

Zuzenbide errealistaren teoria bat: Hurrengo pausoa*

LLEWELLYN, Karl N.



Karl N. Llewellyn (1893-1962) galesa zen jaiotzaz, baina iparramerikar naziokotasuna zeukan. Gaztaroan Mecklenburg-en ikasi zuen (Alemania) eta lehenengo mundu gerratean prusiar infanterian borrokatu zuen. Yale *School of Law*-n egin zituen ikasketak, ikasle aparta zela erakutsiz. 1924tik 1951ra bitartean, unibertsitate horretan bertan irakasle lanetan aritu zen, eta ondoren Columbia Law School-en. Ordurako, New Yorkeko National City Bank-en banka zuzenbidearen arloan ibilia zen. 1930ean, *Cases and Materials on the Law of Sales* eta *The Bramble Bush* argitaratu zituen, azken honek, zuzenbidearen teoriari buruzkoa eta lehenengo urteko ikasleei zuzendua, polemika sortu zuen. Ipar Ameriketako indioen eskubideen aldeko borrokatzaile sutsua izan zen. 1951n Chicago Law School-era joan zen, eta bertan argitaratu zuen bere obra juridikorik garrantzitsuenak: *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*.

Zaila da “Zuzenbide” kontzeptua zehaztea, bai gauza gehiegi hartzen dituelako bere baitan, bai osatzen duten alderdiak ikaragarri ezberdinak direlako euren artean. Agian posible izango da guztiak multzo bakar batean biltzea, baina ez dakit zer lortuko genukeen. Izan ere, kontzeptuak, nire iritzian, helburu bat betetzeko sortzen dira, pentsamenduaren tresna izateko. Datuak erabilgarriak izateko biltzen ditugu, baina oraindik ez dakit zertarako balio duten multzo guztien artean zehazgabeena denarekin lotuta dauden datuek, hau da, “Zuzenbidearekin” lotuta daudenek. Gauza ezberdin gehiegi biltzen ditugu kontzeptu horren baitan. Esate baterako, legegileek lege bat onartzeak esan nahi du hitz berri batzuk sartu dituztela aldizkari ofizialetan. Eta hori abokatuekin, epaileekin eta “legearen babesean” sortuko diren gatazkekin lotzen dugu. Baina baita aparatu, alderdi politiko eta presio taldeen praktikekin, asmoekin eta gizakiekin ere. Nire ustez, lehenengoak sartu beharko genituzke “Zuzenbide” kontzeptuan. Bestela, utzi egin beharko genioke definizio bat emateari, eta gehiago pentsatzen jarri. Azkenekoek (alderdi politikoek eta presio taldeek) zalantza gehiago sor ditzakete. Nahiko garbi ikus daiteke legegintzaldirik nahiz Estaturik izan ez den lurralde eta garaietan, “politikotzat” jotzen dugun erakunderik existitzen ez zenean, “Zuzenbideari” buruz daukagun iruditik ondo bereizterik ez daukagun zerbait izan zela. Garai eta lurralde haietan kontrolatzeko zeuden mekanismoak aztertu gabe, ez dago gizartearen formarik sinpleenak eta bere “Zuzenbidea” ezagutzerik, baina, gaur egun, kontrol mota horiek legez kanpokoak direla esateko joera dago. Beraz, inork “Zuzenbideari” buruz ezer jakin nahi badu, oso adi ibili beharko du. Bere interes guzturen aurretik, atzetik edo azpian daudenak ere aztertu beharko ditu.

Alderdi horiek guztiak gaur egungo “Zuzenbidearekin” erkatzeko modukoak direla iruditzen zait. Baina “bien” artean muga bat marrazten saiatzen denak eskuak lotuta izango dituela pentsatzen dut. Bada, bestetik, “Zuzenbidearen helburuez” eta “Zuzenbideak izan beharko lukeenaz” denbora luzez eztabaidatzen aritzen denik. “Zuzenbideaz” ari al dira benetan? Noski, ez da beharrezkoa beren postulatu eta ondorioek epaile batek inoiz adierazi duenaren antza izatea. Pertsona horietako batzuek, sarritan, askatasun hori aldarrikatzen dute. Baina aztertzen ari direna kontzeptu zehazgabe honekin estuki lotuta dagoela ukatzen duena, pertsona zurrunezia izango litzateke. Interesatzen zaidana da epaileek, “ongi zehaztutako eremu” batean lanean ari direnean, muzin egiten diotela pertsona hauek esaten diotenari, eta garrantzi gutxiko espekulaziotzat jotzen dutela. Aldiz, “eremu zehazgabe” batean ari direnean lanean, arreta handia ematen diete haien ideiei. Horrek, nire ustez, esan nahi duena da zenbait kasutan “Zuzenbidetik” –honi edozein definizio emanda– oso gertu dagoen zerbaiti buruz hitz egiten dutela, eta, beste zenbait kasutan, aztergai dutenak oso lotura txikia duela “Zuzenbidearekin” –hitzaren ohiko zentzuan–. Inguruabarren arabera hain erreferentzia barreiatu eta ezberdinak pizten dituen hitzaren arazo hau hil edo bizikoa iruditzen zait.

* LLEWELLYN, Karl N. “Errealismo Juridiko Iparramerrikarra”, In: *Eleria. Euskal Herriko Legelarien Aldizkaria*, 4. zkia. Donostia: Eusko Ikaskuntza, 1999; 89-111 or. Itzultzailea: Koro Garmendia (Iturria: “A realistic Jurisprudence: the next step”, In: *Columbia Law Review*, 431, 1930. Berrargitalpena: *Jurisprudence. Realism in theory and practice*, Chicago: University of Chicago Press, 1971, 3-41 or.)

Beraz, ez naiz Zuzenbidearen definizio bat ematen saiatuko. Ez baldin badut beste autore baten definizioa ematen, are gutxiago emango dut neurea. Definizio batek barnebildu eta kanporatu egiten du aldi berean. Eredu bat finkatzen du, eta, gai batzuk eremuaren barnean sartzen dituen bitartean, kanpoan uzten ditu beste batzuk. Eta kanporaketa nahiko arbitrarioa izan ohi da. Nik ez daukat Zuzenbidetzat jo daitekeen ezer kanpoan uzteko asmorik. Neurri batean, Zuzenbidea bizitza bezain zabala da, eta, xede batzuk lortzeko, aski urrun joan beharra dauka batek, aztertzen ari den gai juridikoak ezagutzeko. Berritri diot: ez naiz definizio bat ematen saiatuko. Ez dut kanpoalderik, mugarik, hesirik ipiniko. Horren ordezt, Zuzenbide gisa har daitekeen guztia-rengan ipiniko dut nire arreta. Erreferentzia puntu bat finkatzen saiatuko naiz, bere bitartez segur aski modu erabilgarriago batean ikusi ahal izango dugulako Zuzenbide gisa har daitekeen guztia. Barkatuko didazue behin eta berritri errepikatzeagatik, baina iruditzen zait oso zaila dela jendeari Zuzenbidearen eremu edo kontzeptutik ezer kanpoan uzten ari ez naizela ulertaraztea. Jendea definizioetara ohituta dago, nahiz eta definizioak ez diren beti baliagarriak suertatzen. Beraz, hain ohikoa ez den beste zerbaitekin ordeztuko ditut definizioak, baina Zuzenbideari buruzko ikuspegi baliagarri eta interesgarriagoa emango digu.

Erreferentzia bik lagunduko didate ikuspegi hau zehazten: batetik, XIX. mendeko jurisprudentzia eskoletako dogmek, eta, bestetik, “eskubide” eta “interes” kontzeptuen garapenak.

XIX. mendeko eskolei dagokienez, Pound-en tesi batean oinarrituko naiz¹. Tesi hori bat dator arlo honetan egin ditudan irakurketekin, eta dauzkadan ezagutza baino handiagoetan oinarritzen da. Jurista analitikoek aurrez finkaturiko arauen *corpus* batekiko daukaten interesa azpimarratzen du Poundek, eta suposatzen da *corpus* horren bitartez, egitate zehatz batzuek bat egiten dutela ondorio juridiko zehatz batzuekin. Jurista analitikoek Zuzenbideari ematen dioten definizioaren oinarria, “auzitegiek denbora eta leku jakin batean aplikatzen duten arau juridikoen multzoa” omen da, eta arau zein auzitegi horiei indarra ematen dien Estatu bat dagoela. Poundek, bestetik, irizten du jurista historikoek apenas bereizten dutela Zuzenbidearen eta gizartea kontrolatzeko beste moduen artean. Bestalde, Zuzenbideari buruz daukaten irudian funtsezkoak dira erabakiak hartzeko teknika tradizionalak eta ohiturazko nozioak –baina ez dago “ohituraz” zer ulertzen duten azaltzen duen analisisirik–. Jurista filosofikoei dagokienez, azkenik, Poundek irizten du “ideia filosofiko, politiko eta etikok (Zuzenbidearen edota arau juridikoen helburuek)” dutela nagusitasuna.

Ez daukat eskola hauen dogmak frogatzeko inolako asmorik, ezta garatzekorik ere. Mugatuta dago beren balioa, baina balio handia daukate beren mugen barnean: oro har, behin eta berritri berresten dute Zuzenbidea konplexua dela. Eskola bakoitzak definizio bat aurkitu nahi izan du, Zuzenbidearentzat esanguratsua den guztia barnebiltzeko. Eskola bakoitzak goretzi egin du bere definizioa, eta baztertu edo gutxietsi besteak. Eskola bakoitzak bere helburuei bikain erantzuten dien definizio bat dauka, baina definizio bakoitzak kanpoan uzten dituen alderdiei gehiegizko arreta eskaintzea nekagarria da azkenean. Poundek, nire ustezt, eskola hauek eta beste batzuk aztertzean, besteak beste ondorioztatu zuen arreta handiagoa eskaini behar zaiola Zuzenbideak barnebiltzen duenari, Zuzenbidetik kanpo utzi behar denari baino.

Poundek ikuspuntu hauen inguruan egiten duen gogoetan, bestalde, nabarmentzekoa da “arau” hitza. Hitz tradizionala da. Gizakiek, Zuzenbideari buruz hitz egin edo pentsatzen dutenean, *arauei* buruz hitz egin eta pentsatzen dute. Nire ustezt, “arau” hitza, Poundek erabiltzen duen moduan, erregela eta printzipioen sinonimoa da nolabait. Printzipioak zabalak lirateke, konnotazio gutxikoak, eta garai zehatz bakoitzeko *statu quo*-a idealizatzeke joera lukete. Iruditzen zait Pound irakurtzen duen edonork

1. *Law and Morals*, 25 or. eta hurr.

ikusten duela zeinen oinarritzkoak diren arauak. Erregela eta printzipioen alboan, “irizpideak” ere existitzen direla azpimarratzen du, Zuzenbidearen funtsezko eduki gisa. Badirudi irizpideak gizaki zentzudun batek eskubideak neurtzeko orduan egingo lukeen kontzepzioa direla, edota fede onak eskatzen duena. Kontzepzio lauso baina baliagarriak. Arau baten zati bezala funtzionatzen dute, eta, beraz, mundu berekoak dira hein handi batean. Arauetan ere oinarritzen dira. Baina Pound Zuzenbideaz ari denean, arau eta irizpideez baino gauza gehiagoz ari da. Irizpideekin batera, Zuzenbidearen “helburua” bezalako idealak ere azpimarratzen ditu. Irizpide hauek, nire ustez, bereziki lauso eta maiestatikoa den eskala batekoak dira; beharbada, norbanakoen ekintzei beharrean, araei aplikatzeko². Azkenik, arauak “garatu eta aplikatzeko teknika tradizionalak” azpimarratzen ditu Poundek. Eta hemen oso fenomeno desberdin bat aurkitzen dugu. Sakontzeko ahalmena daukan norbaiti bakarrik burura ziezaiokeen ahozko formulak, lehen adierazitako irudi kontzeptualei, elementu praktikoa gehitzea, ekintzetako ohitura eta teknika, jarrerarena. Baina gainbeheran dagoen garai bateko pentsamendu juridiko-aragile tradizionalan murgilduta dabilen gizaki batek bakarrik jarriko zukeen arreta puntu honetan, honen erreferentzia handituz eta, aldi berean, bere garrantzia minimizatuz, besterik gabe ahozko formulak –hau da, arauen– fase bat bezala tratatuz³. Ez dut puntu honi buruz argudiatuko. Erakargarria izango da edo ez, baina eztabaida ez litzateke oso baliagarria izango. Pounden idazkietan –eta ez soilik aurreko paragrafoko esaldietan– garbi azaltzen dira erregelek, arauak, hitzak –Zuzenbideari buruzko hausnarketan muin edo erreferentzia bihurtzen direnean– dauzkaten mugak⁴.

Muga hauek, gainera, interes, eskubide eta berme bezala azaltzen dira Zuzenbidearen azterketa tradizionalan. Azterketa egiteak digresio labur bat eskatzen du, baina merezi duela iruditzen zait. Erregela eta arauen funtsezko edukiari buruzkoa da, gizakiek bere bidez konfiguratu baitute sistema juridikoa. Bai sistema erromatarrean, bai gurean, funtsezko eduki honek oso aldaketa handiak izan ditu denboran zehar.

2. Auzitegien arau eta ekintzen multzoa osatzen dutenak ez dira arauak bakarrik, baizik eta baita irizpideak ere; ez irizpideak bakarrik, baizik eta baita kontzeptuak ere; ez kontzeptuak bakarrik, baizik eta baita erregelak ere. Tradizionalki, ordea, zuzenean erregeletara jotzen da.
3. Hainbestetan gertatu ohi den bezala, “besterik gabe” delakoa tranpa bat da juristentzat. Gaur egun, salbuespenezko erregelak bakarrik imagina ditzaket, salbuespenezko inguruabarretan, “besterik gabe” ahozkoak diren formula bezala.
4. Pounden lana bere balio eta mugengatik da hain deigarria. Gogoeta bikainez beteta dago. Poundi zor diogu “legezko ekintza eraginkorraren mugen” iradokizuna (auzitegien erabakietan oinarrituta). Poundi zor diogu Kodeetako Zuzenbidearen eta Zuzenbide praktikoa arteko bereizketa. Poundi zor diogu “delitugileen trataera indibidualizatu” delako formulazioa, eta Zigor Zuzenbidea zertan datzan azaltzeko Onegintza eta Zuzentasunari buruzko Kongresuko aktei egindako aipua. Eta abar. Ez zait interesatzen lehenagoko idazleek ideia hauek guztiak edo hauetakoren bat eman edo aurreratu ote zuen jakitea. Poundek pentsatu, formulatu eta bere egin zituen. Nahiz eta, oro har, ideia hauek ez duten aurrera egin. Inork ez ditu beren barne erlazioekin nahiz Zuzenbidearen teoriaren muinarekin harremanetan jartzen. “Interesen orekak”, interesak nola formulatu behar diren jakiteko argibiderik eman gabe darrai, eta are gutxiago esaten du nola orekatzen diren edo beharko liratekeen azterketa baten bitartez. “Zuzenbidearen zientzia soziologikoa”, gehiengoaren faltan dago oraindik. “Zuzenbide praktikoa” iradokizun gisa uzten da, eta, bien bitartean, arauetan oinarritzen da “Zuzenbideari” buruzko eztabaida. “Legezko ekintza eraginkorraren muga” –argi eta garbi gizartea kontrolatzearren gaineko azterketa bat eskatzen duen formulazioa honakoa (gizartea konplexu, industrializatu, partzialki hiritartu gisa deskribatzen digu Poundek)–, ustez Zuzenbidearekin lotuta dagoen gizartea aztertu gabe gelditzen da. Zenbat eta gehiago ikasi, zenbat eta gehiago ikertu, orduan eta argitasun eta estimulu handiagoa ematen digute Pounden idazkiek, baina materiala sistematikoki tratatzea eragozten digun ulermen maila batean gelditzen gara beti. Tentazioa sartzen zaigu paralelismo global bat ezartzeko Ameriketako Estatu Batuetako Zuzenbide Soziologikoaren Zientziaren Eskolaren pentsamenduaren eta Zuzenbide kasuistikoaren artean, baina *ad hoc* bakarrik, berrikuntzak sartu edo gehitzeko interes gutxiarekin.

Azkar batean, ikus daiteke Pounden diskurtsoaren zehazgabetasunak galarazi egiten digula bere lanaren irakurketa kritiko bat egitea, eta, batez ere, kritika zehatzak formulatzea. Bere lanak, batzuetan, eztabaida akademiko serioen mailan kokatu nahi du argi eta garbi; beste batzuetan, aldiz, abokatuei zuzenduriko istorio anekdotikoen mailan; eta, besteetan, erdibideko maila batean, saiakera imaginatibo baina frogatu gabean. Askotan ezinezkoa suertatzen da paragrafo edo atal bat zein mailatan kokatzen den zehaztea, idazkia maila batetik bestera jarraitasunik gabe igarotzen dela dirudielako. Dena den, argigarriak izan daitezke hiru maila horiek, eta, gainera, egiazkoak, bazkalondoko solasaldien mailakoak, edota pentsamendu probokatzaileen mailakoak, nahiz eta maila horietako bat ere ez den ikertzaile baten proposamen gisa baliozko. Horien bitartez, iseka egiten die kritika-ri, eta, beharbada, beren gaitasun kritikoa estimulatu du aldi berean. Balio bat dago hemen. Balio bat dago istorio anekdotiko-juridikoetan ere. Baina merezimendu handiagoa du balio horiek antzematen jakiteak. Zer ez genukeen emango *Sociological Jurisprudence*-ren agerpena ikusteko, bere egileak pentsamendu aitzindarien arabera formulatu izan balu?

Hasiera batean, bermeak erregeletan jasota zeuden ia eskusiboki⁵. Bermeak gutxi ziren, eta zehatzak. Hainbat modu zeuden pertsona bat auzitegiatara eramateko, eta, behin bertan izanda, hainbat gauza egin zitezkeen. Hemen interesatzen zaiguna ez da gauzak horrela zergatik gertatzen ziren jakitea, gertatu egiten zirela baizik. Garai hartako pertsonen galdera hauxe egiten zuten: zein egitatetan oinarri daiteke gizaki bat auzitegiak beste gizaki bat zigortzeko? Hori buruzkoak ziren Zuzenbideko erregelak, bermeak. Jendeak ikusi eta egin zezakeenaz pentsatzen zuten⁶. Beren adimen xumea, ikus zezakeenaz soilik arduratzen zen. Ikusten zutena deskribatzen zuten.

Jokaera hori primitiboa iruditu zitzaaien geroko idazleei. Ordena desberdin bat ikusten zuten Zuzenbidearen arloan: bermeek helburu bat zeukatela iruditzen zitzaaien, hainbat gauza babesten zituztela. Gauza hauei izen bat eman zieten: eskubideak, eskubide substantiboak. Beraz, erregela juridiko substantiboak, eskubideak definitzen dituzten erregelak dira. Bermeak bigarren maila batean uzten dira. Eskubide eta erregelen arteko harreman hau nahiko argia da, gauza beraren bi aurpegiak baitira. Erregela batek pertsona baten alde jokatzeko duenean, eskubide bat aitortzen dio. Eta inork eskubide bat baldin badu, eskubide hori idatziz jarri ahal izango da, berari eta bera bezalako egoeran dauden pertsonen onurak ematen dizkien erregela bat sortuz. Eskubideak inguruabar zehatz batean dauden pertsona guztiei modu orokorrean aitortzen zaizkienean, erregelen kontrapartida bihurtzen dira. Hori da postmortemizatzaileen argudio tipikoa. Bestalde, inguruabar zehatzetan norbanako partikularrei eskubideak aitortzen zaizkienean, ondorioak sortzen dira: premisa nagusia eskubideei buruzko erregela da, eta premisa txikia norbanakoa eta inguruabarra erregela orokorrarekin lotzen dituena. Modu honetan, eskubideak eta erregelak parekagarriak bihurtzen dira, eta Zuzenbidea sinbolo takigrafiko bat bihurtzen da erregelarentzat⁷.

Erregelak eta eskubide substantiboak jendearen artean nagusitu egingo balira bezala hitz egiten da –ezjakin halakoak!–; adibidez, norbaitek kontratu bat exekutatzeko eskubidea daukala esaten da. Heresia da Coke edo Holmes-ek legearen arabera bere kontratua betearazteko edota kalteordainak ordainarazteko askatasuna daukan pertsona baten kasua aurkeztea. Heresia litzateke, halaber, ustezko “eskubide” hau kalteengatik akzio batean oinarritzen dela argudiatzea, eta eskubidea beste modu honetan hobeto deskribatuta egongo litzatekeela esatea: beste alderdiak ez badu kontratua akordatutako moduan betetzen, auziperatu egin ahal izango da, eta demandatzaileak abokatu on bat baldin badauka eta lekukoekin edota epaimahaiarekin ezer arrarorik gertatzen ez bada, eta lauzpabost egun galtzeko prest baldin badago, eta bi hilabetetik hogeira bitartean itzaroteko prest, ziur aski kontratua exekutatzeko balioko lukeena baino zenbateko txikiagoko epaia lortuko du, eta bertan zehaztutako kopurua jasoko du, berandutzagatik %6ko interesarekin, baldin eta beste alderdia kaudimenduna bada eta ez baditu bere ondasunak ezkutatu. Horrela argudiatzea, bermea eskubide substantiboarekin nahastea litzateke. Pentsamendu honetan, ordea, Zuzenbide substantiboa independentea da bermeekiko. Eta hemen dago kontzeptuaren aurrerapen zientifikoa.

5. “Zuzenbideko erregelen” presentzia aurreuposatzen ari naiz hemen; hau da, kontrolatzeko dauden beste mekanismoekiko desberdina den jardura kontrolatzaile erdiespezializatu bat. Ziur ez dudala aurreuposatu honen denborazko irismena ezagutzen; liskarrak konpontzeko asmoarekin ospatutako edozein batzar berezi ere –aginte edo posizio ofizialik ez duten herriko adintsuek osatua–, aipaturiko erregelak existitzen direnaren adierazgarri kontsideratuko nuke (cf. Gutman, *Das Recht der Dschagga*, “Der Spruchrasen” kap.). Bada beste aurreuposatu bat ere, bigarrena, zeinak baitioen hasierako erabakia ondorengo erabakiaren aurrekaria dela; hau da, *Themis* (Greziako Justiziaren Jainkosa) ez dela orakulu bat bakarrik, baizik eta arau bat ere badela. *Zuzenbidezko* arau bat. Vinogradoff-ek modu konbentzigarrian adierazten du *Themis* ez dela erabakiak hartzen dituenaren asmakuntza huts bat, zeren eta, *Themis* baino lehen, arau esplizituak nahiz implizituak zituen gizarte bat zegoen. Zalantzarik eta nahasgarria egiten zait, oster, arau implizituak “erregelatzat” eta “juridikotzat” jotzea. Nik *praktikak* bakarrik ikusten ditut, gehiago edo gutxiago definituta, konszienteagoak edo ez hain konszienteak, jarrera bat, praktikatzeko dena zuzena dela dioena, eta beregandik aldentzen dena okerra dela. Arau implizitua esplizitu bilakatzeko sormen lan zail bat eskatzen du, nahiz eta, behin lortutakoan, edonork antzeman dezakeen ondorioa egiazkoa dela. “Espozitazio prozesuak” aldaketa bat ere badakar, zeren eta araua esplizitatzeko, lehen baino ikusterrazagoa bihurtzen da, zehatzagoa eta zurrunagoa. Malinowski-k antzeko analisia egiten du bere *Crime and Custom in Savage Society* (1926) liburuan. *Arau batera jotzen denean*, eta honakoa beste arau zehazgabeago baten aurrean gailendu egiten baldin bada, Malinowskik juridikotzat jotzen du. Bereizketa argigarria da.
6. Nire lagun T. R. Powell-ek “postmortemizatzaile” izendatzen dituen arri naiz: iraganeko gertakarietara nahaspilatzen diren, gertakari horiei buruz idazten duten, edo Zuzenbide akademiko lantzen duten horietaz. Pertsona hauen pentsamendua, gizaki praktikoa baino hedadura handiagokoa izaten da, baina askoz ere inozoagoa. Gizaki praktikoa bi konpartimendu finkotan pentsatzen duela dirudi: bere burmuinaren zati batek ebanjelioa bezala erretratzen du bere garaiko ideologia; erdi hau postmortemizatzaileei dagokie. Beste erdia, maltzurkeriaz aritzen da erakundeez edo beste edozein sakralizazioz. Gizaki praktikoa adimeneko alderdi honek sistema juridiko guztietan funtzionatu behar izan du, zurruntasun formal handieneko garaiez geroztik. Eta apur bat sortzaile diren pertsona batzuek interesaren eta bermearen arteko harremana imaginatu behar izan dute, Zuzenbidea existitzen denetik. Baina postmortemizatzaileen tonu eta ideiak aldatzen joan dira denborarekin, eta, gizaki praktikoa jarrera funtsean aldatu ez bada ere, bere hitz eta ideiak, bere baliabideak, aldatu egin dira, eta ondorio esanguratsuak eduki ditu.
7. Gure xedeetarako, ez dugu kontuan hartu beharrik pentsalaritza alemanek “Zuzenbide objektiboaren” eta “Zuzenbide subjektiboaren” artean egin duten bereizketa zalantzarik.

Bide batez, ikus daiteke gaur egun maila honetan kokatzen dela pentsamendu komunaren gehiengo. Tipikoa da paper gaineko erregela edo xedapenek agintea edukitzeagatik zeresan bat daukala dioen ideia; hau da, besterik gabe agintea edukitzeagatik esan nahi duela esaten duen edo esan nahi duen guztia.

Nire asmoa ez da eskubide substantiboak eta Zuzenbide substantiboko erregelen balioa zalantzan jartzea⁸. Oso lagungarriak izan dira pentsalariei prozedurak eta bermeak existitzen direla ikusarazteko; ez bakarrik existitzen direlako, eta ezta beren kasa balioa daukatelako ere, baizik eta asmo bat daukatelako. Honen atzetik, berehala, ikerketa etortzen da, asmo horiek zeintzuk diren jakiteko, eta hauek ezagutzeko moduak eskasak izanez gero, kritika. Gainera, bizitzako egoera esanguratsuen bidez Zuzenbideari buruzko ideia osatzen lagundu dute neurri batean, historikoki baldintzatuta egon den eta sarritan arkaikoa izaten den bermezko Zuzenbide bateko kategorien bidez egin beharrean. Sintesi berri baterako oinarri bat sortzen lagundu dute; erreforma juridikorako oinarri bat.

Dena den, honek ez luke aurrerapenaren alde ordaindu den prezioa garestitu beharko. Hasteko, esan bezala, egitatea egiaztatzeari buruzko eztabaida urruntzen lagundu duelako. Litekeena da honek lege erreformatzaile baten ikuspuntu berriak mantentzeko balio izatea, delako “egitatea” jasotzen duen Zuzenbide positiboa izanez gero. Zuzenbide honek modu erosoago batean jardun ahal izango luke, aldaketak ekartzen dituela ez konturatzea lortuko balu. Baina behatzaile zientifiko batentzat edo aurrean daukana ikertzerik konprometitu dagoen erreformatzaile batentzat, nora eta nola iritsi nahi duen badakienarentzat, bere asmoa ez denean bere erreforma saltzea, propaganda egitea edo ideiak irismenetik kanpo uztea, egitateak ilun egotea bigarren mailako kontu bat da.

Bestetik, anbiguotasuna jasan behar izan da; multiguotasuna, egia esan. “Erregela” hitza aski anbigua da. Erregela bat preskribatzailea izan daiteke (“hau da egin beharko litzatekeena; hau da honelako kasuetan epaileek egin beharko luketena”), edo deskribatzailea (“hau da dagoena; hau da epaileek honelako kasuetan egiten dutena”), edo bi motetakoak (“hau da aldiberean egiten dutena eta egin beharko luketena⁹”). Teorizatzaileak, eztabaidan ari direnean, konturatu gabe joaten dira esanahi batetik bestera. “Zuzenbideko” erregelen kasuan, “erregela” hitzak beste anbiguotasun bat ere badu: deskribatzailea nahiz preskribatzailea izan, eginahal gutxi egiten da jakiteko zein ekintza den preskribatu edo deskribatutakoa, eta nork preskribatzen edo deskribatzen duen. “Hau erregela bat da” esakuneak zera adierazten du: “Hitz sorta hau kodeetan aurkituko dut¹⁰”. Hortik galdera hauek sortzen dira: “Hitz sorta honen arabera jarduten al dute auzitegiek?”; ala “Auzitegiek, egoera honen aurrean, beti aplikatzen al dute hitz sorta hau?”. Eta zera adierazi nahi dute: “Jendeak hitz sorta hauen arabera jokutzen du”, edo “Jendeak, hitz hauek iradokitzen dieten bezala jokutzen du”. Teorizatzailea oso gutxitan arduratuko da jendeari “hau erregela bat da” esakunean inplizituki hauetako zenbat konnotazio –baten bat egotekotan– dauden esateaz. Baina, gero, hauetako inplikazioaren batean oinarrituz hasiko da argudiatzen. Horrek nahasketa handi eta ekidinezina dakar¹¹.

8. Ez nuke kasuak ebaztean, Konstituzio Zuzenbidean eta abar pentsaera honi ondorio praktikoak ukatzen dizkiodala ulertzerik nahi.
9. Beste modu batean esanda, erregela preskribatzaileak zerbait *egiteko* erregelak dira, eta erregela deskribatzaileak zerbait *egin izanaren* erregelak. Baina bigarren hauek, hizkera arruntean, bi alderdiak adierazten dituzte aldiberean, eta gauza bera gertatzen da “*egiteko* erregelekin”, ondorengo praktika baten existentzia adierazten ez dutenean. Nire “erregelak” terminoa, “egiteko erregeletara” mugatuko dut, konnotaziorik inplikatu gabe.
10. Hemen, beste nahasketa problematiko bat sortzen dut eztabaidatik: erregelen alderdi preskribatzailea eztabaidatzen denean, maiz zaila izan ohi da jakitea izan beharko lukeenari buruz daukan ikuspegia ematen ari ote den autorea, edo, aitzitik, mandatariek agintzen duen ikuspegi bat. Azken kasu honetan, erregela preskribatzaile jakin baten nagusitza ekintza deskribagarri bat da, baina beti ikus daiteke arau preskribatzaile horrek kontrapartida praktikorik ba ote daukan, edo paperean geratzen den, edo gauerdiko ahuntzaren eztabaida den.
11. Hitzaren dotoreziak nolabaiteko laguntza ematen du nahasketa hau ekiditeko. “Erregela” hitza ongi egokitzen zaio eremu preskribatzaileari. “Paper gaineko erregela”, izen aproposa da praktikan kontrapartidarik ez daukan erregelarentzat. “Funtzionatzen ari den erregelak”, praktikan kontrapartida bat daukan erregela bat adierazten du, edota kontzienteki arauturiko praktika bat. Ikus 3. oharra. “Praktikak”, behagarria den ekintza baten bilakaera adierazten du, berari buruz inolako normatibizazioa atxiki beharrik gabe. Aurreko artikuluko batean (“The Effect of Legal Institutions on Economics”, In: *American Economical Review*, 15, 1925; 671. or.), ez nuen azken bereizketa hau formulatzerik lortu, baina, hala ere, argi ikusten da xehetasun garrantzitsu guztiei dagokien deskribapen eta arrazonomendu teknika zehazten duela. Kontuan izan, adibidez, Ehrlich-en obrak balio bikoitza edukiko zukeela, bere hitzek bereizketa hauek garbi egin izan balute, eta bere pentsaera apartari, zalantzetatik aske, bere gisara jarduten utzi izan balitzaio.

Nahasketa are handiagoa bihurtzen da tartean “eskubide” kontzeptua sartzen dugunean. “Eskubideak” ez dio ezer gehitzen erregela deskribatzaileari, baina itxura berezi bat ematen die erregela preskribatzaileei, hauek zerbaitekin lotzen direlako. Beraz, Zuzenbideko erregelak eskubideekin uztartzean, areagotu egiten da erregelei mugarik ez jartzeko joera. Zuzenbideari buruzko pentsaeraren muinean, Zuzenbidea gizakien ekintzak behar bezala islatzeko gauza ez den idealizazio bat bezala ikusten da. Hitzei dagokienez, eta ez jokamoldeei. Beraz, jendeak errealitateaz mintzo dela aurreuposatzen du eskubideez ari denean, eta kontrastatu gabeko hitz hauek erabiltzen ditu azalpenak emateko.

Beste nahasketa bat ere sortzen da zentzu hertsian doktrinari dagokion arloan, erregelen inguruan, eskubideekin lotzean areagotu egiten dena. Hitzak pentsaeren oinarri modura hartzen direnean, formulazioak gero eta gehiago sinplifikatzeko joera izaten da: formulazioen bidez, Zuzenbidezko sistema progresibo orok dauzkan desadostasunak ezabatzeke joera sortzen da, eta bi modutan gainera, zeren eta “eskubide” hitzak, *sub rosa*, “zuzentasun” nozioa barnebiltzen du –hots, zer izan beharko lukeen–. Guztiz doktrinalak diren irizpide batzuk alde batera utzita, beste irizpide doktrinal batzuren araberrako zuzentasun ideari buruz ari naiz, doktrina juridikoan eta bere inguruan dauden gatazkez, interes handikoak juristentzat, nahiz eta normalean garrantzi gutxikoak izan zientzialari politikoentzat.

Baina joera hau arlo juridikoen eta ez juridikoen arteko mugan ere ematen da, eta zientzialari politikoari zein juristari eragiten die. Nahasketaren gakoa, kasu honetan, “eskubideen” ideia dela dirudi. “Eskubideak” “zuzentasuna” iradokitzen du beti, zuzentasun soziala, politikoa, ekonomikoa eta, batik bat, morala. “Legez kanpoko eskubidea” “legezko eskubidetik” bereizi nahi izan duten askok egindako analisia baino arduratsua goa egin behar da. “Legezko eskubidea” ez da, segur aski, berme baten deskribapen hutsa, baizik eta bermeren bat eduki daitekeenaren aintzatespen ofizial bat. Argi ikusten da premisa horretan dagoen anbiguitasun arriskua¹². Zuzenbide naturalaren teorizatzaileek ezer gutxi egin zuten hori saihesteko.

Hirugarren nahasketa hau –baina ez lehenengoa eta bigarrena–, Iheringen inguruan sortutako polemikagatik azaleratu zen. Polemika hau piztu zenez geroztik, “eskubideak” terminoa legezko eskubideetara mugatzen saiatzen gara –“substantiboetara”, nolabait esatearren–, eta, horrela, arlo juridikoa gizarte faktoreetatik bananduta mantentzen da. Interes terminoak, bestalde, gizarte faktoreetara bideratzen gaitu, eta eskubide substantiboak, bermeak bezalaxe, helburu bat izatekotan bakarrik existi daitezela gomentatzen du. Interesak babestea da beren xedea. Baina ez dakigu oso ondo interes horiek zer diren. Horregatik, eskubide substantiboen atzean interesak dauzkagu. Aurrerapen zientifikoak bistakoa izan beharko luke. Erabateko subjektibotasunera iritsi gara¹³.

Garapen maila honekin, bada, bi helburu sorta agertzen zaizkigu. Interesak dira lehenak. Zuzenbidea edonolakoa izanik ere, beti existitzen dira interesak¹⁴. Eta, Zuzenbidea edonolakoa izanik ere, balioa daukate. Gainera, eskubide substantiboen, erregela juridikoen eta Zuzenbide substantiboko arauen xedea, babestea da. Interes hauetako bat, “merkataritzaren segurtasuna” da. Kontratuen Zuzenbideko erregela eta arauak, kontratuak babesteko eta eraginkor egiteko existitzen dira. Erregela eta eskubideak ez dira helburuak, bitartekoak baizik; baina, bestalde, helburu bihurtzen dira –bitarteko gehienak bezala–: eskubide substantiboak eraginkor bihurtzeko bitartekoak dira bermeak, erregela substantiboak gauzatzeko bitartekoak. Jakina, bitartekoak desegokiak izan daitezke, gaizki hautatuak, antiekonomikoak, eta baita kaltegarriak ere. Eskaintza errebokaezin bat egiteko hiru egunez hausnartu behar dela dioen erregela, desegokia izan daiteke merkataritzaren segurtasunerako. Idatziz ipini baldin bada borondatezko

12. Auzi jartzaileak eskubideren bat aldarrikatu beharra badu, juridikoki aldarrika dezake. Auzi jartzaile honek eskubide aldarrikagarri bat dauka. Ondorioz, auzi jartzaile honek juridikoki aldarrikatuko du bere eskubidea. Horrela, Zuzenbidea hobe dezake, eta hala egingo du. Dena den, honek ez du zientzialari batek erabiltzeko moduko arrazonomendu mota onena bihurtzen.

13. Karikatura hau ez zen Iheringen aurka zuzentzen, baizik eta Pound hogeiko hamarkadan zehar argitaratzen ibili zen azpiko materialeren baten aurka. Hala ere, Poundek aparteko zorion gutun bat idatzi zidan: “*Veni post me, me fortior*”.

14. Hau ez da exagerazio bat. Iraganeko zuzenbideak asko lagundu ahal izan dio orainaldiko interes baten existentziari, eta bere itxura eta norainokotasunari.

akordioek ondorioak sortuko dituztela, zaila izango da ahoz egindako akordioek eragin-kortasunik ez dutela dioen erregelak segurtasuna bultzatzen duela esatea. Erakusten diguna da gai honi buruz ditugun erregelak nahiko korapilatsuak direla, eta gure praktika judizial batzuk oso okerrak. Ondasunen salerosketa kontratuetan bermeak uniformizatzen dituzten erregelak, berme desegokiko erregelatzat har daitezke, baita ustezko eskubide eta erregela substantiboak beren helburuekiko guztiz desegokiak direla pentsatzen bada ere. Bitartekoak desegokiak izan daitezkeela diot; azter dezagun desegokitasuna non dagoen. Hiru alderdiak aztertzean (interesak, eskubide substantibo zein erregelak, eta bermeak), Zuzenbidea gizakiak sortua, kritikagarria, aldagarria eta erreformagarria dela dioen korrontea txalotu baino ezin da egin. Kritikagarria, aldagarria eta erreformagarria da ez bakarrik Zuzenbidearen baitan dauden irizpideen arabera (barne harmonia, erregelen, alderdien eta joeren trinkotasun logikoa, *elegantia juris*), baizik eta baita Zuzenbidearen kanpoaldean, Zuzenbideak gobernatu nahiz zerbitzatu nahi duen gizartean, aurkitzen diren irizpide askoz ere garrantzitsuagoen arabera ere.

Honela aztertzeak erabateko nahasketa eragin du. Eta nahasketa ez da normala, zentzu onean hartuta, eta askotan ez da kontuan hartu ere egiten. Horrek, gorago adierazi dudan iradokizunera narama berriz; alegia, arauak, edo erregelak, edo erregelen kontrapartida logikoa diren eskubideak –hitzak, labur esanda– pentsamendu juridikoaren erreferentzia zentru bezala erabiltzeak eragotzi egiten du Zuzenbidea zer den argi ikustea. Gaizki ulertuko ez zaidala ziurtatu nahiko nuke. 1) Ez dut esan nahi “Zuzenbide substantiboko erregelak” garrantzitsuak ez direnik. 2) Ez dut esan nahi interes-eskubide eta erregela-bermeen analisia egitea, eta aldi berean Zuzenbideari buruz modu baliagarri eta argi batean pentsatzea, posible ez denik. 3) Eta are gutxiago da nire asmoa erregela eta eskubide substantiboak “Zuzenbidearen” mundutik kanpoatzea. Horren ordeaz, zera esan nahi dut: 1) Zuzenbide substantiboko erregelak, Zuzenbidearen teorizatzaile gehienek beren idazkietan eta beren pentsamenduan jaso dutena baino askoz ere garrantzia gutxiago daukatela, eta ez direla eztabaida juridikorako erreferentzia zentru baliagarriena; 2) interesen planteamenduan “eskubide eta erregelak” terminoa egoteak a) arreta termino horretara desbideratzeko joera daukala; b) joera hau ekiditeak argitasun handia emango lukeela; d) eta hori ekiditen saiatzea eta aldi berean terminoa kontserbatzeak, alferrikako eztabaida eta oztopo deserosoetara eramango gintuzkeela; 3) erregela eta eskubide substantiboak beren inguruan sortu diren eztabaida juridikoetatik urrundu beharko lirakekeela, jokaera judizialaren (edo ofizialaren) eta hiritarren jokaeraren arteko kontaktu eremuaren mesederako; erregela eta eskubide substantiboak aztertu beharko lirakeke ez berez existituko balira bezala, ezta erreferentzia puntu nagusia balira bezala, baizik eta elkarrekintzen eremu honekin etengabe erlazionatuz. Orain, bigarren eta hirugarren posizioei ekingo diet, ondoren berriro lehenengora itzultzeko.

Ez dut uste interesak-erregelak eta erregelak-bermeak planteamendutik asko aurrera daitekeenik. Gehienez ere, azpimarra daiteke Zuzenbidea ez dela gizarte guztia, ezta gizartearen zatirik handiena ere. Eta Zuzenbidearen eta gizartearen arteko harreman eta elkarrekintzei arreta eskaini behar zaiela. Eta, metodoari dagokionez, egoeren alderdi juridiko eta ez juridikoak bereizten lagunduko duten hitzak aurkitu behar direla. Eta badirudi frogen beharrik gabe onar litekeela Zuzenbidearen eta gizartearen arteko erlazioen alderdirik esanguratsuenak –ez esanguratsuak diren bakarrak– jokaeraren arloan daudela, eta hitzek garrantzia hartzen dutela bai jokaera diren heinean, bai jokae-rak islatzen edo eragiten dituztelako. Ez dirudi baieztapen honekin gehiegi aurreratzen dugunik, hain da begibistakoa. Baina, hala ere, buruz behera jartzen ditu Zuzenbidearen gaineko definizio tradizional guztiak, molestatu egiten du. Kolokan jartzen du onartutako teoria. Definitu, hitzen bidez egiten da; hitzetan oinarritzen dira; hitzetik haratago joatean sortzen zaizkio zailtasunik handienak. Iruzkin espresurik ezean, isilbidez onartzen da hitzek jokaera islatzen dutela, eta, erregeletako hitzei buruzko iruzkin espresurik ezean, isilbidez onartzen da jokaerarengan eragiten dutela, eta hain modu eraginkor eta zehatzean eragiten diote jokaerari, ezen jokaera hitz horien arabera interpretatzen dela guztiz. Hementxe dago nahaspilaren gakoa. “Erregelak” eman egiten dira; eredu bat finkatzekotan, “egitera behartzen duten” erregelak dira, erregela preskribatzaileak: aginduak, eginbeharrak, betebeharrak. Hortik, sistema juridikoan eztabaidaz onartutako bete-beharretara egiten dugu salto: betebehar nagusietara, agintariek erabakitzen baitute epaileek egitate hauei buruzko irizpena eman behar dutela. Epaileen praktikak kodeetan

jasotako eginbeharrei erantzuten diela suposatzen dugu; betebeharren ahozko formula-zioek praktikako tirabirak zehatz-mehatz deskribatzen dituztela suposatzen dugu; epaile-ek epaiak hain zuzen egitate horietan oinarrituz ematen dituztela suposatzen dugu. Egoera paradoxiko bat, Zuzenbidean nahiz bizitzako beste edozein arlotan. Noiztik da gizakiek beren jarduerari buruz, ona edo txarra denari buruz, duten pentsaera, beren praktikaren deskribapen egokia?

Hau da erregela preskribatzaileei egindako lehenengo isilbidezko egozpena. Berehala, bigarren egozpen batek jarraitzen dio; hau ere esplizitatu gabea, hau ere ikertu gabea, erronkarik gabea (salbuespen arraro batzuetan izan ezik), eta iradokizunik edo zalantzarik gabea. Orain suposatzen da paper gaineko erregela preskribatzaileek, epaileek jarraitzen duten erregela preskribatzaile efektiboa deskribatzen dutenek (alegia, epaileen praktika erabakitzailearekin bat datorrenak), hiritarren praktika kontrolatzen dutela, jendearen jokabidea arautzen dutela. Erregutu ezazue gauean ekaitzak harat honat ibili duen marinelaren alde! Horrelako olatualdi batetik arrazoiketa argirik ateratzeko zein itxaropen eduki daiteke?

Eztabaida puntu erabakigarri batean eteteko, “gizartean onartuta dauden erregelek”, epaileek aplikatu beharreko erregelek, ez dutela beren jardueran eragiten iradokitzen ari al naiz akaso? Ez horixe. Ez naiz, halaber, esaten ari “gizartean onartutako erregela” hauek, batzuetan, epaileen jarduera zehaztasun gehiegirik gabe deskribatzen dituztenik. Esaten ari naizena da arraroa dela deskribatzeko halako ardura hartzea. Galdera da: nola, eta zenbat, eta zein modutan urruntzen dira elkarrengandik gizartean onartutako erregela eta erabakiak hartzeko praktika? Gehiago: nola eta zenbat kasu bakoitzean? Ikerketarik egin gabe, ezin da honi buruz orokortu. Orokorrean hartuta, norberaren susmoez nolabaiteko balioa eduki dezakete, baina, zehazki hartuta, ez daukate inolakorik. Ziurtasun osoz dakigun gauza bakarra da erregela desberdinek erlazio guztiz desberdinak dauzkatela epaileen jardueraren, beste funtzionarioen, eta “gobernupean” dauden –hitz optimista gero!– pertsona partikularren jarduerarekiko. Beraz, hemen iradokitzen den ikuspegiak oro har onartzen du badagoela nolabaiteko erlazio onartutako edozein erregelaren eta jarduera judizialaren artean; eta, ondorioz, ukatu egiten du kasu zehatzean ikertzeko arazoaz gain, beste arazorik dagoenik; eta argudiatzen du erregela partikularren esanahia, fenomeno edo jokaera ikertu ondoren soilik azalduko dela. Eta ez dut posizio honetatik ihes egiteko modurik ikusten, baldin eta Zuzenbidearen zientzia enpiriko batek errealitatean inolako oinarririk eduki behar badu, egitateen inguruan nolabaiteko erantzukizunik. Horrela, eta horrela bakarrik, bihur daiteke benetakoa interesak-eskubideak eta erregelak-bermeak analisiak helburutzat zeukan aurrerapen erreala.

Kontura zaitezte ez dudala ukatzen planteamendu honen aldekoak, noizean behin, hemen proposatzen ari naizenaren garrantziaz jabetzen ez direnik. Gainera, puntu honi buruz eztabaidatzen den bakoitzean, bakoitza bere enfasia *ad hoc* birmoldatzen saiatzen da, eta bermea azpimarratzen du, eta bermearen ondorioak ere bai. Baina *ad hoc* egindako birmoldaketa bat da funtsean. Kezka zehatza pasatakoan, berehala ahazten da. Ez da ikerketarako, eztabaidarako, sintesirako tresna, defentsarako baizik. Ez denean borrokaldi batean erabiltzen, jakin-min pertsonalaren edo kanpoko bat-bateko estimulu-erantzunaren ondorioa bezalakoa denean, izar uxu batek bezala distiratu, eta gero itzali egiten da. Hitzen gaua edertasunez agurtzen da beti, zeruko marra mehe ederrean.

Interesei buruz eztabaidatzean ere, emankorra izan beharko luke jokaerari buruz, behagarria denari buruzko, datuak kontrastatzeko ahaleginari buruzko, horiek deskribatuko dituzten hitzak bilatzeko eta ondo deskribatzeko ahaleginei buruz egiten den gogoe-ta honek. Zerbaiti “interes” kualitatea emateak, usteen gaineratik dagoen kualitatea duela adierazten du¹⁵. Eztabaida askori argitasuna ekarriko lieke behatutako fenomenoaren azterketa egiteko erabiltzen den planteamenduaren atzean dagoen iritzia singularizatzeko. Honelako ikuspegi bat edozein “interes” eztabaidatzeko asmoarekin mahaigaineratuz gero, esanguratsu izan nahi duten jarduerak taldekatuta daudela demostratzea bezala

15. Adibidez, ikertzea merezi dueneko ustea: ondorioak egitateekin etengabe alderatzea merezi duela eta behatutako egitateetatik atera daitezkeen ondorioak ateratzen saiatzea; baita ere, ziurrenik, merezi duela ondorio horiek argitaratzea horiei buruz eztabaidatzeko, edozein izanik ere aurkatu beharreko aurreiritziak edo nahas ditzaketen amankomunean onarturiko balioak.

formulatuko litzateke. Horren ordez, ohiko ikuspegiak interesei buruzko formulazio zabalak mahaigaineratzeko joera du, eta formulazio horiek egoerekin lotzen digu, egitate zehatzekiko axolagabetasun dotorea adieraziz. Lehen labur-labur adierazi dut “merkataritzaren segurtasunari” dagozkion alderdi batzuei diedan errespetu falta. Ez ezazue pentsatu bi hitz horiek duten erabilgarritasuna ukatzen ari naizenik, edota gure bizitzako oso alderdi esanguratsuei buruzkoak direla ez dakidanik. Aitzitik, eztabaidatzen ari naizena da zer lortzen den hitz hauen magian fidatze hutsarekin. Uste dut nire lagun Patterson-ek ondo deskribatu duela interesa zer den, norabide zehatz batzuk jarraituz ikerketarantz bultzatzeko bandera gorri xume bat bailitzan, nahiz eta deskribapena garatzeke dagoen, oraindik ez baititu egoera zehatz bakoitzeko egitateak bildu eta ponderatu. Lehen aipatu ditudan kontratuen kasuetan, “merkataritzaren segurtasunak” zera adierazi nahiko luke beretzat: zein merkataritza mota barnebiltzen du? Zenbat transakzio? Zein ondorio izan ditu orain arte? Nolako porrotak izan dira? Zein ondorio izango litzuke proposaturiko aldaketa bakoitzak? Zein ondorio kaltegarri izango litzuke alderdi interesatuentzat? Eta abar. “Merkataritzaren segurtasunak” ez luke ezer finkatuko. Egitateak argitu orduko, Zuzenbidearen alderdi askotarako garrantzitsua den legegintza politika ildo bat zabalduko litzateke, baina, kasu bakoitzean aipagarriak diren egitateei, printzipioen garrantzia ikusaraziz. Beraz, ez litzateke iritzi subjektiboa ezabatuko, baizik eta, datu objektiboen bidez, iritzi subjektiboaren funts eta erlazioak argiztatuko lirateke. Horrela, egitateen arteko konparaketa bat egongo litzateke, ez hitzen artekoa. Ez lirateke konparatuko hitzen bidez adierazten den “Zuzenbideko erregela” bat beste formulazio batekin, inork ez bailuke jakingo bizitza praktikoa zer esan nahi duen erregela horrek. Hobe litzateke datu objektiboen ordez, interes bat apropos adierazten duten datu espezifikoak konparatzea, epaileen jarduerarekin eta ekintzen ondorioekin. Eta epaileen esanek ondorio frogagarriak baldin badituzte, erantsi horiek ere konparazioari. Zer gehiago aipa daiteke? Edo, hobeto, ba al da hain aipagarria den besterik?

Lehenago esan dudana bezala, hau guztia hiru alderdiren gaineko azterketa deseroso baten bidez egin daiteke¹⁶, eta hala egin izan da zenbaitetan. Jada esan dut, halaber, oso gutxitan egiten dela, eta planteamendu honen joera azterketa hori ekiditekoa dela. Arreta jarrerarantz desbideratu gabe, joera honek jarraitu egingo duela iragartzera ausartzen naiz.

16. Artikulu honetan zehar batez ere postmortemizatzailaren, behatzailearen, antolatzailearen, zientzialariaren ikuspuntutik ari naiz mintzatzen. Baina utziezadazue bide batez goraintziak ematen pentsaera juridikoko beste lau ildori, zeintzuei proposaturiko fokatzearen erabilgarritasuna zalantzarria iruditzen zaien baita ere.
- Lanean diharduen abokatuarena. Ekintza uneetan, kasu edo egoera baten aurrean, bere arrakastaren neurria, fokatze hau erabiltzen duen neurrikoa da. (Egitate honetarako ez du axola zein heinean erabiltzen duen kontzienteki, eta zeinean intuitiboki). Bezero zehatz bat egoera zehatz batean ekin-tzen zailtasunen artean bideratzean, edo auzitegi zehatz bateko pertsonala ondorio zehatz batera eramatean datza bere lana. Bere fokatzea, desio dituen ondorioek osatzen dute, eta ez formulazioek, eta tradizio judicialari nahiz norbanako berezitasunari buruz dauzkan ezagutzak bezala erabiltzen ditu formulazioak: desio duen ondorioa lortzeko tresna gisa. Honek ez du esan nahi bere teknika garatzeko praktikan jarritako guztia kontzienteki diktatu edo eman daitekeenik. Are gutxiago esan nahi du bere teknika propioaren kontalari leiala dela behin eta berriro esatea.
 - Legegilearena. Hona hemen emaitzak nahi dituen gizon bat. Nola jar daiteke zalantzan bere borrokatik erator daitekeen erabilgarritasun gehigarria, ekintza ofizialeko eta ekintza ez ofizialeko egitate behagarriak gertatzen diren moduan? Gainera, politikari arrakastatsua nahiz abokatu arrakastatsua, zuzenbidearen errealitatei buruz daukaten pertzepzioaren ondorioz, hitzen artean galduta dabilen teorizatzailea guztiz lotsarazten duten gizonak dira.
 - Zuzenbidearen filosofoarena; “zuzenbidearen helburu” eta gizarte balioen alderditik. Nonbaitetik hartzen ditu filosofatzeko datuak. Bere filosofiaren balioa datu hauen arabera da hein handi batean. Bizitzako datuak izanez gero, bere arazoak erreala bilakatzeko dira, beren alderaketa errazagoa, bere pentsamenduaren oinarria eraginkorragoa. Honek behintzat esan nahi du “zuzenbide positibo”-aren kritikari hautatzen dizkion balioak aplikatzen dituenean, bere garaiko Zuzenbide praktikorekin konektatzen duela, eta ez kodeetakoarekin bakarrik. Mistiko huts bat izanez gero, garrantzirik gabea izan daiteke; bestela, etekinak ekidinezina dirudi.
- Zuzenbideko logika formalaren aldeko sutsuarentzat, irudia desberdina da. Hitzek, esakuneez kezkatzen da. Ziurrenik, eginbeharraren erreinuaren –doktrinaren– barruan kokatzen diren esakuneez, ustez sistemak amankomunean onartutako doktrinan. Behin bere esakuneez dituenean, hemen eztabaidatzen den fokatzetik askatzen da. Bi lekutan aurkitzen du fokatze hau: lehenengoa, bere sinboloei eduki zehatz bat ematen dienean, hasteko. Ez litzateke logika aldetik hain arduratsua izango, baina bai erabilkorragoa, funtsezko eduki hau egitate behatuetan lortzeko xedea balu, eta ez paper gaineko hitzetan soilik. Eta, bigarren, prozesu logikoa amaitu denean eta bere emaitzak zerbaitekin alderatu nahi dituenean, beste sistematizazio bideren bat ez ote litzatekeen hobe izango frogatzeko jokaeraren eremua erabil dezake modu eraginkor batean, alderaketa egiteko.
- Baina logikoari buruz esan dudanak, gai implizitu baten prozesu esplizitua iradokitzen du artikuluan zehar. Jokaeraren kontaktu eremua zuzenbide gisa har daitekeen guztia erreferentzia punturik erabilgarria dela esatea, ez da espezialista batek lanik erabilgarriena erreferentzia puntu horretara iritsi ere egin gabe egin ez dezakeenik esatea. Iritzi judicialen logika formalaren azterketa xehe bat, azterketa erabilgarria izango litzateke. Baina berriro esango nuke bere erabilgarritasuna ikaragarri handituko litzatekeela instrumentalismoaren, elementu pragmatiko eta soziopsikologikoen azterketa arduratsua baten bidez. Eta kasu horietaz kezkatuta dagoen gizarte batean dituen ondorioei buruzko azterketa arduratsua batetik ere geometrikoa litzatekeen inkrementu bat emango litzatekeela. “Hitzen” eta “erregelaren” oraingo fokatzetik, joera guztia azterketa hipotetiko hauen arteko lehenengoa behatzera mugatuko litzateke, edo pixka bat aldatzera. Jokaeraren kontaktuaren fokatzetik, horietako bakoitza ongi etorria izango litzateke, baina norabide nagusia azkena osatzera bideratuko litzateke, lehenengoaren esanahia dezente pentsatuta edota are, ulertuta, izatera iritsi baino lehen.

Zein da horrelako ikuspegi batean erregelek eta eskubideek daukaten lekua? Zuzenbidearen eremutik ateratzen saiatzea, errealtatetik ihes egitearen parekoa litzateke. Benetako “erregela” eta eskubideak, paper gaineko erregela eta eskubideetatik bereizten hasi beharko nuke. Lehenengoak, jarreraren inguruan sortu dira; bermeentzat, auzitegien jarduerarentzat, ikur takigrafiko batzuk baino ez dira. Deskribatzaileak dira, ez preskribatzaileak, baina auzitegiek beren jardueran jarraitu beharrekoak¹⁷. “Benetako erregelak” esamoldearekin, hitzekin asmatzen baldin badut behintzat, Zuzenbidearen zientzialariek auzitegien jarduera ulertuko lukete; inola ere ez “erregelak”. Eta zientzialari horientzat, “eskubide” kontzeptua, egoera zehatz batetik ekintza judizial batera daramaten aukerak lirateke. Hitz faktikoak. Besterik ez. “Eskubideen” erabilera honek entzute nabarmena du jada Hohfeld-en jarraitzaileen artean. “Benetako erregela” kontzeptuak ez dio ospea lortze-ari utzi, Holmesek argi eta garbi formulatu zuenez geroztik. “Paper gaineko erregelak”, tradizionalki Zuzenbideko erregelatzat jo direnak dira: denbora eta leku batean onartutako doktrina; kodeen arabera “Zuzenbidea” dena. “Benetako erregela” eta eskubideak –“auzitegiek kasu zehatz batean egingo dutena, ez besterik”–, beraz, iragarpenak dira. Berritot diot izanaren eremuan daudela, eta ez izan behar duenaren eremuan. Ikur takigrafiko guztiek bezala, konnotazio arriskutsuak izaten dituzte berentzat guztiz egokiak ez diren egoeretan aplikatzen direnean. Baina, haien asmoa, deskribatzearena da. Eta Max Weber-en formulazio aparta esleia dakieke: eskubide bat –edo jarduera, edo “benetako erregela”– existitzen da Ak Bk eragindako kalteengatik auzitegietan kalte-ordaina ordainarazteko aukera daukan neurrian; are gehiago, kalteordainak Aren kalteak estal ditzakeen neurrian. Honela, eskubide eta “erregela” substantiboak, adjektiboekiko desberdinak, desagertu egiten dira maila deskribatzailean. “Erregela” baten neurria, eskubide baten neurria, egoeraren arabera zehazten da. “Benetako erregela” edo eskubide baten formulazio egokiak, egoeraren inguruan sor daitezkeen muga prozesal guztiak barnebildu behar ditu. Deskribapenaren esku uzten dira, alde batetik, jokaerak taldekatzea –eta asmo edo/eta behar egiaztagarriak–, zeintzuek interes berbera daukatela pentsa daitezkeen; eta, beste aldetik, auzitegien jarduerak gizaki arrunten jarrera eta itxaropenetan dituzten ondorioak. Izanaren munduko egitateak, izanaren munduan dauden beste egitateekin konparatzeko.

Zer da hau? Erregelak berme modura ulertzeko modu anker eta zaharkitura itzultzea, nolabait esatearren? Pentsamendu juridikoa tradizioak mugatutako prozedura zehazgabeetara konfinatzea? Ez zehatz-mehatz. Ikuspuntu primarioa egiten den itzulera da. Errealismo sofistikatu batera egiten den itzulera sofistikatu bat. Jada abandonatu egin da Zuzenbidea existitzen delako existitzen denaren supostu zaharra; auzitegien jardueraren xedeari buruzko ikerketek aurrera darraite, eta, kritika, aldiz, bitartekoak kritikatu helburuak identifikatzera itzuli da. Hemen iritziak sartzen dira jokoan, eta hala egin behar dute gainera. Jokaera partikularrek, zehatzek, nahiz “interesek” sortzen duten itxaropena behatzean, Estatuko funtzionarioen babesa behar dutela ondorioztatzen da. Nolako babesa? Zer motako ekintza egin behar du Estatuko funtzionarioak? Iritziarekin lotutako gai bat da, baina gutxienez errealitatean oinarritzen dena eta ekintzen bidez ondorioetara iristen dena. Estatuko funtzionarioen portaera zuzenean konpara daiteke ekintza hipotetiko honekin. Huts egiteko tarte zabala dago interesen diagnostikoan eta hauek babesteko portaera ofizial egokiak imajinatzean. Baina errealismoa dago eztabaidan, konparaketako alderdi bakoitzean.

...

d) Epailearena. Gure helburuetarako, ez zait iruditzen auzitegi bateko kide modura bere lankideekiko daukan jarrera lanean ari den abokatuarenetik gehiegi desberdintzen denik. *Bere buruarekiko* daukan fokatzek, auzian dagoen kasuari buruzko bere iritziaren formazioa barnebiltzen du (filosofoaren fokatzek bezala), behaketaz eta iragarpenaz gain. Zaila egiten zait bere iritziak eraginkortasun handiagoa izateko modurik aurkitzen ez duela onartzea, berak bere arazoa ez paper gaineko formulazio abstraktu baten jarduera soilak bezala, baizik eta auzitegian *lan egiteko modu* bat bezala ikusten badu, *zeinak, bere bideari jarraituz, jendeari eragingo dion*. Azken fokatzek honek, egia da, erabakiaren ondorioak *aurreikusteko* bere eskura daukan bitarteko guztiak erabiltzera behartuko du. Ikuste hau, jurisprudentziako ekinten-ari-den-jakinduren funtsatzat jo izan da; eta zuzen, ene ustez. Deskribatutako fokatzek kasuen portzentaia handi batean errealitate bihurtu beharko luke ekinten-ari-den-jakinduria hau. Beste nonbait azaldu dut ondorio garbia, zalantzarik gabe, zuzenbidearen diskrezio eta sorkuntza judizialaren eremu tradizionalaren adierazpena izanik, honek ez lukeela zertan alarma pizteko inolako zio kontserbatzailea izan behar: lehenik eta behin, hedatzen denean ere arlo honek ikaragarri estua izaten dirauelako osotasunean hartutako zuzenbidearen alboan, edota zuzenbidearen mugimenduaren alboan (hamarkadetan zehar izandako aldaketa metatzaileak bakarrik nabarmenduz); bigarrenik, ez duelako tradizio kontserbatzaileak oraindik bedeinkatu gabeko inolako aldaketen tekniarik sartzea aurreikusten, baizik eta mendeetan zehar ontzat jo diren amankomunean onartutako tekniken berrantolaketa bakarrik aurreikusten du, kontzienteki erabiltzeko; hirugarrenik (hau fede artikulua bat da, ez oraingo frogagarria den gai bat), inguruabar hauetan gertatutako aldaketa motak ekintza ofiziala ohiko beharrekin moldatzera gehiago bultzatzen duelako; eta bada deuseztatzeko joera dagoen beste aldaketa mota bat, gaur egun etengabe baina izkutuan gertatzen dena: ahozko formulazioak gainsimplifikatzeko aldaketa, eta inoiz aplikatu ez ziren eta bat ez datozen kasuetara gain-“aplikatzekoa”. *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika* (1933).

17. Nire iritziz, implikazio hori deuseztatzeak onurak besterik ez litzuzke ekarriko. Praktika jakin baten jarraipenaren kontua, eztabaidagai denean, hobe da esplizituki planteatzea.

Pentsamendu mota honen arabera, gizarteak erabakitako moduan deuseztatzen al dira “Zuzenbidezko erregelak”? Bistakoa da ezetz. Nahiz eta paper gaineko erregela soilak izan, nahiz eta Zuzenbidearen funtzionarioek zehaztutako indarraldia izan, presente egoten dira, eta beren presentziak gaurkotasuna izaten darrai –gaurkotasun garrantzitsua–; gainera, garrantzia izan behar du gaurkotasun horrek, eta argi azaldu behar ditu bere funtzionamendu eta eragina. Aginduzko betebeharrak baten erregelak dira, agente ofizialei zuzenduak, agente ofizialei zer egin behar duten esaten dietenak¹⁸. Agente hauek, edo ez diote inolako kasurik egiten esaten dietenari (paper gaineko erregela hutsa, legearen letra hila, kasu zaharkitua), edota hein batean bakarrik egiten diote (beren borondatek at “erakitako” erregela, inposaturiko erregela, praktikak beste bide bati heltzen dion bitartean), edota goitik behera betetzen dute (praktika ofiziala ia bete-betean bat dator erregelarekin). Nik uste dut kode ofizialeko arau bakoitzak (xedapen legegileek, auzitegi baten doktrinak, erregulazio administratiboak), agente ofizialek nola jardun beharko luketen finkatzearekin batera, isilbidezko elementu erdideskribatzaile bat daukala, agente ofizialek erregelaren arabera jardungo dutela dioen isilbidezko esakune bat; agente ofizialek horren arabera jardungo dutela dioen isilbidezko iragarpen bat. Baina ez esakunea, ez iragarpena, ez dira beti erabat egiazkoak izaten. Eta, hemen, lehenengo erreakzioa, edozein kasuren aurrean, bere egia buruzko eszeptizismokoa da. Nahiz eta gizartean konbentzio bat dagoen esakune eta iragarpen hau egia handiena bailitzan jarduteko eta hitz egiteko, lanbide juridikoan oso errotuta dagoen tradizio bat da. Gainera, lehentasunezkoa da tradizio honek bere burua egiaztatze joera daukala gogoraraztea¹⁹. Baina joera hau baino indartsuagoa da bere aurkakoa: isilean, egitatezko iragarpena faltsutzeraz jotzen du.

Honela, konplexutu egiten da erregelen eta eskubideen formulazio ofizialaren arazoa, hau da, lehendik existitzen zen eta presente dagoen formulazioari dagokionez. Hemen, berriro diot, zuzenbidearen eszeptizismoa jokatu behar da, errealitatean portaera judizialak paper gaineko erregelak –inplizituki– betetzen ote dituen ikusteko. Errealitatean kasuek nola funtzionatzen duten aztertuz, subjektuak nola garatzen duen praktika errealak. Zehaztu nahi da paper gaineko erregela zein punturaino den erregela, zein punturaino den soilik paper gainekoa²⁰. Paper gaineko erregelaren eta errealitatearen arteko konparazio honetan, jokabide judizial eraginkorra aztertu nahi da; epaile eta letratuek beren argudiaketa paper gaineko erregela zein erabilera ematen dieten ere begiratzen da, eta beren presentzia ofizialak erabakietan daukan eraginari. Jakin nahi da zein kasuetan baztertzeko den, noiz egiten zaion jaramon, noiz eta zergatik murrizten, zabaltzen edo aldatzen den esplizituki, paper gaineko beste erregela berri bat sortuz. Kasu bateko egitateak “interpretatzean”, aplikazio, aldaketa edo saihezketa isilari begiratzen zaio, paper gaineko erregelaren lengoaiaren aurkako borrokarekiko nahiko desberdina den beste maila honekin alderatuz. Paper gaineko justifikazio on bat eskatzeko tradizioa irmoki oinarrituta dagoela ikusten da, edozein erabaki onartu baino lehen. Eta modu berean, formulismo ofizialek eztabaidatu eta konbentzitzeko orduan daukaten garrantzia ikusten da. Azkar batean, ikusten da formulismo ofizial guztiak ez direla alderdi honetan berdinak, ezta auzitegi guztiak ere, ez eta garai eta inguruabar guztiak auzitegi berdinean. Hortaz, arte bat da auzitegiaren jokabidean eragiteko formulismo ofizialak manipulatzeko, oso aukera gutxi dauzkana errutina bilakatzeko edo deskribapen zehatz eta egoki bat izateko. Eta formulismo ofizialen eta errealitateko jardueren arteko aldeak, handia edo txikia izan, lehentasunezko arreta merezi du.

18. Hau obligaziozko erregela ofizial *guztietako* egia bezala sostengatzen dela uste dut, beren forma edozein izanik ere. Beren ondorioez ari naiz, ez beren xedeez. Eta gizaki arruntaren eskubideak, ofizialen praktikaren pantailatik sortzen dira, gizartearen isla moduko zerbaiten bitartez. Ehrlich-ek intelentziaz deskribatu zuen fenomenoak, Estatuaren gobernatzeko makinaren ezarpena gobernatzen duten erregelak jaso baitzituen. Filosofo edota araulari batek, zeinak buruan sartuta izango duen erregelen xedea azken batean “governatuen” jarreraren eragitea dela, eztabaidatu egingo du hau. Soziologo bat, gertatzen dena ikusi eta deskribatzearekin kontentatzen da (eta proposatu zenarekin *alderatzearekin*). Epaileari arauaren norabide hau emanez, zein atseginkiro egokia den berari zuzenduta dagoen eta zer egin esaten dion erregela baten eta epaimahaia nola bideratu behar duen esaten dion erregelaren arteko bereizketa!

19. Ehrlich-ek, berriz ere, dotoreziak ateratzen du hau argitara.

20. Eta jokaera ofizial edo judizialaren eta jokaera amankomunaren arteko ondorengo kontaktu eremuen bidea hartuz, askoz ere ur sakonagoetara iristen da: nola funtzionatzen du paper gaineko erregelak (hau da, ba al dauka jokaera inolako isla edo kontrapartidarik) beheko auzitegien kasuan, apelaziorik gabe? Inoiz ba al du inolako eraginik? Nola eragiten die administrazioko agenteei? Nola eragiten du inolako instantzia ofizialek sekula iristen ez den jendearen arteko transakzioetan? Zantzu guztiek hau guztia doktrinaren asentamendua baino askoz ere garrantzitsuagoa dela adierazten dute, edota goi auzitegiak egitatezko praktikak baino. Dokumentatua dagoenak balioaren –eta baita tipikotasunaren– itxura min bat dauka, oraindik ikerzteke dagoenaren aurka.

Hala eta guztiz ere, erregela ofizialen formulazio berria hemen azaldutako kontzeptuen ikuspegitik lantzen saiatu naiz, existitzen diren formulazioen bidez egin beharrean. Formulazio berri oro, asmo batekin egiten da beti²¹. Asmo hau –gogora bedi “interesen babesa”, *supra*–, ahozko formulazio baten bidez gauzatu behar da. Behar hori, gure tradizio juridikoan oinarritzen da neurri batean; gure agente ofizialek, ahoz formulatutako erregelek bultzatuta funtzionatzen dute hein handi batean²². Gainera, ahozko formulazioak, ekintza planifikatu bati dagozkionak zehazki, neurri batean komunikatzeko tresnak dira gizarte konplexuetan; bereziki garrantzitsuak dira bulegoetako erregistro idatzien esku dagoen gizarte batean, administratiboen eta belaunaldien artean jardueren jarraitasuna mantentzeko. Baina asmo bat ekintzen bidez, jokabideen bidez adierazten denean, ahozko formulazioa, eraginkorra izango bada, desio den jokaera sortarazteko moduan egin behar da²³. Honek, dagokien praktika eta pertsonen eragiten die. Lege batean erabilitako lengoia, indarrean den Zuzenbide komunaren arabera “irakurriko da”. Baina hau gaiaren alderdirik azalekoena da. Honen azpian, nagusi diren praktikarik beharrezkoenak daude, hala nola lehen zakarkeria pixka batekin deskribatu dudaren erregelen manipulazio ofiziala; hau da, auzitegi eta abokatuen praktikak.

Baina, formulazio berriari dagokionez –bereziki lege forma hartzen duena–, jokararen arazoa pertsonaren praktikak baino maila sakonago batean dago. Helegiteetako auzitegiek erregela ofizial hauek erabili ahal izateko, proiektu legegileen autoreek korapiloetan estuenak askatu beharko dituzte. Proiektu legegileen egileen arazorik handienetarikoa bat, alde aurretik existitzen den jokaera ikertzea da, bere formulismoa, erregela ofizial bilakatzen denean, kodeetan lokartuko ez dela ziurtatzeko. Horrela, berau aplikatza bultzatzeko moduan konfiguratu behar dute –ekar ditzakeen ezadostasun guztiekin–; bestelakoan, airean disolbatuko da bere hatsa²⁴.

Bigarren, bere formulismoak tradizio judizialaren gain eragina izaten saiatu behar du, kasu batek, auzitegi hiltzen denean, desio diren ondorio aktiboak izan ditzan. Badirudi errealtatean eragina izateko modu bakarra dela formulazio ofiziala sistematikoki –eta ez noizean behin– tresna gisa ikustea, eta ez esanahirik ez daukan bitarteko bat bezala, hau da, lehen erabilitako hitzetan esanda: *prima facie*, paper soil bat bezala, aurkakoa frogatu ezean; eta, kasurik onenean, giro ezegonkor bateko elementu berri bat bezala. Horrela, ikuspegi honek ez du erregelen deuseztapena adierazi nahi, baizik eta hitzek eta paperek beren botere eta ondorioak izugarri handi ditzaketeneko egoera²⁵.

Erregelak bezala, kontzeptuak ez dira deuseztatuko; ezin dira. Ordenazio artifizial batean bakarrik egingo litzateke hori. Behaketa osatzen duten alderdiek, isolatuta, ez daukate erabilgarritasunik, ordenaren batean elkarrekin ipintzen ez badira behintzat. Eta pentsamenduak ere ezin du kategoriarik gabe funtzionatu.

21. Zoritxarrez, hau sinplifikatzaileegia da. Asmoak adina partehartzaile egon daitezke. Eta, ia beti, formulatzen duenak daukan asmoa eta berak publikoki ematen diona ezberdinak izaten dira.

22. Faktore honek ez dauka inolaz ere paperaren gaineko erregelen zaletu sutsuek ematen dioten garrantzi esklusiboa. Behatzailerik bizkorrenek zera azpimarratzen dute etengabe: zein beste esanahi dauka “arauak garatu eta aplikatzeko” teknika tradizioan ipinitako azentuak; bulegoko *praktikak*, edo Konstituziokoak, zeinak lekuko azentuak aldatzen dituen, eta sarritan instituzio osoak sortu edo indargabetzen; erregela baten “interpretazio progresiboa”; doktrinaren esperientziak daukan garrantzia, “trebakuntzaren” jabeena? Eta horrela behin eta berriro.

Bestetik, ahoz formulatutako erregelen faktorea aski garrantzitsua da, hainbeste denboran zuzenbidearen muintzat edota, are, substantziatutako izateko. Ez dira erregulatasuna *sortzeko* makineria bakarra. Ahoz formulatuta ez dauden ohitura, praktika, esperientzia eta tradizioa funtsezkoak *dira* erregulatasunerako. Baina bera *sortzeko* faktore *bat* dira, agente ofizialek hitzen aurrean erreakzionatzen duten eta irakurtzen dituzten heinean, antzeko modu batean. Gainera, erregulatasuna *kontrastatzeko* tresna nagusia dira, arrotzek agente ofizialak diskrezionaltasunaren beharrezko mugen barnean ibiltzen ote diren ideia bat izaten uzteko. Eta, esan bezala, erregulatasunean aldaketak sartzeko elementurik funtsezkoa dira. Jokaera ofiziala erregulatasunik *gabe* gertatzen den lekuan, ikuspuntu zaharrek ez diote zuzenbide izaera aitortu nahi izaten (berenganatutako irregulatasuna, edo kadiren justiziaren gutizia, edo antzeko gauzak). Ez nago honekin ados. Kontzeptuaren ilustraziorik perfektuena bezala, jokaera ofizial *erregularra* azpimarratu beharko nuke noski; baina jokaera erregulatasuna baino funtsezkoagoa dela ikusten dut, desio den erregulatasunari buruzko paper gaineko adiera hutsa baino funtsezkoagoa –ideal bat zein punturaino adierazten duena salbutsiz–. Beno, paper gainekoa.

23. Artikulu honetan ez naiz jokaera, ekintza, jarrera definitzen saiatu. Ez daukat aukeren jaiotza eta zapuztea, itxaropen eta beldurren sortzea, etab. bezalako gauzak bazterreratzeko inolako asmorik. Aukeratu dudana fokatzeko, aukeren jaiotza edo zapuztearen asmoaren oinarriak kasu bakoitzean ikertzerazuzentzen da irmoki; eta baita aukerak zeintzuk eta norenak diren ikertzeraz ere. Baita, adibidez, epaileen pentsamenduaren prozesuak, ideologiek epaileetan eta jende arruntean duten eragina, etab. Cf. *American Economical Review*, 15, 670. or., 17. zkia.; 675. or., 32. or.

24. Auziaren beste alderdi batzuk garatzen ditu nire “Law Observance and Law Enforcement” artikulua, *Proceedings of Conference of Social Work* (1928), 129. or. eta hurr.

25. Ilustrazio azkar eta erraz baterako, aldera bedi *Uniform Commercial Code*-ko 2. artikulua zaharragoa den *Uniform Sales Act*-ekin.

Ikuspegi errealista batek, ordea, bi iradokizun egingo lituzke kategoria horiek konfiguratzean. Lehenengo iradokizunak dio sailkatzea nahastea dela. Enfasiak egitean, indarguneak sortzen dira, datu batzuk ilundu egiten dituzte, eta beste batzuei fikziozko balio bat ematen diete; prozesu hau, helburu bat lortzeko beharrezkoa den heinean soilik justifikatzen da. Helburu honen arabera identifikatu beharreko datuak, egokienak diruditenak dira. Baina benetako egokitasuna, ikerketak aurrera egin ahala bakarrik ikus daiteke. Hori dela-eta, arazo berri baten gaineko ikuspegi errealistak eszeptikoak dira hasieran, arazo berrirako konponbide bat lortzeko fenomenoaren artean jasotako kategorien egokitasunari dagokionez. Oso litekeena da kategoria horiek bikainak izatea helburu honetarako, baina, hala ere, ezinezkoa da hala gertatzea. Iradokizuna, hortaz, hauxe da: helburu berria gogoan izanik, datuetara hurbiltzea, ahalik eta daturik gordinenetara, eta kontuan izatea kategoria tradizionalak benetan zein punturaino eta zein neurritan ezarritzen dituzten datu gordin garrantzitsuenak. Eta hau, kategoriatan aldaketak egiten hasi baino lehen, litekeena baita hori egitea beharrezkoa edo komenigarria izatea. Iraganean izan zen orokortasunerako joera ikusirik, gaur egun kategoria txikiagoak sortzen dira, kategorien barnean azpitaldeak sortzeko, edota kategoriok desagerrarazten.

Ikuspegi errealista baten bigarren iradokizunarena da, kategoria eta kontzeptuak, behin formulatu eta pentsamendu prozesu batean sartu ondoren, esperientzian inolako oinarririk ez daukan imotasun eta balioa hartzeko joera daukatela. Are gehiago: hasiera batean datu batzuren arabera formulatuak izan arren, berez, behin pentsamenduaren antolakuntzan sartu direnean, joera izaten dute bai dagokien datuen presentzia iradokitzeko, nahiz eta datu hauek efektiboki presente ez egon, bai datuen edozein behaketa kategorien formatara egokitzeko. Hau lehenago ere eztabaidatu izan da, erregelei aplikatzean; dena den, edozein kontzepturi dagokionez egiazkoa dela onartzen da. Kontzeptu juridikoen kasuan, ordea, arazo asko sortzen ditu; izan ere, kontzeptuaren jatorrian dago ereduaren desageretzea, kontzeptu juridiko kristalizatuak irauteko joera daukate. Adibide xume baina bikain bat: “nagusi-esklabo” kontzeptuak, aro industrialeko egoera berrietan birregokitzapen bakoitzari agertzen dion erresistentzia. Ikuspegi errealistaren alde legokeenak, hemen, kategoria eta datuen artean etengabeko alderaketa atzeraeraginkor bat egingo luke, datuak oraindik ere kategoria izeneko forman presente ote dauden ikusteko. Honek atzeratu egiten du prozesua. Baina, behin lortutakoan, zerbait esan nahi duten ondorioak sortzen ditu.

Hau guztia ez da batere berria gizarte zientzietan. Etnografo garaikideen lanarekin bat dator. Honek, praktika deskribatzeko lan neketsu eta objektiboa egin beharrean, praktikaren harremanak aztertzen ditu, edota –okerragoa dena– praktikaren harreman bat, edo konbentzioek desitxuraturutako ideologia bat. Psikologiako metodo objektiboaren garapenarekin bat dator. Logikaren garapen pragmatiko eta instrumentalekin bat egiten du²⁶. Soziologia, ekonomia eta politika zientzietako ikuspegi berrien bidez, azken urteotan sortu diren kezka metodologikoei probetxua ateratzen saiatzen da. Ezaugarri berri bakarra da Zuzenbideari aplikatzen zaiola. Funtsean, Zuzenbidearen Eskola Historikoa alde batetik, eta Bentham eta Iheringen azken ildoak bestetik, hemen azaldutako teorizazioa hurbiltzen joan ziren. Bi belaunaldi lehenago, Holmesek ia gauza bera egin zuen. Azken hamarkadetan berrikuntzaren alde egin dena, teorizatzea mugatzen ez diren teorizatzaileen eskutik etorri da, jokaera juridikoari buruzko datuak bildu eta interpretatzeko: Ehrlich, Nussbaum, Hedemann, Brandeis, Frankfurter, Moore, Clark, Douglas, Moley, Yntema, Klaus, Handler, Lambert, etab²⁷. Batzuk bakarrik aipatzen ditut, ikus

26. Fisika garaikideko fokatzeko operazionala klasiko analogo eta aitzindari bat dela iradokitzen dit Mortimer Adler-ek.

27. Autore desberdinen lana, apur bat desberdinak diren arloetan dago. Gauza berak autore beraren lan desberdinetarako balio du maiz. Eta eztabaidatutakoaren ildoan egin den guztiaren bibliografia zabal bat, luzeegia izango litzateke. Izenburu gehienak apelazioko auzitegien praktika errealaren aurkikuntzaren arlo erabilgarri baina ez hain aurreratuan aurkituko lirakeke zurrerrik, auzitegien edo autoreen paper gaineko eruditik desberdina. Zerrenda honetako izenak estadio honetako lanaren arabera aukeratu dira: egitateak behe auzitegien eragiketarako bezala, eta ikerketak zantzuak jokaera ofizialaren eta jendearen arteko kontaktu eremuan. Ehrlich (Czernovich), *Grundlegung einer Soziologie des Rechts*, eta ikus Page, *Pro. Ass. Am. L. S.*, 45 (1914). Zoritzarrez, “zuzenbide biziari”-ri buruzko bere ikerketen aurkikuntzarako asko eskuraezinak dira. Nussbaum (Berlin), bere *Rechtstats-achen-Forschung*-en; Hedemann (Jena), *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht*; Brandeis, *Muller v. Oregon*-eko idatzia, eta bere iritziak, behin eta berriro; Frankfurter eta Landis (Harvard), *The Business of the Supreme Court* (1928); Frankfurter eta Green, *The Labor Injunction* (1930); Underhill Moore (Yale), bankari buruzko mimeografiaturiko eta eskuizkribaturiko materialak, banka zuzenbideari dagozkienak; Moore eta Shamos, “*Interest on the Balances of Checking Accounts*”, *Columbia Law Review*, 27 (1927), 633. or.; C. E. Clark (Yale), Connecticut eta New Yorken auzien praktikari buruzko eskuizkribaturiko materialeak; ondorio partzialak *Conn. Bar J.*-en agertzen dira 1928ko uztailan, eta 1929ko apiril eta uztailan, eta *W. Va. L. J.* 1929ko abenduan; Wm. Douglas (Yale), porrotaren eta kaudimengabeziaren praktikaren azterketa, oraindik prestatzen ari dena; Moley (Columbia), ikerketa kriminalak, oro har; Yntema eta Theo. Hope (Johns Hopkins), eskumen federalean egiteko dauden ikerketak eta Estatuko auzitegi-tako auzien kurtsoa; Klaus (Columbia), “*Sale, Agency, and Price Maintenance*”, *Columbia Law Review*, 28 (1928), 312, 441. orr.; Handler (Columbia), “*False and Misleading Advertising*” (1929), *Yale L. J.*, 39, 22. or.; Ishizaki, *Le droit corporatif international de la vente de soies* (1928); eta Klausen aipamen bikaina, *Columbia Law Review*, 28 (1928), 991. or.

dezazuen ez dagoela eskola nahiz herrialde bakar bat inplikatur, eta argi uzteko eremu diskurtsiboan mugitu dela. Hau finkatu ondoren, ikuspegi honen beste zenbait inplikazio aztertu beharko nituzke.

Horietako hiru aztertuko ditugu. Lehenik eta behin, jarduera judizialaren eta “gubernatuen” jarreraren arteko harremanen eremuan kokatzeko, elkarrekintzak azpimarratu behar dira. Bigarrenik, hain funtsezko diren epaileen ekintzekin batera, agente ofizialen ekintzak ditugu, ez direnak garrantzi gutxiagokoak; kuantitatiboki, beren ekintzek askoz ere garrantzi handiagoa daukate, nahiz eta gerta daitekeen epaileak botere posizio berezi bat ematea. Lehenago, epailea eta auzitegia ikuspuntu juridikoaren hasiera eta bukaera bailiran azaldu ditut, arintasun zertxobaitekin, baina birformulatzeko unea iritsi da, eta zehatzagoa izateko eta gauza gehiago eransteko²⁸. Agente ofizial hauen ekintzek epaileenek baino gehiagotan eragiten diote jende interesatuari; eta, antza, makina administratiboa funtzio eta indarra irabazten doan heinean, erritmo bizian handitzen dira. Gizaki arrunt afektatuarentzat, egintza administratiboa, gehienetan, legeak kasuaren gainean ematen duen azken hitza da. Horrelako egoera batean, iruditzen zait gizaki arruntarentzat oso erabilgarria izan daitekeela ekintza administratiboa kasuaren Zuzenbide bezala ikustea. Zuzenbidean fikziozko unitateak eratzeak ez du abantailarik, baina bai galtzekorik; izan ere agente batzuek gauza bat egiten dute, besteek beste bat, eta auzitegiek hirugarren bat. Modu errealista batean, legea ez da bakar bat, baizik eta gutxienez hiru, eta inola ere ez hiru batean. Azkenean, auzitegiek agintzen dutena gailentzen da, eta praktika administratiboan islatzen; ez dago gehiago esan beharrik. Gertaera hori aurreikusgarria bada, iruditzen zait askoz ere erabilgarriagoa dela horri buruz legearen ikuspuntuaren arabera pentsatzea, lege hori betebeharrak izan daitekeela, eta oraindik ere aukera bat gelditzen zaio (prezio baten truke) zentzuaren eta diruaren bidez gertatzeko, baina oraindik ez da kasu arrunterako Zuzenbide frogagarria. Zer adierazten du, jurisdikzio bateko ofizial baten nahia edo praktikaren arabera eskubide bat ez bada, edota afektatutako gizon arruntaren finantziario, edo jite, edo tankera politikoaren arabera ez bada? Zer gehiago adierazten dute egitateak? Zergatik itxi begiak eta beste aldera begiratu, tradizioa urratzen denean? Azken batean gailendu egingo den auzitegiaren erregelak deskribatzeko hitzak dauden artean, eta egoera garaipena baino lehen eta garaipenaren ondoren modu desberdinean deskribatzeko, nahasketa bat egon ezean, zer lortzen da zientzia behatzaile batean bi baldintzak deskribatzeko hitz berberak erabiltzearekin²⁹?

Horregatik diot Zuzenbidearen muina ez dela epaileak egiten duena bakarrik, gizaki arrunt interesatuari eragiten dion zirrara, baizik eta Estatu edozein agente ofizialek ofizialki egiten duena³⁰. Bitxiak dira abokatuak. Lehen auzibideko auzitegi batek, bake epaile lego baten auzitegia izan arren, ez lukete hau onartzeko inolako eragozpenik izango³¹: helegin eta errebotatu den erabaki txar batek auzilari arazoak sor diezazkiokeela ere ikusi ahal izango lukete, eta bere eskubideak murriztu egingo lituzkeela. Zenbatetan manipulatzen duten kasua akordio bat lortzeko, hain zuzen ere tirabirako faktore horietaz aprobetxatuz! Baina auzitegitik mila eta zortziehun dolar kobratzen dituen X bulegoko administrariaren erabakia Zuzenbidea dela esateak, zientzialari politikoari agente ofizial

28. Birformulazioak konplexutu egingo luke aurreko argudioa, baina funtsean ez luke aldatuko. Salbuespen gisa, arrazoi honengatik argudioak zenbat indar irabaziko lukeen dago.
29. Zuzenbidearen *alderdi arautzailean* ez legoke kasu honetan nahasketa edo zalantzarik. “Erregela zuzena” beti berdina izango litzateke. Baina hau ez da ondorioetan, deskribapen mailan eta iragarpenetan dagoen dibergentzia ezkutatzeko arrazoi bat. Hain zuzen ere helburu hauetarako bereizi behar ditugu Zuzenbidearen alderdi deskribatzaileak eta arautzaileak. Gainera, arauak ondorioei eragiten dieten adina eragiten diete ondorioek arauari. Proposaturiko kasuan, ondorioa praktika administratiboak judiziala eraztea balitz, araua oso zalantzarria izango litzateke ondorioarekiko. Eta hemen defendatzen den fokatzearen abantailaketa bat da (nahiko intzidental, bestalde), arauaren inguruko zalantza mota hauek bururatzea esplizitua, ulergarria egiten duela, eta ez *harrigarria*.
30. Antolaketa politikorik gabeko gizarte batekin arituko bagina, hau terminologia txar bat litzateke, argi eta garbi. Baina zuzenbidean gainorokortzearen beste hutsalkeriatako bat, gizarte erabat desberdinetako erakundeak biltzeko termino multzo bakar *bat* aurkitzen saiatzea izan da. Antolaketa politikoa baino lehen, kontrola daukagu, eta sarritan kontrol erakunde espezializatu edo erdiespezializatuak. Baina politikoki antolatutako gizarte bat deskribatzerakoan, guztiz komenigarria da terminoa Makil Handi ofizialera mugatzea. Gizarte hauetan “zuzenbidea” hitzarentzat antzekotasun handia daukan termino egoki bat, “legez” da. Soziologikoki, bi hauek gehiagotan dira antzekoak desberdinak baino. Cf. Max Weber, *Wirtschaft u. Gesellschaft*, 16, 17, 27, etab.; eta *American Economical Review*, 15, 672. or. eta hurr.
31. Fokatzeko desberdintasun hau oso ederki garatu du Arnold-ek, batik bat *Symbols of Government*-en (1937) eta *Bottlenecks of Business*-en (1940).

hau Estatua dela proposatzeak ematen dion ezusteko berdina ematen dio abokatuari. Kontu hau Holmesen “azido zinikoarekin” garbitu beharra dago, eta zer geratzen den ikusi. Agente ofizialaren erabakia aurkakoa eta okerra balitz, eta nik errebokazioa lortzeko ekingo banu, borondate txarra eta agente horrekin eduki ditzakedan arazoak nire eskubideen ebasketari gehitu beharko nizkioke, eta hori ikusirik ez borrokatzea erabakiko banu.

Lehenik eta behin, jokaera ofizialaren eta jendearen jokaeraren arteko elkarrekintzak daude; bigarren, agente ofizial guztien jokaera ofizialaren aintzatespena dago, Zuzenbidearen muinaren zati bezala. Hirugarren, Nicholas Spykman-ek hain modu egokian azpimarratzen duenaren aintzatespena dago: “ofizial” hitzak isilbidez auresuposatzen dituela, konnotatzen dituela, barnebiltzen dituela bai agente ofizialen, bai afektaturiko jende guztiaren ekintza (ordenazio, ekimen) eta obediencia oro –pasibotasuna barne–, eta hauek konfiguratzeko dutela ofizialen eta bere agintearen posizioa. Antzeko ideia dago “governatuen onespina”, “iritzi publikoaren azken auzialdiarekiko menpekotasuna” eta horrelakoen atzean; baina adierazpen zahar hauek ez daukate inolako dotoreziarik; ez dute ezta hobeto zehazteko beharra ikusten, eta iruditzen zait somniferoa bezalakoa dela, eta Spykmanen formulazioa jakin-minaren eta irudimenaren estimulu modukoa dela. Bide batez, esan beharra dago Max Weberren formulazio metodoa hemen ere klasiko bihurtzen dela: agente ofiziala agente existitzen da hain zuzen ere ekintzako eta obediencia jarraibide hauek gailentzen direlako. Guztiz ados nago jarraibide hauek Zuzenbide deritzogun edozein fenomenoren funtsezko zati direla esatearekin, eta are gehiago Spykmanen formulazioak paper gaineko erregelen eta jokaeraren arteko desberdintasunari arnas berri bat ematen diola esatearekin; hainbeste, ezen erregela baten formulazio ofizialek ondorioztatzen den jokaera bat, jokaera horren egile diren pertsonen pentsamendu eta ekintzen jarraibideen arabera dela.

Kasu bakoitzean aztertu behar da jarraibide hauek zein punturaino auresuposatzen daitezkeen, eta zein punturaino behar duten azterketa espezifikoa bat. Hemen, arlo guztietan bezala, Zuzenbidearen teoriaren garai erromantikoko kategoria maiestatikoak berraztertu beharrean aurkitzen gara. Kategoria zaharrak ikusgarri agertzen dira beren edertasun guztiarekin, baina handiegiak dira maneiatu ahal izateko. Elementu heterogeneoek daukate beren erabilera fidagarria izan dadin. Lege batentzat egia dena, beste batentzat ez da; besterik gabe. Lege baten pean dauden pertsona batzuentzat egia dena ez da izango beste batzuentzat, nahiz eta lege beraren edota antzeko baten pean egon³². Ez zait axola sailkapen berria nola egingo den, betiere datu erabilgarriak behatu eta antolatuz egiten baldin bada, eta egitateekin alderatuz. Baina beharrezkoa da beste sailkapen bat egitea. Beste ikuspegi batetik begiratzeko pazientzia da behar duguna; eta horretarako, zenbatez gehiago, orokorrago eta azkarrago behatu, orduan eta xumeago bihurtuko gara.

Adibide batek puntu hau argitzen lagun dezake. Zenbait “erregela” araudiaren aurkako interesak dauzkaten pertsonen jokaera kontrolatu eta eragitera zuzentzen dira; beste batzuk, araututa izateko prest egoteaz gain, erregulazioa betetzeko prest dauden pertsonen jokaeran eragitera zuzentzen dira. Delinkuentzia profesionalaren ia edozein alderditan aurki daiteke lehenengoaren adibide bat; bigarrenaren adibide bat, hiri jabetza higiezinaren gaineko transakzioei buruzko Zuzenbidearen aldaketa bat litzateke agian. Kasu gehienak bi elementuez osatuta egoten dira. Hiri jabetza higiezina bakarrik balego inplikaturik, lehen begi-kolpe batean lege erreforma simple eta azkarren alde egongo ginateke, oso errotuta baitago higiezinaren negozioetan aurrez abokatu batekin hitz egin gabe ez sartzeko ohitura. Baina badira sustraituta dauden beste praktika batzuk ere, hala nola lehen hipotekaren finantzazioa negozio mota zehatz bati moldatzea, zeinak beren interesak konpainien kontrolaren menpe dagoen titulu politika bat galdatzen duen. New Yorkeko Torrens tituluen arazoak ditugu honen adibide. Funtsean ez dira negoziagarriak, eta ez ditu inolako konpainiak estaliko, inolako titulu konpainiak aseguratuko ez dituelako³³. Dena den, “mekanismo-probetxugarriaren”

32. Modu berean (berriz ere Spykman-enganetik hartuz), ofizialen jokaera elkarlotutako ekintza eredu hauetan kokatzen den *heinean*, jokaera “ofiziala” bihurtzen da “pertsonala”-ren ordean, hemen interes zuzena duen modu batean. Agente ofizial baten jokaera pertsonal “soila”, nahiko pentsaezina bihurtzen da, baina funtsean pertsonala den jokaera batek denbora asko ken diezaiolke agente bati.

33. Horrela, etxebizitzaren bloke bateko Torrens titulu batek ez xedagarri bihurtzen du blokea bere eskala handiko hobekuntzarako. R. R. B. Powell-ek esan dit zenbaitetan Torrens tituluak deserregistratu ere egin direla, hipotekako dirura jo ahal izateko.

berrikuntza juridikoaren adibide bat da hau. “Agindu-eta-debekatze”-aren berrikuntza juridikoarekiko desberdina da arazo hau. Argi dago New York-eko titulu konpainiei negozioak egiteko estilo berri bat derrigorrez aplikatzea, ingeniariak juridikoko arazo bat izango litzatekeela hasiera batean, hain zuzen ere beren negozioek lokalizatuta, ongi antolatuta eta nahiko enpresa unitate gutxirekin funtzionatzen dutelako. Delitugile profesionalak ez bezala, ezin dute lurrazalaren azpian ezkutatu eta biziraun. Beren arazoa, beraz, ez litzateke pertsonak identifikatzean egongo, arau haustea identifikatzean baizik; eta, seguruenik, beren negozioak modu irekian egitera behartuak izango liriteke. Arazo politikorik handiena, orduan, aholkularitza juridikoa medio negoziatzeko metodoak aldatzetik eratoritzen diren “saihesketak” egitea izango litzateke ziurrenik; hau da, formulismo ofizialak egituratzearen inguruko arazo bat, eta transakzioak ezin-ingo liriteke legediko ildoek xedatzen duten modu desberdin batean gauzatu. Negozioetarako probetxu berdina emango lukeen norabide berri bat garatzean ingeniariak ikaragarriko arrakasta izatean salbu, orduan legegileak ez bailuke hasierako erresistentzia soilik izango, baizik eta erresistentzia iraunkor eta lehiakorra; egia da hasieran hartu zuen bideari ere jarrai diezaiokela: aparatu gubernamental bereganatzen saiatzearen bidea. Eta, noski, erresistentzia mota hau da gai konstituzionala auzian mantentzen duena. Edari alkoholuen salerosketaren arauak edo debekuarekiko antzekotasun eta desberdintasunak hezigarriak izango liriteke. Baina inor bankuak eta bitxiak lapurtzen hasten den bezain laster, antzekotasunak ezabatu eta desberdintasunak ugaritu egiten direla dirudi. Datuak biltzen hasi baino lehen, apropos aukeratu dut guztiz ezjakin sentitzen naizen arlo bateko adibide bat, ikuspegi honen pean dauden pentsamendu eta ikerketa ildoak azpimarratzeko. Argi dago “Zuzenbideak” erasaten dituenen joera edo jarrera, kontrolaren arazoaren bihotzean dagoela; maila berean, bistakoa beharko luke izan funtsezkoa dela pertsona hauen antolaketa; bai euren artekoa, bai oro har gizartearekiko. Jokaeraren ondorioak, jokaeraren baldintzen arabera dira neurri handi batean.

Honek, zuzenean, honako ondorioa garamatza: Zuzenbideko unitate gehienek nahiko pertsona gutxiri eragiten diete, banaka edota denei batera. Hau gertatzen denean, afektatu nahi diren pertsonen egoera, jarrera, jokaera erreala eta ustezko jokaera dira arreta gehiena eskatzen duten elementuak, ondorioak lortzean –edota ondorioak ulertzean–. Izan ere, pertsona hauek identifikatzea bera, azterketa gehiago eskatzen dituen aurrebaldintza bat izan daiteke. Gai hauek aztertu, erregelak diseinatu, eta jokaera administratiboa pertsona horiei egokitu ezean, ondorioak oso akzidentalak izango direla esateko nahiko modu zentzugabea da. “Pertsona horiei”, eta, hain zuzen ere, “baldintzapeko pertsona horiei”. Ez gara nekatuko esateaz Zuzenbideko “erregelekiko” daukagun jarrerak, behaketako etengabeko tranpa bat daukala esaten. Ekintzaren erreinuan, “erregelak”, erregelek agintzen dutena esan nahi du; behaketaren erreinuan, “erregelak”, egiten dutena dira. Beren aplikazioak eta aplikazio posibleak garrantzitsuak izaten darraite, baina aplikazio horiek garrantzi mugatu bat dauka. Erregelak unibertsaltzat jotzea –bereziki, “beren aplikazio esparruan sartzen diren pertsona guztiei” aplikatzen diren aplikazioak imajinatzea–, eszenatokia ikusi baino lehen begiak fikzio konstituzional batez estaltzea da. Segurtasunaren mesedetan, erregelak “berdinak eta orokorrak” direla adierazten dute konstituzioek³⁴. Baina erregela gehienak, aplikatzen zaizkien gutxientzat orokorrak izan arren, hiritar multzoaren ikuspegitik ikusten direnean, bereziak dira hein handi batean. Eta “beren terminoek aurreikusten dituzten pertsona guztiei” (bizartegiak ipintzen dituzten guztiei, edota asainatze bat egiteko tentatuta daudenei, edo agente ofizialak engainatzeko, edo banku desfalkua egiteko, edo fondorik gabeko txekuek sinatzeko, edo haur bat adoptatzeko, edo manufaktura bat bost langile edo gehiagorekin eramateko) “aplikatzen” zaizkien erregela gehienak, modu errealista batean aztertuta, ez dira sekula komunitateko jende gehienarentzat “aplikagarriak” izango. Gisa honetako erregelak efektiboki irekiak dira. Pertsonak beren aplikagarritasun eremuaren barnean eta kanpoan mugitzen dira. Baina eremu hau askoz ere garbiago ikusten da arin eta berezia balitz bezala behatzen denean –erkidegoarekin alderatuta–. Argi dago aplikazio

34. Praktikan hauxe izango litzateke: “afektatutakoen klase guztiz mugatuaren aukeraketan *berdingarriak*”. Erregelazko *berdintasuna* ezinezkoa da gizarte espezializatu batean. Egia da “berdintasun” hitzak gure sisteman alboratuta dauden zenbait diskriminazio ildo iradokitzen dituela. Baina, historikoki izan ezik, ez da bereziki esanguratsua.

errealaren eremua bereziagoa dela jokaera ofizialaren aplikazio eremua baino —argi ez dagoena da eremu berezi hau ote den pertsonentzat ondorio handienak sortzen dituen—³⁵.

Ez dut ezagutzen hemen defendatzen ari naizen ikuspegiaren ondorio hau baino argitzaileagorik, zeina “governatzaile” eta “governatuen” egitura instituzionala aztertzeko xedagarritasunean oinarritzen den. Edozer aztertu ahal izateko prest egotea funtsezkoa den bezala, Zuzenbidea aztertzeko ere, egoera partikularizatuen lehen hurbilketa bat egin behar da³⁶.

Zer egin daiteke? Eta nork egin dezake? Bitarteko bat balitz bezala mintzatu naiz Zuzenbidez: noren bitartekoa, eta noren xederako? Zuzenbidearen inguruko eztabaidak, “kontrol sozialaren” inguruko eztabaidak bezala, “gizartea” eta helburu “sozialak” aurkitzeko joera dauka. Aurkitzeko zailak dira biak. Non dago batasuna, non talde koherente eta zehatza? Non dago “soziala” den helburu garbia, eta ez berau babesten duten taldeak bezain garrantzitsuak diren beste batzuek aurkatzen dutena? Zuzenbideak, zati gehienetan —guztietan ez bada—, bereziki interes kontrajarrien, pertsona edo talde antagonikoak jasotzen ditu, eta agente ofizialen partaidetza aurreikusten du batzuen alde eta besteen aurka egiteko, edo disidentea bere taldearen interesekin bat etorrarazteko —prozesu zabala da honakoa—, edo bi taldeen arteko harremanak arautzeko, edota beren arteko borrokaren izaera aldatzeko (lehiakorra edo beste motaren batekoa). Hona hemen Zuzenbidearen aparatuen eta Zuzenbidearen prozesuaren gaineko kontrola lortzeko etengabeko borroka: oso interesatuta daude Ak bere borondate partziala era berean interesatuta baina aurkako jarreraren dagoen Bri inposatzeko, eta C talde desinteresatu handiaren onarpen pasiboa eta sostengua kontrol honen pean ipintzeko. Baieztapen hau egiazkoa izateko, gutxi axola du Aren helburuak materialak edo idealak ote diren, guztiz berekoiak ote diren, edota modu altruista batean, taldearen ongizatea bilatzen ote duen. Eta ahulezia hau politikotzat jo daitekeen bitartean, bere existentziak arazoak sortuko ditu “interesak” definitzeko orduan. Kontuan hartu behar da “erregela” berria promulgatutakoan, jokaera ofizialak presioa egitea itxaro duela ahuleziak. Beraz, aurreko arazo guztiak planteatzea komeni da, honako hau ere barne: programa ofizialari laguntzeko presionatzen duen jende arrunta ere egon daitekeela.

Dena den, alderdi bat aipatu beharra dago hemen: Zuzenbidearen —eta gizartearen— etengabeko dilema, zeren eta, dauzkagun erakunde guztien artean, Zuzenbidea da osotasuna “ordezkatzeko” asmoa daukana. Besteekiko boterea emango dien aparatu honengatik garrasika eta borrokan dabilzan taldeen ahuleziaren artean, osotasun motaren bat izateko premia dago, norberaren interesaren mugak gaindituko dituen erantzukizuna izateko, itxuraz onura orokorrak ekarriko dituzten ekintzak sortzeko. Hau baieztatzean, ez da Estatuaren inolako mistizismo hegeliarrik aitortzen. Nahiko irekia uzten du gizartearen “bizitza printzipioaren” baten existentzia. Besterik gabe, adierazten du bere burua zainduko ez balu, taldeak ez lukeela beti horrela jarraituko. Erokeria litzateke hau ukatzea. Askatasuna, “osotasuna ordezkatzearen” ideologiatik itsutasunera eramatea litzateke egia erdien aurrean, zeintzuen inguruan aitzina ederra izandako ideologia hau eraiki baitzen. Baina askatasuna ukatzea, egia erdiak interes zuzen eta zehatzik gabe balioestea, erokeria galanta izango litzateke halaber³⁷.

35. Beste leku batean azpimarratu dut kasu hauetan oinarritzko arazoa dela dagokien pertsonen jokaeran *praktika* berriak sortzea, erregela juridiko berrien bidez bilatzen diren helburuetara egokitzen direnak. *Law Observance and Law Enforcement (Jurisprudence. Realism in Theory and Practice)*, 399. or.). Eta erregela juridiko zahar zein berrien eraginkortasuna ezin dela besterik gabe agente ofizialak horiei jarraiki aritzen diren aldien kopuruaren bidez neurtu. *Ibid.*, eta *American Economical Review*, 15, 682. or. Egia da, eraginkortasun ideala ez da lortzen ofizialek inolaz ere aritu behar ez duten arte. Baina gutxi gorababehera zaharrak diren eta amankomunean errotuta dagoen praktikaren batekin bat datozen erregelak baldin badira (*mores*), arazo serio bat bihurtzen da ea kasutan zein punturaino daukagun erregela *juridikoen* eraginkortasuna, edota erregelen inguruko noizbehinkako jokaera ofiziala ote daukagun. Aldera bedi guztiz aurkakoa den kasuarekin: orain preskribatu diren ildoak jarraitzeko edo ez jarraitzeko prestatuta dauden unitateez osatutako jarduera multzo bat, apropos aukeratutako test kasu bateko sententziaren araber. Garrantzitsuena ez da agente ofizialen jokaera, *isolatuki*, baizik eta agente ofizialek dagokion jende arruntarekin elkarrekitean daukaten jokaera.
36. Orokortasunaren bidetik itxaro denak, azterketa partikular hauen sintesi berri batetik eratorri behar du, behin hauek edukitakoan. Bitartean, gure sena eta tradizioak jokaera ofizialeko erregularitate batzuei buruz utzi digun ulermena daukagu, eta nahiko gaitasun tradizional daukagu aurreikuspeneko, eraginerako, jokaera ofiziala nahiz beste edozein erabiltzeko, moda bat baino zerbait gehiago izateko, gehiago ikasten dugun bitartean.
37. Ildo honetan, gure arreta jokaerari eskaintzen diogunean, zuhurtzigabea bihurtzen da erregeletan, kontzeptuetan, ideologiatan eta estereotipo edo jarraibide ideologikoetan enfasi gehiegi jartzea. Enfasi hauek nahasgarriak, desbideratzaileak eta deskribatzeko desegokiak dira izatez. Baina praktikan eraginkorra litzatekeen zientzia juridiko bat ezin izango zateke azken hauen gainean eraiki, egia eta zentzurik gabe. Izan ere, funtzionatzen

Hain temati agertu naiz jokaerarekin, ikuspegi “errealista” irreal bilakatzen denaren inpresioa sor nezakeela, jendearen aburuz Zuzenbidea zer den kontuan ez hartu izanagatik. Ez da horrela. Ikuspegi errealista bat berehala hasiko litzateke “jendea”, “iritzia” eta “Zuzenbidea” hitzak aztertu eta sailkatzen. Berezi interesatuta ez dagoen gehiengo handi batentzat, “Zuzenbideak”, “egin beharko nukeena” esan nahi duela iruditzen zait, eta ez dela asko desberdintzen moral bezala ezagutzen dugun eguneroko praktikaren idealizaziotik. Noizbehinka, badago gehiago zehazterik: kontratu batek eraginak izatea nahi badut, idatziz jartzea pentsatuko nuke zalantzarik gabe, eta, nonbait jasota –eskritura batean, ezta?–, formulismoak errepikatzea; agian, lekukoren bat ere bilatuko nuke. Zuzenbide pribatuaren arloan, ezer gutxi dakigu herri moralitateari buruz. Zigor Zuzenbidearen eremurik zaharrenean, *grosso modo* antzekotasuna suma dezakegu Herri Zuzenbidearen eta herri moralitatearen artean³⁸, kanpo eta barne zigor ez ofizialen ordezkariak eta presondegiek funtzionatzen duten kasuan izan ezik. Eremitan, Zigor Zuzenbidea berriegia da eta espezializatuegia dago herri moralitatearen aurrekari edo kontrapartida izateko. Azkenik, Zigor Zuzenbide inmoraleko alderdi zabal batzuk Herri Zuzenbidean sartu dira: Merkataritza Zuzenbideaz pentsatzen ari naiz; leku askotan, desberdina da moralitatearekiko, eta antzeko aldeak sumatzen ditut alkohola, jokoa eta sexuari dagokienez, moral anizkoa daukan gizarte batean. Baina jendeak Zuzenbideari buruz daukan iritziak, batzuetan, eragina izaten du bere ekintzetan. Dena den, ziur aski juristek uste dutena baino askoz ere eragin ahulagoa du debekuen dimentsioan, norberaren interesak presio handia egiten duenean betiere, gutxiengo txiki batentzat izan ezik. Bestetik, Zuzenbideak “mekanismo erabilgarriak” aurreikusten dituen arloetan, Herri Zuzenbideak jarreraren trebakuntzan eragin handia duela iruditzen zait. Ikuspegi errealista batetik, beharrezkoa da arazoa xehetasunez aztertzea. Garrantzitsua iruditzen zait Zuzenbideak erregelen egilea ez denarentzat zer suposatzen duen jakitea; ekintzak neurtzeko baino gehiago, gelditasuna neurtzeko. Hortaz, ikuspegi honen arabera posible dirudi Zuzenbidea besterik gabe zuzentzat jotzea, xehetasunez arduratu gabe, eta Herri Zuzenbideak interesgabeko jende multzo zabalaren lankidetzara pasiboa jasotzea.

Jendearen iritzian Zuzenbidea zer den bezain garrantzitsua da jendearen iritzian Zuzenbideak zer izan beharko lukeen. Zuzenbidean egiten den aldaketa oro, desberdintasun bat sortzeko borondatearen isla da, hein handi batean. Eta jarrerak, itxaropenak nahiz jokabideak kontuan hartu behar diren bezala, kontuan hartu behar dira helburuak eta idealak ere. Baita deskriptibo hutsa den zientzia baten ikuspegitik ere.

Ez naiz, artikulu honetan, Zuzenbideak zer izan beharko lukeen aztertzen hasiko. Ez naiz subjektu juridiko batentzat arau edota ekintza egokia nolakoa izango litzatekeen azaltzen saiatu ere egingo. Hala eta guztiz ere, behin eta berriro esango dut idealen formulazioa alboratzen den bezain laster, hemen azaltzen ari naizen ikuspegia funtsezkoa bihurtzen dela aurrera egin ahal izateko. Idealak, Zuzenbidea deskribatzen duen zientzia sendo baten bidez bakarrik –edota zientzia baliokide baten bidez– igaro daitezke amets egoetatik errealitateara. Gainera, zenbaitetan adierazi izan den bezala, politika bat gauzatzeko kostua, politikaren balioari buruzko iritzi bat emateko aukera mugatuak dauzkan funtsezko elementu bat da.

...

zuenaz ez zen zuzenbidearen zientziaren ideologia-araua, zuzenbidearen zientziak partzialki soilik islatzen zuen praktika baizik. Baina azterketa soziologikoak zientziaren aurrerapenerako egin beharko lukeen gauzatarik bat, ikuspegi berriaren defentsazaleei aurkatzeko duten ikuspegi zaharra bere osotasunean ez gaitzesten erakustea da. Matxinadak, zaharrenean ezegokitasuna adierazten du. Ez du zaharrak oinarri sendo bat ez zeukanik adierazten. Bere existentziak berak, sortu eta existitzen jarraitzeko gai izateak, bazeukala adierazten du. Zeukanaren arabera baloratzerik izango bagenu, eta hori guk pentsamendu kurso berri batera eramaterik bagenu, asko egingo genukeen exagerazio batetik besterako oszilazio pendular ezaguna murriztearren. Honek garrantzi gutxiago dauka mugimendu berri baten azterketa originarioetan. Berritzaileak, bere gogoz edota indarrez, intelektualki kontra egiten dioten instrukzio beraren ezaugarriak daramatza berekin. Baina berritzaile originalak ez badute *beren doktrina nahiz praktikatan* aurreko eskolen bizi-indarra sartzerik lortzen, nahiz eta azken hauen fokatzeko faltsua eta bere inplikazioak aurkatu, eskola berriaren modu berritzailean hezi direnak, exageratzeko joera izango duten burugabe batzuk izango dira.

38. Beste behin ere esango dut “herri moralitateak”, sarritan, talde nagusiaren baitan xehetasun zehatzak dituzten azpitaldeak daudela esan nahi duela.

LLEWELLYN, Karl N. Zuzenbide errealistaren teoria bat: Hurrengo pausoa. *Eleria*. 15, 2006, 33-51

Ondorio gisa, esan dezaket ez naizela Zuzenbidearen mugak zehazteaz arduratu, “Zuzenbidea” definitzeaz, bere eremutik ezer kanporatzeaz. Beti esan izan dut Zuzenbideari buruz jarduteko norabiderik emankorra, Zuzenbidea helburuak –eta ez balioak– dauzkan aparatu heterogeneo bat bezala irudikatzea dela, eta bertako arazoak ebazteko modurik argiena, hitzei gero eta interes txikiagoa ematea dela, eta behagarriak diren jokaerei gero eta handiagoa. Aldatu egin da azterketaren ikuspegia, erreferentzia juridikoa, eta, orain, kontaktuen eremura igaro beharko genuke, erregela ofizialaren eta honek eragiten dituen edo honi eragiten dioten jokaeren arteko elkarreraginaren eremura. Orain arte arreta berenganatzeko joera izan duten erregela, arau eta printzipioak bigarren maila batean utzi beharko liriateke, eta jokaerari erreferentzia zuzena egiten dion ikuspuntutik aztertu, paper gaineko erregelak benetan direna bezala ager daitezten, eta jokaera errealarari buruzko erregelek merezi duten garrantzia izan dezaten. “Zuzenbide” hitzak biltzen dituen fenomeno konplexuak modu orokorregian aztertu izan dira, eta irudi errealista jarrera behagarriaren bidez baino ez dela posible, pertsonak eta erakundeak gure gizartean nola dauden antolatuta aztertuz, eta, zehazki, Zuzenbidearen zati bakoitzaren eta gizarte antolakuntzaren zati bakoitzaren arteko elkarrekintza.

Ikuspegi honen bidez, normalean baino askoz ere gauza gehiago barnebiltzen dira Zuzenbidearen eremuan. Bere muinean, epaileen jokaera dagoelakoan nago, eta, bereziki, epaile izaera ematen dien jokaera –beren lana beren aurrekoek egin dutenarekin eta ondorengoek egingo dutenarekin lotzen duena, eta beste pertsona batzuekin dituzten kontaktuak ofizialak izatea eragiten dutenak–. Edonola ere, nire susmo hau abokatu iparramerikarrak hezi direneko tradizio kasuistikoaren ondorio bat izan daiteke; batetik, muin horretatik gertu dagoelako gobernuko beste agente ofizialen jokaera, eta, bestetik, epaileek errepikatzen dituzten formulak jarraitzen saiatzen direlako. Hemen, jokaerekiko hurbil dauden eta ez dauden formulak desberdindu behar ditugu, sarritan aplikatzen direnak eta gutxitan aplikatzen direnak. Muinaren inguruan, pertsona jakin batzuek Zuzenbidearen definizioari buruz dauzkaten ideiak ditugu, eta, bereziki, zein Zuzenbide edo bere zein zati bete beharko litzatekeenaren inguruan. Beste ikuspegi batetik, agente ofizialen ekintzek daukaten eragin ofiziala dago, eta, honen atzean, beren ekintzen eragina jasaten, sustatzen edo islatzen duen gizartea. Muinetik urrunago, filosofia juridiko eta soziala dago. Zuzenbidearen hein bat, erabat soziala da. Baina alderdi hori periferikoa da, ez funtsezkoa; eskuartean daukagun arazoaren hedaduraren ingurukoa da, ez eztabaida orokor baten hedadurari buruzkoa. Zirriborro moduan azaldu dudana eremu hau gainerako gizarte zientziei gainezari diedan arren, barkamena eskatu beharko nuke, ez dudalako ezer aurkitu. Gizarte zientziek ez daukate ondasun sustraituek bezalako mugarik. Zuzenbidean bertan ere, jabetza kalterik eragin gabe bortxatzeagatik ezartzen diren zigorrak ez dira oso gogorrak.