Gazdaság és jog

Szerző: CSERNE Péter
Affiliáció: reader, University of Aberdeen
Rovat: Jogbölcselet
Rovatszerkesztő: SZABÓ Miklós, JAKAB András
Lezárás dátuma: 2021.08.19
Idézési javaslat: CSERNE Péter: „Gazdaság és jog” in JAKAB András – KÖNCZÖL Miklós – MENYHÁRD Attila – SULYOK Gábor (szerk.): Internetes Jogtudományi Enciklopédia (Jogbölcselet rovat, rovatszerkesztő: SZABÓ Miklós, JAKAB András) http://ijoten.hu/szocikk/gazdasag-es-jog (2022). Konkrét szöveghelyre való hivatkozáshoz javasoljuk a szövegbeli bekezdésszámok használatát, pl. [8] vagy [12]–[18].

A gazdaság és a jog mint két „életszféra” vagy „kultúrterület” viszonya régóta nemcsak jogelméleti, hanem filozófiai és társadalomtudományi vizsgálódások tárgya. Ezek közül az utóbbi évtizedekben azok az elméleti törekvések szerveződtek önálló jogelméleti iskolává, amelyek a modern közgazdaságtan módszereit igyekeznek a jogtudományban gyümölcsöztetni. A jog közgazdasági elemzésének („law and economics”) alapgondolata, hogy a modern közgazdasági elemzési eszközeinek segítségével elméleti modelleket alkotva, valamint empirikusan ellenőrizhető előrejelzéseket téve új ismereteket nyerhetünk a jog működéséről. Az elmélet motorja a racionális döntések elmélete, tárgya pedig egybeesik a jogrendszer egészével. A legtöbb közgazdasági modell ugyanakkor parciális, vagyis a jogrendszer egy kisebb részletét vizsgálja. Az elmélet egyaránt lehet „pozitív” (mi van) és „normatív” (mi legyen). Az elmélet tárgya lehet egyrészt a jog (szándékolt és nem szándékolt) társadalmi-gazdasági hatásainak elemzése és előrejelzése: a jog ekkor magyarázó változóként jelenik meg. Például összevethetjük a vétkességi és az objektív kártérítési felelősség hatását a balesetek által okozott társadalmi veszteségekre, s ennek nyomán javaslatokat tehetünk a kártérítési jog reformjára vagy a jog bírói továbbfejlesztésére. Ebben a formájában a jog gazdasági elemzése jogpolitikai vagy ítélkezéselméleti diskurzusokhoz kapcsolódik. Másrészt közgazdasági modellek segítségével vizsgálhatjuk a jogi szabályok, intézmények, gyakorlatok keletkezését és változását is: ekkor a jog mint magyarázandó változó szerepel. Például a járadékvadászat modelljei magyarázhatják, miért hajlamosak demokratikus parlamentek jól szervezett érdekcsoportokat támogató szabályokat alkotni. Ezek a vizsgálódások a jog történeti, szociológiai és társadalomelméleti elemzéseivel kerülnek párbeszédbe.

Tartalomjegyzék

1. Bevezetés

2. Gazdaság és jog viszonya: elmélettörténeti csomópontok
2.1. Gazdaság és jog viszonya a társadalomelméletben és a szociológiában
2.2. Jogtudomány és közgazdaságtan
2.3. A JGE előtörténete és intézményesedése az Egyesült Államokban

3. A jog gazdasági elemzése: alapfogalmak, irányzatok, korlátok
3.1. A JGE alapfogalmai

3.1.1. Piaci csere és tranzakciós költségek
3.1.2. A Coase-tétel
3.1.3. A common law hatékonysága
3.2. Richard Posner jogelmélete
3.2.1. Vagyonmaximalizálás mint normatív jogfilozófia?
3.2.2. Jogi pragmatizmus mint ítélkezéselmélet
3.3. A JGE móduszai: jogfilozófia, jogszociológia, jogpolitika

4. A racionális döntések elméletének jogfilozófiai implikációi
4.1. Az RDE és a jogelmélet nem résztvevői nézőpontja
4.2. A jog normativitása mint az RDE kompetenciahatára?

5. Összegzés

6. JEGYZETEK

---

1. Bevezetés

[1] Gazdaság és jog viszonya jogelméleti szempontból[1] olyan szerteágazó és nehezen behatárolható kérdéskör, hogy az idevágó jelenségek, problémák, elméletek felsorolása is lehetetlen. Az alábbiakban három kérdést vizsgálunk meg.

[2] Először a probléma néhány meghatározó értelmezésének vázlatos bemutatása következik, figyelemmel arra is, hogy ezek az értelmezések mennyiben tekinthetők ma domináns irányzatok előfutárainak vagy párhuzamainak, s mennyiben maradtak folytatás nélküli kezdeményezések. Ezek a kevésbé ismert vagy elszigetelt kísérletek megmutatják, hogy a gazdaság és jog viszonya számos különféle nézőpontból és elméleti hagyomány felől érvényesen megközelíthető. Ugyanakkor kétségtelen, hogy az utóbbi fél évszázadban, különösen az Amerikai Egyesült Államokban egyetlen tágabb interdiszciplináris iskola, a jog gazdasági elemzése (JGE) ért el ilyen domináns helyzetet, s bár a szorosan vett jogelméleti diskurzushoz való hozzájárulásának értéke vitatott, a jogi gondolkodás (jogtudomány, jogi oktatás és részben a joggyakorlat) alapvető átalakulásához vezetett. E vázlatos áttekintés ugyanakkor nemcsak a problématörténet komplexitását, gazdaság és jog viszonya társadalomtudományos elemzéseinek a nemzeti kultúrák és a különböző diszciplínák által befolyásolt változatosságát érzékelteti, hanem hozzájárulhat a jog gazdasági elemzése lehetőségeiről és korlátairól szóló kritikai gondolkodáshoz is.

[3] Ezután e szócikk fő részében a JGE alapvető fogalmait, elméleti és módszertani feltevéseit és néhány eredményét tekintjük át. Végül bemutatjuk, hogy a modern közgazdaságtan módszertani paradigmája, a racionális döntések elmélete (RDE) hogyan járulhat hozzá szorosabb értelemben jogelméleti, vagyis a jog természetével kapcsolatos fogalmi és normatív kérdések tisztázásához.

2. Gazdaság és jog viszonya: elmélettörténeti csomópontok

[4] A jog és gazdaság közötti kapcsolatok rendszeres vizsgálatának történetét sokféleképp rekonstruálhatjuk.[2] A ma uralkodó elméleti iskolák olykor felbukkanó elődkereső törekvései rendszerint megmaradnak az angolszász területen kimutatható előzmények feltárásánál, s Thomas Hobbeshoz és a kontraktualista hagyományhoz,[3] illetve a skót felvilágosodásig nyúlnak vissza.[4] Ebben a stilizált előtörténetben David Hume, Adam Ferguson és Adam Smith után Jeremy Bentham következik, akinek számos felismerése és törekvése, mint látni fogjuk, jelen van vagy legalábbis reflexió tárgya a mai jogelméletben és általában a gyakorlati filozófiában.[5]

[5] Tágabb perspektívából azonban az uralkodó főáram lineáris története mellett a mellékágakat is

észrevehetjük. Gazdaság és jog viszonya ráadásul több tudományterület kutatóinak vizsgálódási körébe is beletartozik: éppúgy érdekli a közgazdászokat és a jogászokat, mint sok filozófust és szociológust. Az európai filozófiai és társadalomtudományos gondolkodás különféle irányzatai és diszciplínái tehát nem rendeződnek olyan egységes hagyománnyá, amelyet a JGE előzményének vagy előfutárának tekinthetnénk.

2.1. Gazdaság és jog viszonya a társadalomelméletben és a szociológiában

[6] A gazdaság és jog viszonyáról számos elméleti igényű állásfoglalás született, melyekben többféle, egymásra is ható megközelítés (filozófiai, történeti, szociológiai, politikai) volt jelen, s a kérdések az általánosság különböző szintjein fogalmazódtak meg (gazdaság és jog ontológiai viszonya, a gazdasági rendszer és jogtípus közötti, a nemzetgazdaság és a jogrendszer közötti, végül a gazdasági intézmények, cselekvések és jogintézmények közötti kapcsolat).[6] Gazdaság és jog viszonyának jog- és társadalomelméleti (->társadalomelméletek és jog) értelmezései közül különösen a marxi(sta) és kisebb részben az erre válaszul született Stammler-féle konstrukció vált szerteágazó viták kiindulópontjává.

[7] Karl Marx és Friedrich Engels a történelmi materializmus talaján a jogi jelenségeket a gazdasági alap által („végső fokon") meghatározott felépítményként, ideológiai tükröződésként értelmezte. Ez a felfogás nagy hatást gyakorolt a marxista jogelméletre, ahol éles fogalmi viták zajlottak akörül, hogy mit jelent a jog gazdasági „meghatározottsága", vagy másképpen, mennyire autonóm társadalmi intézmény a jog.[7]

[8] Rudolf Stammler, válaszul a marxi kihívásra, az egyirányú gazdasági determinizmust – mintegy megfordítva a jogot – a társadalom olyan szükségszerű formájaként értelmezte, melynek a gazdaság a tartalma, anyaga. Ez a hangsúlyozottan nem kauzális, hanem logikai viszony kissé leegyszerűsítve azt jelenti, hogy „a gazdasági élet nem áll másból, mint jogviszonyok létrejöttéből és megváltozásából, vagyis a jogszabályok konkrét megvalósulásából".[8]

[9] Max Weber, aki határozott módszertani megalapozással és egy átfogó szociológiai elmélet keretében, ugyanakkor rendkívül szerteágazó empirikus anyagra támaszkodva fejtette ki álláspontját, sok helyen és többféle összefüggésben vizsgálta gazdaság és jog kapcsolatát történeti és analitikus szempontból egyaránt.[9] Weber mind Marx, mind Stammler felfogását egyoldalúnak és leegyszerűsítőnek tekintette, és bírálta. Gazdaság- és jogszociológiájából (s más írásaiból) egy igen összetett, sokirányú oksági összefüggésrendszer bontakozik ki, amely sem a jog gazdasági determináltságaként, sem a gazdaság jogi meghatározottságaként nem írható le. Elmélete, kidolgozatlan és befejezetlen elemei dacára, szaktudományos (szociológiai) szempontból az egyik legjelentősebb hozzájárulás a kérdés irodalmához.[10] A gazdaság és a jog kapcsolatának társadalomtudományi értelmezésében Max Weber szociológiája szolgál kiindulópontul olyan ígéretes középszintű gazdaság- és ->jogszociológiai elemzésekhez, amelyek a kölcsönhatások különféle mechanizmusait mutatják be.[11]

[10] A marxi alap-felépítmény konstrukció kritikai továbbgondolását jelentették az ausztro-marxista Karl Renner jogszociológiai elemzései is. Renner azt mutatta meg, hogyan zajlottak le a kapitalista modernizáció gazdasági, társadalmi átalakulásai a magánjog egyes ->római jogi gyökerű (vagyis az egyszerű árucsere viszonyai közt kialakult) intézményeinek formai változatlansága mellett.[12] Például a tulajdonjog intézménye a magánjogi dogmatikában lényegében változatlan maradt akkor is, amikor a tőkés nagyipar megjelenésével megváltozott a tulajdon társadalmi funkciója. Ez szerinte a jog bizonyos fokú autonómiájára utal, ugyanakkor nem jelenti azt, hogy a jog a társadalmi igényeknek megfelelően ne változna folyamatosan. S nem jelenti a marxi tétel megfordítását sem, tudniillik hogy a jog okozná a gazdasági vagy társadalmi változásokat.

[11] Érdekességként említésre méltó, hogy az egyoldalú marxi és stammleri felfogásokkal vitázva sajátos konstrukciót dolgozott ki a magyar közgazdász, Navratil Ákos is. Megkülönböztetett elemi és

másodlagos (összetett) gazdasági jelenségeket. Az előbbiek a jogi rendtől függetlenül, mindenféle jogi rend mellett egyformán keletkeznek és alakulnak (ilyenek a fogyasztás és termelés alapjelenségei), míg az utóbbiakat (idesorolta a jövedelemelosztási kérdéseket) szerinte a jogi (konkrétan a magántulajdoni) rend hívja életre, enélkül nem léteznének; vagyis emberi akarattól függőek és történelmileg változók.[13] Navratil felfogása a hazai jogelméletre (Moór Gyula és Horváth Barna idevágó nézeteire) is hatást gyakorolt.[14]

[12] Horváth Barna például (az évtizedekkel későbbi funkcionalista rendszerelméletekre emlékeztető módon) így fogalmazott: gazdaság és jog a társadalom összstruktúrájában elhelyezkedő részstruktúrák.[15] Szerinte a gazdaság (az anyagi szükségletek kielégítése a szűkösség körülményei között) a joggal és minden más társadalmi jelenséggel szemben „genetikus elsőbbséggel" rendelkezik, annál a triviális oknál fogva, hogy „minden magasabb szintű struktúraképződést megelőzően biztosítani kell az anyagi megélhetést".[16] S ugyancsak meglehetősen általánosan elfogadott az az állítása is, hogy gazdaság és jog egymást kölcsönösen feltételezik,[17] vagy legalábbis hogy a közöttük lévő kauzális összefüggések még elméletileg, „végső soron" sem egyszerűsíthetők egyirányú hatásra.

[13] Úgy tűnik, a mai szociológiai irodalom egyetért a fenti – nem túl erős s ilyen általánosságban nem is túl tartalmas – megállapításban. Vagyis abban, hogy a gazdaság és a jog között kétirányú összefüggés áll fenn: a jog társadalmi (->a jog társadalmi funkciói) s azon belül gazdasági meghatározottságát (másfelől nézve: bizonyos gazdasági összefüggések, változások jogi hatásait), másrészt a jog gazdasági hatásainak, funkcióinak (azaz a gazdaság jog általi meghatározottságának) kérdését egyaránt vizsgálni vagy legalábbis említeni szokták. Egyesek az előbbit az ún. genetikus, az utóbbit az ún. operatív jogszociológia körébe sorolják.[18] A mai gazdaságszociológia eközben elsősorban az informális szabályok, a személyes kapcsolatok hálózatainak szerepét hangsúlyozza a gazdasági intézmények működésében. Az olyan makroszociológiai elméletek pedig, mint például Talcott Parsonsé és Niklas Luhmanné, egy átfogó (társadalmi, kommunikációs) rendszer funkcionálisan elkülönült alrendszereinek viszonyaként illesztik be elméletükbe e kétirányú összefüggést. Az utóbbi évtizedekben a gazdaság és jog kölcsönhatásának vizsgálata általános társadalomelméleti tételek (->társadalomelméletek és jog), középszintű mechanizmus jellegű magyarázatok és empirikus gazdaság- és jogszociológiai részelemzések formájában egyaránt jelentkezik.

2.2. Jogtudomány és közgazdaságtan

[14] Európában, különösen német nyelvterületen s a Habsburg Birodalomban a jogi és gazdaságtudományi oktatás sokszor összekapcsolódott (kameralisztika, *Polizeiwissenschaft*). Ez a hagyomány közös intézmények (egyetemi karok, intézetek) formájában néhol a mai napig fennmaradt, noha e homlokzat mögött a tartalom legkésőbb a XX. század közepére radikálisan megváltozott. A jogtudomány elsősorban s egyre inkább a pozitív joghoz kötődő dogmatikai vagy hermeneutikus elemzésként, a közgazdaságtan pedig formális matematikai modelleket és kvantitatív empirikus kutatást kombináló társadalomtudományként értelmezte önmagát. Fokozatosan két, egymásról alig tudomást vevő diszciplína (ön)képe formálódott ki.

[15] A közgazdaságtan főárama különböző okok miatt a XIX. század közepe óta egyre inkább mellőzte a gazdaság intézményi környezetének vizsgálatát, s elsődleges céljának a piac mint decentralizált koordinációs mechanizmus formális, azaz matematikai modellezését tekintette. A közgazdasági gondolkodás főáramában csupán az 1970-es évtizedben bontakozott ki az önmagát az absztrakt modellek konstruktív továbbfejlesztéseként értelmező új intézményi közgazdaságtan; s ezzel párhuzamosan jelent meg a mikroökonómia tárgyterületének kiterjesztéseként a jog, a politika és más nem piaci társadalmi intézmények közgazdasági elemzése. A két diszciplína „peremén", a főáramon kívül azonban a közbeeső évszázadban is jelen voltak olyan heterodox gazdaságelméleti irányzatok, amelyekre épp a gazdasági folyamatok történeti és intézményes

beágyazottsága iránti érdeklődés, valamint az absztrakció és a formális-matematikai modellek elutasítása volt jellemző.

[16] A XIX. század második felében kibontakozó német történeti iskola *(historische Schule der Nationalökonomie)* tagjai, akik egyébként végzettségükre nézve többnyire jogászok voltak, a gazdaság társadalmi, kulturális, történeti kontextusát, intézményi kereteit helyezték vizsgálódásaik középpontjába, s hangsúlyozták a gazdaság jogi összefüggéseit is.[19]

[17] A német nyelvterület, és tágabban Közép-Európa a jog és a gazdaság viszonyát elemző kutatások egy máig kevéssé feltárt alternatív tradíciójának hordozója. Ez a hagyomány részben korábbi előzményekben, a felvilágosodás korának racionális természetjogában (->természetjogtanok), elsősorban Christian Wolff munkásságában gyökerezik.[20] Wolff számára „valamely jogi kérdés vizsgálatakor analitikus közgazdasági érvelést alkalmazni teljesen hétköznapi eljárás volt".[21] Később a törvényhozás, a közigazgatás és a gazdaságpolitika kérdései (->a közigazgatási jog gazdasági szerepköre) az államtudomány sajátosan német diszciplínájában kapcsolódtak össze. Olyan szerzőket említhetünk ebben a körben, mint a közgazdász Friedrich List,[22] Wilhelm Roscher,[23] Gustav Schmoller,[24] vagy a jogtudós Rudolf von Jhering, Otto von Gierke[25] vagy Lorenz von Stein.[26] A XX. század derekán, filozófiai hagyományokra támaszkodva ugyancsak interdiszciplináris gazdasági-jogi elméletet és elemzési eszközöket dolgozott ki, az amerikai JGE-től függetlenül, a kritikai racionalista Hans Albert és a jogász-társadalomfilozófus Jürgen von Kempski is.

[18] Jheringet, akit a német Benthamnek is neveztek, a fogalmi jogtudomány bírálata és a jog instrumentális, vagyis azonosítható társadalmi, politikai célokat szolgáló szerepének felismerése teszi a közgazdasági elemzés előfutárává. Jhering „a jog céljának hangsúlyozásával nyilvánvalóan egy közgazdasági inspirációjú megközelítést tesz magáévá, egy teljes civiljogi dogmatikai rendszer szerveződésének vizsgálatában".[27] Ez az instrumentalista, konzekvencialista elképzelés jelen volt a jogelmélet más képviselőinél is: a jogot a társadalmi (és különösen gazdasági) érdekekkel, célokkal kapcsolatba hozó *Interessenjurisprudenz* (->érdekkutató jogtudomány) képviselőinek gondolkodásában[28] vagy a jogszociológia klasszikusainál, például Eugen Ehrlichnél vagy Roscoe Poundnál is (*social engineering* – társadalmi mérnökösködés).[29]

[19] A XX. század elején az európai kontinensen a különféle társadalomtudományos diszciplínák fokozatosan elkülönültek a jogtudománytól, illetve a korábban jogászok által dominált politika- és társadalomfilozófiai, társadalomelméleti diskurzustól. Az olyan kollektív fogalmakat használó, objektív teleológiára hivatkozó jogászias társadalomelméleteket (->társadalomelméletek és jog), mint például Jheringé, éppúgy tovább lehetett gondolni a szociológiai vonatkozásoktól megtisztított dogmatikai jogtudomány, mint egy módszertani individualista (cselekvéselméleti megalapozású) nem teleologikus társadalomtudomány, például a weberi megértő szociológia irányában.[30]

[20] Egy másik, a német történeti iskolával heves módszertani vitában *(Methodenstreit)* álló kontinentális közgazdaságtani irányzat, nevezetesen az osztrák iskola ugyancsak úttörő módon elemezte egyes jogszabályok gazdasági következményeit,[31] például a közgazdász Eugen von Böhm-Bawerk a jogosultságokat mint gazdaságilag értékelhető eszközöket elemző könyvében[32] vagy a magánjogász Victor Mataja (Carl Menger tanítványa) a kártérítési jogról írott, kifejezetten „a nemzetgazdaság szemszögéből", azaz a kármegelőzés, kockázatelosztás fogalmaival érvelő 1888-as munkájában.[33] Az ő tanítványa, a dán Henry Ussing ugyancsak ilyen úttörő volt. 1914-ben írott disszertációjában mikroökonómiai elemzés alapján érvelt az objektív kártérítési felelősség mellett.[34] Ezt a közgazdasági érveket használó századfordulós magánjogi irodalmat a magyar Marton Géza is ismerte, s polgári jogi felelősségelméletében is hivatkozott rá.[35]

[21] Távolabbról nézve a kártérítési felelősség körüli jogpolitikai viták továbbá illusztrációi egy érdekes tudománytörténeti jelenségnek is.[36] A XIX. század vége, a XX. század eleje közismerten a társadalomtudományok differenciálódásának ideje volt. Míg az új társadalomtudományok, a szociológia, a politológia és a közgazdaságtan számos kulcsfogalmat és gondolkodási sémát

merítettek a XIX. század végének (döntően német) jogtudományából[37] (részben annak folytán, hogy sok társadalomtudós jogi végzettséggel rendelkezett, a jogtudomány akadémiai presztízse pedig magas volt), a XX. század derekára a jogászi szemléletmód, sőt a jog iránti társadalomtudományos érdeklődés is szinte „elveszett", s a század utolsó évtizedeiben kellett „a problémát újrafelfedezni".[38] Ekkorra viszont az elméleti jogtudományokban gyakran nem jogi diszciplínák képviselői és szemléletmódjai váltak meghatározóvá: vagyis a jogtudósok az időközben megizmosodott és önállósodott társadalomtudományok fogalmait, módszereit alkalmazzák.

2.3. A JGE előtörténete és intézményesedése az Egyesült Államokban

[22] A közgazdaságtan fent említett intézményelemző és a jogi kérdések iránt fogékony hagyománya – részben közvetlenül a német történeti iskola hatására – az előző századfordulón Európa más országaiban és az Egyesült Államokban is megjelent. Az amerikai (ún. régi) intézményi közgazdaságtan képviselőinek kifejezetten a jogra koncentráló kutatásai eleinte az állami gazdaságszabályozás jogi lehetőségeinek mérlegelésével, a verseny és a monopóliumok kérdésével foglalkoztak, s csak később és kivételesen az adó-, a társasági (->társasági jog) vagy a szabadalmi joggal.[39] Az úgynevezett régi institucionalisták közül például Thorsten Veblen[40] vagy John Commons[41] a közgazdaságtan akkori főáramával ellentétben elutasították a *laissez faire*-t és a szociáldarwinizmust, s többek között progresszív adózást, valamint munkanélküliség-csökkentő programokat követeltek.[42]

[23] Tágabb értelemben az amerikai realista hagyomány körébe s így a JGE amerikai előfutárai közé sorolhatjuk Oliver Wendell Holmes munkásságát is, elsősorban (1) funkcionalizmusa (vagyis hogy a jogot végső soron *policy science*-nek tekintette, ahol előnyök és hátrányok összemérése, egyfajta költség-haszon elemzés zajlik), (2) a jogi formalizmustól és a természetjogtól való idegenkedése és (3) morális szkepticizmusa miatt.[43]

[24] A jog gazdasági elemzése (JGE) amerikai intézménytörténete szempontjából döntő lépés 1939-ben Chicagóban történt, amikor egy szakmai vita hatására az első közgazdász, Henry Simons kinevezést kapott az egyetem jogi karára. Simonst 1946-ban egy másik közgazdász, Aaron Director követte, aki tanárként és szerkesztőként döntő hatást gyakorolt a JGE következő nemzedékeire.[44] De befolyásos elméleti központok alakultak a Yale egyetemen és másutt is.

[25] A JGE a ma általánosan ismert formájában az 1960-as években jelent meg az amerikai jogi gondolkodásban, s az 1980-as évekre az egyik vezető jogtudományi irányzattá növekedett. Legalábbis az Egyesült Államokban a JGE nem csupán érdekes elméleti törekvés, hanem az egyetemi alapoktatásban szereplő kurzusok s gyakran a hagyományos *law review*-kban megjelenő szakcikkek természetes nyelve. Míg ötven évvel ezelőtt meglepően hangzott volna, hogy közgazdászoknak bármi mondanivalójuk lehetne (a jogászok számára) a kártérítési vagy a szerződési jogról, mára a helyzet alaposan megváltozott. Szinte nincs olyan magánjogi tárgyakról írott tankönyv, amely a tranzakciós költségek, a legolcsóbb kockazatviselő, a Pareto-hatékonyság vagy az aszimmetrikus információ fogalmát ne használná. S – kis túlzással – egy bizonyos életkor alatt szinte nem lehet találni olyan amerikai jogászprofesszort sem, aki – akármilyen szakjogi területtel foglalkozzék, s bármilyen politikai elkötelezettségű legyen is egyébként – ne értené s gyakran beszélné is ezt a nyelvet.

[26] A JGE elfogadottsága az utóbbi évtizedekben a jogi szabályozás érdemi tartalmi módosításaiban is tetten érhető: a versenyjog átalakulása, számos iparág deregulációja, a közpolitikai döntések kötelező költség-haszon elemzése, a közgazdasági vagy általában következményorientált érvek gyakori alkalmazása a jogi érvelésben mind összefügg a JGE elterjedésével. Természetesen ez nem jelenti azt, hogy az amerikai jogi gondolkodás ne volna rendkívül sokszínű; s maga a JGE is pluralizálódott. Ma már szinte áttekinthetetlen mennyiségben állnak rendelkezésre a JGE módszertanát és alkalmazásait ismertető tankönyvek; tanulmányok és monográfiák százai alkalmazzák a közgazdasági elemzési eszközöket a tételes jog minden területén; s ezen túl a

jogszociológia, a ->jogtörténet, a ->jogösszehasonlítás és a jogelmélet körében is hatást gyakorol. A JGE általános szemléletmódja és fogalomkészlete nemcsak az amerikai jogi gondolkodás közegében, hanem az általa befolyásolt más jogi kultúrákban is aligha kerülhető meg.[45]

[27] A JGE az Egyesült Államokon kívül a világ számos országában és régiójában intézményesedett tudományos társaságok, kutatóközpontok, egyetemi képzési programok, szakfolyóiratok formájában. A JGE európai és amerikai recepciója közötti különbségnek sok oka, s a kérdésnek valóságos külön irodalma van.[46] Számunkra most az a különbség érdekes, hogy a JGE európai előtörténetének szaggatottságával ellentétben a JGE több szálon kapcsolódik az amerikai jogi gondolkodás realista hagyományához (->pragmatizmus és amerikai jogi realizmus). A XX. század végére a JGE a jogtudomány autonómiájának kritikájával az amerikai jogi gondolkodás és jogi oktatás egészét jelentősen átalakította. Ez valószínűleg elképzelhetetlen lett volna a langdelli formalizmus ellen fellépő „realista forradalom" hallgatólagos, de általános győzelme nélkül.[47]

[28] A JGE recepciójának nehézségei azokban a jogi kultúrákban, ahol nem zajlott le az amerikaihoz hasonló „realista forradalom", alighanem azzal is összefüggnek, hogy az elmélet perspektívája eltér a jogászok szokásos dogmatikai nézőpontjától. A legfontosabb különbség eszerint a következő. A jogászi munka nagy része hagyományosan *ex post* szemléletű. A jogász azt kérdezi például, miután bekövetkezett a baleset: ki felelős érte, mekkora az igazságos kártérítés stb. Ezzel szemben a JGE *ex ante* szemléletű. Azt kérdezi, milyen kártérítési szabályokkal érhető el a balesetek optimális száma (amely *nota bene* nem zérus, hiszen azt a balesetekből származó kár és a kármegelőzési költségek összegének minimuma határozza meg). Az efféle kérdések a hagyományos jogászi szemléletben a jogpolitika körébe tartoznak.[48] Mint látni fogjuk, a hagyományos jogászi szemlélettel szemben a JGE legtöbbször úgy értelmezi a jogot, mint egy ösztönzési mechanizmust, vagyis a relatív árak változtatásán keresztül a címzettek cselekvésének befolyásolására szolgáló eszközt.

3. A jog gazdasági elemzése: alapfogalmak, irányzatok, korlátok

[29] Ebben a részben a JGE kulcsfogalmait és főbb eredményeit, valamint legismertebb képviselője, Richard Posner munkásságának bizonyos aspektusait tekintjük át, majd röviden kitérünk a JGE jogelméleti státuszának tisztázására is.

3.1. A JGE alapfogalmai

[30] A jog gazdasági elemzése *(economic analysis of law vagy law and economics)* tömören és absztraktan fogalmazva a közgazdaságtan módszereinek és eszközeinek alkalmazását jelenti a jogi intézmények elemzésében. Specifikus feltevései, fogalmai és elemzési technikái alapján a JGE a közgazdaságtan (mikroökonómiai elemzés) részint tárgykörét, részint elemzési technikáit illető kibővítésének tekinthető. Tartalmi értelemben a JGE-nek a jog szerepéről szóló mondanivalója három pillérre épül: (1) a piacok mikroökonómiai elméletére és a tranzakciós költségek fogalmára, (2) a Coase-tételre, valamint (3) a *common law* hatékonyságának tételére.

3.1.1. Piaci csere és tranzakciós költségek

[31] A közgazdaságtan Adam Smith munkássága óta talán legfontosabb eredménye annak kimutatása volt, hogy a magánérdekeiket követő egyének cselekvéséből milyen feltételek között és miként származik társadalmi jólét. Ennek mechanizmusa, végletesen leegyszerűsítve, a következő. Az önkéntes csere a résztvevők számára kölcsönösen előnyös. Ha pedig e cserék tényleges vagy virtuális intézményes közegében, a piacon érvényesül a szabad verseny, nincsenek külső gazdasági hatások (externáliák) és jelentős információs aszimmetriák, ez a decentralizált mechanizmus az önérdekkövető egyéni cselekvések nem szándékolt következményeként gazdaságilag hatékony eredményhez (a maximális társadalmi jóléthez) vezet. Vagyis az erőforrások olyan elosztásához (Pareto-optimum), amelyhez képest az egyének releváns

csoportjából bárki csak akkor kerülhetne jobb helyzetbe, ha ezáltal legalább egyvalaki rosszabb helyzetbe kerülne.[49] A jóléti közgazdaságtan fontos eredménye, hogy a Pareto-optimumban az erőforrások allokációja hatékony. Az allokatív hatékonyság annyit jelent, hogy minden erőforrást arra a célra használunk (ahhoz a szereplőhöz juttatunk, allokálunk), amelyben (akinek számára) az (fizetési hajlandóságban mérve) a legtöbbet éri.[50]

[32] Az önkéntes tranzakciók folytán előálló társadalmi jólét tételéből az a normatív következtetés adódik, hogy a jognak elő kell mozdítania az önkéntes tranzakciókat. Mind negatív értelemben, az – úgymond – mesterséges jogi korlátok lebontásával, mind pozitív értelemben, megkönnyítve és betartatva az egyének megállapodásait. A jog egyik fő funkciója eszerint, hogy csökkentse az egyének közötti önkéntes megállapodások (szerződések) megkötésének és teljesítésük ellenőrzésének, kikényszerítésének költségeit, vagyis az ún. tranzakciós költségeket. Például az ingatlan-nyilvántartás működtetése vagy a szerződési jog diszpozitív szabályai ebben az értelemben járulnak hozzá a hatékonysághoz és a társadalmi jóléthez.

3.1.2. A Coase-tétel

[33] A tranzakciós költségek fogalma szorosan kapcsolódik a JGE második pilléréhez, az ún. Coase-tételhez, amelynek alapgondolata Ronald Coase alapvető tanulmányából származik.[51] A tétel szerint ha a javak kezdeti allokációja egyértelmű, az egyének jogosultságai, vagyis a javak feletti rendelkezési lehetőségek (jogilag vagy konvencionálisan) pontosan meg vannak határozva, s az alkunak nincsenek jelentős akadályai, akkor a jogosultságok eredeti elosztásától függetlenül megvalósul az erőforrások Pareto-hatékony allokációja. Más szóval, ha nincsenek tranzakciós költségek, a jognak nincs hatása az erőforrások allokációjára. A felek ugyanis minden kölcsönösen előnyös cserelehetőséget kihasználnak, s így a jogosultságok ahhoz kerülnek, aki a legmagasabbra értékeli őket. Vagyis a jogok bármely kezdeti hozzárendelése esetén, ha a felek közötti alkunak nincs akadálya (és még néhány további, részben technikai jellegű feltétel teljesül), létrejön a hatékony végeredmény (a Pareto-optimum). Különbség csak a disztributív (elosztási) következményekben van.

[34] A Coase-tételből, legalábbis első látásra, a következő normatív következtetés adódik. Mivel a tranzakciós költségek ugyan csökkenthetők, de nem elkerülhetők, azokban a helyzetekben, ahol az önkéntes csere nem valósulhat meg, a jognak kell (általános szabályok vagy eseti döntések útján) a hatékonyság kritériuma szerint elosztania a jogosultságokat. Úgy, ahogyan ezt a piac tette volna. Más szóval, a jog feladata: imitálni a piacot.

[35] A JGE szerint mármost a szerződésen kívüli károkozás szabályait (vétkességi vagy objektív felelősség, kárenyhítési kötelezettség stb.) aszerint kell meghatározni, hogy melyik szabály esetén lesz a legkisebb a balesetek összes költsége (a kár nagysága, a megelőzés költségei és az adminisztratív költségek együttvéve).[52] Mivel ezek a költségek egy bizonyos határon túl csak egymás rovására csökkenthetők, azaz vannak olyan károk, amelyek csak aránytalanul magas költséggel előzhetők meg, a balesetek társadalmilag optimális száma nem nulla. Az persze józan ésszel is belátható, hogy a szűkös erőforrások baleset-megelőzésre való felhasználásának észszerű korlátai vannak. A JGE azonban explicitté teszi, analitikus modellek segítségével elemzi, és ha elegendő információ áll rendelkezésre, számszerűsíteni is tudja az ilyesféle mérlegelések szempontjait.

[36] A szerződésen kívüli károkozás szabályait elsősorban a tranzakciós költségek miatt kell előre rögzíteni. Egy baleset ugyanis éppen a magas tranzakciós költségek miatt lesz „szerződésen kívüli” tranzakció. A potenciális károkozók ugyanis többnyire nem is ismerik a nagyszámú potenciális károsultat, így rendszerint nem képesek előzetesen megegyezni arra vonatkozóan, hogy ki milyen kármegelőzési, kárenyhítési lépéseket tegyen. Ha ilyen megegyezés lehetséges volna, s nem lennének más tranzakciós költségek és piaci tökéletlenségek sem, akkor a (feltevéseink szerint) racionális önérdekkövető felek – legalábbis tendenciaszerűen – egymás közötti megállapodások,

azaz szerződések útján úgy szabályoznák a felelősséget, hogy minimalizálják a káresetek (fenti módon értelmezett) összes társadalmi költségét – más szóval úgy, ahogy azt a hatékonyság megkívánja. Pozitív tranzakciós költségek jelenlétében a magatartás-szabályozás a jogra hárul.

[37] Összességében a jog feladata tehát kettős: nem csupán a tranzakciós költségek csökkentése, hanem a piaci tökéletlenségek (extern hatások, monopóliumok, információs aszimmetria) esetén, nem piaci allokációs mechanizmusként, a hatékony eredményhez vezető magatartásra ösztönző intézmények és szabályok kialakítása és működtetése.[53]

[38] Fontos észrevenni azonban, hogy a legtöbb gyakorlatilag releváns esetben nem a fenti Pareto-optimum értelmében beszélünk a hatékonyságról. A JGE (és általában a jog) szempontjából, a szerződési jogot és néhány más helyzetet kivéve, főként azok a helyzetek relevánsak, amelyekben *nem* előzetes megállapodáson alapuló önkéntes tranzakció zajlik. Mint láttuk, a Pareto-kritérium szerint azok a tranzakciók növelik a hatékonyságot, amelyek senkinek a helyzetén nem rontanak, s legalább egy egyén jólétét növelik. A hatékonyság azt diktálja, hogy minden ilyen tranzakció történjék meg. Azonban a Pareto-kritérium csak olyan változásokat tud értékelni, amelynek nincsenek nettó vesztesei. Márpedig a legtöbb jogi szabály úgy változtatja meg az egyének jogosultságait, hogy az nem minden érintett számára előnyös. Más szóval: a legtöbb gyakorlati jelentőségű társadalmi (és így jogi) kérdés olyan helyzetek összehasonlítását igényli, amelyek a Pareto-kritérium alapján nem hasonlíthatók össze, hiszen a változásoknak nyertesei és vesztesei is vannak. A jóléti közgazdaságtan és a JGE bizonyos irányzatai szerint ilyen esetekben a hatékonyság másik, operatívabb értelmezéséhez kell fordulnunk.

[39] A hatékonyság gyakorlatban használt alternatív kritériuma szerint a különféle helyzetek összehasonlításának, illetve egy jogi változás hatékonyságnövelő hatásának normatív mércéje a potenciális Pareto-javítás, más néven Kaldor–Hicks-féle hatékonysági kritérium. Két helyzet összehasonlításakor *A* akkor hatékonyabb Kaldor–Hicks-féle értelemben, mint *B,* ha a fizetési hatékonyságban mért vagyonnövekedés akkora, hogy a változás nyertesei kompenzálni tudnák a veszteseket.[54] E kritérium alapján két társadalmi elosztást abban az esetben is össze tudunk hasonlítani, ha az egyik potenciális Pareto-javítást jelent a másikhoz képest. Ez a kritérium tehát nem követeli meg sem a tranzakciók önkéntességét, sem a tényleges kompenzációt. Alkalmazni lehet akkor is, ha a tranzakciós költségek nem teszik lehetővé a piaci megoldást. A Kaldor–Hicks-kritérium voltaképp a költség-haszon elemzés alapelve is. A JGE ortodoxnak nevezett irányzata a hatékonyságnak ezt a kritériumát javasolja a jogszabályok kritikai értékelésének és reformjának mércéjeként. Richard Posner pedig, mint alább látni fogjuk, a vagyonmaximalizáció elveként specifikálva a *common law* (bírói jog) magyarázatának, rendszerezésének és igazolásának általános mércéjeként javasolta.

3.1.3. A common law hatékonysága

[40] A JGE egyik legeredetibb és legvitatottabb eredménye a *common law* hatékonyságának tézise. A tézis pozitív és normatív értelemben is megfogalmazható, ebben a pontban az előbbivel foglalkozunk.[55] Eszerint a *common law* szabályai tendenciaszerűen hatékony erőforrás-elosztáshoz vezetnek. Úgy szabályozzák a költségek és hasznok elosztását, *mintha* a bírák a vagyonmaximalizálás elvét követnék. A *common law* hatékonyságának pozitív tézisét Richard Posner először egy 1972-es tanulmányában fogalmazta meg, amely több száz kártérítési jogeset elemzésén alapult.[56] A tézis részletes kidolgozásának Posner számos más írást is szentelt, mindenekelőtt egy, az amerikai jog szinte egészét bemutató vaskos monográfiát,[57] s a kiinduló cikk nyomán terjedelmes elméleti és empirikus irodalom is született a témában.

[41] A *common law,* tendenciaszerűen, az erőforrások hatékony allokációját és a társadalmi jólét maximalizálását szolgálja. Első látásra rendszertelen doktrínái Posner szerint a legjobban olyan rendszerként magyarázhatók meg, amely „az embereket hatékony viselkedésre ösztönzi, nemcsak az explicit piacokon, hanem egy egész sor társadalmi interakcióban”.[58] Amikor a

tranzakciós költségek alacsonyak, a *common law* lehetővé teszi vagy megkönnyíti, hogy az emberek (explicit vagy implicit) piacokon keresztül csatornázzák be tranzakcióikat. Azáltal éri el ezt, hogy (széles értelemben vett) tulajdonjogokat, azaz jogilag védett rendelkezési pozíciókat hoz létre (ismer el, kényszerít ki), és jogorvoslatot biztosít az önkéntes tranzakciók eredményeként létrejött helyzetekbe történő erőszakos (nem önkéntes) beavatkozás ellen. Amikor az önkéntes tranzakciókat megakadályozzák a tranzakciós költségek, a *common law* úgy árazza a viselkedést (korrigálja az externális hatásokat), hogy ezáltal imitálja a piacot.[59]

[42] A pozitív tézis jogelméleti hozzájárulása abban áll, hogy a decentralizált bírói jogot a hatékonyság elvének fényében rekonstruálja. Eszerint a *common law* bíróságok döntései a társadalmi jólétet mozdítják elő, mégpedig úgy, hogy a szereplők viselkedését befolyásoló ösztönző hatások nyomán a szűkös erőforrások hosszú távon a leghatékonyabb felhasználási mód felé „gravitálnak".

[43] Mi lehet e tendencia magyarázata? A szakirodalom számos hipotézist vetett fel a *common law* hatékonyságának magyarázatára, de egyik sem általánosan elfogadott.[60] Nem tűnik valószínűnek, hogy a szabályokat a bírók kifejezetten a hatékonyság előmozdítása érdekében fogalmazták volna meg. A hatékony szabályok egy része pusztán a józan észen alapul, s nem kifinomult közgazdasági érveken. Mások úgy érvelnek, hogy a bírók szándékától függetlenül, mintegy evolúciós mechanizmus révén alakultak ki a hatékonyságot szolgáló szabályok.[61] Ebben az esetben a hatékonyság nem a bíróságok által követett elv, hanem voltaképp tevékenységük szándékolatlan következménye.

[44] Mondhatjuk, hogy még ha a *common law* tendenciaszerű hatékonyságának magyarázata nem is világos, ez a megközelítés mindenesetre egységes szemléleti keretet és fogalomkészletet kínál a *common law* megértéséhez. De pontosan milyen értelemben szolgálja a hatékonyság elve a jog megértését vagy „racionális rekonstrukcióját"? A kérdés mögött további jogelméleti módszertani problémák rejlenek, amelyekre most csak röviden utalunk.

[45] Van, aki úgy érvel, hogy egy jogról szóló elméletnek transzparensnek kell lennie abban az értelemben, hogy vagy alátámasztja a bírók által kifejtett jogi érvelést, vagy megmutatja, „hogy a hivatalos személyek miként vélekedhetnek úgy – őszintén, noha tévesen –, hogy a jog transzparens".[62] A transzparencia tehát szoros kapcsolatot tételez fel egyrészt az adott elméleti perspektíva, másrészt az eseteket eldöntő bírák nyelvhasználata között. A JGE első ránézésre nem felel meg a transzparencia kritériumának: például a szerződési vagy kártérítési jog elemzésében kifejezetten és szándékosan nem használja a kiegyenlítő igazságosság (->igazságosság a jogban) morális nyelvét, amely pedig – legalábbis bizonyos értelmezések szerint – a szerződési vagy kártérítési eseteket eldöntő bírák nyelve. A transzparencia hiánya tehát ebben az értelemben megalapozza a JGE metaelméleti kritikáját.

[46] Erre a kihívásra válaszolni lehet akár azzal, hogy kimutatjuk: a JGE nyelve és a bírók által használt nyelv legalábbis részben folytonos; akár azzal, hogy a transzparencia metaelméleti kritériumának jelentőségét vonjuk kétségbe.[63] Egy harmadik válaszlehetőség pedig arra utal, hogy

> a hatékonysági elméletek számot tudnak adni a bírói ítéletek nonkonzekvencialista, morális természete és a gazdasági elemzés konzekvencializmusa közötti divergenciáról egy evolúciós elmélet keretében, amely arról szól, hogy miként nyerik el a jelentésüket a bírói döntésekben szereplő kifejezések.[64]

Ez a harmadik válaszlehetőség azért is figyelemre méltó, mert felvillantja a hayeki (evolúciós) és a posneri (hatékonysági) perspektíva termékeny összekapcsolásának lehetőségét a jogelméleten

belül. E két perspektíva nagyban hasonlít viszont a nem bírói jogalkotást illetően.

[47] A JGE uralkodó álláspontja szerint a mai demokratikus törvényhozások által megalkotott jogszabályok tartalmát, a *common law*-val ellentétben, leggyakrabban a különféle érdekcsoportok versengése határozza meg. Magyarázatai és előrejelzései szerint a jogalkotás rendszerint nem a hatékonyságot növeli, hanem jól szervezett érdekcsoportok előnyszerzését szolgálja. Más szóval, a JGE a modern jogrendszerek mennyiségileg alighanem legfontosabb jogkeletkezési módja, a parlamenti és delegált jogalkotás hatását tekintve sokkal kevésbé optimista, mint a bírói jog esetében. Ez a pozitív, azaz előrejelzési hipotézis azonban nem mond ellent a JGE normatív programjának, amely egyaránt szól a jogalkotóknak és az érdemi mérlegelési lehetőséggel rendelkező jogértelmezőknek, továbbá a köz- és jogpolitikai viták és reformjavaslatok körül munkálkodó jogtudósi és szakértői „értelmezői közösségnek". A hipotézis inkább arra az aligha eredeti követelményre fut ki, hogy mivel a döntéshozók (jogalkotók) hajlanak a magánérdekeiket a társadalmi jólét elé helyezni, mozgásterüket intézményes korlátok közé kell szorítani.

[48] A JGE, gyakran implicit módon, feltételezi, hogy a jog alkotói („alkalmazói", „hivatalnokai") és címzettjei miként tekintenek a jogra. Az előbbiekkel kapcsolatban legtöbbször az instrumentalizmus valamilyen formáját tételezi, amely legalábbis az elemzés kedvéért valamely posztulált vagy hipotetikusan elfogadott normatív program eszközeként tekint a jogra. Fontos észrevenni, hogy ez a leginkább *policy analysis*nek nevezhető megközelítés hallgatólagosan azt feltételezi, hogy a jog alkotói és alkalmazói, vagyis a hivatalos személyek „lelkiismeretesek", azaz belső nézőpontból tekintenek jogi feladataikra. Eszerint a JGE egy racionális és átlátható technikát kínál közpolitikai döntéshozók számára, amennyiben segít meghatározott társadalmi problémák alternatív jogi megoldásainak azonosításában s várható társadalmi következményeik alapján való összehasonlításában és a hatékonyság szempontja szerinti értékelésében.

[49] A JGE külső nézőpontját ugyanakkor radikálisan is értelmezhetjük, kiterjesztve a hivatalos személyekre. Ekkor a jogi szabályok, illetve döntések létrejöttének magyarázata és előrejelzése is közgazdasági modellek segítségével, például a közösségi döntések elméletének alkalmazásával történik. Lewis Kornhauser ennek megfelelően a JGE két, *policy analysis,* illetve *political economy* névvel jelölt változatát különbözteti meg. Az első csak a jog címzettjeiről (az egyénekről és vállalatokról) feltételezi a racionális önérdekkövetést, a jogalkotók és jogalkalmazók esetében viszont abból indul ki, hogy azok a közösség érdekében alkotják, illetve lelkiismeretesen végrehajtják és kikényszerítik, azaz cselekvésük indokaként elfogadják a jogot. A második változat ugyanazt feltételezi a jogalkotókról és hivatalos személyekről is, mint a jogrendszer címzettjeiről: eszerint tehát a jog nem rendelkezik kötelező erővel, követésének csak prudenciális indokai vannak.[65] Erre a kérdésre alább visszatérünk.

3.2. Richard Posner jogelmélete

[50] A JGE amerikai úttörője és világszerte legismertebb, emblematikus képviselője alighanem Richard A. Posner, akinek *Economic Analysis of Law* című, az amerikai jog szinte tejes spektrumát elemző átfogó monográfiája először 1972-ben, legutóbbi, kilencedik kiadása pedig – immár több mint 1000 oldalnyi terjedelemben – 2014-ben jelent meg.[66]

[51] Posner ugyan a legismertebb, de nem a legtipikusabb s mára már nem is feltétlenül a legreprezentatívabb képviselője a JGE-nek. Mondhatni, a JGE körüli viták és félreértések egy része éppen abból adódik, hogy a kritikusok sokáig (s azokban a jogi kultúrákban, mint például hazánkban, ahol az irányzat még nem vert gyökeret, szinte máig) Posner bizonyos állításainak bírálatára összpontosítottak. Míg a hetvenes és nyolcvanas években az ő normatív álláspontja körüli viták határozták meg a JGE irányvonalát, és a JGE erkölcsi hátteréről folyó kritikai diszkusszió az általa éppen képviselt pozícióról szólt, ma már erkölcsi és politikai értelemben is igen tagolt a JGE tábora, és nem feltétlenül Posner képviseli az elmélet agresszív változatát.[67] Ennek ellenére egyes JGE-kritikák középpontjában továbbra is Posner elméletének – olykor félreértett – tételei állnak.

[52] Sok kritikus ma is a vagyonmaximalizálási elv kérlelhetetlen hívének tartja Posnert, s emiatt verné el rajta és a JGE-n a port. Mint látni fogjuk, ez a kritika nem megalapozott. A kritikusok egy része persze felfigyelt arra, hogy Posner az elmúlt évtizedekben folyamatosan módosította pozícióját, s a vagyonmaximalizálás elvének erőteljes képviselete után számos további munkával járult hozzá a JGE normatív megalapozásához és empirikus irodalmához; ahogy arra is, hogy bíróként némileg más elveket követ, mint amelyeket társadalomfilozófiájában megfogalmaz.[68] Így vagy úgy, a JGE körüli kritikai diszkusszió egy jelentős része Posner egykori vagy mai pozícióiról szólt és szól.[69] Ezért szükséges itt megvizsgálni Posner jogelméletének egyes sajátosságait.

3.2.1. Vagyonmaximalizálás mint normatív jogfilozófia?

[53] Posner egyik legfontosabb hozzájárulása a JGE-hez alighanem a *common law* hatékonyságának tézise. Mint láttuk, a tézis többféle értelemben is megfogalmazható. Deskriptív vagy pozitív változata szerint a *common law* szabályai (az angol–amerikai bírói jog) hatékony erőforrás-elosztáshoz vezetnek. Úgy szabályozzák a költségek és hasznok elosztását, *mintha* a bírák nagyjából-egészében a vagyonmaximalizálás elvét követnék. A vagyonmaximalizálás elve adja a *common law* logikáját, mivel nemcsak magyarázza (deskriptív értelmezés), hanem új struktúrába, szemléleti keretbe helyezi (heurisztika). Posner gondolkodásában azonban a tétel pozitív verziója, ha nem is logikai szükségszerűséggel, de gyakorlatilag szorosan összekapcsolódik egy normatív értelmezéssel is, amely szerint a hatékonyság elve igazolja is a jog szabályait.

[54] A hatékonysági tézis normatív változatát Posner az 1970-es évek végén az utilitarizmus alternatívájaként, pontosabban „javított változataként" fogalmazta meg, és igyekezett erkölcsi, illetve politikai érvekkel alátámasztani.[70] Az utilitarizmus és a vagyonmaximalizálás elve közti legfontosabb különbség, hogy az egyének normatíve releváns érdekeit az előbbi (nem mérhető, és valószínűleg egyének közt nem is összehasonlítható) szubjektív jólétük („hasznosságérzetük"), az utóbbi (elvileg mérhető és összehasonlítható) fizetési hajlandóságuk alapján értelmezi.

[55] Posner 1970–-80-as években képviselt normatív álláspontja szerint a hatékonyság, azaz a vagyonmaximalizálás elve a társadalmi döntéshozatal egyik fontos etikai kritériuma. Sőt a jognak voltaképp egyetlen átfogó célja van, a vagyonmaximalizálás. Ezt a célt persze konkretizálni és operacionalizálni kell. Például bírósági jogvita esetén az elv azt követeli, hogy a vitatott jogosultságot az kapja meg, aki számára ez fizetési hajlandóságban mérve a legtöbbet ér. A vagyonmaximalizálás tárgya tehát a lehető legtágabban értendő: minden olyan szűkös erőforrás idetartozik, amelynek az emberek, fizetési hajlandóságban mérve, értéket tulajdonítanak. Az elvről szóló normatív (értékelő) viták Posner szerint etikai és politikai természetűek, s ezért kívül esnek a közgazdaságtan illetékességén. A közgazdaságtan ugyanis nem képes megalapozni a „végső" értékítéleteket. Be tudja mutatni a különféle szabályok allokatív (hatékonysági) és elosztási következményeit, továbbá egy-egy szabályozás költségeit (mellékhatásait) különféle intézményi megoldások esetén. Ám azt a kérdést nem válaszolja meg, hogy az erőforrások hatékony elosztása mint cél társadalmilag vagy etikailag kívánatos-e. Ez etikai kérdés. Ez azonban, legalábbis hosszú ideig, nem tartotta vissza Posnert az erkölcsi érveléstől.

[56] A vagyonmaximalizálás elvének mint erkölcsi elvnek Posner szerint előnyei, hátrányai és korlátai vannak. Előnye, hogy a hatékonyság az „eloszthatóság torta" nagyságát növeli. A legtöbb társadalomban a hatékonyság az alapvető értékek egyike, noha talán nem a legfontosabb. Részben önérték, részben azonban instrumentális: növeli a lehetőségeket más célok megvalósítására.

[57] A hatékonyság elvének hátránya, hogy a hatékonyság (a fizetési hajlandóságon keresztül) függ a javak kezdeti elosztásától. A nem önkéntes tranzakciók esetén pedig, mivel az érték közgazdasági fogalma szubjektív preferenciákon alapul, nem lehetünk biztosak benne, hogy a tranzakció valóban növeli-e a hatékonyságot. A döntéshozónak a rendelkezésre álló adatok alapján azt a hipotetikus kérdést kell megválaszolnia, hogy ha az önkéntes tranzakció lehetséges

volna, végbemenne-e. A jogrendszer által kikényszerített tranzakció (például kártérítés baleset esetén) csak tökéletlen pótléka egy olyan önkéntes tranzakciónak, amely azonban gyakran a tranzakciós költségek miatt nem lehetséges. Olykor pedig a jog nem is kompenzálja a kikényszerített tranzakció vesztesét. A jogi szabályozás vagyonmaximalizáló hatását ilyenkor még nehezebb igazolni.

[58] A vagyonmaximalizálás elvét ugyanakkor Posner szerint összhangba lehet hozni más erkölcsi kritériumokkal. A jog céljaként felfogott igazságosság Posner szerint gyakran csupán a hatékonyság elvének pontatlan megfogalmazása. Azt például, hogy ne ítéljenek el senkit tárgyalás nélkül, a kisajátításért kártalanítás jár, a vétkes károkozóval meg kell téríttetni az áldozat kárát, hogy a jog ne követeljen lehetetlent, azonos esetekben azonosan szabályozzon, vagy legyen nyilvános, nemcsak az igazságosság, hanem a hatékonyság is megköveteli.[71]

[59] Továbbá a méltányosság és igazságosság különféle felfogásai – a hatékonysággal szembeállítva – leggyakrabban a javak (újra)*elosztásának* igazságosságára vonatkoznak. Azokkal a hagyományos jogfilozófiai felfogásokkal szemben, amelyek a jog célját az igazságosság (->igazságosság a jogban) és/vagy a méltányosság elvével azonosítják, Posner és a JGE más képviselői többféle ellenvetést is tesznek. Rendszerint azt hangsúlyozzák, hogy a *common law* az elosztási igazságosság megvalósításának kevéssé alkalmas eszköze. Intézményi sajátosságai folytán pontatlanul éri el a célcsoportokat, következményei nehezen jelezhetők előre, nagyon magasak a járulékos tranzakciós költségei, és torzítja az árrendszert.[72] A *common law* és az az alá tartozó, döntően magánjogi és büntetőjogi viszonyok területén az újraelosztási hatások rendszerint nem szisztematikusak, azaz cél- vagy érdekcsoport-specifikusak, hiszen egyedi és nem feltétlenül reprezentatív esetekben érvényesülnek csupán. A társadalmi szintű újraelosztáshoz a bíróságoknak sem általánosan elfogadott etikai elvek nem állnak rendelkezésére, sem alkalmas eszközei nincsenek. Amennyiben az újraelosztás mégis lehetséges, annyiban (normatíve) mérséklendő, mert ezek az újraelosztási célok olcsóbban, célzottabban és becsületesebben – mert nyíltabban – megvalósíthatók törvényhozási úton, az adórendszer és a jóléti transzferek révén.

[60] Fontos megjegyezni ugyanakkor, hogy ezek a negatív érvek nem relevánsak az igazságosság olyan felfogásaival szemben, amelyek a magánjogot a kiegyenlítő igazságossággal (->igazságosság a jogban) kapcsolják össze, az egyes tranzakciókra vonatkoztatják, s az egyéni jogosultságok és kötelezettségek vagy az autonómia fogalmi kategóriáival ragadják meg.[73]

[61] Az 1980-as évek közepéig Posner kitartott a vagyonmaximalizálás elve mint a jog értékelésének normatív kritériuma mellett, és az elvet érő kritikákra rendszeresen és szenvedélyesen válaszolt. Az utóbbi három évtizedben azonban többször módosította pozícióját, és árnyalta a vagyonmaximalizálás elvével kapcsolatos nézeteit, saját bevallása szerint elsősorban Ronald Dworkin érveinek hatására.[74] Posner újabb írásaiban meglehetősen visszafogottan, olykor defenzíven fogalmaz a JGE ambícióival kapcsolatban.[75] Vonakodva bár, de maga is felhívja a figyelmet azokra az erkölcsileg elborzasztó implikációkra, amelyek a hatékonysági elv kizárólagosságának elfogadásából következnének.[76] Ebben gyakorlati tapasztalatai is közrejátszottak. Szövetségi bíróvá való kinevezése után, a *The Economics of Justice* 1983-as, puha fedelű kiadásának előszavában például arra utalt, hogy a hatékonyságon alapuló érvek a látszat ellenére nem annyira gyakorlati reformjavaslatok, mint inkább elméleti felvetések. S mint megjegyezte, erre részben bírói kinevezése ébresztette rá.[77]

[62] A vagyonmaximalizálásként felfogott hatékonyság elve szerinte önmagában nem megfelelő sem a *common law* egyedüli magyarázó elveként, sem a jog egyedüli értékelő mércéjeként, mert gyakran olyan jogintézményeket is igazol, amelyek „sértik a modern amerikaiak igazságérzetét, és mind többé vagy kevésbé illegálisak”.[78] Szerencsés egybeesés, mondja, hogy az amerikai alkotmány kivette a bírói diszkréció köréből az állampolgárok morális intuícióiba ütköző intézményeket, például a rabszolgaság, a kínzás, a lincselés tilalmával. Más szóval: e tilalmakat

mint a vagyonmaximalizáció konszenzuális korlátait kell felfognunk. Ugyanakkor e korlátokon belül, vagyis ahol a vagyonmaximalizáció elve érvényesülhet, ott az elv szerinte az amerikai társadalom politikai kultúrájának alapvető értékeit fejezi ki. Ennyiben Posner személyes morális preferenciáiról el is felejtkezhetünk. A pragmatikus ítélkezéselmélet szempontjából az a lényeges, hogy szerinte az amerikai közfelfogásról kimutatható: implicit módon a vagyonmaximalizáció elvét követi.

[63] A hatékonyság elve Posner szerint affinitást mutat mind a kantiánus, mind az utilitarista etikával. Azonban ahhoz, hogy egy társadalom jogrendszerét erre az elvre alapozhassa, nem filozófiai rendszerekkel, hanem a társadalom többségének morális felfogásával kell egybeesnie. Ezáltal Posner először a konszenzuselmélethez,[79] később a pragmatizmushoz pártolt (->pragmatizmus és amerikai jogi realizmus),[80] amelyet erkölcsi szkepticizmussal kombinált.[81] Normatív politikai és jogfilozófiájában Mill-féle klasszikus liberalizmussal és az arisztotelészi gyökerű kiegyenlítő igazságosság elvével ötvözte a vagyonmaximalizációt, eltávolodva ezáltal az ortodox JGE egyedül a hatékonyságra összpontosító felfogásától.[82]

3.2.2. Jogi pragmatizmus mint ítélkezéselmélet

[64] A hatékonyság elve ugyanakkor oldottabb formában fontos szerepet játszik Posner pragmatikus[83] ítélkezéselméletében is, amely bevallottan egy mai amerikai fellebbviteli bíró nézőpontjából (tehát résztvevői perspektívából) fogalmazódik meg. Ezt először és legátfogóbban *A jogtudomány problémái* című, kifejezetten jogelméleti munkájában fejtette ki.[84] Jogelméleti fejtegetéseinek központi része az ítélkezéselmélet (vagy más megfogalmazásban a jogi érvelés [->jogi érveléselmélet]), legérdekesebb hozzájárulása pedig az, ahogyan a jogi ismeretelmélet, pontosabban a jogértelmezés problémáinak elemzésekor a JGE-t mint szubsztantív igazságossági elméletet (->igazságosság a jogban) bekapcsolja érvelésébe: mintegy visszacsempészi a vagyonmaximalizáció elvét, amelyet bizonyos korlátok között általánosan elfogadható háttérelméletként mutat be.

[65] Posner jogértelmezési (ítélkezési) szabálya a pragmatista bíró számára: az összes körülményt mérlegelve a legjobb következményekkel járó döntést kell hoznia. A *stare decisis* tehát nem abszolút követelmény, de súlya van a döntés során. A bírónak a jogrendszer egészére s így a precedenselv stabilitására ható következményeket is figyelembe kell vennie. Vagyis a pragmatista bíró is dönthet úgy, mintha formalista lenne. A szöveghez kötöttség azonban szintén ennek előnyös következményeivel (döntően a jogbiztonsággal) függ össze, s nem morális vagy politikai kötelezettségen alapul.[85]

[66] Posner szerint kontingens és empirikus körülményektől függ, hogy mennyire képesek a bíróságok a hatékonyság elvét követni. Ítélkezéselméletében tehát, noha a klasszikus utilitarizmust elutasítja,[86] felbukkan az utilitarizmus egy olyan változatával való egyetértés, amely szerint az egyes bírói döntéseket nem a hasznosság elvének kell irányítania.

> [T]ökéletes összhangban van az utilitarizmussal az, aki nem akarja, hogy a bírák úgy tekintsék, a hasznosság maximalizálása a feladatuk. Lehet, hogy valaki úgy véli, akkor maximalizálja a társadalmi hasznosságot, ha a bírák szabályok alkalmazására szorítkoznak, mivel úgy gondolja, hogy a diszkrecionális igazságszolgáltatás az általa teremtett minden bizonytalansággal együtt a hasznosságot összességében inkább csökkenti, mint növeli.[87]

[67] Ha nincs kényszerítő (nem metafizikai, hanem pragmatikus értelemben, konvencionálisan biztos) megoldása valamilyen esetnek, a jogértelmezés hagyományos technikái csupán elfedik azt, hogy a bíró ilyenkor diszkrécióval rendelkezik. A bíró feladata – a pragmatizmus (-

>pragmatizmus és amerikai jogi realizmus) szerint – a szabály értelme szerint lehetséges döntések előnyös és hátrányos hatásainak mérlegelésével a legjobb döntést meghozni.

[68] Ezt a döntést (a mai amerikai társadalom morális intuícióinak közös nevezőjeként) elsősorban két tartalmi igazságossági elv igazolhatja: egyfelől a hatékonyság, amely valójában nem más, mint a költségek és hasznok összevetése, másfelől a kiegyenlítő igazságosság. Mindkettő csak részleges igazolást kínál, a döntés a bíró kvázi jogalkotói ítéletére van bízva. Posner szerint az ilyen nehéz esetekben nincs egyetlen helyes döntés, különböző erkölcsi felfogással, élettapasztalattal rendelkező pragmatikus bírók jóhiszeműen más-más ítéletre juthatnak.

[69] Bizonyos jogi kérdésekben azonban egy plurális társadalomban is lehetséges a rawlsi értelemben vett „átfogó egyetértés". Azaz eltérő társadalomfilozófiák hívei általános elveik különbözősége ellenére egyetérthetnek bizonyos kevésbé általános elvekben. Például egalitárius, Mill-féle liberális, gazdasági libertárius s az arisztotelészi kiegyenlítő igazságosság híve között kialakulhat egyetértés abban, hogy a balesetek szabályozásának megfelelő rendszere a kártérítési jog, amely – mint láttuk – értelmezhető a vagyonmaximalizálás elvének megvalósulásaként. Az olyan kérdésekben azonban, amelyekben nincs politikai és morális konszenzus, a jogi pragmatizmus (->pragmatizmus és amerikai jogi realizmus) számára a vagyonmaximalizálás elve nem alkalmas normatív kritérium.[88]

[70] A JGE tehát Posner felfogásában egy ún. jogászi jogelméletbe illeszkedik. Posner pragmatikus ítélkezéselmélete belső, internalista jogelmélet, amennyiben normatív kritériumokat fogalmaz meg, amelyek fényében az Egyesült Államok bíráinak egyes eseteket el kell dönteniük. Ezen a perspektíván *belül* persze a bíró a formális jogforrásokon túl empirikus, többek között társadalomtudományos információkra is támaszkodhat és hivatkozhat, s ezek segítségével kell a legjobb következményekkel járó döntést meghoznia. A pragmatikus mérlegelés alkalmazási körét korlátozza az empirikus morális konszenzus, továbbá (az ún. könnyű esetekben) az intézmények stabilitása is.

[71] A jogi pragmatizmus (->pragmatizmus és amerikai jogi realizmus) elmélete, teljes részletességében kibontva, elvileg a bíró minden jogi kérdésére kínál valamilyen választ. De egyúttal partikuláris is, amennyiben Posner esetében speciálisan az Egyesült Államokra érvényes. Posner, noha nem mindig teszi explicitté, tisztában van vele, hogy mind a hatékonysági érvek, mind pedig különösen saját pragmatikus ítélkezéselméletének gyakorlati következtetései elsősorban a mai amerikai társadalom s annak politikai és jogrendszere kontextusában értelmezendők. Posner jogi írásait olvasva sosem szabad megfeledkeznünk arról, hogy saját előfeltevéseinek megfelelően számára a gyakorlati jogi, közpolitikai kérdések mindenekelőtt egy meghatározott politikai közösség és jogrendszere problémáiként vetődnek fel. Posner persze más projektekben is érdekelt – ha azonban a jogról van szó, az elméleti belátások, ideértve a gazdasági elemzést is, leginkább egy meghatározott politikai közösség gyakorlati céljaival állnak összefüggésben, amelynek jogi szabályait és közpolitikai lépéseit közéleti értelmiségiként értékeli, és bíróként alakítani is igyekszik.

3.3. A JGE móduszai: jogfilozófia, jogszociológia, jogpolitika

[72] Általánosságban a közgazdasági elemzés a joggal való foglalatosságok legalább háromféle móduszában kaphat szerepet. A JGE eszerint értelmezhető mint

1. normatív jogfilozófia,
2. mint a jog RDE-re épülő „társadalomelmélete", azaz mint szociológiai jogelmélet vagy jogszociológia,
3. s végül mint reformjavaslatokat és a jogi szabályozás „hatásvizsgálatát" ígérő jogpolitika.

[73] Az első móduszban a JGE a jog igazolásának és kritikájának normatív mércéivel kapcsolatos

filozófiai diskurzusba illeszkedik, mint valamiféle konzekvencialista etikán (az egyéni preferenciák maximális kielegítésén) nyugvó, vagyis a jog számára tartalmi célokat kitűző és igazoló jogfilozófia. A hatékonyság elvének mibenlétét, igazolhatóságát és hatókörét a JGE-n belül is viták övezik. Leginkább az tűnik plauzibilisnek, hogy a hatékonyságot lokális elvként, vagyis egyes konkrét jogintézmények vagy jogterületek igazolása és értelmezése során tekintsük kiindulópontnak. Ebben a felfogásban például nem tűnik merésznek, hogy a vállalkozók közötti szerződéses viszonyok vagy a társasági jog esetében a hatékonyság elvét nemcsak megvilágító erejű, hanem normatíve is igazolható mércének tekintsük.[89]

[74] A JGE e jogfilozófiai móduszának van egy viszonylag ritkán elemzett változata is. Eszerint a közgazdasági elemzés olyan heurisztikus fogalomkészletnek, interpretációs „beszédmódnak" tekinthető, amely a társadalmi felelősséggel rendelkező, ugyanakkor pragmatikus bíró (vagy más, elkötelezett résztvevő) perspektívájából fogalmazódik meg. Ez a résztvevő pedig a jog intézményeit és szabályait a közgazdasági értelemben felfogott hatékonyságra mint a jog téloszára, a jog mint „társadalmi gyakorlat" „poénjára" tekintettel értelmezi. Ennek alapján a JGE felfogható úgy is, mint olyan „interpretív" módszert követő résztvevői jogelmélet, amely módszertanában nem, csak tartalmi téziseiben tér el például Dworkin *Law's Empire*-ben kifejtett érett jogelméletétől.[90]

[75] Posner korábban bemutatott, pragmatizmus *előtti* normatív jogelmélete ennek megfelelően úgy is rekonstruálható volna, mint interpretív jogelmélet. Az elmélet középpontjában a vagyonmaximalizálás elve áll, mint az (akkori és feltehetően a mai) amerikai jog működésében megmutatkozó és a társadalom tudatosan vallott értékrendjében is jelen lévő legfontosabb normatív elv, amely – néhány más, lokális jelentőségű érték és elv mellett – nehéz esetekben a jogértelmezést irányítaná. A vagyonmaximalizálás elvének ezt a rekonstrukcióját bizonyára Posner sem vállalná feltétlenül és megszorítások nélkül, éppen mivel kérdéses, mennyire tekinthető egyáltalán erkölcsi elvnek. Ám attól függetlenül, hogy a JGE képviselői maguk („résztvevőként") így értelmezik és értékelik-e általában saját törekvéseik módszertani kötődéseit, egy ilyen irányú normatív-résztvevői JGE lehetősége korántsem érdektelen elméletépítési stratégia. Egy ilyen elmélet persze *mutatis mutandis* osztozna azokban a módszertani, ismeretelméleti és metaetikai nehézségekben, amelyekkel az interpretív elméleteknek szembe kell nézniük.

[76] A második nézőpontból a JGE úgy mutatkozik meg, mint a pozitív közgazdaságtan általában: „értékmentes", „objektív" tudományos előrejelzések és magyarázatok rendszere a jog keletkezéséről, változásáról és társadalmi, mindenekelőtt gazdasági hatásairól. A szociológiai jogelméletként értelmezett JGE a jog mint társadalmi jelenség magyarázatával és változásának előrejelzésével foglalkozik. Ebben a móduszban a JGE, a közgazdaságtan általános tendenciáit kis fáziskéséssel követve, az empirikus viselkedés- és társadalomtudományok eredményeit integrálva folyamatosan alakul: a viselkedési közgazdaságtan, politikai gazdaságtan nyomán *behavioural law and economics,*[91] a kísérleti közgazdaságan nyomán empirikus jogi tanulmányok formáját is ölti.

[77] A harmadik nézőpontból a JGE-t olyan jogpolitikai koncepciónak tekinthetjük, amely az általánosság különböző szintjein jogi intézmények, doktrínák, szabályok vagy döntések hatáselemzésével és adott célok fényében történő értékelésével foglalkozik, avagy e célok megvalósításához keresi a legalkalmasabb jogi (és esetenként nem jogi) eszközöket. Az adott célok persze gyakran a JGE konzekvencialista jogfilozófiai móduszából származnak, amely a jog „funkcióit" a tranzakciós költségek csökkentésében, illetve bizonyos, piaci úton hatékonyan nem előállítható kollektív javak nem piaci mechanizmusok révén való előállításának előmozdításában, általánosan pedig a hatékonyságban látja.

[78] Ami mármost a JGE elméleti státuszát vagy diszciplináris helyét illeti, ezt részben azért nehéz meghatározni, mert a jog megismerésével, értékelésével, alakításával foglalkozó csoportok és szerepek közötti határok más-más módon intézményesedtek az egyes nemzeti jogi kultúrákban. Ám a nehézség talán ennél is alapvetőbb. Tekinthetjük-e a JGE-t egyáltalán jogfilozófiának olyan értelemben, hogy a szokásos „mi a jog?" kérdésre, vagyis a jog mibenlétének, természetének

kérdésére keres választ? Ugyan a JGE művelői gyakran elkötelezik magukat bizonyos tartalmi jogelméleti nézetek mellett, ezek azonban nem feltétlenül tartoznak a JGE mint jogelméleti hagyomány magvához.[92] Posner pragmatikus ítélkezéselmélete jó példa erre.

[79] Az egyik lehetséges stratégia tehát, hogy a gazdasági elemzés nem is vállalkozik a jog természetének megragadására. Amennyiben az elemzés célja nem a jog fogalmi megragadása, úgy sikeres műveléséhez és releváns kérdések megválaszolásához elegendő, ha a jog természetére vonatkozó kérdés(eke)t egyébként megválaszoltnak vagy megválaszolhatónak tekinti. A JGE a hagyományos jogelméleti kérdések (jogi ontológia, episztemológia, metodológia) vizsgálata helyett más irányból közelít a joghoz. Egy másik stratégia szerint ugyanakkor a közgazdasági elemzés nem adja fel azt az ambícióját, hogy hozzájáruljon a jog természetének megértéséhez. A következő szakaszban ez utóbbi stratégia néhány elemét fogjuk látni, amikor azt vizsgáljuk, hogy miként járulhat hozzá a racionális döntések elmélete mint „gazdasági" módszertani paradigma a jog természetének megragadásához.

4. A racionális döntések elméletének jogfilozófiai implikációi

[80] A közgazdaságtan módszertani paradigmáját képező racionális döntések elméletét (RDE) általában, de a jogtudományi alkalmazások felől különösen is számos kritika éri. Az angol–amerikai jogelmélet terepén a gazdasági jogelmélet mind az analitikus filozófia uralkodó paradigmájával, mind a kritikai jogelméletek tartalmi megállapításaival és módszertani elkötelezettségével legalábbis feszült viszonyban van. E feszültség az értetlenség, a lenézés és az ideológiai harc regisztereit váltogatja.

[81] A kritikák egy része azzal függ össze, hogy vajon az RDE által heurisztikus kiindulópontként választott instrumentálisan racionális cselekvés adekvát-e a jog iránti különféle attitűdök megragadására.[93] Az instrumentális racionalitás feltevése azonban nem fogalmi eleme az RDE-nek. A szabálykövetés különféle motívumai, ha nem is azonos módon, de egyaránt elemezhetők az RDE analitikus eszközeivel. A szabálykövetés, illetve a jog ->normativitásának értelmezésekor az RDE-paradigma nemcsak a Holmes-féle „rossz ember", hanem a belső nézőpontot követő „ideális állampolgár" döntéseinek elméleti megragadására és adekvát modellezésére is alkalmas.[94]

[82] Egy másik fontos ellenvetés azzal kapcsolatos, hogy az RDE hagyományos változatai miként tudják értelmezni a jog nem instrumentális cselekvési indokokat (kötelezettségeket és jogokat) keletkeztető természetét, ->normativitását, s ezáltal a jogrendszer legitimitását. Ez a nehézség azzal a jogelméleti módszertani kérdéssel is összefügg, hogy megragadható-e vajon a jog el nem kötelezett, leíró nézőpontból. Ez a nézőpont persze nem idegen más szociológiai jogelméletektől sem. Most azonban az RDE-re fókuszálva néhány olyan elemzési eszközt tekintünk át, amelyek ebből a perspektívából járulnak hozzá az említett jogelméleti kérdések megválaszolásához.

4.1. Az RDE és a jogelmélet nem résztvevői nézőpontja

[83] A magyar jogelméleti közösségben az ezredforduló táján zajlott viták egyik gyújtópontja a társadalomelméleti (->társadalomelméletek és jog) és gyakorlati filozófiai megközelítések szembenállása volt.[95] Vajon a racionális döntések elmélete mint módszertani paradigma elfogadása elkötelezi-e a kutatót valamelyik oldal mellett ebben a vitában? Más szóval, vajon az RDE szükségképpen kötődik akár a belső nézpontból megfogalmazódó „jogászi", akár a külső nézőpontból megfogalmazódó „nem jogászi" (hanem például társadalomtörténeti, kultúrantropológiai, nyelvtudományi) nézőponthoz? Úgy vélem, közvetlenül nem. Analitikus apparátusa és módszerei az absztrakció különböző szintjein, továbbá különböző nézőpontokból használhatók: alkalmazása sem elméleti, sem gyakorlati értelemben nem korlátozódik sem a résztvevői, sem a megfigyelői perspektívára. Az RDE logikai ellentmondás nélkül értelmezhető mind a gyakorlati filozófia, mind a társadalomelmélet speciális változataként, noha valószínűleg nem egyidejűleg.

[84] Az, hogy az RDE-paradigma módszerei jól összeférnek a jog résztvevői perspektívából való elemzésével, talán nem szorul hosszú magyarázatra. Például a politikai (jogi) autoritás konvenciókon, azaz kölcsönös normatív várakozásokon alapuló, a politikaifilozófia szerződéselméleti hagyományában jól ismert magyarázata, illetve igazolása nyilvánvalóan támaszkodik vagy támaszkodhat az RDE olyan analitikus eszközeire, mint a játékelmélet.[96] A résztvevői perspektívából vizsgálódó jogelmélet számára az RDE fogalmi/analitikus eszközöket kínál: a jog előtt álló társadalmi problémák stratégiai interakciókként való modellezésének, fogalmilag tiszta és módszertanilag következetes elemzésének lehetőségét.

[85] Jó érvek szólnak amellett is, hogy a jogelmélet el nem kötelezett perspektívája lehetséges és értelmes.[97] Mi több, vannak olyan kérdések, amelyek résztvevői perspektívából fel sem vethetők, viszont egy megfigyelői, szociológiai perspektívából vizsgálódó jogelmélet képes lehet őket meggyőzően megválaszolni.[98] Megtehetjük persze, hogy a nem résztvevői perspektívát nem jogelméletinek hívjuk: ekkor azt, aminek a lehetőségét feltesszük, talán jogszociológiának lehetne nevezni.[99] Állításunk eszerint csupán annyi, hogy lehetséges olyan jogról szóló tudományos diskurzus, amely számol, de nem azonosul a jog hivatalos személyeinek belső nézőpontjával. Az így felfogott jogtudomány elszakad a gyakorlati (belső) nézőponttól, s mint magyarázó-leíró tudomány, más problémákkal foglalkozik, mint a gyakorlati filozófia. Egy ilyen (megismerésre összpontosító) jogtudomány-felfogásból nemcsak a jogalkalmazók nézőpontjától, hanem a jogdogmatikától való távolságtartás is következik. Mindenesetre, ha lehetséges egy megfigyelői (nem résztvevői) jogelméleti perspektíva, akkor annak számára az RDE-nek mint társadalomtudományi módszertani apparátusnak kitüntetett szerepe van. Pontosabban, a jogot mint társadalmi jelenséget egy olyan elmélet keretében (is) érdemes vizsgálni, amely az RDE paradigmáját követi.

[86] Az RDE-szociológiában mint átfogó társadalomtudományi modellben az általánosság különböző szintjein helyet kap a jog mint *explanandum* (magyarázandó) s mint *explanans* (magyarázó) változó is. Az RDE-szociológia egyik vonatkozásaként, azaz szociológiai jogelméletként felfogott RDE-jogszociológia (végletes leegyszerűsítéssel) ösztönzőrendszerként értelmezi a jogot, azaz mint az érdekeiket követő egyének cselekvését (és ennek kívánt és nem szándékolt következményeit) befolyásoló korlátok egyikét. Ebben a cselekvéselméleti összefüggésben a jog mint *explanans* szerepel.

[87] Elemzés és magyarázat tárgya lehet azonban a jog keletkezése, működése, változása is. Itt jelenik meg a fordított irányú összefüggés: a jog mint *explanandum*. Miközben egyéni cselekvések eredményeként magyarázzuk a normák keletkezését, változását, el kell kerülnünk a társadalomtudományi funkcionalizmus jól ismert csapdáit,[100] vagyis azt, hogy a szabályok létezését tartalmukból, pontosabban következményeikből, például hatékonyságukból magyarázzuk. A hatékonyságot vagy a normák más, a címzettek számára kedvező következményeit nem értelmezhetjük a normák fennmaradásának szelekciós kritériumaként anélkül, hogy erre mikroszintű magyarázatot adnánk. Ilyen magyarázat persze lehetséges, s olykor kézenfekvő is. Ilyen például az, hogy a jogalkotás, illetve valamely jogszabály többé-kevésbé szakszerű költség-haszon elemzésen alapul, vagy hogy bizonyos koordinációs normák a kölcsönös és egyforma várakozások alapján állnak fenn. Mint e példákból is látszik, az elemzőnek szem előtt kell tartania, hogy a mikro-makro összefüggésben az „eredmény", kimenetel többféle dolgot is jelenthet, s egészen különböző magyarázatokat kíván aszerint, hogy központilag tételezett szabályról, precedensjogról vagy szokásjogról van szó.[101]

[88] Ez az elméleti megközelítés ilyenformán a jog mint társadalmi jelenség magyarázatához és változásának előrejelzéséhez kínál elemzési eszközöket. Úgy véljük, az ebben az értelemben felfogott RDE-paradigma tudományos termékenysége folytán kitüntetetten fontos elemzési keretet és módszert kínál a jogi jelenségek elméleti magyarázatához.

[89] Az RDE-jogszociológia osztozik egy voltaképp minden szociológiai jogelméletet (és társadalomelméletet) (->társadalomelméletek és jogg) érintő közös problémában. Ezen elméletekre

mind jellemző az ún. jogászi világszemlélet elutasítása, a „színfalak mögé nézés”, a jogászi ideológia „leleplezése”, a jog társadalmi összefüggéseinek (->a jog társadalmi funkciói) hangsúlyozása, „a jog demisztifikálása”. Ez a kritikai perspektíva különböző formában jelen volt például Bentham Blackstone-kritikájában, a marxi jogszemléletben, Weber Stammler-kritikájában és az amerikai jogi realizmusban (->pragmatizmus és amerikai jogi realizmus) egyaránt.[102] A probléma abból adódik, hogy minden leleplezés ellenére az egyének („szubjektíve”) gyakran, bizonyos összefüggésekben pedig tipikusan a jog „látszatvilágában” élnek. Egy szociológiai jogelméletnek, amennyiben nem fogadja el a behaviorizmust (pszichologizmust, naturalizmust), erről a tényről az egyéni cselekvés értelmezésekor számot kell adnia. A megfigyelői nézőpontú jogelméletekkel szembeni talán legfontosabb kihívás alighanem a jog ->normativitásával kapcsolatos.[103] Az RDE-jogszociológia esetében is az a kérdés, miként tudja a jog autoritását, cselekvési indokot szolgáltató jellegét (Joseph Raz), az ún. belső nézőpontot (H. L. A. Hart) a magyarázat endogén változójává tenni.

4.2. A jog normativitása mint az RDE kompetenciahatára?

[90] A válaszhoz térjünk vissza az egyéni cselekvések szintjére és induljunk ki a jogilag releváns egyéni cselekvések egyelőre csak pontatlanul körülírt csoportjából. Első ránézésre megfelelő kiinduló hipotézis lehet, hogy a cselekvők a jogot mint külső korlátot, „menetrendet”, a várható jogi következményekre vonatkozó előrejelzést kezelik (mint Holmes „rossz embere”). Ez gyakran egybeesik a jogalanyok (s jellemzően jogi tanácsadójuk) perspektívájával. Ugyanakkor, ha a jogkövetést vagy jogsértést instrumentális cselekvésként kezeljük, a modell gyakran empirikusan cáfolódik. Szisztematikusabb felmérések és kísérletek is olyan empirikus eredményeket mutatnak, amelyek bizonyos helyzetekben ellentmondanak a rossz ember modelljének, aki csak prudenciális indokok alapján engedelmeskedik a jognak.

[91] Az a Hart által hangsúlyozott megállapítás pedig, hogy a jog instrumentális felfogása nem megfelelő a bírói, jogalkalmazói nézőpont megragadására, immár jogelméleti közhelynek számít. Saját magunkra vonatkozó előrejelzés szerint cselekedni nincs értelme (ez nem szolgálhat a cselekvésnek még motiváló indokául sem). Szükség lehet tehát a nem instrumentális cselekvés modelljeire.

[92] A racionális nézőpontok és modellek ehhez kapcsolódó problémája az ár és a szankció magatartásbefolyásoló mechanizmusai közötti jól ismert megkülönböztetés.[104] Erre a különbségre már Hart felhívta a figyelmet,[105] s a pénz „társadalmi jelentésének” vizsgálata kapcsán a gazdaságszociológia is felfigyelt rá.[106] Első látásra úgy tűnik, hogy a modern jogrendszerekben többé-kevésbé világos dogmatikai különbség van adó, díj és bírság között.[107]

[93] E jogdogmatikai distinkciók ugyan nem feltétlenül gyakorolnak hatást a jogalanyok magatartására, empirikus vizsgálatok ugyanakkor azt támasztják alá, hogy az egyének magatartására hatással vannak azzal kapcsolatos elképzeléseik, hogy egy bizonyos pénzösszegnek mi a társadalmi rendeltetése; így olykor önmagában egy magatartás jogellenesnek nyilvánítása is hatással van az egyének cselekvésére. Ugyanakkor a pénzbeli bírság bevezetése olykor azt eredményezi, hogy az illetők megvásárolható lehetőségnek tekintik az olyan magatartást, amelyet korábban formális tilalom híján társadalmi normák korlátoztak.[108] Más szóval, a pusztán költséges és a jogellenes cselekvést szociológiai értelemben a hozzájuk kapcsolódó társadalmi normák és informális szankciók különböztetik meg. Mindezen komplex összefüggéseknek, amennyiben empirikusan igazolódnak, meg kell jelenniük az RDE-jogszociológia magyarázataiban is. Nem résztvevői perspektívából is világos, hogy ha egy adott közösség tagjai igazoló-értékelő értelemben teszik fel a kérdést a maguk számára: „Szólnak-e jó indokok e norma követése mellett?”, a válasz legalábbis részben attól függ, mit gondolnak a norma eredetéről, vagyis arról, hogy például önkéntes megegyezés, diktátum, szokás stb. áll-e a norma mögött. Különböző társadalmi interakciós helyzetek különböző normákat hívnak életre, ezek a normák különböző indokokat szolgáltatnak a követésükre. E vázlatosan jelzett empirikus eredmények, továbbá szituáció, norma

és indok közötti fogalmi összefüggések relevánsak a jog ->normativitásának problémája szempontjából is.

[94] A gyakorlati filozófiai irányultságú analitikus jogelméletek a jogkövetés indokainak elemzését elsősorban a jog „természetére" (autoritására, ->normativitására) vonatkozó kérdés kapcsán érintik.

[95] Amennyiben a jog specifikumát valamilyen strukturális jellegzetességében, például intézményes jellegében vagy a hivatalos személyek és állampolgárok közötti megkülönböztetésben ragadják meg,[109] annyiban, úgy tűnik, a jog *qua* jog ->normativitásának elemzése szempontjából az RDE-nek a nem jogi normákra vonatkozó elemzései közvetlenül nem relevánsak. Ha a magatartás egy nem jogi normának való engedelmesség miatt felel meg a jognak (nem jogellenes), akkor, noha jogi kötelességeket teljesítettek, s jogi jogosultságokat tartottak tiszteletben, a jog *normatív ereje* nem mutatkozik meg.

[96] Más elméletek azonban a jog megkülönböztető jegyeit annak funkciójával hozzák összefüggésbe, s gyakran úgy érvelnek, hogy a jog iránti attitűdök között van egy logikai-módszertani szempontból kitüntetett, amely a „valódi", a jog „természetének", „értelmének" megfelelő cselekvési indokkal támasztható alá.[110] Azonban, amennyire meg tudjuk ítélni, ezek az elméletek sem egységesek abban, hogy meghatározható-e egyetlen ilyen esszenciális „funkció", s ennek folytán van-e a jognak egységes „természete". A funkció kifejezés hétköznapi vagy empirikus értelmében pusztán azt lehet megállapítani, hogy a jog számos fontos funkciót tölt be a modern társadalmakban: „visszatérő és sokszoros koordinációs problémákat old meg, felállítja a kívánatos magatartás mércéit, közösségi értéket nyilvánít ki szimbolikus megjelenésükben, ténybeli vitákat old meg".[111]

[97] Az RDE-paradigma követői a jognak való engedelmesség egyetlen, „lényegi" indokának keresése helyett gyakran inkább egy olyan megközelítést kínálnak a jogelmélet számára, amely módszertanilag következetesen, a játékelmélet analitikus eszközeinek segítségével analitikus tipológiává alakítja a jog „funkciójának" vagy „funkcióinak" kérdését. Annyit jelent ez, hogy a jog különféle „funkciói" más-más típusú játékelméleti szituációhoz kapcsolhatók (azzal modellezhetők), s mindegyik „funkcióhoz" (illetve játékhoz) egy meghatározott típusú norma tartozik, amely ismét különböző cselekvési indokokat generál. A játékelmélet nyelvén például a ->magánjog, különösen a szerződések joga rendszerint kétszemélyes, gyakran ismételt játékoknak felel meg. A közjog, különösen a ->közigazgatási jog ellenben gyakran sokszereplős (*n* személyes) kollektív cselekvési problémákkal foglalkozik, amelyek játékelméleti értelemben egyszer játszott (nem ismétlődő) játékok (az anonimitás miatt nincsenek reputációs hatások).[112]

[98] Edna Ullmann-Margalit a normák keletkezéséről szóló klasszikus művében[113] háromféle stratégiai interakciós helyzetet különböztet meg: koordinációs problémákat, fogolydilemma-helyzeteket és egyenlőtlenségi vagy részrehajlási helyzeteket. Ullmann-Margalit azt feltételezi, hogy minden stratégiai helyzet értelmezhető a három paradigmatikus eset valamilyen kombinációjaként. E helyzetek pedig más-más normák kialakulásához vezetnek. Ez a trichotómia bizonyára vitatható és pontosítható, mindenesetre kiindulópontként szolgálhat a normák osztályozásánál és jellemzésénél.

[99] Hartmut Esser német szociológus például Ullmann-Margalit és James Coleman nyomán a következő normatipológiát dolgozta ki:[114]

A norma típusa	***Konvencionális***	***Esszenciális***	***Represszív***
A probléma struktúrája	koordináció	dilemma	konfliktus
Címzett és kedvezményezett viszonya	konjunktív	konjunktív vagy diszjunktív	diszjunktív

Mechanizmus	szimbólumok	morál	uralom
Alap (Grundlage)	érdek, szokás, gyakorlat	a jövő árnyéka, függőség	állam, *jog,* az uralom legitimitása
Garancia	érdekkonvergencia	szankció (belső, informális)	szankció (külső, formális)
Társadalmi eljárás	megértés, kommunikáció	szocializáció, internalizálás	társadalmi kontroll

[100] E distinkciók révén a jog többféle tipikus funkciójára, „poénjára" bukkanhatunk, és e típusoknak megfelelően más-más cselekvési indokot szolgáltat, illetve igazolást igényel például a koordinatív, az esszenciális[115] és a represszív norma. A normák e három típusa balról jobbra haladva egyre növekvő mértékben igényel külső, intézményes garanciát és szankciót. A legitimitás önálló problémaként csak a represszív normák esetében merül fel, mivel a többi normát igazolják a cselekvőknek e normák érvényességéhez fűződő érdekei. E tipológia persze csupán rámutat a legitimitás problémájára, anélkül, hogy igazoló-értékelő értelemben megoldaná azt. Ugyanez a helyzet a represszív jog ->normativitásával is.

[101] Első ránézésre úgy tűnik, hogy amit a táblázat a jogról elárul, ellentétben van a jog funkcióiról mondottakkal. Az ellentmondás azonban feloldható, ha figyelembe vesszük, hogy e tipológia a jog azon specifikumát hangsúlyozza, hogy represszív szabályai révén képes megoldani olyan konfliktusszituációkat is, amelyeket más (konvencionális vagy esszenciális) normák nem. Vagyis a jog ebben a tipológiában a „legerősebb fegyver" a három között, azonban gyakran a másik két típusú problémát is a jogi szabályozás „oldja meg" vagy legalábbis potenciálisan alkalmazható ilyen helyzetekre is. Ebben az értelemben a jog és a nem jogi normák közötti egyirányú helyettesíthetőségről beszélhetünk. Egyúttal potenciális konfliktus is feszül egyfelől a jog, másfelől azok között a megoldási mechanizmusok között (szokás, erkölcs), amelyeket az első két szituációs típus minimálisan megkövetel. (*Mutatis mutandis* vonatkozik ez az egyirányú helyettesíthetőség a koordinációs problémák esszenciális normák révén való szabályozására is.)

[102] A tipológia azt sugallja, hogy ha meg akarjuk érteni a jog specifikumát, vagyis a jogi ->normativitás természetét, olyan társadalmi interakciós helyzetekre kell koncentrálnunk, ahol az, amit a jog követel, nem esik egybe a szokással vagy az erkölccsel, vagyis nem jogi normákkal.

[103] Azonban még ha az RDE-jogszociológia számot is ad az egyének szabálykövető magatartásáról, ezzel – saját programjának megfelelően – a jog ->normativitásának kérdését csak félig válaszolja meg. A nem résztvevői perspektívából az látszik következni, hogy ambíciója nem is igen terjedhet tovább. Mint Andrei Marmor írja,

> a jog normativitásának teljes filozófiai számbavétele egy magyarázó és egy normatív-igazoló feladatot foglal magában. A magyarázat feladata, hogy megkíséreljen választ adni arra, miként szolgáltathatnak a jogi normák cselekvési indokokat, s hogy miféle indokokról van szó. Az igazolás feladata, hogy megvilágítsa, milyen indokaik *kell* hogy legyenek az embereknek a jog normatív aspektusának elismerésére. Másként fogalmazva, hogy igyekezzen magyarázatot adni a jog erkölcsi legitimitására.[116]

[104] Az RDE-jogszociológia ez utóbbi kérdéssel nem foglalkozik. Maximális programként is csak

arra vállalkozik, hogy megmagyarázza, miben áll a jog normativitása, illetve hogy az egyéneknek a jogra vonatkozó legitimitási elképzelései honnan erednek, és milyen struktúrákhoz, intézményekhez kapcsolódnak, továbbá milyen makroszociológiai következményeket hordoznak.

[105] Egy ilyen társadalomtudományos (nem elkötelezett) jogelmélet (és jogfogalom) kifejtésének egyik lehetséges irányát reprezentálja a JGE jogfilozófiában is járatos képviselőjének, Lewis Kornhausernek a koncepciója.[117] Kornhauser Herbert Hartnak az elsődleges és másodlagos szabályok megkülönböztetése kapcsán elmondott allegorikus történetére[118] támaszkodva beszél a jogról mint a kormányzási struktúrák *(governance structures)* egyik fajtájáról. Szándéka szerint a „leíró szociológiának" azt a projektjét folytatja, amelyre Hart utalt *A jog fogalma* előszavában.[119] Tartalmi értelemben lényegében egy intézményelmélet vázlatát adja. Az elmélet részleteit most nem vizsgálva, e felfogás specifikuma más társadalomtudományos jogelméletekhez képest az, hogy az elméleti magyarázat tudatosan *nem* épít a szabálykövetés ún. belső nézőpontjára, hanem ösztönzőstruktúraként, vagyis nagyszámú önérdekkövető egyén stratégiai interakciójaként írja le a jogot. Eszerint például egy rendkívül komplex (a játékelmélet értelmében vett) játék egyensúlyi kimenetele az, hogy a jog különböző szereplői a kötelességüket teljesítik, azaz úgy cselekszenek, *mintha* a jog ->normativitással rendelkezne. Az ún. másodlagos szabályokat az egyének egyensúlyi helyzetben tanúsított viselkedéséből azonosíthatjuk. A jog e modell szerint egy olyan irányítási struktúra, amely csak ösztönzőkre (és nem elkötelezett szabálykövetésre) támaszkodva irányítja mind a hivatalos személyek, mind az egyének magatartását. Kornhauser tisztában van a jog normativitásának jogfilozófiai problémájával, s erre egy „radikális" megoldást kínál. Szerinte fogalmilag lehetséges a jog olyan leírása, modellezése, amelyben az elkötelezett nézőpont nem szerepel, s amely ugyanakkor nem szenved azoktól a fogyatékosságoktól sem, amelyeket például Hart John Austin elméletében kritizált.

[106] Úgy tűnik, egy ilyen modell a jog ->normativitásának problémáját nemcsak a magyarázat, hanem az igazolás értelmében is megoldja.[120] Nyitott *empirikus* kérdés viszont, hogy működhet-e egy intézményi struktúra csak ösztönzőkre támaszkodva. Kornhauser szerint sok gazdasági intézmény, például a tőzsde, empirikusan megközelítőleg így működik. Azonban nem világos, miként lehet partikuláris intézményekből a jog egészének működésére, sőt természetére általánosítani. Felvethető az is, hogy amiről Kornhauser beszél –. az ösztönzők révén működő irányítási (kormányzási) stuktúra –, csak látszólag vagy a szóhasználat tág értelmében „jog". Valójában a magatartásirányítás (kormányzás) egy másik, nem jogi móduszáról van szó. A társadalomirányítás e másik módszerének pedig nem fogalmi eleme az a normativitás, amelyről Marmor fentebb erkölcsi legitimitásként beszélt. Ez a kérdés persze nem szemantikai, hanem fogalmi természetű: arra vonatkozik, hogy vajon jognak tekinthető-e egy olyan szabályrendszer, amelyre esetenként egyetlen címzettje sem tekint elkötelezett nézőpontból, vagy netán egy olyan, amely nem támaszt kötelességeket.

[107] Részben e felvetésre válaszolva Kornhauser legújabb munkáiban továbbmegy és azt vizsgálja, a jog fogalma kiküszöbölhető-e a jogról szól különféle diskurzusokból. Pontosabban, azt javasolja, hogy olyan kormányzási struktúrákról beszéljünk, amelyet azután normatív értékelés alá vonhatunk, például aszerint, hogy a legalitással mint értékkel milyen mértékben van összhangban.[121]

[108] Az RDE-paradigma a jogelméleti vizsgálódások során a gyakorlatilag számításba vehető fogalmi keretek és módszerek közé tartozik, vagyis legalábbis plauzibilis kiindulópontként szolgál jogelméleti magyarázatok számára. Az RDE-paradigma plauzibilitásának vizsgálata révén nemcsak arra tudunk rámutatni, hogy az RDE-paradigma mivel járulhat hozzá a jogelméletileg releváns kérdések megválaszolásához, hanem az RDE kompetenciahatáraira is.

5. Összegzés

[109] Specifikus feltevései, fogalmai és elemzési technikái alapján a JGE egyrészt az RDE-paradigma

viszonylagos elkülönült tematikus alkalmazási területének, másrészt a mikroökonómiai elemzés részint tárgykörét, részint elemzési technikáit illető kibővítésének tekinthető. Valószínűleg a JGE az a jogelméleti irányzat, amely az RDE módszertanát a leginkább alkalmazza, ám nem az egyetlen. Ha tehát a JGE-t az RDE-paradigma *par excellence* jogtudományi alkalmazásaként, vagyis a gazdaság és jog viszonyának kérdésre adott karakteres, ugyanakkor kifejtésre, értelmezésre és értékelésre váró válaszként értelmezhető értelmezzük, akkor egyúttal nyitva hagyjuk az utat alternatívák: akár a paradigma joggal kapcsolatos másféle alkalmazásainak lehetősége, akár a jog és a gazdaság viszonyának vizsgálatában sikerrel alkalmazható, nem RDE-n alapuló, többek között az első szakaszban említett alternatív filozófiai, társadalomtudományos megközelítések számára is.



6. JEGYZETEK

---

[1] Vö. SAJÓ András: *Gazdaság és jog viszonyáról – jogelméleti nézőpontból,* Budapest, Akadémiai, 1989.

[2] Christoph ZÖPEL: *Ökonomie und Recht. Ein wissenschaftshistorischer und wissenschaftstheoretischer Beitrag zum Verhältnis von Wirtschafts- und Rechtswissenschaften,* Stuttgart, Kohlhammer, 1974.

[3] Richard A. POSNER: „Values and Consequences. An Introduction to Law and Economics" in Eric A. POSNER (szerk.): *Chicago Lectures in Law and Economics,* New York, Foundation Press, 2000, 189.

[4] Charles K. ROWLEY: „Law and Economics from the Perspective of Economics" in Peter NEWMAN (szerk.): *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law II,* New York, Palgrave, 1998, 474–476.

[5] Gerald J. POSTEMA: *Bentham and the Common Law Tradition,* New York, Oxford University Press, ^{2}2019.

[6] SAJÓ András: *Gazdaság és jog viszonyáról – jogelméleti nézőpontból,* Budapest, Akadémiai, 1989, 37–39.

[7] Az idevágó eredeti szövegek magyarul megtalálhatók: SZABÓ Imre: *Előadások Marxról és a jogról,* Budapest, Gondolat, 1976; BIHARI Mihály: „A gazdasági alap és a politikai felépítmény viszonya" in BIHARI Mihály (szerk.): *Politika és politikatudomány. Tanulmányok,* Budapest, Gondolat, 1982, 248–260; VARGA Csaba: „A jog mint felépítmény. Adalékok egy kategóriapár történetéhez" in VARGA Csaba (szerk.): *A jog társadalomelmélete felé,* Budapest, Osiris, 1999, 32–39. Ezek a viták csak távolról és nagyon általánosan hozhatók kapcsolatba a mai értelemben felfogott JGE-vel. Erről lásd Anthony I. OGUS: „The Parameters of Law and Economics: From Pashukanis to Posner" in Robert N. MOLES (szerk.): *Law and Economics. Fourteenth annual conference, the Queen's University of Belfast, 2–4 April 1987.,* Stuttgart, Steiner, 1988, 14–27; CSERNE Péter: „Gazdaság és jog viszonya a marxista jogelméletben és a jog gazdasági elemzésében" *Világosság* 2004/4, 49–63.

[8] SZABADFALVI József: „Rudolf Stammler" in SZABÓ Miklós (szerk.): *Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből,* Miskolc, Bíbor, 1999, 99. Lásd Rudolf STAMMLER: *Wirtschaft und Recht nach der materialistischer Geschichtsaffassung,* Leipzig, Veit und Co., 1896.

[9] Max WEBER: *Gazdaság és társadalom. A megértő szociológia alapvonalai 1. Szociológiai kategóriatan,* ford. ERDÉLYI Ágnes, Budapest, KJK, 1987; *Gazdaság és társadalom. A megértő szociológia alapvonalai 2/1. A gazdaság, a társadalmi rend és a társadalmi hatalom formái (A társadalmi szervezetek: közösségek,*

társulások, vallások), ford. ERDÉLYI Ágnes, Budapest, KJK, 1992. A másodlagos irodalomból lásd Richard SWEDBERG: *Max Weber and the Idea of Economic Sociology,* Princeton, Princeton University Press, 1998, 82–107, 244––256. Magyarul lásd még PESCHKA Vilmos: *Max Weber jogszociológiája,* Budapest, Akadémiai, 1975, 97–134; SZIGETI Péter: „A jog varázslat alóli felszabadítása. Max Weber jogfejlődési magyarázata" in ERDÉLYI Ágnes (szerk.): *Max Weber és a 20. század társadalomtudományi gondolkodása,* Budapest, Napvilág, 1999, 118–148.

[10] Természetesen, amellett, hogy Weber sem kívánt vagy tudott minden szempontunkból releváns problémában rendszeresen és részletesen elmélyedni (elsősorban a modern nyugati kapitalizmus mibenléte, létrejöttének feltételei, sokirányú hatásai és történelmi perspektívái foglalkoztatták), az írásainak megjelenése óta eltelt közel száz év számos olyan változást hozott, melyek túlmutatnak a weberi kereteken.

[11] Richard SWEDBERG: „The Case for an Economic Sociology of Law" *Theory and Society* 2003/1, 1–37.

[12] Karl RENNER: *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion,* Tübingen, J.C.B. Mohr – Paul Siebeck, 1929. Lásd Roger COTTERRELL: *Sociology of Law. An Introduction,* London, Butterworth, [2]1992, 49–50; MACZONKAI Mihály: *Jogszociológia,* Pécs, Janus Pannonius Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 1995, 81–85.

[13] NAVRATIL Ákos: „A gazdasági élet és a jogi rend. Adalék a másodlagos gazdasági jelenségek elméletéhez" in *Ünnepi dolgozatok a társadalomtudományok köréből*. *Földes Béla-emlékkönyv,* Budapest, Pallas, 1905, 141–190. Vö. BEKKER Zsuzsa (szerk.): *Magyar közgazdasági gondolkodás. A közgazdasági irodalom kezdeteitől a II. világháborúig,* Budapest, Aula, 2002, 528, 661–662, 738–741.

[14] Lásd MOÓR Gyula: „A gazdasági élet és a jogi rend" in KENÉZ Béla – JUDIK József –VARGA István (szerk.): *Ünnepi dolgozatok Navratil Ákos születésének 60-ik és egyetemi tanári kinevezésének 30-ik évfordulója alkalmából,* Budapest, Gergely, 1935, 265–303; HORVÁTH Barna: *Jogszociológia. A jog társadalom- és történelemelméletének problémái,* Budapest, Osiris, 1995, 171–220, 360–366; Barna HORVÁTH: „Recht und Wirtschaft" *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1951/3, 331–357.

[15] Lásd HORVÁTH (14. j.) 187.

[16] Lásd HORVÁTH (14. j.) 186.

[17] Lásd HORVÁTH (14. j.) 179.

[18] Manfred REHBINDER: *Rechtssoziologie,* Berlin – New York, Walter de Gruyter, [3]1993, 41–42.

[19] Ez az érdeklődés a bismarcki Németországban – akárcsak egy századdal korábban, a kameralizmus idején – fontos gyakorlati gazdaság- és szociálpolitikai következtetésekre is vezetett. Az iskola tagjainak jó része ún. katedraszocialista volt, aki a kibontakozó kapitalizmussal együtt jelentkező szociális feszültségeket különféle jogi reformokkal s más állami intézkedésekkel kívánta orvosolni. Ez a törekvés értelemszerűen a jog instrumentális felfogását, azaz (például társadalompolitikai) célok eszközéül felhasználható jellegének elfogadását, sőt igenlését is magában foglalta. Rövid magyar nyelvű áttekintésként lásd MADARÁSZ Aladár: „A német történeti iskola; Gustav von Schmoller; Adolf Heinrich Gotthilf Wagner" in BEKKER (13. j.) 768–777, 828–830 és 834–835.

[20] Lásd Peter R. SENN: „What is the Place of Christian Wolff in the Pre-History of Social Sciences?" *European Journal of Law and Economics* 1997/2–3, 147–232; Jürgen G. BACKHAUS: „Christian Wolff on Subsidiarity, the Division of Labor, and Social Welfare" *European Journal of Law and Economics* 1997/2–3, 129–146; Wolfgang DRECHSLER: „Christian Wolff (1679–1754)" in Jürgen BACKHAUS (szerk.): *The Elgar Companion to Law and Economics,* Cheltenham – Northampton, Elgar, 1999, 527–531.

[21] Jürgen BACKHAUS: „Introduction" in BACKHAUS (20. j.) 527–531.

[22] Arno Mong DAASTÖL: „Friedrich List (1789–1846)" in BACKHAUS (20. j.) 1.

[23] Erich STREISSLER: „Wilhelm Roscher (1817–94)" in BACKHAUS (20. j.) 425–434.

[24] Helge PEUKERT: „Gustav von Schmoller (1838–1917)" in BACKHAUS (20. j.) 445–454.

[25] Jürgen BACKHAUS: „Otto von Gierke (1841–1921)" in BACKHAUS (20. j.) 313–315.

[26] Heinz GROSSEKETTLER: „Lorenz von Stein (1815–90)" in BACKHAUS (20. j.) 472–482.

[27] BACKHAUS (20. j.) Introduction.1–2; lásd még J. L. M. ELDERS: „Rudolf von Jhering (1818–92) and the Economy of Justice" in BACKHAUS (20. j.) 358–365.

[28] Az érdekkutató jogtudomány a magyar jogi gondolkodásra – elsősorban a magánjog és az ítélkezés elméleteire – is hatást gyakorolt. Lásd NIZSALOVSZKY Endre: *Az érdekkutató jogtudomány a magánjogban,* A Debreceni Tisza István Tudományos Társaság I. osztályának kiadványai 5. kötet, 7. szám, Debrecen, 1933.

[29] Roscoe POUND: „The Lawyer as a Social Engineer" *Journal of Public Law* 1954/3, 292.

[30] Jhering és Weber példájának részletesebb elemzésére lásd Stephen P. TURNER – Regis A. FACTOR: *Max Weber. The Lawyer as Social Thinker,* London – New York, Routledge, 1994.

[31] Rövid áttekintésül magyarul lásd MADARÁSZ Aladár: „Osztrák iskola" in BEKKER (13. j.) 778–785.

[32] Eugen VON BÖHM-BAWERK: *Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirtschaftlichen Güterlehre,* Innsbruck, Wagner, 1881.

[33] Victor MATAJA: *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie,* Leipzig, Duncker & Humblot, 1888. Értékelésre lásd Izhak ENGLARD: „Victor Mataja's Liability for Damages From an Economic Viewpoint: A Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort" *International Review of Law and Economics* 1990/10, 173–191; Izhak ENGLARD: *The Philosophy of Tort Law,* Aldershot, Dartmouth, 1993, 98–99; VÉKÁS Lajos: „A magánjog gazdasági elemzése" *Állam- és Jogtudomány* 1998/39, 7–8; Wolfgang WEIGEL: „Law and Economics in Austria" in Boudewijn BOUCKAERT – Gerrit DE GEEST (szerk.): *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics,* Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 118–127.

[34] Lásd Henrik LANDO: „Law & Economics in Denmark" in BOUCKAERT – DE GEEST (33. j.) 139–140.

[35] MARTON Géza: *A polgári jogi felelősség* (szerk. ZLINSZKY János), Budapest, Triorg, 1992.

[36] Talcott PARSONS: „Law as an Intellectual Stepchild" *Sociological Inquiry* 1977/3–4, 11–58; Werner GEPHART: *Gesellschaftstheorie und Recht,* Frankfurt, Suhrkamp, 1993; Stephen TURNER – Regis A. FACTOR: *Max Weber. The Lawyer as Social Thinker,* London, Routledge, 1994.

[37] CSERNE Péter: „Jog, jogászat és jogtudomány hatása Weber módszertani nézeteire" *Századvég* 2008/49, 3–26.

[38] Lásd Werner GEPHART: *Gesellschaftstheorie und Recht*. *Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne,* Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993.

[39] A régi institucionalisták JGE-írásai két kötetben összegyűjtve jelentek meg: Warren J. SAMUELS (szerk.): *Law and Economics. The Early Journal Literature,* London, Pickering Chatto, 1998. Jogász követőiket, mint például Robert Hale-t olykor a JGE ún. első hullámába sorolják, lásd Barbara H. FRIED: *The Progressive Assault on Laissez Faire. Robert Hale and the First Law and Economics Movement,* Cambridge, Harvard University Press, 1998.

[40] Heath PEARSON: „Thorstein Veblen (1957–1929)" in BACKHAUS (20. j.) 509–514.

[41] John R. COMMONS: *The Legal Foundations of Capitalism,* New York, Macmillan, 1924; Warren J. SAMUELS: „John R. Commons (1862-1945)" in BACKHAUS (20. j.) 304–312.

[42] Vö. Nicholas MERCURO –Steven G. MEDEMA: *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997, 4. fejezet.

[43] Richard A. POSNER: „Oliver Wendell Holmes, Jr." in Peter NEWMAN (4. j.). Gerald Postema remek

áttekintése (Gerald POSTEMA: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World,* Berlin, Springer, 2011, 13. fejezet) kifejezetten az angol–amerikai jogfilozófiai gondolkodás Holmesszal kezdődő hagyományának folytatásaként elemzi a JGE-t. A közvetlen hatástörténeti összefüggések hiánya és a jelentős tartalmi különbségek ellenére a JGE előzményei közé tartozik az amerikai jogi realizmus is, amennyiben a jogi döntésekben a formalizmus helyett az érdekmérlegelés szerepét hangsúlyozta, továbbá előkészítette a terepet a társadalomtudományok, köztük a közgazdaságtan jogi oktatásban és jogtudományban való megjelenése számára. Ehhez hasonló szemléleti átalakulást a párhuzamos európai jogelméleti iskolák nem tudtak elérni.

[44] Director alapította meg 1958-ban a JGE első folyóiratát, a *Journal of Law and Economics*ot, amelynek harmadik évfolyamában a JGE indulását szimbolikusan jelző tanulmány – Ronald Coase korábban említett esszéje a társadalmi költség problémájáról – is megjelent.

[45] A JGE oktatásáról szóló korai viták áttekintésére az Amerikai Egyesült Államokban lásd „Symposium: The Place of Economics in Legal Education" *Journal of Legal Education* 1983/2, 183–376.

[46] Richard A. POSNER: „The Future of the Law and Economics Movement in Europe" *International Review of Law and Economics* 1997/17, 3–14; Kenneth G. DAU-SMITH – Carmen L. BRUN: „Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe" *Columbia Journal of Transnational Law* 2006/2, 602–621; Oren GAZAL-AYAL: „Economic Analysis of Law in North America, Europe and Israel" *Review of Law & Economics* 2007/2, Article 11; Nuno GAROUPA – Thomas S. ULEN: „The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States" *Alabama Law Review* 2008/5, 1555–1633; Kristoffel GRECHENIG – Martin GELTER: „The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism" *Hastings International & Comparative Law Review* 2008/1, 295–329.

[47] Lásd Neil DUXBURY: *Patterns of the American Jurisprudence,* Oxford, Oxford University Press, 1995.

[48] Bár érdekes módon éppen egy olyan, látszólag a közgazdasági szemlélet recepciója számára problematikus jogterületen, mint a büntetőjog, az *ex ante* szemlélet a generális prevenció szempontja formájában az egyedi ügyben hozott döntésben is szerepet játszik.

[49] Másképp megfogalmazva: a Pareto-optimum esetében nem lehetséges további ún. Pareto-javítás. Valamely *A* helyzethez képest egy *B* helyzet Pareto-javítást jelent, ha *B*-ben legalább egyvalakinek a helyzete jobb, mint *A*-ban, miközben senkinek a helyzete sem rosszabb az új helyzetben.

[50] Lásd Alistair M. MACLEOD: „Efficiency" in Christopher B. GRAY (szerk.): *Philosophy of Law: An Encyclopedia I,* Levittown, Garland, 1999, 249–251; Richard O. Zerbe: *Economic Efficiency in Law and Economics,* Cheltenham, Elgar, 2001; Richard O. ZERBE (szerk.): *Efficiency in Law and Economics,* Cheltenham, Elgar, 2014. A hatékonyság fogalmát a közgazdaságtan időnként másféle értelemben is használja. A termelési (produktív) hatékonyság azt jelenti, hogy adott célt a legkevesebb erőforrás felhasználásával érünk el, vagy másképp: adott mennyiségű inputból a legnagyobb értékű outputot állítjuk elő. Ez a kritérium tehát az adottnak tekintett cél eléréséhez felhasznált eszközökre vonatkozik.

[51] Lásd Roand H. COASE: „A társadalmi költsége problémája" in Roand H. COASE: *A vállalat, a piac és a jog,* Budapest, Nemzeti Tankönyvkiadó, 2004. A tétel explicit megfogalmazása nem szerepel az eredeti tanulmányban, azt későbbi magyarázatok formalizálták.

[52] Klasszikus megfogalmazására lásd Guido CALABRESI: *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis,* New Haven, Yale University Press, 1970. Magyarul lásd például SZALAI Ákos: „A deliktuális felelősség preventív hatása és a bizonyítási teher megfordítása: Egyszerű joggazdaságtani elemzés" *Állam- és Jogtudomány* 2013/1–2, 147–168.

[53] Robert Cooter és Thomas Ulen találó elnevezése szerint az előbbi a normatív Coase-tétel, az utóbbi a normatív Hobbes-tétel, lásd Robert COOTER – Thomas ULEN: *Jog és közgazdaságtan. Jogintézmények közgazdasági elemzése,* ford. MIKE Károly, SZILÁGYI Katalin et al., Budapest, Nemzeti

Tankönyvkiadó, 2005.

[54] Nicholas KALDOR: „Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility" *Economic Journal* 1939/195, 549–552; John HICKS: „The Foundations of Welfare Economics" *Economic Journal* 1939/196, 696–712; Allan M. FELDMAN: „Kaldor–Hicks compensation" in NEWMAN (4. j.) 417–421.

[55] A tézis normatív változatát alább a 2.2.1. pontban vizsgálom részletesen. Lásd még Lewis A. KORNHAUSER: „A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law" *Hofstra Law Review* 1980/3, 591–639.

[56] Richard A. POSNER: „A vétkességi felelősség elmélete" in HARMATHY Attila – SAJÓ András (szerk.): *A jog gazdasági elemzése. Válogatott tanulmányok,* Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1984, 244–271.

[57] Richard A. POSNER: *Economic Analysis of Law,* New York, Boston, Aspen, [5]1998.

[58] Richard A. POSNER: *Economic Analysis of Law,* Boston, Aspen, [9]2014, 271–272.

[59] POSNER (58. j.) 274.

[60] POSNER (58. j.) 275.

[61] A téma legfontosabb irodalma összegyűjtve megjelent: Paul H. RUBIN (szerk.): *The Evolution of Efficient Common Law,* Cheltenham, Elgar, 2007.

[62] Stephen A. SMITH: *A Theory of Contract,* Oxford, Oxford University Press, 2004, 25.

[63] Nathan OMAN: „Unity and Pluralism in Contract Law" *Michigan Law Review* 2005/6, 1483–1506.

[64] Jody S. KRAUS: „A Philosophical Approach to the Economic Analysis of Contract Law" *Virginia Journal* 2006, 14. Bővebb kifejtését lásd Jody S. KRAUS: „Transparency and Determinacy in Common Law Adjudication: A Philosophical Defense of Explanatory Economic Analysis" *Virginia Law Review* 2007/2, 287–359.

[65] Lewis A. KORNHAUSER: „The Economic Analysis of Law" in Edward N. ZALTA (szerk.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), 1.3 fejezet.

[66] Richard A. Posner (közelmúltbeli visszavonulásáig) szövetségi bíró, jogtudós és közéleti értelmiségi egy személyben; ráadásul olyan szerző, aki nemcsak kedveli, hanem provokálja is a vitákat. Munkáival nem csupán a jogelméletben és a tételes jog szinte valamennyi területén kelt jelentős figyelmet, hanem filozófiai, közgazdasági, politikai, szociológiai kérdésekben és közéleti vitákban is gyakran véleményt nyilvánít.

[67] A hatékonysági elv kizárólagossága mellett érvelő újabb monográfia: Louis KAPLOW – Steven SHAVELL: *Fairness versus Welfare,* Cambridge, Harvard University Press, 2002.

[68] Lásd különösen Richard A. POSNER: *The Economics of Justice,* Cambridge, Harvard University Press, [2]1983, Preface.

[69] Horst EIDENMÜLLER: *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts,* Tübingen, Mohr, [2]1998, 173.

[70] Richard A. POSNER: „Utilitarianism, Economics, and Legal Theory" *Journal of Legal Studies* 1979/1, 103–140; Richard A. POSNER: „The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication" *Hofstra Law Review* 1980/3, 487–507; Richard A. POSNER: „The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman" *Journal of Legal Studies* 1980/2, 243–252. Pozíciójának összefoglalására lásd POSNER (68. j.) I. rész.

[71] POSNER (57. j.) 30, 287–289.

[72] Egy szellemes megfogalmazás szerint az ilyen újraelosztás ahhoz hasonló, mintha egy lyukas

vödörben jégkrémet szállítanánk két oázis között a sivatagban. Lásd COOTER–ULEN (53. j.).

[73] A magánjog filozófiai elméletei és a JGE közti szembenállás részletes elemzése magyarul lásd CSERNE Péter: „Szinkretizmus, szintézis, szinopszis: metaelméleti stratégiák a magánjogban" in CSERNE Péter et al. (szerk.): *Annak, hogy tud-e valaki, a tanítani tudás a jele: Tanítványok írásai a 65 éves Takács Péter tiszteletére,* Budapest, Gondolat, 2020, 15–38.

[74] Ronald M. DWORKIN: „Is Wealth a Value?" *Journal of Legal Studies* 1980/2, 191–226; Richard A. POSNER: „Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry" in David G. OWEN (szerk.): *Philosophical Foundations of Tort Law,* Oxford, Clarendon Press, 1996, 101, 6. lj. („a vagyonmaximalizálás mint etikai elv legjobb és legjobban megírt bírálata"); Richard A. POSNER: „Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication" *New York University Annual Survey of American Law* 2007/9, 11–12.

[75] POSNER (57. j.) 29: „Annak sem kell elvetnie a JGE-t, akit nem győzött meg az elemzés agresszív változata. Lehet, hogy valaki úgy véli, a közgazdaságtan csak néhány jogi szabályt és intézményt magyaráz meg, de soknak a jobbítására alkalmas; vagy hogy sokat megmagyaráz, ám ez sajnálatos, mert a közgazdaságtan immorális útmutató a jogpolitika számára; sőt azt is gondolhatja, hogy a JGE-nek kevés a jelentősége a magyarázatban és a jobbításban is, de intellektuálisan lenyűgöző – egyik esetben sem kell feltétlenül úgy döntenie, hogy nem olvassa tovább ezt a könyvet."

[76] POSNER (57. j.) 30–31.

[77] POSNER (68. j.).

[78] POSNER (57. j.) 31.

[79] Richard A. POSNER: „Wealth Maximization Revisited" *Notre Dame Journal of Law, Ethics, & Public Policy* 1985, 85–105.

[80] Tömör kifejtésben lásd Richard A. POSNER: *Frontiers of Legal Theory,* Cambridge, Harvard University Press, 2001, 3. fejezet (Normative Law and Economics: From Utilitarianism to Pragmatism).

[81] Posner igen szkeptikus a morálfilozófia gyakorlati hasznosságát és motiválóerejét illetően. Lásd például POSNER (74. j.) 99–112. A kritikusok így újabban inkább erkölcsi szkepticizmusával szállnak vitába. Lásd például magyarul lásd Ronald M. DWORKIN: „Darwin új bulldogja" (ford. KISS Dávid) *Fundamentum* 2005/4, 51–64.

[82] Richard A. POSNER: *Overcoming Law,* Cambridge, Harvard University Press, 1995, viii. és 1. fejezet.

[83] Pragmatikus szerinte az, akinek a világnézete, illetve tudományos módszertana (e kettő nem mindig válik el világosan) empirikus, előretekintő, konzekvencialista, szkeptikus, (morális és nem ismeretelméleti értelemben) relativista, antidogmatikus, metafizika-ellenes, kísérletező, s előtérbe helyezi a társadalmit a természetivel szemben. POSNER (82. j.) 4. Kritikájára lásd James RYERSON: „The Outrageous Pragmatism of Judge Richard Posner" *Lingua Franca* 2000/4.

[84] Richard A. POSNER: *The Problems of Jurisprudence,* Cambridge, Harvard University Press, 1990, különösen 220–238. Posner nem tulajdonít nagy jelentőséget a jog fogalmát vagy természetét illető kérdéseknek. Jogfogalma végső soron az amerikai jogi realizmus hagyományába illeszkedik, amennyiben a jog előrejelző vagy tevékenységi elméletéhez kapcsolódik *(activity theory of law)*. A számára is jól ismert kritikák ellenére Posner a jogot fogalmilag ahhoz kapcsolja, hogy „mit tesznek a bíróságok".

[85] Richard A. POSNER: „Pragmatism versus Purposivism in First Amendment Analysis" *Stanford Law Review* 2002/54, 738–739.

[86] POSNER (85. j.) 3. fejezet.

[87] Richard A. POSNER: *The Problematics of Moral and Legal Theory,* Cambridge, Harvard University Press, 1999, 241.

[88] Lásd POSNER (82. j.) 403–404.

[89] Daniel A. FARBER: „Economic Efficiency and the Ex Ante Perspective" in Jody S. KRAUS – Steven D. WALT (szerk.): *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 54–86.

[90] Ronald DWORKIN: *Law's Empire,* Cambridge, Harvard University Press, 1986.

[91] Lásd CSERNE Péter: „Behavioural Law and Economics as Litmus Test" *Œconomia* 2017/3, 305–329.

[92] Hasonló a helyzet ahhoz, ahogyan a jogi pozitivizmus alapállításai és egyes jogpozitivisták nézetei közt különbséget tehetünk. Lásd Herbert HART: *A jog fogalma,* ford. TAKÁCS Péter, Budapest, Osiris, 1995, 347.

[93] Lásd például Scott J. SHAPIRO – Edward F. MCCLENNEN: „Law and Economics from a Philosophical Perspective" in Peter NEWMAN (szerk.): *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* London, MacMillan, ^{2}1998, 464–465.

[94] Lásd CSERNE Péter: *Közgazdaságtan és jogfilozófia,* Budapest, Gondolat, 2015, I. rész; JANKY Béla: *Összjáték. Erkölcs és racionalitás: Egy kutatási program regénye,* Budapest, Gondolat, 2019.

[95] Lásd például NAGY Tamás – NAGY Zsolt (szerk.): *Jogelmélet és önreflexió,* Szeged, Pólay Elemér Alapítvány, 2007.

[96] Lásd például HUORANSZKI Ferenc: „Klasszikus szerződéselmélet és modern játékelmélet" in HUORANSZKI Ferenc: *Filozófia és utópia. Politikafilozófiai tanulmányok,* Budapest, Osiris, 1999, 123–149.

[97] Lásd például Pierluigi CHIASSONI: „The Model of Ordinary Analysis" in Luís Duarte D'ALMEIDA – James EDWARDS – Andrea DOLCETTI (szerk.): *Reading H. L. A Hart's „The Concept of Law",* Oxford, Hart, 2013, 247–267. A két perspektíva közötti viszony kérdését élesen s talán a legpontosabban John Finnis fogalmazta meg, aki – többek között Weberrel vitatkozva – úgy érvelt, hogy a megértő szociológia perspektívája élősködik a résztvevőin. A többféle résztvevői perspektíva között pedig analitikus elsőbbség illeti meg az elkötelezett résztvevőét, a „jogkövető polgárét", aki cselekvése indokának vagy mások cselekvésére vonatkozó értékelése alapjának tekinti a gyakorlati észszerűséget szolgáló jogot. John FINNIS: *Natural Law and Natural Rights,* Oxford, Oxford University Press, 1980, ^{2}2011, 1. fejezet. Finnis álláspontjának bírálatára lásd John GARDNER: *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General,* Oxford, Oxford University Press, 2012, 160–170.

[98] Vö. például Bengoetxea Winch-kritikáját, aki Gellnerre hivatkozva úgy érvel, hogy a belső nézőpont „nem tud számot adni olyan a tapasztalattól távoli *[experience-distant]* fogalmakról [...], amelyek hasznosak lehetnek a társadalmi cselekvés magyarázata és megértése szempontjából, különösen az egyének cselekvésének nem szándékolt következményei szintjén". Joxerramon BENGOETXEA: *The Legal Reasoning of the European Court of Justice,* Oxford, Clarendon Press, 1993, 89–90.

[99] Vö. Ralf DREIER: „Die Rechtssoziologie im Gefüge der juristischen Grundlagenfächer" in Horst DREIER (szerk.): *Rechtssoziologie am Ende des XX. Jahrhunderts: Gedächtnissymposion für Edgar Michael Wenz,* Tübingen, Mohr, 2000, 309–322.

[100] Vö. Jon ELSTER: „Social Norms and Economic Theory" *Journal of Economic Perspectives* 1989/4, 113–114; Jean-Philippe PLATTEAU: *Institutions, Social Norms, and Economic Development,* Amsterdam, Harwood Academic Publishers, 2000, 23.

[101] Lásd például Ludwig M. P. VAN DEN HAUWE: „Evolution and the Production of Rules. Some Preliminary Remarks" *European Journal of Law and Economics* 1998/1, 81–117. A dohányzást tiltó informális és formális normák példáján keresztül lásd Karl-Dieter OPP: „When Do Norms Emerge by Human Design and When by the Unintended Consequences of Human Action?" *Rationality & Society* 2002/2, 131–158.

[102] Vö. Ross HARRISON: „Unmasking the Law. Response to Anthony Ogus" in Robert N. MOLES (szerk.): *Law and Economics. Fourteenth Annual Conference, the Queen's University of Belfast, 2–4 April 1987,* Stuttgart, Steiner, 1987, 14–27 [ARSP Beiheft 34]; H. L. A. HART: *Essays on Bentham,* Oxford, Clarendon Press, 1982, 2. fejezet; Vlagyimir Alexandrovics TUMANOV: *A burzsoá jogi ideológia. A jogi tanok kritikája,* ford. DÉCSY Gyula, Budapest, Akadémiai, 1977, 1. rész.

[103] Lásd Lewis A. KORNHAUSER: „The Normativity of Law"*American Law and Economics Review 1999/1–2,* 3–25; Lewis A. KORNHAUSER: „Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions" in Martin P. GOLDING – Wiliam A. EDMUNDSON (szerk.): *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory,* Oxford, Blackwell, 2005, 67–79. Arról, hogy a társadalomelméleti megalapozású jogelméletek általában miképpen viszonyulhatnak a jog normativitásának problémájához, lásd GYŐRFI Tamás: „Pokol Béla és a gyakorlati filozófiai jogelmélet kritikája" *Jogelméleti Szemle* 2006/3, 6. pont.

[104] Robert D. COOTER: „Prices and Sanctions" *Columbia Law Review* 1984/6, 1523–1560.

[105] HART (92. j.) 54–55.

[106] Viviana A. ZELIZER: *The Social Meaning of Money,* New York, Basic Books, 1994; Viviana ZELIZER: „How Do We Know Whether a Monetary Transaction Is a Gift, an Entitlement, or Compensation?" in Avner BEN-NER – Louis PUTTERMAN (szerk.): *Economics, Values, and Organization,* Cambridge, Cambridge University Press, 1998, 329–333.

[107] Valójában a dogmatikai elhatárolások is pontatlanok, legalábbis a magyar jogban. Lásd CSERNE Péter: *Adók, díjak, árak. Megjegyzések az állami bevételek természetének elméleti hátteréről,* szakdolgozat, Budapest, BKÁE Közgazdasági Kar, 2001. A különbségek mögötti fogalmi megkülönböztetésekről lásd még Marc MIGOTTI: „Paying a Price, Facing a Fine, Counting the Cost: The Differences that Make the Difference" *Ratio Juris* 2015/3, 372–391.

[108] Uri GNEEZY – Aldo RUSTICCHINI: „A Fine is a Price" *Journal of Legal Studies* 2000/1, 1–18.

[109] ELSTER (100. j.) 100; Eerik LAGERSPETZ: *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions,* Dordrecht, Kluwer, 1995. Mint ismeretes, Max Weber szerint (lásd WEBER [9. j.] 56–61) a jogot a szokás(erkölcs)től megkülönböztető kritérium abban áll, hogy „emberek egy *külön* erre felkészült *csoportja* várhatóan (fizikai vagy pszichikai) *kényszert* alkalmaz a rend betartásának kikényszerítésére, illetve megszegésének megtorlására". A jogelméletben meglehetősen általános nézet, hogy szisztematikus különbség van egy jogrendszer hivatalos személyeinek és az e jogrendszerhez tartozó közösség tagjainak (ideértve a hivatalos személyeket is, hivatalos jogkörükön kívül) a jog iránti attitűdjében, s ennek nemcsak empirikus, hanem konceptuális jelentősége is van.

[110] Lásd FINNIS (97. j.) 1. fejezet.

[111] Andrei MARMOR: „The Nature of Law" in Edward N. ZALTA (szerk.): *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy* (Summer 2001 edition).

[112] Luciano ANDREOZZI: „Oscillations in the Enforcement of Law: An Evolutionary Analysis" *Homo Oeconomicus* 2002(18), 407–408.

[113] Edna ULLMANN-MARGALIT: *The Emergence of Norms,* Oxford, Clarendon Press, 1977.

[114] Hartmut ESSER: *Soziologie V. Spezielle Grundlagen: Institutionen,* Frankfurt – New York, Campus, 2000, 56, 129, 131, 130 (5.5. ábra) nyomán.

[115] E normatípus elnevezése félrevezető lehet, ha „esszencialista" értelemben kutatjuk a jelentését. Egyszerűbb, ha pusztán olyan neologizmusnak tekintjük, amely a (fogoly)dilemma-helyzeteket megoldó kooperációs normákat jelöli.

[116] Lásd MARMOR (111. j.).

[117] Lewis A. KORNHAUSER: „Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law"

Chicago-Kent Law Review 2004/79, 355–381; Lewis A. KORNHAUSER: „The Economic Analysis of Law" in Edward N. ZALTA (szerk.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition).

[118] HART (92. j.) 111–120.

[119] HART (92. j.) 9.

[120] Egy hasonló modellt javasol Kaushik BASU: *The Republic of Beliefs: A New Approach to Law and Economics,* Princeton, Princeton University Press, 2018.

[121] Lásd Lewis A. KORNHAUSER: „Doing Without the Concept of Law" *NYU School of Law, Public Law Research Paper Series* 2015/33. és Lewis A. KORNHAUSER: „Law as an Achievement of Governance" *NYU School of Law, Public Law Research Paper Series* 2021/4.