
Jogelmélet jog nélkül?

CSERNE PÉTER*

Ernst-Joachim Mestmäcker: *A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.**

1. Bevezetés

Amilyen izgalmas ez a karcsú kötet, olyan nehéz recenziót írni róla. Szerzője az európai jogtudomány egyik *grand homme*-ja, Ernst-Joachim Mestmäcker, aki német jogászprofesszorként az elsők között használt érdemi és explicit módon közgazdaságtani érveket, s aki most arra figyelmezteti a jogászokat, hogy ne vegyék túlságosan komolyan a közgazdaságtant.

A kötet Richard Posner és Friedrich August von Hayek jogelméletét veti össze, mint a jog gazdasági elemzésének két versengő, sőt ellentétes felfogását. A szerző érvelése szerint nemcsak jogfogalmuk különbözik, hanem jogi ismeretelméletük és módszertanuk is, elsősorban abból a szempontból, hogy a jog, illetve a jogtudomány milyen kapcsolatban áll a közgazdaságtannal. Úgy tűnik, a szerzőt főként az indította könyve megírására, hogy igazságot szolgáltatson Hayeknek Posner állítólagos félreértéseivel szemben. Ellenvetéseit és replikáit olvasva, valóban nehéz nem észrevenni az érzelmi fűtöttség és személyes érintettség jeleit. A hangütés helyenként az európai jogászok Amerika- és közgazdaságtan-ellenes *ressentiment*-t tükröző sztereotip szófordulatait idézi.

Miközben Mestmäcker határozott törekvése, hogy megvédje Hayeket néhány állítólagos hamis váddal és félreértéssel szemben, egyúttal Posner pragmatikus ítélkezéseméletének és a jog gazdasági elemzése főáramának sokoldalú (jogi, közgazdasági, filozófiai) kritikáját is nyújtja. Bár a szerző rokonszenve kétségtelenül Hayek oldalán áll, mégsem teljesen elutasító a jog gazdasági elemzésének főáramával szemben. A kötet nyolc szakaszt olvasva nemcsak Hayek és Posner szembeállításával találkozunk, hanem a szerző karakteres saját álláspontját is megis-

* Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Jog- és Államtudományi Kar, Jogbölcseleti Tanszék, egyetemi adjunktus.

** Walter Eucken Institut, Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik 174. A külön nem jelölt oldalszám-hivatkozások az ismertetett kötetre utalnak.

merhetjük olyan különféle kérdésekről, mint a felvilágosodás többféle hagyománya; a hasznosság és a boldogság szembenállása; a jog 'látható keze'; a hatékonyság mint a verseny eredménye; a pozitívizmus; a jogállamiság; a jogtudomány természete és a racionális választás korlátai. Valójában, mint ígéri, a Posner kontra Hayek szembeállítást kiindulópontként használja ahhoz, hogy "elemezze, történeti nézőpontból, jog és gazdaságtan kapcsolatát." (10. o.)

Mindenesetre azoknak, akik nem ismerik a két tárgyalt tudós munkáit, a német ordo-liberalizmus elméleti hagyományát,¹ vagy a modern jog- és társadalomfilozófia történetét, nehéz dolguk lesz az elemzés követésében. Nehéz felbecsülni, hogy az évszázadokon, diszciplínákon és gondolati hagyományokon átívelő eszmefuttatásoknak mi és mekkora a jelentősége a posneri, a hayeki vagy az ordo-liberális projekt szempontjából, különösen pedig azt, hogy ezek a projektek összességében hogyan értékelhetők. Más szóval, ahhoz, hogy megfelelő mélységben értékelhesük Mestmäcker érveit, nemcsak Hayek és Posner fontosabb műveivel kell felszerelnünk, hanem ismernünk kell a filozófia és a társadalomtudományok olyan klasszikusait is, mint Kant, Smith, Bentham, Nietzsche vagy Weber.

Egy efféle ismertetés keretei közt természetesen ezt az intellektuális gazdagságot még érzékeltetni is nehéz, így az alábbiakban három kérdésre összpontosítok. Először áttekintem, hogyan bírálja a szerző Posnert és a racionális döntések elméletét; ezután az externalista és internalista jogelméletek Mestmäcker-féle megkülönböztetéséből² kiindulva utalok a jogelmélet néhány módszertani problémájára; végül, Mestmäcker saját nézőpontját mutatom be a jog gazdasági elemzéséről.

2. Mestmäcker kontra Posner kontra Hayek kontra...

Richard Posner a jog gazdasági elemzésének úttörője, amerikai szövetségi bíró, jogtudós és közéleti értelmiségi egy személyben, ráadásul olyan szerző, aki nemcsak kedveli, hanem provokálja is a vitákat.³ Mintegy másfél évtizeddel ezelőtt két cikkben is bírálta az akkor frissen Nobel-díjas Ronald Coase nézeteit a közgazdaságtan módszertanáról. Értékelését, melyet abban a provokatív állításban lehetne összefoglalni, hogy Coase nézetei elméletellenesek, többen vitatták (röviden Coase is válaszolt). Néhány év elteltével pedig magyarra nehezen lefordítható című esszéjében a filozófus-közgazdász Uskali Mäki adott okos és mélyenszántó választ,

¹ Az ordo-liberalizmus azt a két világháború között kibontakozott s az 1950-es és 60-as években gyakorlati hatásokat is kiváltó gazdaság- és társadalomelméleti hagyományt jelöli, amely a szabad piacgazdaság intézményi feltételeit biztosító stabil és átlátható szabályokért száll síkra. Reprezentatív fórumuk az 1948 óta megjelenő Ordo (*Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*), melynek első szerkesztői Walter Eucken és Franz Böhm voltak. Lásd még 35. l.

² Ezt a megkülönböztetést, mint alább látni fogjuk, Mestmäcker nem egészen abban az értelemben használja, ahogyan az az analitikus jogelméletben az utóbbi évtizedekben elfogadottá vált. Utóbbiról jelen folyóirat hasábjain lásd Györfi Tamás: A többretegű jog koncepciója, *Miskolci Jogi Szemle* 2 (2007) 2, 123-124. o.

³ Vö. Cserne Péter: Richard A. Posner, in: *Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből* (szerk. Szabó Miklós), 2. kiadás, Miskolc, Bíbor, 2004, 299-311. o.; <http://www.becker-posner-blog.com/>.

melyben szisztematikusan megcáfolta Posner érveit és rekonstruálta Coase pozícióját.⁴

Jelen kötetet olvasva könnyű felfedezni bizonyos hasonlóságokat ezzel a korábbi epizóddal. Mindkétszer arról volt szó, hogy Posner egy Nobel-díjas közgazdász elméletét bírálta módszertani szempontból, akinek azután egy harmadik fél kelt védelmére. Persze érdekes különbségek is vannak a két eset között. Összességében úgy vélem, hogy Posner ellenvetései Coase módszertani nézeteivel szemben egyszerre súlyosabbak és kevésbé megalapozottak, mint a Hayekkel szembeniek. Ennek folytán Mäki ellenérvei is sikeresebbek, mint Mestmäckeréi.

Mestmäcker mármost azt állítja, hogy Posner nem ismeri (eléggé) Hayek műveit, vagy ha igen, alapvetően félreérti azokat. Vagy ha érti is, szisztematikusan félremagyarázza, alábecsüli, lekicsinyli Hayek joggal kapcsolatos nézeteit (10, 19, 26-42. o.). Egy ponton pedig kijelenti, „Posner szerint Hayek semmivel sem járult hozzá a jog gazdasági elemzéséhez, de még az ilyen elemzés igényét sem ismerte el.” (19. o.) Néhány oldallal később viszont megtudjuk, nem erről van szó: ellenvetésekkel ugyan, de Posner világosan elismeri Hayek munkásságát mint a jog gazdasági elemzéséhez való hozzájárulást. Amit Mestmäcker most hiányol, az „annak tárgyalása, hogy hol és miért tér el Hayek gazdaságelmélete Posnerétől.” (27. o.) Néhány sorral ismét tovább olvasva pedig eljutunk oda, hogy igazán mi irritálja szerzőnket: Posner szerinte úgy tünteti fel Hayek elméletét mint amelyben „filozófiai spekuláció, a gazdasági tervezéssel szembeni irracionális viszolygás, a természetjogban való hit, a jog és a szokás divatjamúlt azonosítása, és a modern társadalomtudományok racionalitásának elutasítása keveredik.” (27. o.)

Úgy vélem, bár szólhatnak érvek mellett, hogy Posner nem mindig tünteti fel a legjobb színben Hayek nézeteit (ami persze, tekintettel az *oeuvre* sokféle ellentmondására, önmagában sem könnyű feladat),⁵ Mestmäcker egyrészt túlreagálja Posner érveit, másrészt saját ellenérveit nem mindig sikerül meggyőzően megfogalmaznia.

Ami a túlreagálást illeti, mindenképpen figyelembe kell vennünk, hogy Posner Hayek-interpretációja bizonyos fokig maga is polemikus jellegű. Nem törekszik sem rendszerességre, sem, mondjuk, az eszmetörténet-írás elfogulatlansági mércéinek alkalmazására. Ez persze óhatatlanul leegyszerűsítésekhez vezet, de még ez a részleges és szimplifikált olvasat sem kezeli Hayeket szalmabábuként, s úgy vélem, nem is torzítja el nézeteit méltánytalanul. Mestmäcker az ezzel ellentétes diagnózisát többnyire Posner *Law, Pragmatism, and Democracy* című 2003-as könyvének⁶ 7. fejezetéből vett hivatkozásokkal támasztja alá. Ez a fejezet főként Hayek és Kelsen jogelméletét tárgyalja.⁷ A Hayekkel foglalkozó rész egy korábbi változatából azonban még világosabban kiolvasható Posner érvelésének lényege.⁸

⁴ Uskali Mäki: Against Posner against Coase against Theory, *Cambridge Journal of Economics*, 22 (1998), 587-595. o.

⁵ Az egyenetlenségekre és ellentmondásokra lásd Orthmayr Imre: Hayek-mozaik, *BUKSZ* 4 (1992), 339-340. o.

⁶ Richard A. Posner: *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.

⁷ Mestmäcker ugyancsak kitér Kelsen értékelésére (14-15, 52-55. o.), összefüggésbe hozva elméletét Hayekével és Posnerével is, ezt azonban itt nem vizsgálom. Hayek és Kelsen összevetésére magyarul lásd Peschka Vilmos: Hayek contra Kelsen, in: Peschka: *Appendix 'A jog sajátosságához'. Tanulmányok*

Általánosságban Posner a jog gazdasági elemzésének európai (formális) és amerikai (szubsztantív) hagyományát állítja szembe egymással (hangsúlyozva, hogy azok nem riválisok, hanem kiegészítik egymást).⁹ A döntő különbséget a következőképp fogalmazza meg. Az 'európaiak' a liberális állam alkotmányos alapjaival, a jog bizonyos formális (tartalomfüggetlen) vonásaival (előreláthatóság, a jogalkotás és a végrehajtás pártatlansága), s a jog és a gazdaság közötti makro-(rendszer-)szintű kapcsolatokkal foglalkoznak, a jog szerepét hangsúlyozva a szerződési szabadság és a tulajdonjogok biztosításában, a formálisan racionális jogalkalmazásban. Az 'amerikaiak', noha nem különböznek az alkotmányos keretek iránt, elsősorban a nap mint nap a jogászok és bírák elé kerülő partikuláris jogi szabályok, doktrínák és esetek tartalmi elemzésével foglalkoznak, s ezeket értékelik, mindenekelőtt az allokációs hatékonyság szempontjából.¹⁰ Valójában persze nem földrajzi különbségről, hanem az érdeklődés eltérő fókuszáról van szó.¹¹

Hayek szerint a viselkedési szabályok és a törvényhozás szerepét egy szabad és versengő társadalom rendjének megfelelő elveknek kell meghatározniuk. Ezzel kapcsolatban Posner azt a kritikus megállapítást teszi, hogy Hayek azért támogatja teljes szívvel a formális jogalkalmazást, mert túlzottan bízik a tradícióban és a jog evolúciós folyamataiban – s ezzel az értékelésével aligha van egyedül.¹² A kérdésre a két szerző jogelméletének összevetésekor alább visszatérek.

Ami Mestmäcker érveinek nem meggyőző bemutatását illeti, csupán egy példát említek. Mestmäcker rendkívül pontatlanul, körvonalazatlanul használja a racionális döntés (*rational choice*) fogalmát, ami súlyos értelmezési nehézségekhez vezet (11-15, 46-49. o.). A kifejezést differenciálatlanul alkalmazza olyan különböző, részben egymástól független fogalmak, gondolatok és nézetek megjelölésére, mint (1) az instrumentális vagy célracionális kategóriája, amely a gyakorlati ész által irányított emberi cselekvést magyarázó kategória; (2) az az eszme, hogy akár az egyéni, akár a kollektív döntésekben prudenciális, s nem morális indokokra kell támaszkodni; (3) a közpolitikai javaslatok és programok értékelésében használatos költség-haszon elemzés; (4) a technikai hatékonyság, vagyis az a normatív elv, hogy egy adott cél eléréséhez a legkevesebb erőforrást kell felhasználni; (5) az erőforrások allokációjának hatékonyságára vonatkozó Pareto-elv, amely közpolitikai és jogi lépések értékelésére használatos;¹³ (6) a javak elosztásával kapcsolatos

nyok. Budapest, KJK – MTA JTI, 1992, 9-49, Horkay-Hörcher Ferenc, Az állam jogi korlátai Hans Kelsen és Friedrich August Hayek államelméletében, in: *Iustum, Aequum, Salutare. Emlékkönyv Zlinszky János tiszteletére* (szerk. Bánrévy Gábor, Jobbágyi Gábor, Varga Csaba), Budapest, PPKÉ JÁK, 1998, 163-173. o.

⁸ Richard A. Posner: Formal versus Substantive Theories of Law, Guest Lecture at the Annual Meeting of the EALE, 20 September 2002, Athens, online: <http://eale2002.phs.uoa.gr/downloads/Posner-Formal%20versus%20Substantive%20Economic%20Theories%20of%20Law.doc>.

⁹ Posner, *Formal versus Substantive*, 1. o.

¹⁰ *Uo.* 1. o.

¹¹ E tipológia szerint például Bentham 'amerikai' volna. Az alkotmány közgazdaságtanának elemzői pedig az Atlanti-óceán mindkét oldalán, az alkotmány és a gazdaság rendszerszintű összefüggéseivel foglalkoznak.

¹² Chandran Kukanthas: *Hayek and Modern Liberalism*, Oxford, Clarendon Press, 1990; Orthmayr, i.m., 339. o.

¹³ Vö. Cserne, i.m., 303. o.

kérdések háttérbe szorítása; (7) kommodifikáció és az elidegeníthetetlen jogok létezésének, illetve lehetőségének tagadása.

Noha e kérdések mindegyikének felvetése legitim, s a közgazdaságtan elméleti-módszertani problémáit tárgyaló irodalom régóta foglalkozik is valamennyivel, „a racionális döntések korlátai” címszó alatt összevonni és együtt tárgyalni őket magát a racionális diskurzust teszi nehézkesé. Persze ha az egyes problémákat szétszálazzuk, világossá válik, hogy Mestmäcker Posnerrel és a főáramú közgazdaságtannal szemben valamennyi fenti dimenzióiban ellenvetéseket fogalmaz meg, s ennek során fogalmi, empirikus és normatív érvekre egyaránt támaszkodik.

Az ellenvetések közül mármost számos olyan van, ahol a közgazdászok, rövidebb-hosszabb gondolkodás után egyetértenek Mestmäckerrel. Ilyen például a pozitív és a normatív elemzés megkülönböztetése; a hasznosságelmélet empirikus falszifikációjának kizárásából adódó módszertani veszélyek; az a tétel, hogy a gazdaságpolitika követhet elosztási célokat (itt zárójelben meg kell jegyezni, hogy az elosztási megfontolások kiküszöbölése sokkal élesebb kérdéseket vet fel Hayek elmélete, mint a főáramú közgazdaságtan kapcsán); vagy akár az a megállapítás, hogy jó indokok szólnak az emberi méltósággal összefüggő bizonyos alapvető jogok elidegeníthetlensége mellett. Ugyanakkor nem világos, hogy azokat a joggal kapcsolatos normatív kérdéseket, amelyeket jelenleg (mások mellett) a közgazdászok válaszolnak meg a maguk mindenkor tökéletlen módszertani eszközeivel, ki s hogyan tudná jobban megválaszolni. Mestmäcker (keze) a jogászok felé hajlik. Azonban nincsenek igazán meggyőző érvei azzal kapcsolatban, hogy a jogászok *mint* jogászok miért volnának a közgazdászoknál alkalmasabbak olyan komplex normatív problémák megoldására, ahol egymással versengő célok fényében kell optimalizálni bizonyos társadalmi döntéseket.¹⁴

Végül van egy további oka is, hogy annak idején Mäki miért tűnt meggyőzőbbnek: bizonyos pontokon Mestmäcker kritikái túllőnek a célon. Ilyen például, amikor Posnernek tulajdonítja azt „a tézist, hogy minden olyan cselekvés, amely a racionális döntést követi [sic], erkölcsös, s vélelmezetten jogos is” (45. o.)¹⁵ Ebben a mondatban a pontatlan fogalomhasználat ráadásul csak tetézi a nehézségeket. Nos, ha a racionális döntésen itt az emberi cselekvést irányító valamiféle szabályokat, elveket értünk, a tézis nyilvánvalóan hamis. Az pedig finoman szólva is kevésbé plauzibilis, hogy Posner például a gyilkosságot erkölcsösnek, vagy akár vélelmezetten is jogosnak tekintené *azon az alapon*, hogy a gyilkos saját érdekeit követte, vagy hogy céljai eléréséhez a leghatékonyabb eszközt választotta. Még ha a kifejezést úgy értelmezzük is, mint amely a Kaldor-Hicks-féle értelemben vett hatékonyságra utal, akkor is erősen kétséges, hogy Posner egyetértene a tézissel. (Kaldor-Hicks-féle értelemben két helyzet összehasonlításakor *A* akkor hatékonyabb, mint *B*, ha a fizetési hatékonyságban mért vagyon-növekedés akkora, hogy a változás nyertesei kompenzálni tudják a veszteségeket.¹⁶) Bármennyire is a vagyonmaximali-

¹⁴ Ebben a bekezdésben Christoph Engel: Ernst-Joachim Mestmäcker, *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn*, 2008/19, 11. o. bizonyos érveire támaszkodom; online: http://www.coll.mpg.de/2008_19online.pdf.

¹⁵ Az eredetiben: *'thesis that all conduct that follows rational choice is moral and is presumably legal'*.

¹⁶ Cserne: i.m. 305. o.

zálási elv kérelmelhetlen hívének tartjuk Posnert, nem tagadhatjuk, hogy ő maga hívja fel a figyelmet azokra az erkölcsileg elborzasztó implikációkra, amelyek a hatékonysági elv kizárólagosságának elfogadásából következnek.¹⁷

3. »Jogelmélet jog nélkül«? Externalista és internalista jogelméletek

Anélkül, hogy a különbségek rendszerezésének fárasztó munkáját el kellene végeznünk, a Posner és Hayek közötti véleménykülönbségek egynemely dimenzióját könnyű kimutatni. Az első, gazdaságméleti dimenzióban a neoklasszikus és az osztrák közgazdaságtan áll szemben egymással. Általános egyensúlyelmélet, jóléti közgazdaságtan, a gazdaság statikus (egyensúlyi) szemlélete, objektív értékelmélet, a gazdasági folyamatok előrejelzése matematikai modellekben az egyik oldalon, a verseny mint felfedező folyamat¹⁸ híres hayeki megfogalmazása, szubjektív értékelmélet, a gazdasági folyamatok dinamikájának és előrejelezhetetlen eredményének hangsúlyozása a másikon.¹⁹ Érdekes módon, ahogy erre bizonyos vonatkozásban Mestmäcker is utal (34. o.), a gazdaságpolitika, s különösen a versenypolitikai dimenziójában Posner chicagói inspirációjú felfogása²⁰ sokkal közelebb áll Hayekéhez,²¹ mint a neoklasszikus közgazdaságtan az osztrákhoz. Persze még az elméleti szembenállás sem olyan éles: Posner is bizvást egyetértene azzal a hayeki gondolattal, hogy a gazdasági rend problémái elsősorban információs jellegűek; „ha előre ismernénk az erőforrások leghatékonyabb elosztását, nem volna szükség arra, hogy a piacok és a verseny olykor pazarló és tévelygő mechanizmusaira támaszkodjunk.” (34. o.)

Egy jogi folyóirat olvasóit bizonyára jobban érdekli a véleménykülönbségek egy másik dimenziója, az amelyre Mestmäcker belülről és kívülről megfogalmazott jogelmélet (*legal theory from inside and from outside*) kifejezésekkel utal. Állítása sze-

¹⁷ „Az igazságosság többet jelent, mint a hatékonyság szem előtt tartását. Nem nyilvánvalóan nem-hatékony megengedni az öngyilkossági szerződéseket; a faji, vallási, nemi alapon diszkrimináló magánszerződéseket; szükséghelyzetben egy mentőcsónak leggyengébb utasának megölését és megévesését; magukra terhelő vallomásra kényszeríteni embereket; bántalmazni a rabokat; megengedni csecsemők örökbeadását ellenértékért; a tulajdon védelmében élet kioltására alkalmas eszközt használni; legalizálni a zsarolást; elítélteknek választást ajánlani a börtön és veszélyes orvosi kísérletek között. Márpedig mindezek a dolgok sértik a modern amerikaiak igazságérzetét, s mint kisebb-nagyobb (inkább nagyobb) mértékben jogellenesek. Ebben a könyvben igyekszem e tilalmak némelyikét közgazdasági terminusokban megmagyarázni, de többségüket nem lehet. Az igazságosság több mint a közgazdaságtan.” Richard A. Posner: *Economic Analysis of Law*, 5th ed., New York, Aspen Law & Business, 1998, 30–31. o.

¹⁸ Friedrich A. Hayek: A verseny mint felfedező folyamat, in: *Piac és szabadság. Válogatott tanulmányok*, Budapest, KJK, 1995, 302-311. o.

¹⁹ A szembeállítás klasszikus megfogalmazása James Buchanan: A választás tudománya-e a közgazdaságtan?, in: *Piac, állam, alkotmányosság. Válogatott tanulmányok*, Budapest, KJK, 1992, 11-28. o.

²⁰ Vö. Richard A. Posner - Frank H. Easterbrook: *Antitrust Cases, Economic Notes, and Other Materials*, St. Paul, West 1974; Posner: *Antitrust Law. An Economic Perspective*, Chicago: University of Chicago Press, 1976.

²¹ Rövid összefoglalásként lásd Hayek: A liberális társadalmi rend alapelvei, in: *Piac és szabadság*, i.m., 340-341. o.

rint Hayeké internalista jogelmélet (amelyet helyesel), míg Posneré a jog külső, tudományos, közgazdaságtani elmélete (amelyet bírál). Úgy vélem, Mestmäcker jellemzései ismét inkább félrevezetők, mint megvilágítók. Egyrészt, sehol sem tisztázza e terminusok pontos jelentését. Másrészt, még ha egy többé-kevésbé plauzibilis értelmezést tulajdonítunk is e kategóriáknak, sem Hayek, sem Posner nézeteit nem tudjuk egyértelműen besorolni ezekbe az egymással ellentétes kategóriákba. Végül pedig az sem egyértelmű, hogy az internalista elméletek miért volnának 'jobbak' az externalistáknál.

Ez utóbbi problémával kezdve, Mestmäcker kategóriáit tekinthetjük az egyik lehetséges besorolásnak. Posner közgazdasági jogelmélete külső, externalista elmélet, amennyiben nem kapcsolódik be közvetlenül a bírák és jogászok diskurzusába. Hayek jogtudománya ezzel szemben belső, internalista, minthogy az a nézete, hogy a (*common law*) bírák előzetesen adott szabályokat követnek, illetve fedeznek fel, egybecseng e bírák önképével és reprezentatív ideológiájával.

Mármost az, hogy az ebben az értelemben felfogott 'internalitás' szükséges, illetve kívánatos vonása-e egy elméletnek, maga is erősen vitatott jogelméleti módszertani kérdés. Van, aki úgy érvel, hogy egy jogi elméletnek transzparensnek kell lennie abban az értelemben, hogy vagy alátámasztja a bírók által kifejtett jogi érvelést vagy megmutatja, „hogya a hivatalos személyek miként vélekedhetnek úgy – őszintén, noha tévesen –, hogy a jog transzparens.”²² A transzparencia tehát szoros kapcsolatot tételez fel egyrészt az adott elméleti perspektíva, másrészt az eseteket eldöntő bírák nyelvhasználatára között. Mármost első ránézésre a jog közgazdasági elmélete nem felel meg a transzparencia kritériumának: például a szerződési vagy kártérítési jog elemzésében nem használja a kiigazító igazságosság 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 jog gazdasági elemzésének Mestmäckeréhez hasonló metaelméleti kritikáját.

Erre a kihívásra persze válaszolni lehet akár azzal, hogy kimutatjuk, hogy a gazdasági elemzés nyelve és a bírók által használt nyelv legalábbis részben folytonos, akár azzal, hogy a transzparencia metaelméleti kritériumának jelentőségét vonjuk kétségbe.²³ Egy harmadik válaszlehetőség pedig arra utal, hogy „a hatékonysági elméletek számot tudnak adni a bírói ítéletek non-konzekvencialista, morális természetére 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.”²⁴ Ez a harmadik válaszlehetőség azért is figyelemre méltó, mert felvillantja a hayeki (evolúciós) és a posneri (hatékonysági) perspektíva termékeny összekapcsolásának lehetőségét a jogelméleten belül.

²² Stephen A. Smith: *A Theory of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 25. o.

²³ Nathan Oman: *Unity and Pluralism in Contract Law*, *Michigan Law Review* 103 (2005), 1483-1506. o.

²⁴ Jody S. Kraus: *A Philosophical Approach to the Economic Analysis of Contract Law*, *Virginia Journal of Law and Public Policy* 9 (2006), 14. o. Bővebb kifejtését lásd Jody S. Kraus: *Transparency and Determinacy in Common Law Adjudication: A Philosophical Defense of Explanatory Economic Analysis*, *Virginia Law Review* 93 (2007), on-line: <http://ssrn.com/abstract=990042>

Mindez persze két további kérdést is felvet: mi (és mi legyen) a közgazdasági és más nem-jogi szempontok szerepe az ítélkezésben s általában a jogi döntésekben. Ami a ténykérdést illeti, ez a szerep az egyes jogi kultúrákban, nemzeti jogrendszerekben, sőt jogáganként (magán-, közigazgatási, büntető-, alkotmányjog stb.) jelentősen különbözik. Úgy tűnik, ezek a különbségek főként a jogi döntéshozatal olyan további dimenzióival állnak összefüggésben, mint a diszkréció terjedelme és indokai, a nem-jogi szakértelem szerepe, vagy a bírói legitimitás. Másként fogalmazva, az eltérések azt tükrözik, hogy a nem-jogi érvek jogi döntésben játszott szerepe az elfogadható érvek egy olyan kánonját rajzolja ki, amely erősen kontextusfüggő, s időben egy adott jogterületen belül is változik.²⁵ Mindez persze alaposabb összehasonlító jogi és jogszociológiai elemzést igényel.

Ami a mi legyen kérdését illeti, a jog gazdasági elemzésének módszertanilag tudatos képviselői között egyetértés van abban, hogy el kell kerülni „a jogtudományi naivitást azzal kapcsolatban, hogy van-e egyáltalán, s miben áll a végső összefüggés a gazdasági elemzés és a bíróságok által elfogadhatónak tartott érvek között.”²⁶ Ahogyan egyikük érzékletesen megfogalmazta, „helyénvaló, ha minden egyes gazdasági elemzést úgy tekintünk, mintha el volna látva egy olyan korlátozó előszóval”, amely világossá teszi, hogy az adott elemzésben felhasznált hatékonysági érveket a bíróknak annyiban kell figyelembe venniük, amennyiben a prudenciális érvek az adott kérdésben relevánsak.²⁷ Noha Posner maga nem mindig teszi explicitté ezt az előzetes feltételt, nagyon is tisztában van vele, hogy mind a hatékonysági érvek, különösen pedig saját pragmatikus ítélkezéselméletének gyakorlati előírásai elsősorban a mai amerikai társadalom, s annak politikai és jogrendszere kontextusában értelmezendők.

Ezzel visszajutottunk a Mestmäcker-féle externalista-internalista megkülönböztetés pontatlanságának kérdéséhez. Úgy tűnik, hogy a szembeállítás fordított szereposztással sem hangzik képtelenségnek. Posner elmélete, legalábbis az utóbbi két évtizedben és különösen a Mestmäcker által idézett 2003-as könyv fényében²⁸ pragmatikus ítélkezéselmélet (tehát belső), ezzel szemben Hayek a jog evolúciójának társadalomtudományos (vagy társadalomfilozófiai) elméletét, vagyis egy külső magyarázatot (követelményt) dolgoz ki.

Posner pragmatikus ítélkezéselmélete internalista elmélet, amennyiben normatív kritériumokat fogalmaz meg, amelyek fényében az Egyesült Államok bíráinak egyes eseteket el kell dönteniük. Ezen az intern perspektíván *belül* persze, a pragmatizmus jegyében amellet érvel, hogy a bíróknak a formális jogforrásokon túli, többek között társadalomtudományos információkra is támaszkodniuk és hivatkozniuk kell, amelyek révén az összes körülményt mérlegelve a legjobb következményekkel járó döntést kell meghozniuk. Ilyen mérlegelendő szempontot jelentenek a jogrendszer egészére, s így a precedenselv stabilitására ható következmények is.

²⁵ Az elfogadható érvek kánonáról lásd A. M. Honoré: Jogi érvelés a római jogban és napjainkban, in: *Összehasonlító jogi kultúrák* (szerk. Varga Csaba), Budapest, Osiris, 2000, 273. o.

²⁶ Richard Craswell: Default Rules, Efficiency, and Prudence, *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 3 (1993), 293. o.

²⁷ *Uo.* 292–293. o.

²⁸ Posner: *Law, Pragmatism, Democracy*.

Ezzel szemben Hayek a *common law* bírói gyakorlatát egy externalista elmélet keretében értelmezi, a szabályok szelekciójának és evolúciójának folyamataként. Hogy Hayek milyen szorosan követte, sőt esett áldozatául a *common law* jogászi ideológiájának, illetve mennyiben elemezte ezt a jelenséget mint a spontán rendről kidolgozott elméletének egyik paradigmaticus esetét, olyan kérdés, amelyben a Hayek-értelmezők álláspontja nem egységes. Mindenesetre egyikük, Ludwig van den Hauwe meggyőzően érvel amellett, hogy Hayek elemzése mind nyelvén, mind tartalmában diszkontinuus a *common law* bírói ideológiájával, s leginkább mint evolúciós elmélet rekonstruálható. Ezen belül pedig „amikor Hayek számot ad az igazságszolgáltatás működéséről, három világosan elkülönült evolúciós mechanizmusra hivatkozik.”²⁹

E három mechanizmus, amely minden evolúciós folyamatban megkülönböztethető, a replikáció, a variáció és a szelekció. A replikációt a *stare decisis* elve biztosítja, amely szerint a bíróságoknak főszabályként követniük kell a precedenseket. Mármost Hayek valóban igen erősen hangsúlyozza (az amerikai jogot illetően Posner szerint túlhangsúlyozza) ennek az első mechanizmusnak a fontosságát. A variációról két körülmény gondoskodik: az állandóan felmerülő új helyzetek, illetve a bírói tévedés. Végül, az eltérő jogi válaszok közötti szelekció útja a jogi újítás (innováció). Ennek speciális formája a törvényhozás, amelynek szükségességét Hayek csak kivételesen és habozva ismerte el. Van Hauwe szerint ez a rekonstrukció nemcsak koherensebbé teszi Hayek jogelméletét, hanem arra is rávilágít, hogy Hayek „a joguralom politikai eszméjét 'pozitívan' támasztja alá, vagyis empirikus-tudományos alapon és nem önkényes metafizikai érvekkel.”³⁰

A 'metafizika' említése persze nem véletlen.³¹ Az externalista-internalista megkülönböztetéssel részben összefüggő további különbség Hayek és Posner jogelmélete között ugyanis a jog fogalmához kapcsolódik. Hayek, ismeretesen, alapvető különbséget tesz *nomosz* és *tézisz* között³², a jog fogalmát pedig a joguralom politikai eszméjéhez kapcsolja, amely szerint a Nagy vagy Nyitott Társadalomban az emberek magatartását egyetemes, absztrakt szabályok (*nomosz*) útján kell szabályozni. Hayek jogpozitivizmus-ellenes nézetei pedig akkor válnak világossá, amikor azt állítja, hogy a törvényhozás és a közigazgatás által adott szabályok (*tézisz*), még ha jognak nevezik is őket formális, pozitivisták értelemben, nem tekinthetők jognak a *nomosz* metafizikai értelmében. Ezzel szemben Posner jogfogalma végső soron az amerikai jogi realizmus hagyományába illeszkedik, és a jog előrejelző vagy tevékenységi elméletéhez kapcsolódik. A számára is jól ismert harti kritikái

²⁹ Ludwig van den Hauwe: Friedrich August von Hayek (1899-1992), in: *The Elgar Companion to Law and Economics* (szerk.: Jürgen Backhaus), Cheltenham, Edward Elgar, 1999, 344. o.

³⁰ *Uo.* 346. o.

³¹ Hivatkozásai alapján úgy tűnik, maga Mestmäcker nem idegenkedik a metafizikától, legalábbis annak kanti változatától. Ugyanakkor a skót felvilágosodás képviselőire (Smith, Hume) utaló egyetértő hivatkozásai arra engednek következtetni, hogy filozófiai álláspontja ennél összetettebb. Ez persze értelmezhető úgy is, hogy Mestmäcker csupán mesterét Hayeket követi, aki "egyaránt épít két összeegyeztethetetlen filozófiai tradícióra, Hume antiracionalizmusára, és a 'konstruktivista racionalizmus-hoz' sokkal közelebb álló kanti erkölcs- és politikafilozófiára." Kukathas-t idézi Orthmayr: i.m. 339. o.

³² Rövid kifejtésére lásd pl. Hayek: A nyelvi zavar a politikai gondolkodásban, in: *Piac és szabadság*, 348-351. o.

ellenére Posner a jogot fogalmilag ahhoz kapcsolja, hogy „mit tesznek a bíróságok”.³³

Összességében azt mondhatjuk, a hayeki és a posneri jogelmélet alapvető különbsége abból adódik, hogy a joggal két eltérő projekt keretében foglalkoznak – írásaik performatív funkciója különbözik. Hayek elsősorban saját liberális társadalomfilozófiájának perspektívájából szembesült a joggal. Elméleti terminusokban elemezte a jogot, erősen elvonatkoztatva egyes jogrendszerek és dogmatikai kategóriák sajátosságaitól. Mint filozófiai tételek rendszere, elmélete támaszkodik ugyan bizonyos empirikus feltevésekre, de végső soron egyetemes érvényesség-igénnyel lép fel. Ezzel szemben 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 értékeli és bíróként alakítani is igyekszik.

4. Mestmäcker saját nézetei a jog gazdasági elemzéséről

Bár méltánytalan kritikának tűnhet, a jog gazdasági elemzésének különféle iskolái és hagyományai iránt érdeklődő olvasó úgy érezheti, többet profitált volna, ha a Posner ellenében és Hayek védelmében megfogalmazott hevenyészett ellenérvek és töredékes válaszok helyett Mestmäcker közvetlenül és rendszerezve mutatja be saját nézeteit a jog gazdasági elemzésének filozófiai és módszertani alapjairól. Ezek a nézetek ugyan kiolvashatók a kötetből, de csak közvetve és töredékesen.³⁴

Ami jogelméleti álláspontját illeti, Mestmäcker korlátozott szerepet szán a hatékonyságnak a jog értékelésében és alkalmazásában egyaránt. Úgy véli, a jognak „egy szabad rend keretei között a gazdasági szabadságok és az egyenlő igazságosság kettősségét kell összehangolnia.” (15. o.) A jogtudomány évszázadok során értékes tudást halmozott fel. A jogi rendszer, illetve az ítélezés autonómiáját tiszteletben kell tartani. A közgazdasági tudás csak akkor lehet hasznos a jog számára, ha a jogi döntéshozatal saját, autonóm szabályai szerint importálja és hasznosítja azt. Másrészt, mind a jognak, mind a jogtudománynak támaszkodnia kell a jogtörténet és a jogösszehasonlítás eredményeire (15, 56-62. o.).

A jogelméleti kérdések mellett a kötetből kiolvasható Mestmäcker szoros kötődése a német gazdasági és jogi-politikai gondolkodás ordo-liberális hagyományához is. Ebben az értelemben a kötet egy újabb olyan lépésként értelmezhető,

³³ Richard A. Posner: *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, 220-238. o.

³⁴ Az érdeklődő olvasók figyelmébe különösen a szerző versenyjogi írásait ajánlom, ahol jó kiindulópontként szolgálhat az európai versenyjogról (társszerzővel) írott könyve: Ernst-Joachim Mestmäcker - Heike Schweitzer: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, C.H. Beck, 2004.

amely fel kívánja hívni az angol nyelvű akadémiai világ figyelmét e méltatlanul elhanyagolt eszmei hagyományra.³⁵

Ami a közgazdaságtan módszertanát illeti, Mestmäcker szerint az evolúciós közgazdaságtan a neoklasszikus modelleknél sokkal alkalmasabb arra, hogy a jog segítségére legyen. Ugyancsak hiányolja a szabadságnak a hatékonyságtól megkülönböztetett normatív kategóriáját a gazdaságelméletből. Nos, mindkét kérdésben könnyen találhat szövetségeseket nemcsak a közgazdászok, de a jog gazdasági elemzésének hívei között is – a legutóbbi években az evolúciós játékelmélet vagy a választási szabadság közgazdasági modelljei a jogi elemzésekre is kezdenek hatást gyakorolni. Persze itt nem csupán az új elméletek terjedési sebességéről van szó. Olykor úgy tűnik, hogy minél szofisztikáltabb egy közgazdaságtani modell, a jogászok annál kevésbé tartják relevánsnak a saját problémáik megoldásában. Mestmäcker maga is szkeptikus a modern közgazdaságtan természettudományi ihletésű, absztrakt modelljeivel szemben, s óva int attól, hogy azokat valós helyzetek értékelésének mércéjeként használjuk.³⁶

Összességében, Mestmäcker víziója jog és közgazdaságtan viszonyáról mind Posnerétől, mind Hayekétől különbözik, s röviden az ordo-liberalizmus kanti eszmék által befolyásolt és történeti érzékenységet mutató változataként jellemezhető. Adam Smithre és Hayekre hivatkozva olyan megközelítést képvisel, amely „a gazdasági rendszert a jog rendjén alapuló szabadság olyan rendszereként fogja fel, amely az azt alkotó gazdasági szabadságokat egyéni jogokként biztosítja és garantálja. A gazdasági rendszernek integráns részét képezik azok az egyéni tervezést tartalmilag nem korlátozó absztrakt szabályok, amelyek a racionális munkamegosztást és erőforrás-allokációt lehetővé tevő információt biztosítják.” (22. o.) A recenzens dolgát nem könnyítette ugyan meg, hogy ezzel a vízióval először polemikus kontextusban volt kénytelen találkozni, ám azokért a kényelmetlenségekért, amelyek egy kritika kritikájának kritikája megírásából adódnak, bőségesen kárpótlták a lendületes érvek és egyéni gondolatmenetek egy rendkívül aktuális témáról.

³⁵ Áttekintésként lásd Manfred Streit: Economic Order, Private Law and Public Policy: The Freiburg School of Law and Economics in Perspective, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 148 (1992), 675–704. o.

³⁶ V.ö. Engel: i.m. 8-10. o.