT*

A Kritikai Jogi Tanulmányok, mint jogszociológiai mozgalom és intellektuális következményei

Ha lehet ilyen mondani, akkor a Kritikai Jogi Tanulmányok (*Critical Legal Studies*, röviden CLS, *kriték*), mint jogelméleti vállalkozás szociológiai perspektívái talán a leginkább kortárs szellemi irányvonalnak tekinthető. Az elnevezés egy kissé szokatlannak tűnik, egyrészt, hogy önmagát sem definiálja egzakt módon, másrészt pedig a „tanulmányok” kifejezés, illetve annak többes száma. Pedig a megfejtés – mindkét előző felvetéssel összefüggésben - viszonylag egyszerű: sokféle irányvonalról beszélhetünk, melyek nem törekednek kizárólagosságra, ezért nem használható a „tan” vagy „tanok” vagy valamilyen ideológiát megtestesítő „-izmus” kifejezés, a többes szám oka éppen az előbbieken rejlik, miszerint tanulmányok, kutatások megjelenéséről, explikálásáról van szó. *Differencia specifikája* a kritikai vonal, nevezetesen a különféle irányvonalaktól eltérően, amelyek a meglévő rendszer keretei között fejtik ki nézeteiket, hogy a fennálló jogrendszer többé-kevésbé egészében kritika alá vonja; *genus proximuma* pedig, hogy – akár általánosságban, akár partikularitásában, de a szellemi irányban a kriték célja valami módon a liberális, demokratikus társadalom jogi doktrínáinak demisztifikálása, továbbá legitimitásának megkérdőjelezése jelenik meg. Sokan a mozgalmat egyszerű marxista, neo-marxista intellektuális halmazként aposztrofálják, ám a kérdés ennél komplikáltabb, noha tényként kezelhető, hogy a mozgalom bizonyos szegmensei valóban tartalmaznak marxi ihletésű gondolkodást, illetve *meglehetősen* sokféle kutatásukban jelennek meg neo-marxista gondolatok. Azonban annyiféle irányzat, mozgalmi szegmens létezik, amit nehéz lenne nemhogy rendszerezni, de akár tökéletesen feltérképezni. Visszatérve az elméleti gyökerekhez, a mozgalom elsősorban a magánjog (elsősorban a szerződések joga) szociológiai vizsgálatából eredeztethető, ahol szociológiai módszertant használva egyértelműen kimutatták a kötelmi doktrínákba involvált ellentmondásokat. Azonban a magánjogi viták áttérjedtek más jogágakra, majd a társadalmi problémák egyre szélesebb körére, s a jogelvi vagy ideológiai problémák megjelentek, mint társadalmi kérdések, vagy éppen általánosságban a humaniorákat érintő problémák diszkussziójában, mi több a hatalom és autoritás problematikájában, továbbá így az elnyomás, a kisebbségek, kisebbségi tudatosság, de akár a feminizmus szellemi körében is.

* egyetemi docens, SZTE ÁJTK Összehasonlító Jogi és Jogelméleti Intézet

I. A Kritikai Jogi Tanulmányok genus proximuma

Nem minden történeti előzmény nélkül, az utóbbi három évtizedben a jogtudományra (s ebbe nemcsak a jogszociológia, jogelmélet értendő, hanem a tételes jogtudományok is) világszerte talán legnagyobb intellektuális befolyás gyakorolt a Kritikai Jogi Tanulmányok mozgalma. Egyesek közvetlenül a jogi realista mozgalomból eredeztetik, ami nem alaptalan, s egyvalamiben tényleg meg is egyeznek: a jog és a politika elválaszthatatlan egymástól.¹ (A politika befolyást gyakorol a jogalkotásra, de a jogalkalmazásra is, s ebben mindkét mozgalom egyezik, továbbá mindkét intellektuális vállalkozás ellentétben áll a liberális doktrínával, ami szerint a két szféra hermetikusan szeparált egymástól.) A Kritikai Jogi Tanulmányok történetéhez tartozik, hogy első tudományos konferenciájukat *Wisconsin* államban *Madisonban* 1977-ben tartották. Nem is feltétlenül volt. „A kritikai szemlélet” a konferencia előkészítésekor is fókuszpontban, ám az akadémiai szféra résztvevő tagjainak többsége egyértelműen a liberális jogi doktrínák kritikáját fogalmazta meg; miszerint a jogelvek, s vele együtt az azokat használó társadalom tagjainak szabadsága csak látszólag mentes a politikai interferenciától, s valójában tele van ellenmondásokkal és inkonzisztenciával. A gondolatmenetet (már a konferencián) kiterjesztve megállapították, hogy már a XVII. századtól eredeztethető liberális gazdasági és jogi elvek csupán mítoszok a társadalom valóságához képest.² Ugyan ezt akkor elsősorban az Egyesült Államok, Kanada és Anglia jogrendszerére vetítették, de az előadott posztulátumok meglehetősen globális jellegűeknek mutatkoztak/nak. S a konferencia, illetve az azt követő akadémiai diskurzusok konklúziójaként kimondható, hogy - a formálódó intellektuális közösség szerint - az elvekben meghatározott szabadság, csak akkor valósulhat meg, ha a meglévő szociális, politikai és gazdasági intézmények is transzformálódnak. De igazából lehet találni néhány, a fentiekén túl, olyan konkrétabb pontokat, amelyek a kritikai tanulmányok szemében elsődleges fontossággal bírnak.

1. A jog bizonytalanságának problémája. A kritikai mozgalom eleve tagadja, hogy a jog szabályok koherens rendszere, logikailag kikezdhethetetlen szisztéma lenne. Egyáltalán nem egy strukturált „építmény”, mely mintegy eleve elrendeltetett fix választ tudna adni, minden jogi esetre vagy szituációra. Az az „álom”, hogy a jog mindig minden esetre logikus és az egyetlen korrekt választ adná eleve elképzelhetetlen; esetleg a válaszok indoklásainak képviselhetőségének fokozatai igazolhatják a döntések helyességét.

2. A jog antiformalizmusának kérdése. A kritikai tanulmányok már régen leszámoltak azzal a posztulátummal, hogy létezik egy formális, logikus, neutrális jogi érvelési módszer, mert mondjuk, amikor a bíróságok jogi logikájukat használják, egyáltalán nem mentesek az ideológiai vagy politikai meggyőződéstől. Ahogy *Mark Tushnet* fogalmazott: „ami a politikai, intellektuális vagy személyes kérdéseket illeti, csupán elegendő válasz-

¹ MARK VICTOR TUSHNET: *Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinning*. 36. Journal of Legal Education. 505–517. 1986: 505. p.

² ANDREW ALTMAN: *Critical Legal Studies: A Liberal Origin*. Princeton University Press. Princeton. New Jersey. 1990.

tani egy doktrínát, ami alátámasztja a társadalom egyik vagy másik szegmensének érdekét”.³ S ennek alapján kijelenthető, hogy szerintük a jog és a politika egyáltalán nem elválasztható, s a liberális szeparációs doktrína semmiképpen sem felel meg a valóságnak. A liberális jogállam és az annak megfelelő politikaelmélet is a jog formalizmusához köthető, ezért miután a politika és a jog elválaszthatatlan „elegyet” képeznek, a jogi antiformalizmus egyértelművé válik.

3. *Az jog ellentmondásossága.* A kritikai tanulmányok szerint a liberális jogállam jogrendje olyan különféle inkoherens jogszabályoknak a gyűjteménye, melyek olyan társadalmi szemléleteket és társadalmi relációkat hordoznak, amik egymással is versengésben állnak, ezzel együtt ellenmondásokkal terheltek. (Példaként szolgálhat, hogy elvileg egy szerződés két vagy több fél privát megegyezéseként jön létre. Mégis ha a felek egy szerződést a szolgáltatás, ellenszolgáltatás feltűnő aránytalanságával kötötték vagy uzorás szerződés jött létre, a bíróság azt a törvény alapján érvénytelennek fogja kimondani.) Vagyis jogszociológiai szempontból a szerződések elveszíthetik magánjogi jellegüket, amint a bíróság beavatkozik a felek akaratába. Így pedig fel lehet tenni a kérdést: a szerződés két individuum privát ügye vagy az egész közösséget érintő kérdés? Egyik sem? Mindkettő? Bár-hogy is hangozzék a válasz és annak alátámasztására szolgáló logikai érvelés, azok mindenképpen ellenmondások maradnak: „a jogtudomány világán belül bármelyik elvi pozíció megcáfolható, aminek eredménye nyilvánvalóan az ellenmondásosság”.⁴

4. *A jog marginalitása.* Még abban az esetben is, ha egy adott társadalomban tökéletes megegyezés lenne a jogállami doktrínákat illetően, akkor sem lehet figyelmen kívül hagyni, a döntéseket meghatározó/befolyásoló jogon kívüli interperszonális tényezőket. Az emberi viszonyok komplexitása, azok sokoldalúsága és fontossága eleve kizárja azt, hogy kizárólag jogi tényeken alapuló döntések születhessenek; ennek sok esetben következménye, hogy nagy mennyiségű és komoly relevanciával bíró jogon kívüli faktorokat kell a döntéshozónak figyelembe vennie.⁵ Ezért sokszor a jog a társadalmi konfliktusok feloldásában csupán marginális szerepet játszik. S a jog marginális szerepét átgondolva, mely intézmény épphogy „megérinti a társadalmi konfliktusokat”, ráadásul határozatlan, ellentmondásos, és korántsem formális *David Trubek* szavai szerint „semmi más, mint zavaros, bizonytalan, normatív előírások forrása. A jog, amelyet a valóság leképezéseként kölcsönöztünk, megmaradt árnyéknak”.⁶

³ MARK VICTOR TUSHNET: *Post-Realism Legal Scholarship*. 6. Wisconsin Law Review. 1383–1401. 1980. 1388. p.

⁴ ALAN DAVID FREEMAN: *Truth and Mystification in Legal Scholarship*. 90. Yale Law Review. 1229–1237. 1981. 1233. p.

⁵ Erre bővebben lásd: BENCZE MÁTYÁS – VINNAI EDINA (szerk.): *Jogszociológiai előadások*. Debreceni Egyetemi Kiadó. Debrecen, 2012.

⁶ DAVID TRUBEK: *Where the Action is: Critical Legal Studies and Empiricism*. 36. Stanford Law Review. 575–622. 1984: 578–579. pp. A platóni ideák alapján való gondolkodásmód explikálása, miszerint a valóság árnyéka lehet a valóság ideája, viszont jelen esetben már az átértelmezett valóság árnyának új kivétitését tapasztalhatjuk. Vagyis minél többször másolunk valamit, az eredetihez képest az új konstrukció már rekonstrukció vagy akár dekonstrukció.

5. *Jog és ideológia* összefüggésében a kritikai akadémiai szféra nézete szerint a társadalmi ideológiát a jogi doktrínák „tartják életben”. Az ideológiák alapot jelentenek számunkra, amelyek premisszákat, mi több egy világlátást is biztosítanak, miként kell egy társadalmat megszervezni, továbbá milyen társadalmi relációk szükségesek, hasznosak vagy lehetségesek, illetve milyenek nem. Ezen belül a jogrendszer ideológiája közvetlenül informálja a társadalom tagjait azokról az elvárásokról, amelyek világlátásuk minőségét meghatározzák. S ez a minőség (jelenleg a liberális jogelvek) a kapitalista társadalom integráns részét képezi: a szabad piac és vele együtt a jogi szabadság garantálja a társadalmi egyenlőtlenség, a hatalmi túlsúly, hierarchikus látásmód, társadalmi megkülönböztetések természetszerűségét: a tőkés társadalmat legitimálja a liberális jogi doktrína, a kapitalista társadalom pedig „cserébe” legitimálja a jogelveket.

A fentiekből következően számukra felvetődik a kérdés: lehet-e ezen változtatni, és ha lehet, akkor hogyan? A társadalmi világlátást, a szemléletet szükséges megváltoztatni, még hozzá akképpen, hogy az egyén és a társadalom az adott intézményes keretek között emancipált viszonyban álljanak egymással. Azonban a társadalmi szemlélet változása nagyon komoly feladat, és nagyon nehéz kérdés, hiszen minden tapasztalati tényt a kontextuális társadalmi realitásra vetítjük, illetve annak keretei között interpretáljuk. S itt általánosságban tényleg kapcsolódnak a marxista nézetekhez, miszerint a társadalmi tudat „hamis” ábrándokkal terhes, „egy beágyazott misztikus, hamis ábránd, amit a liberális szemlélet magában hordoz”.⁷ Vagyis *a jelenleg is regnáló társadalmi attitűd többnyire hazug premisszákon alapul és ez oly mélyen beágyazott a kollektív tudatban, hogy igazán fel sem ismerhető, mivel kívül van a társadalom felismerhető tudati tényezőin.*

6. *A fennálló jogrendszer tagadásának problematikája.* Az előbbiekből is látható, hogy a *kritik* mind a társadalmi tudatban, mind pedig a jogi intellektuális halmazban látják a „tévutakat”, ezért, hogy egy helyes utat (*Right of Way*) megtaláljanak, a korábbi társadalmi és jogi eszméket fel kell számolni, s mindehhez – álláspontjuk szerint – két feltétel szükséges. Ad1. A *misztifikáció* megszüntetése: „levetni a jogi eljárásokról a vakolatot, hogy a politikai döntések láthatóvá váljanak”.⁸ Ad2. A *delegitimáció* elérése, ami – a jog esetében - meg tudná szüntetni a lehetséges jövő konkrét döntéseit, és mindezt a társadalmi tudatban egy absztraktabb igazságossági szinten képes lenne realizálni.⁹ A CLS teoretikusai szerint, ha a liberális elveket „lemeztelenítjük”, nyilvánvalóvá válik, hogy ezek a premisszák nem feltétlenül a mindennapi élet eseményeinek „szülőttei”, így megváltozna a társadalom önmagához, annak tagjainak pedig egymáshoz való viszonya. Másképpen mondva: napjaink jogi doktrínáinak ideája és a mindennapi élet praktikuma között mély szakadék, hatalmas ellenmondás van.¹⁰ Ha mondjuk, a közjog oldaláról tekintjük a demokrácia alapelveinek tekinthető, hogy a többség döntése (akár közvetlen,

⁷ ALAN DAVID FREEMAN i.m. 1230–1231. pp.

⁸ JOHN HENRY SCHLEGEL: *Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies*. 36. Stanford Law Review. 391–411. 1984: 401. p.

⁹ ALAN DAVID FREEMAN i.m. 1230–1231. pp.

¹⁰ Ez persze nem jelent egyféle „jogi terrorizmust”, mivel a kritik más premisszákat és logikai formulákat javasolnak a valóság – főleg a hétköznapi életnek megfelelő – tényleges feltérképezéséhez, az annak megfelelő szabályok megalkotásának és alkalmazásának feltételeihez. ALAN DAVID FREEMAN i.m.

akár reprezentatív módon) szolgáltatja a jogszabályok alapját, *de jure* minden választópolgárnak van szavazati joga. Ugyanakkor ez a realitásban csak a társadalom bizonyos szegmenseinek a döntése, és más rétegek (például szegénységben élők, kisebbségek, stb.) sokkal kevesebb hatást tudnak kifejteni, vagyis *de facto* a demokratikus alapelvek nem veszik figyelembe a társadalom minden aspektusát. Ráadásul – például *Freeman* szerint – a jog elvárása, hogy „minek kellene lennie”, ellentmond a realitásnak, hogy „mi van”, aminek a legfontosabb következménye, hogy a társadalomban lévő ellentmondások rejtve maradhatnak, és felruházza az emberek közösségét azzal a szemlélettel, hogy a „világ relatíve fair és igazságos”, s az igazság ígérete egyúttal meg is akadályozza a szociális, politikai vagy gazdasági intézmények megváltoztatását, illetve annak igényét. Mert a valóságban, a társadalomban az egyenlőség helyett a megkülönböztetés dominál, annak minden válfajával, mint hierarchia, különbségtétel nem feltétlenül, rassz vagy éppen osztály szerint.

7. *A módszertan eklektikussága.* Amennyiben a Kritikai Jogi Tanulmányok módszertani kérdéseit szofisztikátabban át akarjuk tekinteni, egy sarkalatosnak tűnő kijelentéssel lehet a folyamatot kezdeni, mely *Debra Livingston*-tól ered: „a kriteknek nincs egy meghatározható metodológiai megközelítése”.¹¹ Bár azt is hangsúlyozza, hogy az előbbieket ellenére, különféle diszciplínák variábilis metodológiáját forrásként használják, de mik is azok a tudományterületek, amelyek konvencionális módszertanai - többségében legalábbis - megtalálhatóak. Elsőként említhető a *társadalomelméletek módszertana*, ami egyértelműen a szociológiából deriválható, s ebben megtalálható természetesen a *marxi*, *neo-marxi* perspektíva, a konfliktusteóriák, a *weberi* álláspont vagy a strukturális funkcionalizmus. Mindezekből azokat a részleteket emelték ki, amelyek hasznosak lehetnek számunkra, hogy feltárják az emberi viszonyokat, illetve a mögöttük álló jogi doktrínákat, s intellektuális táptalajul szolgálnak a tőkés társadalom elnyomó rendszerének felismerésében és esetleges megváltoztatásában.¹² Másodsorban - noha furcsán hangozhat – a *kritikai szemlélet* szintén metodológiájuk szerves részét alkotja, mintegy át- és áthatja, amely többek között, de talán leginkább kimutathatóan a Frankfurti Iskolához köthető, amely intellektuális közösségben olyan nevek találhatók, mint *Herbert Marcuse*, *Erich Fromm*, *Max Horkheimer* vagy *Jürgen Habermas*. Az iskolára jellemző volt a *Georg Hegeltől* eredeztethető negatív dialektikus gondolatmenet. Ez *Herbert Marcuse* jellemzése szerint egy folyamat, ami során „akkor jutunk el a tények igazi jelentéséhez, amikor az ellentmondásokon keresztül elutasítjuk azokat a tényeket, amelyek igazságként vannak számunkra prezentálva”.¹³ Végül pedig többnyire közös jellemzőként említhető, a szövegmagyarázat, a szövegek értelmezése, általában az *interpretáció szerepének* és a *narráció fontosságának* kiemelése. A jog esetében ez a

¹¹ DEBRA LIVINGSON: *Round and Round the Brumby Bush: From Legal Realism, to Critical Legal Scholarship*. 95. Harvard Law Review. 1669–1690. 1982: 1669. p.

¹² JAVIER A. TREVINO: *The Sociology of Law. Classical and Contemporary Perspectives*. Transaction Publishers. New Brunswick (U.S.A.) London (U.K.) 2008. 195. p.

¹³ HERBERT MARCUSE: *Ész és forradalom*. Társadalomtudományi Könyvtár. Gondolat. Budapest, 1982. 26–27. pp. Hegel és a társadalomelmélet keletkezése: Hegel filozófiájának alapjai, a társadalomelmélet keletkezése, a marxi elidegenedés és a munka problémájának kérdése, illetve a pozitívizmus. Például a liberális jogelvek alapjául szolgál az a premissza, hogy mindenki a saját jólétét és boldogulását keresse, ugyanakkor él az a kulturális érték is, miszerint az egyéneknek gondolni kell mások, a közösség jólétére (ezáltal saját jólétére) is; ez pedig ellentmondás, ami segíthet megérteni a liberális jogállamot, továbbá azt a társadalmi kontextust, amiben elveik elterjedtek.

jogi szövegek (írott szavak) explikálása és a hozzá kapcsolódó „történetek” (a retorika) együtt mutathatják meg a jogelvek, jogkonceptiók és elméletek igazi valóját. S ebben az intellektuális elképzelésben sokat merítettek a dekonstrukcionalizmusból: a szöveg és a történet színopszisa hozzásegíthet a szöveg felületén való áthatolásához, megmutatva a márkánsan ki nem nyilvánított, rejtett jelentések sokaságát is. S amennyiben a két vizsgálandó részre – mint szövegre és történetre - osztott mű (legyen az irodalmi, jogi, teológiai, etc.) kettősségének jelentése elválik egymástól, dekonstruálva lesz, hiszen azok struktúrája és logikája megkérdőjelezhetővé válik. Az említett tudományos irány a CLS számára természetesen a jogi doktrínakon belüli narratív inkonzisztenciának, a szövegek és az elvek ellentmondásosságának kimutatására vált leginkább hasznossá.

S ha „levernék a vakolatot” a liberális doktrínákról, delegitimálnák azokat, a társadalom meglátná, talán meg is találná önmagát, és végre transzparens lenne a „körülöttünk lévő valódi világ”; ha pedig a közösségek látják mindezt, akkor lehet csak igazán az elnyomó társadalmi rendszer transzformációjáról beszélni. S érdekességképpen említhető, hogy egy magánjogi elvekből is levezethető egy komplex társadalmi realizmus, vagy annak egyféle nézete.

II. A Kritikai Jogi Tanulmányok ikonja: Duncan Kennedy

1. A szabályok és sztenderdek kérdése

Duncan Kennedy a Harvard Egyetem jogászprofesszora 1976-ban publikálta „A magánjogi igazságszolgáltatás formája és lényege” címmel a mai napig is a Kritikai Tanulmányok magját szolgáltató munkáját.¹⁴ A műben *Kennedy* „ecseteli” a lingvisztikai stílus és a retorikai mód kettősségének kimutatásával a jogelvek szintjén megjelenő etikátlan kettősséget: az individualizmust és az altruizmust. Elsősorban esteken keresztül mutatja meg, hogy a különféle értelmezési módszerek mellett a magánjoghoz tartozó tényleges, faktikus kérdések hogyan válnak szabályok és sztenderdek kettősségévé, és az altruizmus a standardokat, az individualizmus pedig a szabályokat favorizálja az értelmezési keretek között. S ez egyáltalán nem egy irodalmi, retorikai, kognitív összeesküvés, hanem egyszerűen csak egy teljesen más társadalomfilozófiai problémakörből kiindult, mégis egységes textura alapján történő, különböző világlátási, szemléletbeli összeütközések eredőjeként definiálható jogfilozófiai és jogszociológiai probléma. A kétféle attitűd pedig nála a jó és rossz utópikus ellentétes víziója, a jó és a rossz megtestesülése pedig a *individualizmus* és az *altruizmus* antagonisztikus ellentétként való felvázolásának párhuzamaként jelenik meg.

Duncan Kennedy (1942-) a Harvard Jogi Karának (*Harvard Law School*) a jogtudomány professzora, a Kritikai Jogi Tanulmányok, tudományos mozgalom alapító tagja. 1964-től a Nemzeti Hallgatói Önkormányzat ellenőrzését végezte, majd később a Yale Jogi Karán

¹⁴ DUNCAN KENNEDY: *Form and Substance in Private Law Adjudication*. Harvard Law Review. Vol. 89. No. 8. 1976.1685-1778. <https://duncankennedy.net/documents/Form%20and%20Substance%20in%20Private%20Law%20Adjudication.pdf>

(*Yale Law School*) szerez diplomát, majd a Legfelsőbb Bíróságon Potter Stuart bíró vezetésével bírósági titkárként (*clerk*) dolgozott. Majd 1976-tól a Harvardon oktatott, 2010-ben és 2011-ben több amerikai és kanadai egyetem részesítette tiszteletbeli doktorátusban. 1967-től pedig tagjává vált az Amerikai Polgári Szabadság Egyesületének (*American Civil Liberties Union*). Társadalomtudományi elkötelezettsége bizonyos szempontból liberálisnak is mondható, de sok más elemet is tartalmaz, annak kritikáját, a hierarchia visszáságainak felmutatását, de neo-marxista elemek is megtalálhatóak elméleteiben.¹⁵

Mindenekelőtt érdemes figyelmet szentelni a *szabályok* és *sztenderdek* problémakörének. A szabályok olyan formális jogi normák, amelyek előre kalkulálható módon, determinálják a jogesetekben való döntéseket. Ezzel ellentétben a sztenderdek olyan informális jogi normák, amelyek az esetek partikularitásainak kérdéseire „szabja” annak eldöntését. *Kennedy* szerint a szabály-standard kontinuum a jogi formalizmus szintjén található. A jogi formalizmus, ami a jog működési alapját szolgáltatja három dimenzió szerint karakterizálható: 1. a szabályok formális realitása ellentétben a standardok informalitásával; 2. az általánosság, és partikularitás kérdése; 3. a formalitás és a szabályok, mely utóbbiak funkciójaként realizálható az emberi magatartás „helyességének” elősegítése vagy a „helytelen” magatartástól való tartózkodás.

1) *A szabályok formális realizálhatóságának és az elvek informális jelenlétének problémája.* A legegyszerűbb megfogalmazásban ez azt jelenti, hogy egy bíró ítélete meghozatalakor szükségképpen a pusztán, konkrét, merev és szigorú *szabályokra* hivatkozik; több okból is eredeztethetően. Egyrészt, mivel ezzel megőrzi annak látszatát, hogy a bíróság nem *ad-hoc* dönt, hanem a döntés „egy jól felderített tényállás alapján és egy jól körülírt jogszabály összevetésének eredményeképpen jött létre.”¹⁶ Ez a valóságban ténylegesen képes kiszámítani a jogi következmények megjósolásának meglehetősen bizonyosságát, ezáltal egyféle kiszámíthatóságot, amit a közgazdaságtan természetesen – saját logikájának megfelelően – üdvözít és egymás támogatását, mintegy a „rokonságot találják meg” a kétféle tudáshalmaz között; vagyis támogassák a kapitalista gazdaság és a társadalom struktúráját. (Holott!) Holott ezzel ellentétben az informális elvek (melyek többnyire a jogi oktatásban explikálódnak) lehetőséget adhatnak a döntéshozónak, hogy a szituációhoz mérten érthető, értékelhető, egyúttal a szubjektivitásnak is teret engedő specifikumait is figyelembe vett szentencia jöhessen létre, aminek viszont egyenes következménye lehet az abszurdítások elkerülése, párhuzamosan a bizonytalanság és az adminisztrálhatóság hiányának hátrányaival.¹⁷ Így jogszociológiai szempontból a szabályok igyekeznek a bíróságokat megakadályozni abban, hogy beavatkozzanak a felek szerződéses viszonyába, míg az elvek figyelemmel lehetnek az előnytelen helyzetben lévő fél(felek) védelmére.

¹⁵ Vö.: JAVIER A. TREVINO. i.m. 396. p.

¹⁶ „A tökéletesen felderített életbeli szituációnak megfelelő, tökéletesen meghatározott jogi érvelés utáni tökéletes döntés.” ANDREW ALTMAN: *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*. Princeton University Press. Princeton. New Jersey. 1990. 107. p. S ez még hasonlít is *Weber* formális racionalitásához, miszerint minden döntés hatékonyságának feltétele a kiszámítható, logikus, és univerzális döntések szabályszerű ismétlődése.

¹⁷ Ez utóbbi probléma a weberi meghatározás szerint az emlékezet rögzítésének hiánya, így annak átadási problémáinak előtérbe kerülése. Vö.: MAX WEBER: *Gazdaság és társadalom*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest, 1967.

2) *A generalizmus és a partikularizmus kérdése* esetében az előbbi képes megmutatni, hogy mennyi olyan normatív elv létezik, amelyre hivatkozni lehet az igény érvényesítése miatt. Ezzel együtt a generalitás bizonytalansága sok esetben a realitás bizonyosságának záloga is lehet, és a szabályok biztonsága akár a félreértések sokaságát is produkálhatja. (Példaként említhető, hogy a cselekvőképesség egyik feltétele egy bizonyos életkor betöltése, ám az értelmi érettség nem feltétlenül egy meghatározott határnaphoz köthető, hiszen ez személyenként – akár éves időintervallumokban is – változó, ezért a szabályok sok esetben túlzott általánosságokat, bizonytalanságokat, a realitásban pedig társadalmi feszültségeket is okozhat.¹⁸

3) *Formalizmus vagy a „helyes viselkedés” problematikája*, már inkább a szabályozások és az elvek kontinuumának fényében értelmezhetők. Miszerint a közszférához tartozó jogintézmények, szabályokat érvényesítő szervezetek, (mint ügyészség, büntetés-végrehajtás, rendőri kényszer, etc.) biztosíthatják a felek és a döntést hozó szervek közötti megfelelő kommunikációt (s itt érvényesülnek az elvek kevésbé) ezzel együtt a formális szabályok a jövőbeni magatartás mércéjéül is szolgálhatnak. Főleg abban az esetben, amikor a felek közötti kapcsolat akár a jövőre nézve is tartós viszonyt, jogviszonyt jelenthet; vagyis a helytelen magatartástól való tartózkodás vagy a megfelelő viselkedés megjósolható.

2. *Az individualizmus és az altruizmus kettőssége*

Előrevetítve szükséges megjegyezni, hogy *Duncan Kennedy* elsősorban magánjoggal foglalkozott, s ennek következtében a magánjog logikájából és annak – a jogszociológiai esetében lényegesebb - társadalmi relevanciáját helyezte fókuszpontba, így (noha sok esetben értelmezési módszereit kiterjesztette) ám az interpretációs keretek némileg korlátozottak. A felvetett dichotóm kérdés azonban túlmegy nemcsak a tétéles jogtudományon, a jogszociológián, de a jogelméleten és jogfilozófián is; egyúttal felvet filozófiai, társadalomfilozófiai, szociológiaelméleti, szociálpszichológiai, történeti, etc. s általában a széleskörű kognitív tudományok területén megjeleníthető kérdéseket, illetve ezek együttesen vezethet némi distinkcióhoz vagy éppen optimalizációhoz.

Persze az *individualizmust* általában úgy definiálják, hogy az individuumok „önmagára vonatkozó kényszere mások jogainak tiszteletben tartása érdekében”;¹⁹ ám - például *Kennedy* szerint - ez egyértelműen csupán egy liberális, hangzatos politikai doktrína, aminek társadalmi funkciója nem más, mint fenntartani a személyes önérdek mindenáron való érvényesülését. Az önérdek pedig, mivel minden egyes individuumnak érdeke, az egész társadalom érdeke, vagyis az egész szociális jólét az „élni és élni hagyni” maxima alapján tökéletesen működőképes lehet. *Kennedy* szerint a jog világán belüli diskurzusokban az individualista elem abszolút domináns szerepet játszik. A fentiek ellentétének tekinthető az *altruizmus*, ami *Kennedy* megfogalmazásában „egy olyan hitvilág, miszerint

¹⁸ ANDREW ALTMAN i.m. 108. p.

¹⁹ MARK G. KELMAN: *A Guide to Critical Legal Studies*. Trashing. Harvard University Press. Cambridge. Massachusetts. 1987. 16. p.

valaki nem helyezheti saját érdekeit mások fölé”.²⁰ Vagyis az altruizmus indukálja a diszt-ribúciót és az áldozatvállalást; vagy, ahogy az ősi biblikus formula is mondja: „Szeresd felebarátodat, mint tenmagadat”. Persze az a tény, hogy az individualista eszmék domi-nanciája figyelhető meg a jogi diskurzusokban, nem jelenti azt, hogy az altruizmus nincs jelen, így ki lehet jelteni, miszerint e két eszme a jog szubsztanciális szintjének legin-kább meghatározó intellektuális vonulata. S ha megnézzük, milyen összefüggések vannak az említett sztenderdek és szabályok között, kereshetjük a konnekción a jog szubsztanciája és formája között. Mindez pedig dialektikában, egymással versengő érdekek mentén szemlélve, mint például individuális jogok kontra mások jóléte, egyén vagy közösség, egyéni akarat érvényesülése kontra jogvédelem, önös érdekek vagy szolidaritás, érthetőek meg a szubsztanciális kérdések, mint a humaniorák problémái, a társadalom, illetve min-den, ami az emberhez köthető. S attól függően, milyen „utópikus” vízióval bírunk, prefe-rálunk egyfajta értékrendet, ami magával hozza, milyen retorikai mód válik preferálttá egy másikkal vagy többel szemben. *Kennedy* véleménye alapján, ahhoz hogy megértsük a forma és a szubsztancia közti kapcsolatot, két kérdés elemzése szükséges: 1. a vázolt két retorikai metódus konfliktusának történeti áttekintése; 2. arról, hogyan működik az individualizmus és az altruizmus problémájára szubsztantív szinten információ szerez-hető a formális szinten zajló szabályok és standardok retorikájából.

2. 1. A jogi retorikai módok történeti konfliktusának elemzése

Duncan Kennedy az előbb említett dichotómiák történeti konfliktusában három peri-ódust különböztet meg: a korai szakasz, ami körülbelül a XIX. század első felét teszik ki (nagyjából az amerikai polgárháború végéig, majd az utána következő időszakot a II. Vi-lágháború kezdetéig, majd az utána következő, napjainkig tartó egyelőre félig nyitott idő-intervallumot.

1) Az első periódus körülbelül 1800-tól az 1870- es évekig tartó időszakot öleli fel, s *Kennedy* szerint ebben az időszakban az individualizmus és az altruizmus eszméi ugyan léteztek, de nem még nem váltak rivalizáló ideológiákká, hiszen a korabeli jogi diskurzu-sokra a politika éppúgy hatással volt, mint a moralitás problémái. Ugyan ebben az idő-szakban óriási volt az érdeklődés a szabadpiaci kapitalizmus iránt, aminek eredménye-képpen a gazdasági fejlődéssel párhuzamosan az individualizmus eszméinek befolyása jelentősen növekedett és fokozatosan kialakult egyfajta ellentét a korabeli teokratikus (Is-ten szabályain) vagy a természetjogon alapuló altruista gondolatvilággal szemben. Áltá-lában még a közösségi szellem érvényesülése volt a jogon belül domináló, de alkalman-ként már megfigyelhetővé vált az individualista gondolatok előtérbe kerülése is.²¹ Vagyis röviden még a közösségi gondolatvilág érvényesült, de a gazdasági fejlődés érdekében egy politika és erkölcsi világ között még – talán kényszerűnek is mondható – együttmű-ködést lehetett találni.

²⁰ DUNCAN KENNEDY i.m. 1717. p.

²¹ DUNCAN KENNEDY i.m. 1727. p.

2) A következő időintervallum 1850-től 1940-ig datálható és röviden a jogi formalizmus időszakának tekinthető vagy, ahogy *Kennedy* nevezi a klasszikus jogi individualizmus kora. E korszakban nemcsak a jogi retorika távolodott el az altruizmustól, de egyenesen elutasító volt a szellemi irányvonallal szemben, s ez a fajta gondolati megközelítés érvényesült már nemcsak a politikában, de a gazdaságban és a jogban is. A klasszikus individualista gondolkört inspirálták természetesen más történelmi események, filozófiai szellemi áramlatok is, mint a felvilágosult filozófusok gondolatai, az ezekhez kapcsolható liberális premisszák, mint például az *emberek veleszületett természetes jogai* vagy az *akarat és gondolkodás szabadsága*, továbbá a korabeli szociológiai jellegű (*Herbert Spencer, William Graham Sumner*) teóriák által popularizált *szabad, szükséges és állandó verseny*. Ennek jól látható jogi következménye volt a kötelekben *expressis verbis* kimondott felelősség, miszerint minden szerződő fél felelős a „szabad akaratából” megkötött szerződés következményeiért, mind magával, mind a szerződő partnerrel kapcsolatban (ez alól mondjuk csak a szerződésen kívül okozott károk lehetnek kivételek). Másképpen fogalmazva, a gazdasági növekedéshez szükséges kontraktuális felelősségen túl, a társadalom tagjai nem tartoztak semmilyen kötelezettséggel egymás iránt, így a magánjog, amely talán elsősorban hordozta az előbbi ideákat, mélyen behatolt az amerikai (és nemcsak az amerikai) kulturális értékek rendszerébe, s így általánossá vált a szabadság értékeit hordozó magántulajdon, a személyhez fűződő jogokat, s ezek biztonságát szolgáló társadalmi attitűd. Mindez pedig a jog semlegességének alapelveivel ellentétben meghatározta annak szubsztanciális tartalmát is.

3) Utolsóként említhető az 1900-tól napjainkig terjedő félig nyitott időintervallum, amit a klasszikus individualizmus részbeni elutasítása jellemez, részben azért mert az említett ideológia nem tudta megfelelően reprezentálni az amerikai intézmények individualista karakterét, másfelől pedig mert (elsősorban az eltelt idő okán) lehetővé vált a már meggyökeresedett kulturális értékekből, mint tulajdon, szabadságjogok, etc. konkrét szabályokat dedukálni. *Kennedy* szerint ezért a jogi diskurzus ismét a XIX. század első felének – a politika és a moralitás distinkciójának - szellemi miliője felé fordult, azonban egy kis hangsúlyváltással: a politikát már nem tekintették abszolút individualistának, a moralitást pedig abszolút altruistának. Ehelyett már konfliktusok találhatók a politika, illetve az erkölcs intellektuális világán belül is, s ezek az ellentmondások át- és áthatják a magánjog doktrinális diskurzusát, mégpedig a következő ellentétpárok körül: 1. közösség vagy autonómia; 2. strikt szabályozás kontra orientáló normák; 3. paternalizmus vagy önállóság.²²

Az elsőként említett ellentétpár a *közösség és autonómia* problémájának központi kérdése, hogy „milyen kötelezettségek terhelnek valakit egy másik személlyel szemben, amennyiben nincs közöttük kontraktuális viszony?”. Nyilván az egyéniesítést hangsúlyozó elvek szerint a javak megosztása, illetve bármiféle áldozatvállalás mások irányába felesleges, méghozzá két irányban is: egyrészt akár a kontraktuális felelősség minimalizálása is növeli az önérdek érvényesülésének/érvényesítésének lehetőségét, másrészt a konkrét szabályok mentesítik a feleket a szerződéses kötelezettségektől, így még inkább limitált a javak megosztása. Az altruista politika viszont ellenben a jogi felelősségvállalás kiterjesztése mellett érvel, ami a szolidaritás és a közösségi kapcsolatok erősítését szolgálja.

²² Uo. 1976: 1731.

Másodikként aposztrofált a szigorú normativitás, illetve a „gyenge” szabályozás kérdésének fő problémája, vagyis milyen mértékben szükséges valamelyik konfliktusban álló fél számára a jog által támogatott hatalmat biztosítani a másik féllel szemben, hogy érvényesítse érdekeit, aminek eredményeképpen a másik fél az eredetnél jóval gyengébb pozícióba kerülhet. A gyengébb félnek (mint például a kisebbségek, elítéltek, etc.) esélyt adhat a tárgyalásra olyan szerződések elkerülése érdekében, melyeket az erősebb fél esetleg „kikényszeríthetne”. Az individualista pozíció szerint a jog feladata a privát szféra védelme és hogy annak minél nagyobb teret engedjen, s ne avatkozzon be a személyes szabadságba, még akkor sem, ha ez a gazdasági értelemben vezető pozícióban lévő előnyhöz juttatja. A közösségi elvek szerint azonban a bíróságok feladata épp az előnyt élvező fél tevékenységének regulaív mederbe terelése, ami biztosítja a jogok és kötelezettségek kiegyenlítését és az igazságosság megfelelő érvényesítését. (Mellesleg a szocialista polgári jog és eljárásjog éppen ilyen szemléletet hordozott.)

Harmadsorban pedig a *paternalizmus és önállóság, önérvényesítés* kérdése, ami *Anthony Kronman* jogfilozófus szerint nem más, mint hogy milyen mértékben szabályozható valakinek a cselekedete annak ellenére, hogy amit tenne, az saját jólétének szolgálatában állna.²³ Persze a közösségi elv alapján a paternalizmus a leginkább helytálló jogi szemlélet, amire a család büntetőjogi vagy a megtévesztés polgári jogi tényállása hozható fel egyik legjobb példaként, mivel a család tényállása kontrollálja, védelmezi a jogaitól megfosztott személyt, esetlegesen megvédi a jogosultat saját „hiszékenységtől”, akár megakadályozva egy számára egyenlőtlen szerződés megkötését. Az individualista pozíció azonban azt mondja, hogy az autonómia szabadsága többek között azt is jelenti, hogy mindenkinek megengedett „hiszékenynek” lenni, saját magának kárt okozni, vagy elutasítani bárki tanácsát.²⁴

2. 2. A szabályok és standardok általi információ megvilágíthatja az individualizmus, altruizmus kettősségének kérdését

Az említett szituáció – nem véletlenül – kísértetiesen emlékeztet a marxi, neo-marxi alapfelépítmény koncepcióra, miszerint azon túl, hogy az alap többé-kevésbé determinálja a felépítményt, ez utóbbi is információt szolgáltat az alap kvalitásáról és kvantitatív tényezőiről.²⁵ Ez a hasonlóság persze tényleg nem véletlen, s többek között ezért is illetik a Kritikai Tanulmányokat egy neo-marxista koncepció továbbélésének, s ebben a tekintetben a módszertan ismeretes, így származása is ismerős, ugyanakkor ez csupán az elméleti és egyúttal empiriával is alátámasztott szellemi projekt – sok más metodológiai alapvetéssel együtt – egyik, bár meghatározó, aspektusát jelenti. Méghozzá a következőképpen.

²³ ANTHONY T. KRONMAN: *Paternalism and the Law of Contract*. 92. Yale Law Journal. 763–798. 1983. 763. p.

²⁴ DUNCAN KENNEDY i.m. 1737. p.

²⁵ Ez nem az a durkheimi feltevés, miszerint például a jog minden tekintetben informál az annak alapjául szolgáló például gazdasági folyamatoknak, mert így, ha összevetjük a XIX. századi Német Polgári Törvénykönyvet a francia *Code Civil*el, akkor a német kódex terjedelme körülbelül húszszorosa a franciának, tehát a német gazdaság húszszor fejlettebb a franciánál. Ez nyilván nem igaz, a marxi, illetve neo-marxi álláspont ezt az említett hipotézist természetesen elvetette, de közvetett információk nyerhetők a felépítményből is.

Kennedy (és általában a CLS) szerint a modern individualista diskurzus formális és szubsztanciális argumentációja többé-kevésbé megegyezik a szabályozások előtti gazdasági szituációnak és elveknek, hiszen mindkét esetben és korban az intervencióellenesség (volt) tapasztalható. Nyilván az individualisták álláspontja, hogy a normatív beavatkozás megszegi a személyes és természet adta jogokat. Ebben az értelemben a sztenderdek az esetekhez mérten túl konkrétak, azokra „öntötték”, a szabályok viszont „hézagosak”, relatívak, vagyis a sztenderdek alapján közvetlenül az eset specifikumaira lehet koncentrálni, a szabályok nagyobb mozgásteret biztosítanak, a magatartások szélesebb köre lehet megengedett az értelmezési kérdések miatt, míg ezzel együtt más magatartások meg nem engedettek egy másik értelmezési mód alapján. Rövidebben szólva, *a szabályok csupán közvetetten tudnak beavatkozni a privát, személyes szférába.*

A gazdasági és társadalmi beavatkozás másik – egyúttal talán a legfontosabb – aspektusa, hogy a gazdasági tényezők egyre nagyobb profitra törekszenek, s egyáltalán nem áll érdekükben törekvéseiket gátak közé szorító jogi normák meghozatala, illetve annak betartása, alkalmazása. Vagyis ez a jogi beavatkozás *feladását (abandonment)* jelenti; miszerint a politikai adminisztrációnak redukálna vagy megszűnne az a kötelessége, illetve lehetősége, hogy a létminimum alatt élő (akár éhező) állampolgárok érdekében másokat „kényszerítsen” azok megsegítésére, hiszen – álláspontjuk szerint – ezzel akadályozná a gazdasági produktivitás növekedését.²⁶ Ezzel párhuzamosan pedig egy másik folyamat elősegítése is megtörténhet: azokat, akik nem tudják a legnagyobb gazdasági produktivitást elérni, egyfajta normativitás általi büntetésben is részesülnek. *S itt találkozunk az individualista értelemben vett primitív vagy pre-kapitalista társadalmi szemlélet a modern kapitalista attitűddel, mintegy a marxi elmélet individualista reinkarnációja!*²⁷

Végül pedig – a formális és szubsztanciális kategóriákkal kapcsolatosan – amellett érvelnek, hogy a darwinizmus szociális formája (szociáldarwinizmus) csak alátámasztja a liberális doktrínát, miszerint a leginkább alkalmasak lehetnek életképesek a társadalmi lét túlélésére.²⁸ S ehhez épp szükségtelen mindenféle jogi beavatkozás, hiszen az csak

²⁶ Ennek alátámasztására szolgálhat, hogy a formális jogszabályok előtti időkben a társadalom a formalitás feleslegességére, a valós akarat prioritására hivatkozott. Napjaink szituációjában pedig a jogi beavatkozás aggályos, mivel nem lehet a jog általánosságát minden specifikus esetre alkalmazni. (Példaként említhető, hogy egy örökhatározó, ha nem megfelelő formában írja/írta meg végrendeletét, az érvénytelen, ám így ez az ő akaratával is ellentétes. Az említett problémára pedig a megoldás: a nem beavatkozás, a jogi formalizmus a gazdasági kérdések valós megoldásának gátja, illetve csupán egy minimális mértékű normatív előírás lehet hasznos az egész társadalom számára. Vö.: JAVIER A. TREVINO. i.m. 401. p.

²⁷ S meglehetősen könnyű a társadalmi szemléletben is megtalálni a megfelelő igazolást, mint például „Aki nem dolgozik, ne is egyék”, vagy „a vásárlónak kell az áru minőségére, mennyiségére figyelni”, s ez csak néhány példa, melyet nem a valóságos jogszociológiai szituáció, hanem az idő által meggyökeresített szokás indukált. Vö.: Uo. 401. p.

²⁸ Ezt talán érdemes lenne *megfordítani*: nem a darwinizmus indukálta annak társadalmi formáját, hanem sokkal inkább a társadalmi (akkoriban tőkés, kapitalista, liberális, etc.) szituáció hozta létre az egész élővilágra kiterjesztett szemléletet, amelyet *Charles Darwin* explikált. Vagyis ez a fajta biológiai szemléletmód csupán a korabeli szociális helyzet magyarázatára egy „tudományos” és egyúttal nevesített igazolási pontot, illetve azt egy általánosított, megváltoztathatatlan – ha tetszik biológiai – jelenségként láttatta, ami a kor társadalmi struktúráját egyúttal antropológiainak is tüntette fel. (A tőke, a tulajdon kizárólag a túlélésért folytatott verseny eredményeként a legkiválóbbak jutalma, ami – mintegy szociológiai párhuzamos jelenség – eléggé hasonló a középkori nemesség Isten általi jogainak megtestesítésével.) *Hiszen, ha az egész élővilágban ez történt és történik, akkor az ember világában is így kell*

torzítja a természetes folyamatokat, mivel a gazdaságilag sikeresek már bizonyítottak, így ők a piaci beruházások motorjai, ami végső soron az egész társadalom javát szolgálja.

A jogi formalizmus szintje pedig egyértelműen a szociáldarwinizmus elvein alapul, mivel a sztenderdek, amelyeket a bíróságok felhasználhatnak a társadalmi valóság keretein belül a speciális jogi szituáció megítélésakor, ellentétben a szabályokkal, amelyek épp a jog általánossága miatt önkényesek, így nehezen illeszthetők egy konkrét helyzethez, mely intellektuális konstrukció sokszor a humaniorák kategóriáiban már nehezen „felfogható”.

Rövidebben a jogszabályok a gazdasági, társadalmi szempontból magasabb pozícióban lévők érdekei számára előnyösek, mivel minimalizálják a jogi és a társadalmi beavatkozás mértékét. Vagyis összefoglalva a jogi retorika szintjén – a sztenderdekkel ellentétben – azért hoznak és alkalmaznak konkrétabb szabályokat, mert azok általánossága nem nézhet a norma mögé, így nem veheti figyelembe a társadalmi realitást, s mindez a gazdaságban előnyös helyzetben lévők érdekét szolgálja.

III. A hatalom, tudás és a kontraktus doktrínája

1. Duncan Kennedy gondolatainak továbbvitele

Folytatva a korábbi gondolatmenetet érdemes egy kis figyelmet szentelni *Clare Dalton* téziseire, aki megpróbálta dekonstruálni a szerződésekkel kapcsolatos, általános bevett doktrínákat, felhasználva egyrészt *Duncan Kennedy* gondolati szálait továbbvinni, másrészt hangsúlyozva a doktrínák mögött meghúzódó – a jogi valóságot átítató – indetermináció problémáját.

Clare Dalton 1988-ban kezdte oktatói pályafutását a *Northwestern University* Jogi Karán és 2000-ben nevezeték ki egyetemi tanárrá. Fő kutatási területe a párkapcsolaton belüli erőszak és a feminista jogi gondolkodás. Már 1985-ben publikálta a szerződési joggal kapcsolatos kérdések elemzését a *(Essay in the Deconstruction of Legal Doctrine)* amely áttörésnek számít a jogtudományban a kötelmi jog és a feminista jogelmélet, jogszociológia kombinációjával. Ezen túl kutatási területei közé tartozik a családi jog, a szerződésen kívül okozott károk joga, illetve a modern jogelméleti irányzatok. Dalton volt megalapítója volt a Családon Belüli Erőszak Intézetének (*Domestic Violence Institute*) s többek között ezzel is nemzetközi elismerésre tett szert; továbbá később oktatott a Washingtoni Jogi Főiskolán (*American University's Washington College of Law*), illetve a Harvard Jogi Karán (*Harvard Law School*) is.²⁹

Dalton analizisének kiindulópontja, hogy a kötelmi joggal kapcsolatos diskurzus eredendően átítató hatalmi kérdésekkel (autoritás, kényszer, jogi intervenció) és tudással

lennie. Vö. CHARLES DARWIN: *Afajok eredete*. Természetes kiválasztás útján. Kampis György fordításában és előszavával. Neumann Kht. Budapest. 2004. Elektronikus kiadvány a Magyar Elektronikus Könyvtárban. <https://mek.oszk.hu/05000/05011/05011.pdf>. 2020. augusztus 7.

²⁹ JAVIER A. TREVINO i.m. 402. p.

(ismeretekkel, interpretív problémákkal, a megértéshez kapcsolódó kultúrával). A *hatalmat* általában a közjoghoz kötik, mint alkotmányosság, államforma, közigazgatást, etc., ám *Dalton* szerint ez a fajta köz- és magánjog dualisztikus megközelítése nem ilyen egyértelmű, mit több egymás nélkül nem is megérthető, nem is magyarázható.³⁰ Bár talán erre *Dalton* szavai a leginkább kifejezőek:

„*Mi az, ami elválaszt engem másoktól, vagy összeköt másokkal? Milyen ígéreteket kell más egyénektől kapnom ahhoz, hogy azok engem befolyásoljanak? El tudom-e hinni ezeket az ígéreteket, hogy utána alávessem magam a következményeknek? Képes lehetek arra, hogy az előnyök, a közösséget és nemcsak engem illessenek? S végül mi lehet az állam szerepe abban, hogy szabályozzák másokkal való kapcsolataimat?*”³¹

S a fenti kérdések vezették rá *Dalton* arra, hogy *Duncan Kennedy* „a fundamentális kontradikcióról” szóló 1979-es koncepcióját újra felfedezze, amelynek lényege az individuumnak másokkal való kapcsolata: az egyének szüksége van másokra, hogy fenntartsa magát, és saját biztonságát. Ugyanakkor a társadalom (vagyis mások) fenntartja az egyének öntudatát (erkölcsileg, jogilag, etc.). Ám ezzel párhuzamosan – elég csupán történelmi tényekre gondolni – a közösség képes egyének vagy azok tömegeit is fizikailag, illetve pszichikailag megsemmisíteni. Az eredmény pedig, hogy az egyéneknek szükségük is van másokra, de félnek is azoktól. A következmény pedig: ahhoz, hogy az egyén megszerezzen valamilyen jogosultságot (cselekvéseihez szabadabb „mozgásteret”, elismerést másoktól, etc.) a társadalmi elvárásokkal szemben konformitást kel mutatnia. A nevezett konformitás igen magas ár, mivel ezzel kölcsönösen kényszerrel gyakorolnak a társadalom tagjai egymásra, ami elvezet egy hierarchikus hatalmi szociális struktúrához, ami persze elvezet ahhoz, hogy egyének vagy éppen az állam határozza meg másoknak mit tehetnek vagy nem tehetnek. Például egyfelől fundamentális jogi elem a szerződés szabadsága, másfelől mégis léteznek bizonyos magatartást behatároló limitiek. *S ez vezet el a szabadság elvéből a rabsághoz (a limitiek egyre konkrétabb szabályokban jelenik meg, ami mindenki magatartását befolyásolja); másképpen: a szabadság maga lehet a rabság.*

A másik említett probléma a tudás, illetve ismeretek problémaköre, mely *Dalton* szerint a következőkben testesül meg. „Honnan tudhatnám, hogy másoknak mi a szándékuk? Milyen alapon tudnám saját világlátásomat megosztani másokkal? Milyen valószínűséggel van realitása annak, hogy saját felfogásom különbözzön másokétól? Lehetséges egyáltalán értelmes kommunikáció az egyének között?”³² *Dalton* ebben a témakörben *Michel Foucault* társadalomfilozófus fordult, akinek megfogalmazásában ez esszenciálisan a következőképpen jelenik meg:

³⁰ Ezzel párhuzamosan meglehetősen nehéz is lenne megkülönböztetni e kettőt, sőt nem is igazán van az említett terminusok közötti differencia tekintetében értelmes konszenzus. CLARE DALTON: *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*. 94. Yale Law Journal. 997–1114. 1985: 1000. p.

³¹ Uo. 1985: 999–1000.

³² Uo. 1985: 1000.

„A hatalom produkálja a tudást (...) a hatalom és a tudás óhatatlanul implikálják egymást, nem létezhetnek hatalmi relációk a tudás területével való szoros korreláció nélkül; sem pedig tudás anélkül, hogy ugyanabban az időben a hatalommal relációban állna.”³³

Dalton szerint a hatalom és a tudás kapcsolata összefüggésben van a közjog és a magánjog bipoláris dualitásával, az objektív és a szubjektív, a forma, illetve a szubsztancia, az individuum és a közösség kettősségével. Mindezek pedig nemcsak azt határozzák meg, hogyan látjuk a világot, hanem kereteket is biztosít a kötelmi doktrínák jogi diskurzusaihoz. Ugyanis a kontraktuális viszonyokhoz kapcsolódó *doktrínák behatárolják, formálják azokat a történeteket, amelyek a jogi diskurzuson belül az emberi és hatalmi viszonyokról szólnak*, korlátozza a jogi történetmondást (*legal storytelling*) egyúttal azt is, hogy kik vagyunk vagy kik is lehetnénk. S ha a történeteken (legyenek azok hétköznapiak, irodalmiak, stb.) keresztül demisztifikáljuk a jogi gondolkodás bevett és konstansnak tekintett attribútumait, egyúttal megérthetjük azt is, miért jöttek létre azon a módon és eredményekkel az egyes bírói döntések, beleértve azok helyességét vagy helytelenségét is.³⁴ Ezzel együtt a látszólagosan a privát szférához tartozó (magánjogi) normák és azok alkalmazása mennyire inkonzisztens, indeterminált és ez hogyan kapcsolódik a hatalom és tudás problémájához.

2. A magán- és a közsféra megkülönböztetése

Úgy körülbelül a XIX. század közepén a kontraktus doktrínája favorizálásával a magán-szféra felülemelkedett a közsférán, az objektív téziseknek tekintett tények a szubjektumon, a formalitás pedig a szubsztancialitáson. Dalton ezt hívja az „átmenet stratégiájának”, ami a hatalom és tudás esetében egy polaritásbeli változást jelentett, s ez a kérdés nemcsak az adott időben, hanem itt és most is ugyanolyan jelentőségűnek tekinthető.

Mindenek előtt érdemes áttekinteni a **privát és a közsféra dualitásának** kérdését, amelyet – legalábbis a felszínen – a jogi nyelvezet jeleníti meg, s ahogy Kennedy is megmutatta, a XIX. századtól a jogelvek szintjén az individualizmus – mind a politikai, mind a jogi gondolkodás – szintjén meghatározó jelentőségűvé vált. Tehát a liberális társadalmi eszmék iránt fogékonyak szemében a kontraktusok privát jellegének hangsúlyozása vált elsődlegessé. A „felépítmény” fő eleme a részt vevő felek önkéntes akaratának konnekciónak ideája, vagyis a „gondolatok találkozásának” helye, ideje. A *kontraktus akarati tényezőinek ideája* – természetesen a nyilvánvaló kényszer kivételével – a szabadságot és az autonómiát hangsúlyozza: privát, autonóm és a felek szemszögéből egyenlő.

De a XIX. század végén, illetve inkább a XX. században már ezt az álláspontot egyre többen kérdőjelezték meg; ennek egyik eklatáns példája volt a jogi realista mozgalom, ami komoly kihívások elé állította a hagyományos jogi szemléletmódot. Ekkor már felmerült a közösségi jelleg kényszerének kérdése, az állam neutralitás liberális fikciójának problémája, a kontraktusban lévő individuumokra gyakorolt – a viszonyokba interveniáló - bíróság kényszerítő jellege. Vagyis Dalton szerint az egyének feletti állami hatalom éppúgy a jogelmélet, jogszociológia problémakörének fókuszpontjába került, mint az

³³ FOUCAULT, MICHEL: *Felügyelet és büntetés. A börtön története*. Gondolat. Budapest. 1990. 27. p.

³⁴ Innen eredeztethető Dalton jogi történetmondáshoz kapcsolódó későbbi elméletei, melyek összekapcsolhatók többek között a feminista gondolkodásmóddal.

egyének mások feletti hatalmának kérdése. Ugyanakkor azt is hangsúlyozza, hogy a realisták nem fordítottak kellő figyelmet a liberális elvek összességének, és csupán a hatalom, illetve azzal összefüggésben az interpretációs problémákat helyezték előtérbe elhanyagolva ezzel a tudással kapcsolatos asszociációikat.³⁵ Tehát a realisták nem vitték tovább a gondolatmenetet: az egyénekre gyakorolt környezeti (állami, hatalmi, etc) hatásokat, hogy megértsék a felekre gyakorolt állami intellektuális interpretációt. Kicsit – a realisták nézőpontjához hasonlóan – konkrétan: abszolút elvi alapon mondják ki az állam bármiféle kontraktusba való beavatkozását az egyéni autonómiával szembeni „gonosz”, szabálytalan szándékúnak. Mégsem mondható egyáltalán elutasítottnak. S itt jön az egész gondolatmenet szociológiai oldala: ez a processzus sokkal inkább csak rejtett, méghozzá a következőképpen. Mesterséges egyesítés, miszerint a közösségi érdek reprezentálja magánérdeket, ezzel együtt mesterséges szeparáció, ami eltereli a társadalom „figyelmét” az egyéni törekvések közösségi elemétől, azzal hogy a jog mindkettőt szigorúan „a szabadság nevében védelmezve” elválasztja a magánjogi szférát a közösségi jogi szférától.³⁶ Ennek leginkább eklatáns példáját szolgáltatja a szerződések megkötése és azok bírói megítélésének problematikája.³⁷

³⁵ „A realisták gondolkodása szerint a hatalom iránti érzékenység nem párosult a tudás, illetve ismeretekkel kapcsolatos összefüggésekkel” CLARE DALTON i.m. 1014. p.

³⁶ Uo. 1010–1011. pp. Ami pszichológiai alapokon a tudat szintjén jelenik meg, ráadásul anélkül, hogy „tudatában” lennének az valójában társadalmi eredetű, s mindez egy olyan gondolati formula, ami egyéninek tűnik, valójában pedig a *tudás* társadalmi jellegének eredménye. JAVIER A. TREVINO. i.m. 405. p.

³⁷ A *ráutaló magatartás* típusai, amelynek Dalton két formáját különbözteti meg: a *jogi értelemben vett ráutaló magatartást* (kvázi szerződés) és a *tényszerű ráutaló magatartást*. Az első esetben a jogi értelemben vett szerződés jogi kötelezettséget jelent, ami végső soron egy állam általi kreatúra, s a bíróság által kikényszeríthető, noha nincs a felek között explicit egyetértés, kölcsönös ígéret, megegyezés. Ebben az esetben az állam fő feladata, hogy megakadályozza – a körülmények kihasználásával - az egyik fél jogalap nélküli gazdagodását, bár e típusú egyoldalú jognyilatkozat nem a felek együttes akaratán alapul, vagyis csupán egy való szerződés fikciójának tekinthető. Ugyanakkor mégis az állam által kikényszeríthető, tehát közösségi jellegű is, és az igazságszolgáltatás interveniálja a kötelezettségek rendszerét. A tényszerű ráutaló magatartás esetében egy hallgatóságos egyetértés van a vállalkozó partnerek között, ami elsősorban a körülményekből következik. A faktikus kontraktus – akár vállalkozásszerűen is – egy viszonylagosan „gyors”, többnyire akár szóbeli szerződés (ami ugyanolyan szerződések minőségű!) mely éppúgy a felek akaratának megfelelően (vagy nem megfelelően) kikényszeríthető; mégis a jogi szempontból értelmezett kontraktust közjogi jellegűnek is tekintik, míg a faktikus marad a privát felek megegyezése. Vagyis az egyének közötti tényleges – szociológiai és pszichológiai szempontból – viszonyok artifizialisan szeparáltak közjogi és magánjogi szférákra, holott a faktikus szituáció nemcsak, hogy hasonló, de akár éppen ugyanolyan is. Ennek pedig fő oka, hogy a bírói döntéshozatal formálisan megkülönböztethetetlen legyen, noha valójában a döntés érdemi része igenis megkülönböztethető, (privát- és közszférához) tartozóként meghatározható. A folyamat pedig sokkal inkább a szociális kontextus eredménye, vagyis jogi szempontból megkülönböztethetővé válik, miközben objektívnek látható, ám a döntés valóságos háttere a társadalmi szituáció. Ami pszichológiai alapokon a tudat szintjén jelenik meg, ráadásul anélkül, hogy „tudatában” lennének az valójában társadalmi eredetű, s mindez egy olyan gondolati formula, ami egyéninek tűnik, valójában pedig a *tudás* társadalmi jellegének eredménye. A *tudás problematikája* a bírói döntésekben ott jelenik meg, amikor a bíró megpróbálja megérteni az egyének személyes akaratát, akkor, amikor a szerződést megkötötték. A szubjektív akarat bizonytalanságát pedig az értelmezés objektívitásával pótolják. Ez pedig sok esetben meglehetősen félrevezető, főleg azért, mert a felek akaratát a fair szerződések sztenderdjé alapján értelmezik. Így végső soron a privátum és a publikum összeolvad és épp a liberális doktrína ennek mond ellent, pedig minden jogi viszony éppannyira magánjellegű, mint közjogi is. JAVIER A. TREVINO. i.m. 405. p.

3. Az élettársi, illetve házastársi kapcsolatok szerződésének kérdése

Ugyanez a kérdés merül fel a párkapcsolatok különböző jogi formuláinál és azok megítélésénél. Dalton szerint a nem házasságban történő együttélést a jog egészen máshogy kezeli, mint a házassági kapcsolatot. A bíróságok az előbbi esetében – a viták rendezése esetén – egészen más döntéseket hoznak, és sokkal kevesebb esetben engedik meg a jogosult félnek az egyenlő bánásmódot, például a tartás, a gyermekek támogatása vagy éppen a vagyonomegosztás kérdésében. Holott a kétféle kohabitáció, mint egyfajta kontraktus tökéletesen megegyezik egymással, mind tényszerűségében, mind pedig intimitásában!

A *tudás problémája* tekintetében az együttélést mindenképpen jogi jellegű is. Minden esetben a bíróságok a viszonyt privát jellegűnek tekintik, mivel a felek szubjektív akaratának következménye, ugyanakkor publikus is, mivel egy *fair* szerződés is megjelenik benne. Azonban a bírói értelmezések nem minden esetben tekintik a nem házassági együttélést normális szerződésnek, mert például a gyermekek és szüleik között már ez nem kontraktus, másfelől ebben a helyzetben a feleket nem feltétlenül vezérli kizárólag az önérdek. Továbbá az élettársi kapcsolat járhat egyfajta „jogalap nélküli gazdagodással”, mert az egyik fél kölcsönösség nélküli „jutalomban” is részesülhet. Így (persze a liberális elvek alapján) nem is feltétlenül kifejezett vagy ráutaló magatartásos szerződés, s így nem is kötik a feleket, vagyis mivel sem nem igazán magán, sem nem igazán közjogi, ez valami kettő közöttinek tekinthető, aminek eredménye, hogy a jogalkalmazói beavatkozás (noha szükséges lenne) elmaradhat. Ennek fő okaként az az elvi álláspont hozható fel, hogy az ilyen kapcsolat deviáns, nem reguláris, esetlegesen morálisan tilos, ezért a privát elvi jelleg hiányában csak a közjog keretei között szabályozható, vagyis a *jogalkotás* által.

Az előbbieket összefoglalva: 1. az élettársi viszony, mint érzelmi kapcsolat elsősorban magánügy; 2. mivel az egység privát, ezért bírói beavatkozás szükséges lehet; 3. a kapcsolat közügy is, ezért a bíróság intervenciója nem megfelelő eszköz. Az előbbiekből – Dalton véleménye szerint – az következik, hogy a szerződések liberális elvei inkonzisztensek, az elvek menthetetlenül indeterminációhoz vezetnek.

A *férfiuralom kérdésköre* Dalton szerint már az előbbiekből is következik, de értelmezésében a kapcsolat feltehetően és általában kényszerű, lelkiismeretlenséggel terhes, hatalmi tényezőkkel és egyenlőtlenséggel átitatott.³⁸ Így a bíróságok „ódzkodnak” döntést hozni, hiszen ez ellentmond a tradicionális kontraktus doktrínájának (egyenlő felek együttes akarata), vagy a bírák figyelmen kívül hagyják a férfi-nő relációban, hogy a férfiak szociálisan és gazdaságilag erősebb pozícióban vannak (amire persze léteznek szociológiai bizonyítékok). Tehát faktikusan a jogból hiányzik, hogy a privát szféra támogatja a férfiak dominanciáját és a nők alávetettségét. S Dalton ennél a pontnál hívja segítségül a feminizmus teóriáját, hogy az élettársi kapcsolatok vitás ügyeiben a bírói döntések könnyebben érthetővé váljanak. A feminista elmélet szerint a nőknek és kapcsola-

³⁸ Ugyanis feltehetőek a kérdések, hogy akár az egyik, akár mindkét részéről nem volt a kapcsolat létesítése kényszerű? Vajon mindkét fél egyenlő előnyökkel kötik meg a viszony, vagy valamelyik fél erősebb pozícióban volt? CLARE DALTON i.m. 1110. p.

tainak képzete *Dalton* értelmezésében: „befolyásolja a bírák interpretív kereteit a szabályokról egy olyan bizonytalan világban, amelyben rendkívül sok lehetőség áll a bíróságok előtt, hogy milyen módon, hogyan döntsenek”.³⁹

Dalton szerint a társadalomban a nőkről *en masse* kétféle képzet alakult ki: egyik az angyali imázs, a másik pedig a prostituált képe. Amennyiben a nő a bíróság által az angyali képben tetszeleg, az valójában azt jelenti, hogy önzetlenül teljesíti a másik fél kívánságait (értsd: szexualitás) anélkül, hogy ezért bármiféle kompenzációt elvárna. Amennyiben a prostituált víziója jelenik meg, a nő nemű társ (szukkubuszhoz hasonlatos) csábító, immorális motivációktól vezérelt hátsó gondolatokkal bír, amelyek elsődleges célja a férfi gazdasági kihasználása. (Noha egyik kép sem tükrözi az intimitással kapcsolatban az általános valóságot!) Bár a feminista vélemény alapján – függetlenül attól, hogy a bíróságok, melyik álláspontot képviselik – a *hagyományos házassággal szemben, az élettársi partnerség elsődleges motivátorának a szexualitást tekintik*. Eszerint ebben a partnerségben a szexualitás, amit a nő nyújt (szolgáltat) partnerének felülír minden mást, mint például, karrier, otthoneremtés, gyermeknemzés. Következésképpen, amikor a bíróság nem kényszeríti ki – akár azért, mert túl közjogi, akár azért, mert túl magánjogi - a házasságon kívüli együttélés szerződését, igazságtalanul kompenzálatlan marad a nők együttélés alatt tanúsított áldozatvállalása. Ebben az értelemben *Dalton* megközelítése többé-kevésbé megegyezést mutat *Cathrine McKinnon* feminista jogelméletével, miszerint „a feminizmus megérteti, hogyan produkálják az igazságot azok érdekében, akik olyan hatalommal rendelkeznek, ami a valóságot formálja”;⁴⁰ csupán *Dalton* mindezt, s a jogtudomány szempontjából, s ez az igazán fontos, a *szerződések elveiből vezeti le*. Ráadásul mindez a kritikai szemlélet lehetővé teszi számunkra, hogy „az a világ, amit a hagyományos doktrínák alapján történő analízis elénk tár, nem feltétlenül az a világ, amiben élünk, illetve nem az egyetlen lehetséges világ, amiben élhetünk. S mindez azt is lehetővé teszi, hogy növeljük esélyeinket egy új világ felépítésére”.⁴¹

IV. A nemekkel összefüggő kérdések, a kisebbségek és a Kritikai Jogi Tanulmányok

A Kritikai Jogi Tanulmányok, ahogy ez az élőbbekből is látható, szinte predesztinálva jutott el a nemi tudatosság, a kisebbségek (feketéek, szexuális kisebbségek, ezek halmozottan hátrányos helyzetű tagjai) jogi, illetve társadalmi megkülönböztetése iránti érdeklődéshez, illetve más a szociológia posztmodern irányvonalaival való összefüggések megtalálásához. Ugyanakkor e kérdéskör a Kriteken belül sem vezetett egyértelmű álláspontokhoz, s több különálló irányzat látott napvilágot, továbbá a mozgalmon belül saját irányvonalaikkal szemben is kritikák fogalmazódtak meg, vagyis megjelent a „kritikán belüli kritika”.

³⁹ Uo.

⁴⁰ CATHRINE MCKINNON: *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminism Jurisprudence*. 8. Signs. 635–658. 1983: 640. p., továbbá általánosságban lásd: CLARE DALTON i.m.

⁴¹ CLARE DALTON i.m. 1114. p.

Így Robin West 1988-ban publikálta „Nem és jogtudomány” című munkáját, amelyben kifejti, hogy a mai amerikai jogtudomány az általa *szeperációs tézis*nek nevezett tételtől indul ki, ami szerint az emberi nem individuális, fizikailag szeperált és éles határokkal elválasztott egyének összessége.

Robin West (1954-) egyetemi tanár a *Georgetown* Egyetem Jogi Központjában (*Georgetown University Law Center*). West elsődleges kutatási témaköre a feminista jogelmélet, az alkotmányjog, a jogfilozófia, illetve a jog és irodalom. 1979-ben végzett a Maryland Egyetemen (*University of Maryland*) 1985-ig a *Cleveland-Marshall* Jogi Főiskolán oktatott, majd visszatért alma materébe. Legismertebb munkái „a gondoskodás etikája”, ami a normatív etikai teóriák kategóriájába sorolható; továbbá a feminista jogelmélet. West argumentációja (mind morális, mind jogi oldalról, s ez utóbbi jelenik meg markánsan a *Nem és jogtudomány* című könyvben) arra fókuszál, hogy a liberális, az emberi autonómiát hangsúlyozó nézőpont kizárólag a férfiak perspektívájából igaz és érthető. Ezt a nézőpontot a társadalom átveszi, internalizálja, mintegy beleegyeznek mind a szexuálisba, egyének relációjába, intézményes vagy éppen jogi kontextusba ágyazottan.⁴²

West fenntartja, hogy a szeperációs tézis egy triviális igazság, azonban ez a férfiak tapasztalatain alapul; s ennek a „női tapasztalat” éppen ellentmond. Amellett érvel, hogy a hölgyek fizikailag és egzisztenciálisan is kötődnek ellenkező nemű embertársaikhoz, ami a heteroszexualitás biológiai szükségszerűségéből fakadóan a táplálástól a gyermeknemzésen át egész életüket átfogja. Ezért a szeperációs tézis akár explicit, akár implicit fenntartása – a liberális jogi doktrínáktól kezdve a kritikai tanulmányokig – alapvetően és irreverzibilisen a „férfias jogtudományok” (*masculinne jurisprudence*) közé tartozik. Talán az egyetlen különbség a liberális jogtudomány és a kritikai tanulmányok között, hogy – ugyan mindkettő elfogadja az elkülönülés elméletét – azonban a kritek komoly differenciát látnak a férfiak biológiai és egzisztenciális különállása tekintetében. A liberális legalizmus a feleket az individuális autonómia keretei között értelmezi:

„Félő, hogy erénynek tekinthető az a gondolatmenet, hogy én én vagyok és te pedig te vagy. Te nem lehetsz a helyemben, így az én végzetem, nem lehet a te végzeted. Ám a mi helyzetünk konfliktusokhoz is vezethet. Te megpróbálhatod megakadályozni az én törekvéseimet, s végül extrém esetekben pedig még az is előfordulhat, hogy megpróbálsz megölni – el is akarhatsz pusztítani.”⁴³

A kritikai tanulmányok a fizikai szeperáció elismerése mellett nem feltétlenül helyeslik az autonómiát, hanem inkább egzisztenciális tényként kezelhetőnek tekintik. A kritek szerint az individuumok tartanak a teljes autonómiától, ami egyedülléthez vezet, vagyis a fizikai szeperáció implikálja az izolációt. Ezzel ellentétben a liberális legalizmus pozitívan értékeli az autonómiát és mások elpusztítását sem helyesli; ellentétben a kritek értékelik a közösség meglétét, és nem helyeslik a mind marxi, mind nem marxi értelemben vett elidegenedés tényét. S emiatt fordult West a nem jogtudományhoz kapcsolható feminizmushoz, ami magában foglalta a kulturális feminizmust és annak radikális változatát egyaránt, s jutott el, ahhoz, hogy megmutassa hogyan különböztethető meg a feminista

⁴² JAVIER A. TREVINO i.m. 409. p.

⁴³ ROBIN WEST: *Jurisprudence and Gender*. 55. University of Chicago Law Review. 1–72. 1988. 7. p.

és a férfias jogtudomány. *West* úgy gondolja, hogy a modern feminizmus megkülönbözteti a női és férfi létet és szerepeket, de azzal már például nem ért egyet, miszerint ez a különbség lenne a legfontosabb a társadalomban.⁴⁴

Viszont amennyiben a férfias jogtudomány a szeparációs tézisen alapul, úgy a feminista elméletnek implicit és explicit módon ragaszkodnia kell ennek ellentétjéhez, nevezetesen a *konnekciós tézis*hez: ahhoz az ideához, miszerint – ellentétben a férfiakkal – a nők fizikailag és egzisztenciálisan is kötődnek más emberek életéhez. Ennek következtében, mindkét említett feminista irányzat álláspontja alapján, ők más értékekkel rendelkeznek, amelyek meglehetősen távol állnak a szeparáció szükségességétől.

A kulturális feminizmus intellektuális tézise többek között az is, hogy a nők sokkal inkább kondicionálva vannak a törődésre, nevelésre, szeretetre és a másokért való felelősségvállalásra, mint a férfiak, nagyobb bizalommal viseltetnek embertársaik iránt, mint partnereik, akikhez kötődnek; s a nők szocializációja szeparáció ellenes. A radikális feminizmus viszont a nők independencia iránti igényét hirdeti, így bármiféle kapcsolat fizikai létükbe történő egyfajta beavatkozás, invázió (ebbe bele tartozik az intim kapcsolat vagy a terhesség is) továbbá a nők egzisztenciális autonómiájába való behatolásként (mint a magánszférába, integritásukba, életútjukba való betolakodás) értelmezhető. Vagyis *összefoglalva előbbi a nők fizikai és pszichés kötődését, a szeparációtól való idegenkedését, míg utóbbi az egyéniségüket, és az intim szférába való behatolás negatív tapasztalatait helyezi előtérbe*. S *West* álláspontja, hogy a kulturális feminizmus és a liberális legalizmus áll leginkább szubsztanciális ellentétben egymással: „amíg a liberális doktrína szerint a férfiak az autonómiát értékelik, és tagadják ennek megsértésének szükségességét, addig a kulturális feminizmus a bensőséges kapcsolatot értékeli, és tagadja a szeparáció szükségességét”.⁴⁵ A radikális feminizmus azonban már nemcsak, hogy nem összehasonlítható a kritiek álláspontjával, sokkal inkább kontrasztolható:

*„ugyanis a CLS szerint a férfiak elszenvedik az izolációból és elidegenedésből adódó következményeket, az elutasítástól való félelmet, és kapcsolatokat, illetve társaságot igényelnek. A nők – ezzel ellentétben, a radikális feminizmus szerint – saját természetes kapcsolataikra úgy reagálnak, hogy igénylik az individualizációt és tartózkodnak az ebbe való beavatkozástól.”*⁴⁶

A CLS és a kulturális feminizmus nem tarthatnak tükröt egymás elé, ugyanis a kritiek által a közösség preferálása nem ekvivalens a feminizmus értékítéletével a párkapcsolatok kérdésében. A differencia – *West* gondolata alapján –, hogy a társas kapcsolatok a nők természetében rejlő attitűd, illetve annak preferenciája, másképpen az interszubjektív territóriumon való osztozás, míg a CLS maskulin jogtudománya szerint a közösségi létet nem lehet férfiak természetéből eredeztetni, így elméletükben „a szubjektumok nem is

⁴⁴ Ami kulturális feminizmust illeti, a nők és férfiak közti fő különbség a terhességben rejlik: míg a nők gyermekek kihordására és megszületésére képesek, addig a férfiak ezt nem tudják megtenni. A radikális feminizmus alapja pedig a heteroszexuális érintkezés: a nőktől elveszik, a férfi pedig megkapja a szexuális aktust. JAVIER A. TREVINO i.m. 409. p.

⁴⁵ ROBIN WEST i.m. 28. p.

⁴⁶ Uo. 18. p.

tudják olyan mértékben, olyan közelségben kitölteni a közöttük tátongó űrt”.⁴⁷ (Vagyis a feminizmus szerint a közösség a nők természetéből ered, a CLS szerint azonban csak egy utópia, ami a társadalmat jobbá teheti.)

Ennél is nagyobb a különbség a radikális feminizmus és a liberális legalizmus között; mivel mondjuk a feminizmus által preferált női individualitás egyáltalán nem megfeleltethető a férfias individualizmusnak. Az autonómia természetes a férfiaknak az egzisztenciájuk megteremtéséhez, ehhez pedig segítség a (politikai) pozíciók alapvetően jogként történő védelme; ezzel ellentétben a női individualizmus materiális prekondíciója az autonómia megvalósulásának.⁴⁸ Vagyis a jogtudomány általában a férfiak tapasztalatát, míg a feminista elméletek a nők tapasztalatait tükrözik: a jogelméletek által kreált emberi nem meggátolja, hogy a feminizmus leírja a nők emberképét”;⁴⁹ ennél fogva a jogelméletek a férfiak tapasztalataira épülnek.

Mindezt *West* egy alternatív jogtudomány javaslatával állt elő; egy olyan elméleti „történetmondást” tartana szükségesnek, ami magába foglalná a liberális legalizmust, a kritikai jogi tanulmányokat, a kulturális feminizmust és a feminizmus radikális változatát is. Egy olyan jogtudományt, amely átfogja a szeparáció és a konnektió alapvető ellentmondásosságát, mintegy hidat képezve közöttük, és explicitálja mind a nők, mind a férfiak tapasztalatait. Egy ilyen a nemek közötti különbségeket kizáró jogtudomány (jogelmélet) olyan emberi lényekként tudná megmutatni a nőket, akik a szeparációval ellentétben preferálják, a kapcsolatokat ezzel párhuzamosan elutasítják a létszférájukba történő beavatkozást, és igyekeznek megőrizni individuumaikat is. Csakis egy ilyen intellektuális vállalkozás lehet képes áttekinteni az egzisztenciális, fizikai, pszichikai, politikai emberi szükségleteket.

V. A kritikai jogi tanulmányok kisebbségi kritikája

Mint már korábban (37. l.) említésre került a kritikai irányvonalon belül is megjelentek kritikák, vagyis az adott jogelméleti-jogszociológiai irányvonal sem fedett le minden társadalmi réteget, így maradtak a CLS által vagy nem említett vagy csak éppen érintett jogi-társadalmi kérdések, amelyeket az uralkodó doktrínákat kritizálók nem vettek figyelembe. Ilyenek tekinthetők a kisebbségek (ugyan sok esetben a feminizmus is kisebbségi kritikaként jelenik meg, noha a nők nem jelentenek társadalmi kisebbséget) amelyek esetében a kritikai vonal ugyan alkalmazható is lehet, de sok esetben azok rájuk történő alkalmazása meglehetősen problematikus; erre hívja fel a figyelmet például *Richard Delgado*.

Richard Delgado (1939-) a rasszista megkülönböztetés kritikai elméletének ikonikus képviselője (*Critical Race Theory*). Az Alabamai Egyetem Jogi Karának (*University of Alabama School of Law*) oktatója; a Rasszista Kritikai Tanulmányok társadalomfilozófiai mozgalom alapítója, illetve ennek a jogszociológiai irányvonalát meghatározó alakja. Tanulmányai jelentős részében foglalkozik a „gyűlöletbeszéd” kérdésével, továbbá a történetmondások jogi aspektusainak és a kisebbségek összefüggéseivel. Washingtoni filozófiai tanulmányai után a Berkeley Jogi Karon folytatott tanulmányokat és a Kolorádói

⁴⁷ Uo. 40. p.

⁴⁸ Uo. 42. p.

⁴⁹ Uo. 42. p.

Egyetemen eltöltött 14 éves oktatói munkája után az alabamai egyetemen folytatta kutatásait és oktatói munkáját. Az 1980-as évek óta kutatásainak és aktivitásának fókuszpontja a rasszista elnyomás, az emancipáció, az autoriter rendszerek problematikája (*white supremacy, racial emancipation, anti-subordination*).⁵⁰

Gondolatmenete alapján a CLS törekvései és a kisebbségek társadalmi igazságosság iránti igénye között fundamentális differenciák vannak (például *Delgado* is elismeri a magánszféra és a közszféra közti dichotómia vagy a társadalmi rend nagyobb részt kisebbségekre történő alkalmazhatóságát) azonban négy alapvető, általános elem kérdését látja tisztázandónak, melyek a kisebbségek létehez alapvetően hozzátartoznak, mintegy szubsztanciálisak.⁵¹

- 1) A jogi normák alábecsülése.
- 2) A változás fokozatosságának elutasítása.
- 3) Idealizmus.
- 4) A hamis tudatosság koncepciójának használata.

1) *A jogi normák alábecsülése.* Mint már láttuk, a CLS álláspontja szerint a jogi normák indetermináltak és bizonytalanok; a jogok, mint a jogi normák egy speciális fajtája, a leginkább kritizált fogalom, amelyek igazi funkciója a társadalmi egyenlőtlenségek és hatalmi struktúrák fenntartása, és legitimálása. A „birtokosokat” ezek a jogok megerősítik, hogy önmagukra nem egy közösség független tagjaiként, hanem individuumként tekintsenek, és izolációjuk konstans maradjon. Ennek következtében az úgynevezett jogok az emberek elidegenítésnek fő okai között találhatóak és gyakorlatilag lehetetlenné teszik, hogy egy nem hierarchikus – szeretetre és kooperációra épülő - társadalomban éljenek.

Delgado ezzel szemben azt állítja, hogy ugyan a jogok produkálhatják az elidegenedést (fehér férfiak egzisztenciális félelmeinek tapasztalatát) ám a kisebbségek számára a jogok bizonyos értelemben konkrét biztonságot is adhatnak. (Így például a jogok egyfajta „biztonsági mérceként” is szolgálhatnak a nyilvánvaló vagy erőszakos rasszizmus ellen, vagy biztosíthatják a gyülekezési jogot, ami erősíti a szolidaritást, vagy éppen megfelelő távolságot tud fenntartani az agresszor és a sértett csoportok között.) Vagyis a jogok képesek egy adott társadalomban legalább az emberi lény szintjére emelni a kisebbségeket, de a jogok a multikulturalizmus elfogadásának alapjai is lehetnek (*Patricia Williams*).

2) *A változás fokozatosságának elutasítása.* A CLS elutasítja a változás fokozatosságát, mert az irányvonalhoz tartozók többsége szerint a fokozatosság a végtelenségig elhalasztja a társadalomnak a liberális legalizmustól, és a kapitalista intézményektől való eltávolodását. Ezért *Delgado* fejtegetései szerint ez az álláspont „*imperialista*” jellegűnek tekinthető, mivel azt közvetíti a kisebbségek felé, miként fogadják el a velük szembeni megkülönböztetést. Hiszen a kisebbségi társadalom tagjai többnyire nem tudják, melyik az az alkalom, ami a megkülönböztetés skáláját csökkenteni tudja, melyik lehet az a bírói

⁵⁰ JAVIER A. TREVINO i.m. 411. p.

⁵¹ „Ezeknek a területeknek a CLS irányzatok többsége nem kockáztatná meg, hogy a kisebbségek feladják értekeiket, hiszen azok saját létük előfeltételeinek számítanak.” RICHARD DELGADO: *The Etherial Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want?* 22. Harvard Civil Rights/Civil Liberties Law Review. 301–322. 1987. 303. p.

döntés, ami ezt enyhíteni képes, mikor „arattak egy kicsiny győzelmet” az igazságtalanság felett, egy nem elnyomó, nem hierarchikus társadalom felé vezető úton. Ők sokkal inkább a konkrét és meghatározott időpontokat tudják felmérni, vagyis az „itt és most” koncepciója lehet számukra cselekvést indukáló tényező.

3) *A Kritikai Tanulmányok idealizmusa.* Ami azt jelenti, hogy a CLS egy új és jobb világ megteremtésének lehetőségét látja, miután lerombolják a liberális–kapitalista ideológiát, ezzel párhuzamosan pedig teremtenek egy alternatív intellektuális miliőt. Mivel a CLS álláspontjának alapja, hogy az elnyomás lényege a privilégiumokkal rendelkező társadalmi csoportok szellemi háttérében rejlik, vagyis elsősorban mentális jellegű, azonban *Delgado* szerint valójában ez a mentalitás csak egyszerű rasszizmust takar, s mindenek eredménye a kisebbségek hátrányos helyzetben tartása. *Delgado* megfogalmazásában: „az inzultusok sokasága, a kisebbségekkel való bánásmód, a megkülönböztetés és más kisebb velük szemben elkövetett agresszív fellépés, amit a többségi társadalmi tesz”.⁵² S ehhez hozzá lehet még tenni, hogy a rasszizmust nem lehet megszüntetni azzal a kijelentéssel, miszerint a jogi normák bizonytalanok, a jogok szerepe az elidegenítés vagy a jog nem más, mint az uralkodó osztályok érdekeinek szolgálata.

4) *A hamis tudatosság fenntartásának koncepciója* szerint a CLS nem fordít figyelmet annak a ténynek, hogy a kisebbségek többnyire – az idő segítségével együtt - maguk is elfogadják, sőt akár vehemensen meg is védik azokat a nézeteket, és normákat, ezzel együtt a szociális struktúrát is, amelyek őket degradálják, elnyomásukban elősegítik, etc. Ezzel párhuzamosan ez a hamis tudatosság a kisebbségek számára láthatatlanná teszi az elidegenedés folyamatát, az igazság erkölcsi valóságát, és kizárja politikai érdekérvényesítésük lehetőségét: „ez egy olyan intellektuális betegség, ami különösen a színes bőrűeket sújtja”.⁵³

Delgado nézőpontja alapján a CLS és a kisebbségi tudatosság közötti szakadék gyökere a kriték mozgalmának informálisában rejlik. Ők, egyáltalán nem véletlenül, elutasítanak mindenféle formalitást, „dogmatikus szendergést”, intézményesített struktúrát, mint jogok, szabályok, bürokrácia, viszont nagyra értékelik az informális eljárásokat, amelyek a jó szándékon, a szubjektumok közötti kölcsönös egyetértésen és a közösségi szolidaritáson alapulnak. A kisebbségek számára azonban ez az informális sokkal inkább a prejudikáció kockázatát növeli, továbbá a formalitás mégis – ha nem is minden esetben és tekintetben - ad valamiféle biztosítékot. Ezért mondja azt *Delgado*, hogy a kriték nem értik a kisebbségek sérülékenységét, hiszen ők egyszerűen nem ismerik a rasszista gondolatok lényegét; ők csupán a társadalmi, hierarchikus osztályjellegű elnyomás szimplifikált formáját látják ebben a gondolati világban. Ezért úgy gondolja (s végső soron nincs igazi ellentétben a kriték gondolati szálával) hogy nekik egy formális konfrontációba kellene kerülni az uralkodó társadalomfilozófiai gondolatmenettel, jogelméletekkel és mindezeknek az informálisba „burkolózása” helyett igazi publicitást kellene nyernie. S a CLS csak ekkor érhetné el azt az intellektuális vállalkozás gyümölcsét, ami a kisebbségeket is támogatná.⁵⁴

⁵² RICHARD DELGADO i.m. 309. p.

⁵³ Uo. 312. p.

⁵⁴ JAVIER A. TREVINO i.m. 412. p.

VI. Összefoglalás

Ha áttekintjük a modern szociológiai jogelméleteket a Kritikai Jogi Tanulmányok, mint mozgalom, alapvetően szembetűnő kérdésfelvetéseket produkált. Mi több szociológiai empirikus vizsgálatokat is végeztek, bár tényként kezelhető, hogy elsősorban olyan jogelmélettel állunk szemben, mely elsősorban a jogot a társadalmi viszonyok oldaláról közelíti meg.⁵⁵ A CLS a liberális legalizmus kritikájának esszenciáját adta azzal, hogy elsősorban annak demisztifikálását, delegalizálását, és lerombolását tartja fő célkitűzésének, amibe beletartoznak a szabályok, de emellett azok értelmezési gyakorlata és ideológiai háttere is, amelyek eredménye a normatív ellentmondásosság, illetve bizonytalanság. Természetesen, mivel elsősorban angolszász jogrendszerrel rendelkező országokon belüli mozgalomról van szó, a liberális demokrácia kritikája az Egyesült Államokat, Kanadát és Angliát érintette, de ez nem jelenti azt, hogy ne lenne relevanciája a kontinentális jogterületekre is. A normatív rendszer pedig semmiképpen sem rendelkezik dogmatikus koherenciával, a társadalom által elvárt morálisan igazságos korrekt és logikus válaszokkal, távolról sem egységes koncepciókkal, és a szociális valóságnak megfelelő döntési, értelmezési rendszerrel. Számukra mindez egyszerűen a kapitalista gazdasági és társadalmi rendszer eredménye. Ezért a mozgalom legtöbb tagja egy olyan társadalmi rendszer létrehozását szorgalmazta/szorgalmazza, ami intézményesítetten elősegíti az egyének emancipációját, a hatalmi egyensúly megvalósítását, és a hierarchia megszüntetését. Ehhez persze felhasználták a marxista társadalomfilozófiát, illetve annak metodológiai módszereit, a konfliktus teóriákat, a *weberi* perspektívát és a strukturális funkcionalizmust, a dekonstrukcionizmust, a nyelvfilozófiai kutatásokat, illetve a posztmodern szociológiát is.

A CLS egyik ikonikus alakja *Duncan Kennedy*, aki a társadalmi értelemben vett individualizmus/altruizmus problémakörét vizsgálta, és párhuzamba állította elsősorban a magánjog területén érvényesülő szabályok/sztenderdek kérdésével; mivel az említett szabályozások meghatározzák a társadalom attitűdjeit a jogos/jogtalanról, helyesről/helytelenről. Az individualizmus a liberális doktrína alapja, s így az igazságszolgáltatás is az individuális jogokat részesíti előnyben, hogy fenntartsa a gazdasági erőforrásokkal bírók érdekeit, érvényesülési lehetőségeit. Ehhez tartozik, hogy az individualizmus preferálja a jog formalitását, mivel így a jogszolgáltatás kevésbé képes a kontraktuális viszonyokba beavatkozni fenntartván ezzel az előnyösebb helyzetben lévők érdekeit, jogait. Ezzel szemben az altruista gondolkodás a disztribúció és a mások iránti gondoskodás melletti attitűddel rendelkezik, s ez az ellentét antagonisztikus.

Ezen a gondolati szálon haladt *Clare Dalton* kutatása, aki a szerződési normák dekonstrukciójával megmutatta azok ellentmondásosságát, mivel a kötelmi jog a hatalom és a tudás birtokosai pozícióinak függvénye, ezért az ebből is adódó problémákat, mint a közjog/magánjog, szubjektív/objektív dualitását is vizsgálta. *Dalton* hangsúlyozta, hogy az uralkodó doktrína szerint a kontraktusok autonómak, privátak és egyenrangú felek által kötettek, egyszerűen fikció. Mivel az igazságszolgáltatás igyekszik közjogi, hatalmi alapon beavatkozni ezekbe az úgynevezett magánjogi viszonyokba, és a felek egyáltalán nem részesülnek egyenlő elbánásmódban. Kimutatta, hogy miként érvényesül a tudás ál-

⁵⁵ Erre lásd: NAGY ZSOLT: *Jogszociológiai irányvonalak*. Iurisperitus Kiadó. Szeged, 2015. 79–85. pp.

tal a szerződés szubjektív oldala és miként annak objektív része a jog szerint és a ténykérdésekben. Másképpen a ténykérdések oldala szubjektív, ám a hatalom szerint ez determinált és változtatható a törvényi szabályozások általi bírói döntésekben, amelyek kimenetele végső soron így determinálva van; s ez csak objektív standardok által, annak megkötésekor meglévő szociális kontextusában érthető meg, vagyis éppúgy szubjektív, mint objektív. *Dalton* ezen a gondolatmeneten keresztül jut el a házasság, illetve anélküli együttélés és azok felbontásának példaként explikált kérdéseihez, pontosabban azok megítélésének egyenlőtlenségeihez. A bíróságok a házasság felbontásának esetében többé-kevésbé *fair* döntéseket hoznak, méghozzá a törvények alapján, azonban a tényszerűen éppolyan együttélésnek minősülő élettársi viszony esetében már ez korántsem igaz; a döntések többsége a nők számára egyenlőtlen helyzetet teremt.

Végső soron ennek apropójából következnek azok – az egyébként a kritikai tanulmányokból eredeztethető irányvonalak, melyek szerint a mozgalom tagjai elhanyagolják mind társadalmi, mind jogi szempontból - a kisebbségek és a nők helyzetét. Erre *Robin West* argumentációja nyújtja a leginkább eklatáns példát, miután kimutatta, hogy a liberális doktrínák és a CLS éppúgy maszkulin jogelméleti irányvonalaknak számítanak, s szinte kizárólag a férfiak álláspontját és tapasztalatait közvetítik, figyelmen kívül hagyva a nők tapasztalatait. Ezért Ő azt javasolja, hogy olyan jogelméleti irányvonallal támogatott jogszociológiai kutatásokat kellene végezni, ami mindkét nem tapasztalatait felhasználja, s ezt lehetne egy nemeken felülemelkedő (*ungendered*) jogtudománynak nevezni, amely fizikai, egzisztenciális, politikai és hétköznapi tapasztalatok szintjén is minden emberre vonatkozó elméleti keretekkel rendelkezik. A gondolati irányvonal pedig elvezetett a kritikai irányzat kritikájához, melyet talán *Richard Delgado* nevével lehet fémjelezi, aki szerint a maszkulin karakter nemcsak a nőket rekeszti ki a joggyakorlatból, hanem ezen túl minden kisebbségnek minősülő, vagy minősített társadalmi rétegeket is. Ennek okát az informálisban látja, s ennek híján tehetetlenek a formalitástól átitatott elméleti kereteknek, ezzel pedig képtelenné válnak bármilyen kisebbség vagy elnyomott rétegek jogainak érvényesítésére. *Vagy pedig csupán ez idő kérdése?*

ZSOLT NAGY

THE CRITICAL LEGAL STUDIES AS A MOVEMENT AND ITS INTELLECTUAL CONSEQUENCES

(Summary)

In this study I attempt to work of a movement of Critical Legal Studies (CLS) and its intellectual “aftermath”. The CLS was to critique liberal legalism by demystifying its doctrines, for instance ideology or legal reasoning. The popular belief is every legal conflict has a correct and logical answer in the process of judicial decision, but it is in reality indeterminate and contradictory. For the reasons, the political and social power among us within social

economic, political inquiries, and beliefs created by capitalism social and economic systems. Summing up: our legal system is not much but a shadow of individuals in a system of a world of hierarchy and power of differential classes. Within that work I attempt to show some scholars how this problem wanted to explain. For instance (Duncan Kennedy, Clare Dalton). Moreover how criticised this way of thinking by some scholars (for example Robin West from view of feminism, or Richard Delgado from view of minorities).