

VARGA CSABA

A jog  
mint folyamat



VARGA CSABA

# A jog mint folyamat



SZENT ISTVÁN TÁRSULAT  
az Apostoli Szentszék Könyvkiadója  
Budapest 2002

A kötet az 1998-as kiadás változatlan utánnyomása

PÁZMÁNY PÉTER KATOLIKUS EGYETEM  
JOG- ÉS ÁLLAMTUDOMÁNYI KAR  
JOGBÖLCSELETI INTÉZET

Intézetvezető: Prof. Dr. Varga Csaba  
1088 Budapest, Szentkirályi u. 28–30.  
(H-1428 Budapest 8, Pf. 6.)

Telefon: 429-7230 • Fax: 429-7226

E-mail (titkárság): varga@jak.ppke.hu

Ez a könyv a kiadó írásbeli engedélye nélkül  
nem többszörözhető  
és on-line módon sem tehető hozzáférhetővé,  
sem eredeti nyelvén, sem fordításban!

© Varga Csaba, 2002

A borítón a ferrarai iskola ismeretlen mesterének miniatúrája  
Dante Alighieri *Divina Commedia*  
című művének korai kiadásából  
(Vatikáni Könyvtár, Cod. Urb. lat. 365, fol. 127r)

ISBN 963 361 321 8

Szent István Társulat  
1053 Budapest, Kossuth Lajos u. 1.  
Felelős kiadó: dr. Rózsa Huba alelnök  
Felelős kiadóvezető: Farkas Olivér igazgató  
Nyomta és kötötte: TaxDruck Nyomda, Taksony  
Felelős vezető: Képeßy László ügyvezető

# Tartalom

---

Előszó	11
ELMÉLETI HAGYATÉK	15
Jogfilozófia Közép- és Kelet-Európában	15
A marxizmus jogelméletéről	21
I. A marxizmusról általában	21
II. A marxizmus mint filozófia	23
III. Az izmussá vált doktrína	25
IV. A marxizmus jogelméleti teljesítménye	26
1. Szovjet-orsz sztálinizmus	27
2. A népi demokráciák szocialista jogelmélete	32
3. Nyugati marxizmus	37
V. Összefoglalás	38
MODERN FORMÁLIS JOG	43
A modern formális jog és kultúrája: kihívások, buktatók	43
1. Modern formális jog	43
2. Totalitárius kihívások: voluntarizmus, instrumentalizálás	44
3. Kötőerő: a jogi kultúra	46
Kelsen tiszta jogtana – tegnap, ma és holnap	50
1. A Tiszta Jogtan pokoljárása	50
2. A legyen szférája: érvényesség és törvényesség	52
3. Mai rekonstrukciónk: a jog mint dinamizált statikum	55

JOGI LÉT, JOGI ÉRVÉNYESÉG	61
Jogontológia	61
1. <i>Történelmileg változó jog – változó jogi metafizikák</i>	61
2. <i>A jog társadalomontológiája</i>	63
3. <i>A jog mint gyakorlati folyamat</i>	66
A jog és érvényessége – Ontológiai megfontolások	67
1. <i>Érvényesség-problematika</i>	67
2. <i>Az érvényesség történelmi típusai</i>	68
3. <i>Érvényesség a modern formális jogban</i>	69
4. <i>Az érvényesség rekonstrukciója</i>	71
5. <i>Érvényesség és jogszerűség</i>	72
6. <i>Belső működési elvek: ideologikum és valóság</i>	74
7. <i>A jog mint érvényességgel felruházott fogalmi játék</i>	77
8. <i>Önmagára vonatkoztatás?</i>	81
9. <i>Érvényesség és társadalmiság</i>	82
10. <i>Összefoglalás</i>	84
Érvényesség	86
1. <i>Az érvényesség felfogása</i>	86
2. <i>Az érvényesség történelmi fejlődése: tartalmi és formális típusok</i>	87
3. <i>Érvényesség és hatékonyság</i>	89
Visszaható hatályú szabályozás	91
1. <i>Korai érdektelenség</i>	91
2. <i>Tilalmazás</i>	91
3. <i>Elvi megfontolások</i>	92
4. <i>Eszközzel élés és visszaélés</i>	93
5. <i>A második világháború utáni problematika</i>	93
JOG, TÖRTÉNELEM	97
Jog és történelem (A jog historikus megközelítéséről)	97
1. <i>A jog történetisége</i>	97
2. <i>Historische Rechtschule</i>	98
3. <i>Historical Jurisprudence</i>	99
4. <i>Marxizmus</i>	99
5. <i>Tanulságok</i>	100

A jog mint történelem	103
1. A jog kétféle felfogása	103
2. Jog és történelem	105
a) A jog mint eszköz	106
b) A jog mint kultúra	110
3. A jog mint történelem	112
4. Összefoglalás: A jog kétféle stratégiája	117

## ANTROPOLÓGIAI ALAPOK 121

Népi jogszokástól a jogi népszokásig	121
1. A jogi népraiz és ideológiakritikája	121
2. Jogszokások Tárkány Szücs Ernő vizsgálódásában	127
3. Állami jog, (népi) jogszokás, jogi (nép)szokás	132

### Antropológiai jogelmélet?

Leopold Pospíšil és a jogfejlődés összehasonlító tanulmányozása	139
---	-----

#### I. BEVEZETÉS 139

a) A jog jelenléte az állam nélküli társadalomban	141
b) A jogot, valamint a rendet s vitát középpontba állító megközelítések	142

#### II. A JOG ÉS FOGALMA 146

1. Jog és erőszak	146
2. Szabály, tény és elv a jog fogalmában	149
a) Elvont szabály	150
b) Tényleges magatartásból levont következtetés	152
c) Jogi döntésben foglalt elv	152
3. A jog megkülönböztető ismérvei	162
a) Autoritás	165
b) Az egyetemes alkalmazás szándéka	166
c) Obligatio	167
d) Szankció	168
4. Az antropológiai jogfogalom problematikája	170

#### III. A JOG ÉS VÁLTOZÁSA 174

1. A társadalmi normák szétoálása	174
a) Jognélküliség és az egységes ősi szabályrendszer dilemmája	176
b) Társadalom vagy csoport hordozza-e a jogot?	180
c) A jog lehetséges fogalma	184
d) Az antropológiai jogszemlélet szélsőségei	189

2. Jogváltozás	192
a) A jogfejlődés eszméje	192
b) Társadalmi változás és jogváltozás dialektikája	193
IV. AZ ANTROPOLÓGIAI JOGELMÉLET HOZADÉKA:	
ÖSSZEFOGLALÁS	204

## JOGTECHNIKÁK 209

Kodifikáció	209
1. Fejlődése	209
2. Logikai eszményű megvalósulása	210
3. Angol–amerikai változatok	212
4. Kodifikációs típusok, technikák és pótlékok: összefoglalás	212

## A jogi technika 214

I. A „JOGI TECHNIKA”	214
1. Tág értelemben	215
2. A jogi gyakorlatban	218
3. A jogtudományokban	219
4. A sajátos technikaként felfogott jog	221
II. A JOGI TECHNIKÁRÓL	221
1. A jogi technika meghatározása és funkciója	221
2. Jogi technika és a jogi kultúrák	224
3. A jogi technika posztulátumai a modern formális jogi kultúrákban	229
a) A következetesség elve	230
b) Az összefüggés elve	230
c) A fogalmi ökonómia elve	231
d) A többlétszabályozás elkerülésének elve	232

## Vélelem és fikció mint a jogtechnika eszközei 234

I. VÉLELEM	236
A) A vélelem felfogásai	236
a) Vélelem a bírósági ténymegállapítás folyamatában	237
b) Vélelem azon tények meghatározásában, amelyek megállapítása – ellenbizonyítás híján – jogesetet hoz létre	238
c) Vélelem azon tények meghatározásában, amelyek megállapítása – a jog betűjénél és erejénél fogva – jogesetet hoz létre	239
d) A vélelem rekonstrukciója	240
B) A vélelemről	243
1. A vélelem funkciója	243
2. Vélelem és fikció	245

3. Az ismeretelméleti jellegű megalapozás érdektelensége a normatív szférában	246
4. A vélelem technikája	247
II. FIKCIÓ	249
A) A fikció felfogásai	249
1. Fikció a jogi normák nyelvi megformálásában	250
2. Fikció a jogi normák bírói alkalmazásában	251
3. Fikció a jogi normák dogmatikai feldolgozásában	253
4. Fikció a jogi normák elméleti rekonstrukciójában	254
5. A fikció elméleti rekonstrukciója	256
B) A fikcióról	259
1. A fikció történeti előfordulása és eltérő felfogásai	259
2. A fikció osztályozása	264
3. A jog mint fikció	266
4. Vélelem és fikció	269
A JOGALKALMAZÁS KÉRDŐJELEI	271
Kelsen jogalkalmazástana	
(Fejlődés, többértelműségek, megoldatlanságok)	271
1. „Az államjogtan alapproblémái”	272
2. „Általános államtan”	275
3. „A Tiszta Jogtan”	279
3.1. Lépcsőelmélet	281
3.2. A jogalkalmazás konstitutivitása	285
3.3. Elméleti kérdőjelek	288
3.4. Értelmezéstan	290
3.5. Procedurális jogszemlélet?	293
3.6. A Tiszta Jogtan önmeghaladása?	299
3.7. És ki őrzi az őrizőket?	302
Miből is tevődik össze a bírói eljárás?	305
1. Társadalomelméleti válasz igénye	305
2. Milyen utat jártunk be?	307
3. Miképpen közelíthetünk?	309
4. A tényproblematika	314
5. Elméleti előrelépés	317
A jogi normaalkalmazás természete	
Tudomány- és nyelvfilozófiai megfontolások	323
1. Előfeltevések	323

2. A normaalkalmazás közege	332
2.1. Konkrét jelentésben aktualizáltság	333
2.2. Nyelvi meghatározatlanság	340
2.3. A logikai következés hiánya a normatív szférában	347
KITEKINTÉS	361
A jog és korlátai	
Antony Allott a hatékony jogi cselekvés határaitól	361
I. A JOG TÚLFEJLETTSÉGE	361
II. ALLOTT A JOGRÓL ÉS KORLÁTAIRÓL	365
A) A jogi jelenség felfogásai	365
B) A jogi jelenség határai	372
C) A jog és társadalmi kötöttségei	374
D) A jog mint modell és mint program	384
III. A JOGI JELENSÉG LÉTPROBLÉMÁJA	386
Európai integráció és a nemzeti jogi kultúrák egyedisége	395
I. FILOZÓFIAI KERET	395
1. A jogpozitivizmus meghaladottsága	395
2. A jog társadalmi összetettsége	398
3. A jog normatív összetettsége	398
4. Új fogalmiasítás és következményei	399
II. A JOG MINT HAGYOMÁNY	400
1. A jog törvényre korlátozottságában rejlő voluntarizmus	400
2. A jog mint élő közeg	401
3. Jegtörténeti tanulság: a jog gyakorlatiassága	402
4. Jogi szövegek mint kulturális szimbólumok	403
5. Bírósági esemény mint a jog aktualizál(tat)ása	404
III. EURÓPAI INTEGRÁCIÓ ÉS A NEMZETI JOGRENDEK EGYEDISÉGÉNEK MEGŐRZÉSE	405
1. Eszközszerű elemek a jogban	405
2. Integráció a jogban	406
3. A jog mindenekelőtt kulturális felépülése	407
4. A kulturálisan eltérő jegyek változatosságának megőrzése	408
Tárgymutató	411
Jogforrásmutató	421
Névmutató	425

## ELŐSZÓ

---

Ma már magától értetődő követelménynek tekintjük, hogy jogfelfogásunknak a modern társadalomtudományi gondolkodás kereteibe kell illeszkednie. Pedig hosszú vajúdas előzte meg egy korszerű jogszemlélet formálódását az európai kontinensen. Maguknak a jogtudományoknak is végig kellett járniok azt az utat, amit a tudományfilozófiai s módszertani újragondolásban a múlt századvégtől előbb a természettudományok, majd – néhány megalapozó diszciplína kísérletével – a társadalomtudományok is megtettek.

Feszültségektől, ellentmondásoktól korántsem volt mentes ez a folyamat. Hiszen alapkérdéseket érint, és tétje a jog vizsgálatának tudományossága s a jogi, jogtudományi gondolkodás sajátzerűségének őrizhetősége. Ráadásul mindez olyan körülmények közt indult a második világháborút követően s így a humán gondolkodás újrakezdésének ethosza jegyében, amik – nem csekély erkölcsi felhanggal és sokaktól osztott aktuálisan belátott szükséggel – ideig-óráig éppen ellenirányú tendenciákat erősítettek. Mert a második világegés végére az alapvető kérdés a jogászság önfeladása s a jog belső erkölcsi kiüresedése lett, és mindezt annak tudták be, hogy a jogpozitivizmus kétségbevonatlan egyedulalma nem vértézhetett fel nyugaton a nemzetiszocializmus, keleten a bolsevizmus hatalmi önkényével szemben. A választ ezért eleinte az értékmegalapozásban, a természetjog újraigenlésében keresték, ami egy tisztultabb új normativizmusban öltött testet. A 60-as években belső kihívásként ez találkozott a logikai alapok s a logikai következés újramegfontolásával, ami (formalizmus és antiformalizmus összecsapásaként) a dialektika, retorika és érvelés romlatlan ősi jelentésének ismé-

telt felidézésével, a teoretikustól megkülönböztetett gyakorlati értelem leírásával bizonyosságaink és okfejtési biztonságunk vélt fogódzóit közösségi megértés függvényévé tette. Külső kihívásként a társadalomtudományi megfontolások ellenállhatatlan beszüremlése gyakorolt erőteljes befolyást. Ezek a szociológia s antropológia képében, egy általános társadalomelmélet körvonalazása eredményeként a jogot a működő társadalmi össz-egész funkcionális összetevőjeként jellemezték s kimutatták egy jelenkori európai eszményeinkre hagyatkozó jogfelfogás lényegi korlátait. Határozott nyelvfilozófiai és ontológiai fordulattal társulva az új szemlélet már társadalmi gyakorlatunk kommunikációs megalapozottságára, benne konvencionalizálásaink meghatározó szerepére mutat rá, érzékeltetve a nyelvi játékok – a jogban mindenekelőtt a jogászi hivatásgyakorlás ideológiája (a korábban pusztán ismeretelméleti bírálatra érdekesített „jogászi világkép”) – lételméleti jelentőségét.

A meggyőző eredmény, amire döntően ausztráliai, japán, amerikai és skóciai vendégkutatói bűvárkodások<sup>1</sup> nyomán jutottam, s amit a Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézetében végül megfogalmazhattam,<sup>2</sup> egy autopoietikus felfogás lett, ami nem rendszertani, társadalmi struktúráteremtő értelemben él az eredeti módszertani megglátással,<sup>3</sup> hanem azáltal, hogy társadalmi világunkat, fogalmiasításainkat s nyelvi játékaikat lét- és ismeretelmélet értelmében egységes folyamatként próbálja láttatni, teoretikusan ma-

<sup>1</sup> Az *Australian National University* keretében a *Research School of Social Sciences: History of Ideas Unit* (Canberra) 1987 januárjától áprilisáig, a *Waseda University* keretében az *Institute of Comparative Law* (Tokyo) 1987 augusztusában és szeptemberében, a *Yale Law School* (New Haven, Connecticut) 1988 szeptemberétől 1989 májusáig, a *University of Edinburgh* keretében pedig az *Institute for Advanced Studies in the Humanities* 1989 és 1997 augusztusában és szeptemberében kínált vendégkutatói lehetőséget, EUGENE KAMENKA és PETER SACK (Canberra), STANLEY PAULSON (Saint Louis, Miss.) és ROBERT SUMMERS (Ithaca, New York), valamint NEIL MACCORMICK (Edinburgh) professzorokra különös hálaaval emlékezve.

<sup>2</sup> Vö. a szerzőtől *A bírói ténymegállapítási folyamat természete* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1992) 269 o.

<sup>3</sup> Számos visszatérő beszélgetés NIKLAS LUHMANN (Bielefeld), GUNTHER TEUBNER (Fiesole/London) és WERNER KRAWIETZ (Münster) professzorokkal nem eredményezett e körben közeledést, hiszen az eredendő kérdésfeltevés eltérő volta eleve más irányba fordulásra készítetett.

gyarázhatóvá avatva a jogi problémamegoldás és igazolás eltérő szintjeit, ideológiáit, a jogtechnikák eredendő ambivalenciáját is. E pontnál találkozhat – forrásvidékként – a történelmi gyakorlat kritériumképző jelentőségének felismerése a MARXISTA hagyományban s a LUKÁCS GYÖRGY nyomán végrehajtott jogontológiai kísérlet<sup>4</sup> – sürgetésként – a jelenkori angol-amerikai és nyugat-európai módszertani váltással, egyebek közt a nyelviaktus-elmélettel, a WITTGENSTEIN utáni nyelvfilozófiával és a kognitív tudománnyal.

Mindaz, ami az alábbiakban esettanulmányként olvasható,<sup>5</sup> folytatása s meghaladása saját előzményeinek.<sup>6</sup> Didaktikai megmérettetésre is kerül, hiszen a Pázmány Péter Katolikus Egyetem jogászhallgatói kötelezően találkoznak szövegeivel.

<sup>4</sup> Vö. a szerzőtől *A jog helye Lukács György világképében* (Budapest: Magvető 1981) 287 o. [Gyorsuló Idő]. Nemzetközi kiadásáról [*The Place of Law in Lukács' World Concept* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1985, reprint 1999) 193 o.] beszámolójában [*Zeitschrift für Rechtssoziologie* 8 (1987) 2, 302–304. o.] a LUKÁCSI életműt sajtó alá rendező német filozófus, FRANK BENSELER vélekedett úgy, hogy alapszemléletében – számomra akkoriban még ismeretlenül – nem más, mint az autopoiesis teoretikus megfogalmazása.

<sup>5</sup> A kötetben testet öltő munkálatok 1991–94. között az Országos Tudományos Kutatási Alap „A jog folyamatként felfogása (módszertani-szemléleti viták és a jogtudomány)” témakörének szentelt 2816. számú programja, végső kidolgozásban 1995–98. között pedig „Jogalkalmazás a modern megismeréstudományok tükrében” témakörének szentelt T018436. számú programja keretében zajlottak. Keretet, európai kutatási s konzultációs lehetőséget a TEMPUS 0426/1990–93. és 09090/1995–98. számú projektuma biztosított, utóbbi a publikálást is lehetővé téve.

<sup>6</sup> Vö. a szerzőtől *Politikum és logikum a jogban* A jog társadalomelmélete felé (Budapest: Magvető 1987) 502 o. [Elvek és utak], illetőleg – átdolgozott válogatású változatként – *A jog társadalomelmélete felé* (Budapest: Osiris 1999) [Jogfilozófiák].



# ELMÉLETI HAGYATÉK

## Jogfilozófia Közép- és Kelet-Európában\*

A jogbölcselet a közép- és kelet-európai térségben a múlt század második felében kezdett elkülönülni az ekkoriban itt mindenekelőtt uralkodó német és osztrák, valamint bizonyos befolyást szintén gyakorló francia és olasz jogi gondolkodási áramlatoktól. Formálódására az ekkoriban egyeduralkodó természetjog,<sup>1</sup> valamint IMMANUEL KANT és GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL filozófiája nyomta rá bélyegét. A természetjogon belül az egyházas konzerváló törekvésektől a felvilágosító szekularizálásig, a feudális patriarchalizmustól a szerződéses elméleteknek különféle rendi előjogokat éppen igazoló vagy tagadó felhasználásáig, az ellenállási jog cáfolatától egy forradalmi (polgári) köztársasági eszme igenléséig, a politikailag konzervatív katolikus természetjogtól egy észjogi tudományosság [*Vernunftrecht*] kifejllesztéséig<sup>2</sup> ívelt áramlatainak egymással is versengő felbukkanása. Ekkor már a jogbölcseletben is tért hódítottak – az addig elterjedt latin és német nyelvűség egyeduralmának felváltásával – a nemzeti nyelvek.<sup>3</sup> HEGEL neve és műve ekkortájt elsődlegesen a hivatalosság elleni filozófiai tiltakozás, a történeti jogi iskola<sup>4</sup> pedig,

\* Készült az első átfogó angol-amerikai jogfilozófiai enciklopédia felkérésére: 'Central & Eastern European Philosophy of Law, History of' in *Philosophy of Law An Encyclopedia*, ed. Christopher B. Gray (Levittown, Pennsylvania: Garland Publishing 1999).

<sup>1</sup> Közép-Európában elsősorban Karl A. Martini *Erklärung der Lehrsätze über das Naturrecht* (Wien 1787) által közvetítetten.

<sup>2</sup> Például Pauler Tivadar *Észjogi alaptan* (Pest 1854).

<sup>3</sup> A magyar tudományos nyelv a jogbölcseletben például Sz. Szilágyi János *Természeti törvénytudomány* (Máramarossziget 1813) református gimnáziumi tansegédlete képében tört magának utat.

<sup>4</sup> Elsőként Gustav Hugo *Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des positiven Rechts* (Berlin 1798) által kinyilvánítottan.

éppen ellenkezőleg, a múlt őrzésének szimbólumát testesítette meg.

A század utolsó évtizedei Közép-Európában már egy pozitíviztikus, természettudományi eszményű társadalomelmélet megjelenését jelzik. Helyi változatokként ebben ölt formát a történeti jogtudomány mesterkéltén konstruált korai történelemszemlélete<sup>5</sup> csakúgy, mint egy leegyszerűsítően materialista lélektani felfogás,<sup>6</sup> vagy – talán legsikeresebbként – az emberi cselekvés indokából kiindulóan az egyén jogtudatát társadalmi fenomenologikus tényként alapul vevő pszichológiai jogelmélet.<sup>7</sup> Ellenhatásként pedig ugyanilyen változottsággal jelenik meg a természetjogi cáfolat<sup>8</sup> és – tudomány-módszertani s erkölcsfilozófiai megfontolásból – a pozitívizmus és az erkölcsi megfontolások közti egyeztetés igénye.<sup>9</sup> Nem véletlen, hogy ekkoriban RUDOLF STAMMLERnek a „helyes jog”-ról szóló tana<sup>10</sup> válik vízválasztóvá, majd tarthatatlanságának felismerése értékelméletbe és logikai formalizmusba történő menekvésre ösztönöz.<sup>11</sup> Az akkori két klasszikus, JOHN AUSTIN<sup>12</sup> és KARL BERGBOHM<sup>13</sup> törekvésének nyomán ezért válik elsődleges igénnyé a tételes jogtudomány bölcseletének egy értékmentes jogtani alapra történő lefektetése.<sup>14</sup>

<sup>5</sup> Sir Henry Maine *The Ancient Law* (1861) nemzetközileg is legelső idegennyelvű fordítója tollából kongeniális továbbgondolásként – lásd például Pulszky Ágost 'Jegyzetek' in Maine *Az ősi jog* (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia 1875), 323–443. o., vagy – evolucionizmusként általánosítva – Jivojina Peric (Beograd, 1908).

<sup>6</sup> Például Pikler Gyula *A jog keletkezéséről és fejlődéséről* (Pest 1897) címen zászlót bontó ún. belátásos elmélete.

<sup>7</sup> Leon N. Petrazycki *Osznovü psizhologicseszkoj teorii prava* (Szanktpeterburg 1900) [*Law and Morality* (Cambridge, Mass. 1955)].

<sup>8</sup> Esterházy Sándor *A bölcseleti jogtudomány kézikönyve I–II* (Kassa 1897) vagy Tomás Garrigue Masaryk műve a természeti és történeti jogról (Praha 1900), mely utóbbinak értelmében a természetjog etikai maximum, amit a tételes jogban etikai minimumként kell érvényre juttatni.

<sup>9</sup> Felix Somló 'Masstäbe zur Bewertung des Rechts' *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* III (1910), 508–522. és 589–591. o.

<sup>10</sup> Rudolf Stammler *Die Lehre von dem richtigen Rechte* (Berlin 1902).

<sup>11</sup> Például V. A. Szavalszkij (Moszkva 1908), Moór Gyula (Budapest 1911) és P. Georgescu (1939).

<sup>12</sup> John Austin *Lectures on Jurisprudence* (London 1861).

<sup>13</sup> Karl Bergbohm *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (Leipzig 1892).

<sup>14</sup> Felix Somló *Juristische Grundlehre* (Leipzig: Meiner 1917).

Távolabb, Kelet-Európának a bizánci örökségtől uralt térségében a XIX. század elejétől látszólag mozdulatlanul a természetjog képezte az úgyszólván kizárólagos szemléleti keretet, amin belül azonban egyre inkább egymással versengő egyéb törekvések fogalmazódhattak meg – KANTianizmustól<sup>15</sup> HEGELianizmusig,<sup>16</sup> olasz ösztönzésű nacionalizmustól<sup>17</sup> pozitívizmusig,<sup>18</sup> a korai kereszténységre emlékeztető aszketikus miszticizmustól<sup>19</sup> TOLSZTOJ erőszak-ellenességéig.<sup>20</sup> Oroszországban a jogbölcselet a XIX. század utolsó éveire vált befogadottá. Befolyást ismételt kiadásaikkal mindenekelőtt N. M. KORKUNOV és P. REDKIN jogfilozófia-történeti (Szentpétervár), valamint P. I. NOVGORODCEV és E. N. TRUBECKOJ természetjogi (Moszkva) tankönyvei gyakoroltak. E térségben először CARL VON SAVIGNY és a történeti jogi iskola megvitatása eredményezett a jogi bölcseletben fordulópontot.<sup>21</sup> Az Oroszországban született irányzatok körében pedig mindenekelőtt SZOLOVJEV<sup>22</sup> és PETRAZSICKIJ<sup>23</sup> megvitatása vált a jogbölcseleti gondolkodás továbbfejlődést meghatározó kristályosodási pontjává. E kelet-európai változatossághoz sajátos színfoltként és kitörési lehetőségként kell még hozzászámítanunk az első világháború előtti Balkán jogtudományi doktorálási hullámát Párizsban – legfőképpen FRANÇOIS GÉNY akkori forradalmi munkájára<sup>24</sup> támaszkodva a jogfilozófiában –, mely mind Szerbiában, mind Romániában iskolateremtő példává és hatássá vált.<sup>25</sup>

<sup>15</sup> Például A. P. Kunicün (Szanktpeterburg 1818).

<sup>16</sup> Például K. N. Njewolin (Kiev 1839).

<sup>17</sup> Például Simeon Barnutiu (Jassy 1868).

<sup>18</sup> Például P. Missir (Bukarest 1904).

<sup>19</sup> Például V. Sz. Szolovjev (1897).

<sup>20</sup> Például I. A. Iljin (1910).

<sup>21</sup> Ezért foglalkozott a történeti jogi felfogással a lengyel U. Kollotaj (1750–1812), több szerb jogbölcsest, Novgorodcev (Moszkva 1896), valamint a litván A. Tamosaitis (1929).

<sup>22</sup> Mindenekelőtt Novgorodcev (Moszkva 1909) és A. Sz. Jascsenko (Szanktpeterburg 1912) által megvitatottan.

<sup>23</sup> Mindenekelőtt Trubeckoj (1901), M. A. Reiszner (Moszkva 1908), N. Palienko (Harkov 1908), továbbá Venelin Ganev (Szófia 1904), J. Lande (Kraków 1916) és E. Tautro (Warszawa 1925) műveiben kifejtetten.

<sup>24</sup> François Gény *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Paris 1899).

<sup>25</sup> Például Jivan Spassoyévitch *L'Analogie et l'interprétation* (1911), illetőleg Mircea Djuvara *Le fondement du phénomène juridique* (Paris: Sirey 1913).

A filozófiai pozitívizmus térhódításaként az első világháborút közvetlenül megelőző évek már az ún. bécsi iskola zászlóbontását jelzik,<sup>26</sup> és HANS KELSEN „tisztá jogtani” felfogása<sup>27</sup> köré nemzetközi iskola szerveződik.<sup>28</sup> Úgyszólván egyidejűleg lép színre az ún. brünni iskola, élén a fiatal SCHOPENHAUERnek az elégséges okról adott felfogásából kiindulva az ún. normatív elméletét megfogalmazó FRANTISEK WEYR.<sup>29; 30</sup> Az első világháborút követően hasonlóképpen teret követel magának a fenomenológia s egy apriorisztikus-deduktivista realizmus elemző igénye.<sup>31</sup> A két háború közötti korszak stílusát azonban végső soron a Tiszta Jogtan kritikai továbbgondolását vállaló generáció határozza meg.<sup>32</sup> A módszertani szinkretizmus elleni purista szigorúságú védekezés ellenhatásaként pedig végül szintetikus jogfilozófiák fogalmazódnak meg.<sup>33</sup>

Mindennek a sokarcúságnak egyszerre vége szakad, amikor a második világháborúból győztesen kikerülő Szovjetunió az egész térségben saját rendszerét vezeti be. P. I. SZTUCSKA,

<sup>26</sup> Hamarosan saját folyóirattal: *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1921–).

<sup>27</sup> Végső formájában: Hans Kelsen *Reine Rechtslehre* (Wien: Deuticke 1934).

<sup>28</sup> Egyebek közt Lengyelországban Sz. Rundstein, Szerbiában Leonidas Pitamic, Szlovákiában Vojtech Tuka.

<sup>29</sup> Továbbá WINDELBAND és HEINRICH RICKERT értékelméletét továbbgondolva Jaroslav Kallab, valamint Jaromír Sedláček és Karel Englis.

<sup>30</sup> Szintén saját folyóirattal: *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts / Revue internationale de la théorie du droit* (1926–1940).

<sup>31</sup> Oroszországban N. Alexeiev (1918), Poznanban pedig Czeslaw Znamierowski (1921).

<sup>32</sup> ÚJKANTIANUS eklektikus kritikai idealistaként Mircea Djuvara (Bukarest), a normatív jogi fogalmakat jövőalakító eszmei tényezőkként vizsgálva Venelin Ganev (Szófia), pozitívizmust a természetjoggal egyeztetve Moór Gyula (Budapest) és Djordje Tasic (Belgrád), a KANTIANUS természetjogot LEONARD NELSON műve alapján hirdetve Ceko Torbov (Szófia), idealizmust vállalva Eugeniu Sperantia (Cluj), NICOLAI HARTMANNÉ követve Vladimír Kubes *Ontologie des Rechts* (Berlin: Duncker & Humblot 1986) [lásd továbbá *Die Brünner rechtstheoretische Schule* hrsg. Vladimír Kubes & Ota Weinberger (Wien 1980)], az irracionalitás racionalizálását is vállalva pedig Szabó József (Szeged).

<sup>33</sup> Például Toma Zivanovic (1927) Szerbiában, valamint Horváth Barna szinoptikus látásmódja [*Sociologie juridique et théorie processuelle du droit' Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique* V (1935) 1–2, 181–242. o., monografikus kifejtésben pedig *Rechtssociologie* (Berlin-Grunewald: Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte 1934) (ARSP Beiheft 28)], Bibó István korrekciója, továbbá Losonczy István idegéletlennel is számoló realizmusa (1948) Magyarországon.

M. A. REISZNER és E. B. PASUKANISZ likvidálása után A. J. VISINSZKIJ „szocialista normativizmusa” (1939) a jogfilozófiai gondolkodás számára már nem szolgálhatott figyelemre érdemes fejleménnyel.

Nyilvánvalóan ebben a sorsban kellett osztoznia a SZTÁLIN-tól meghódított egész térségnek. Mégis, az analitikus nyelvi és logikai megközelítés hagyománya kellően erősnek bizonyult Lengyelországban ahhoz, hogy önmagát megőrizve saját folyóiratot<sup>34</sup> és nagyszabású életműveket<sup>35</sup> hozzon létre. A magyar hagyomány viszont az újkantianizmus bölcseletének módszertani alkalmazásán nyugodott, amit a Moszkvából érkezett LUKÁCS GYÖRGY és neofita társai honi gyökérzet hiányával is támadó ideologikus érveléssel könnyedén félresöpörhettek. Az eredmény egy – szerencsés módon – kevésbé dogmatikus, történeti és összehasonlító megközelítésben viszont erős, újító vénájú jogtudományi,<sup>36</sup> valamint egy feszes, kísérletező, társadalomelméleti, sőt, LUKÁCS kései társadalmi ontológiájának köszönhetően lételméleti – igényű MARXISTA jogfilozófiai gondolkodás lett.<sup>37</sup> Egyebek közt nemzetközi figyelmet érdemlő MARXISTA jogi elmélet formálódott még Szerbiában,<sup>38</sup> Csehországban,<sup>39</sup> továbbá – saját folyóirat létrehozása mellett – Romániában.<sup>40; 41</sup>

Mai törekvések – mindenekelőtt e századunk tudományművelésének adósságát valamelyest enyhítően kontinentális európai és angol-amerikai klasszikus *opuszok* fordítása mellett – leginkább a kényszerűen félbemaradt fejlődés által hagyott űr betöltésére irányulnak. Saját nemzeti hagyományok feltárása és újraértékelése találkozik korszerű szintézis-

<sup>34</sup> *Archivum Juridicum Cracoviense* (Krakkó, 1966–) és *Studies in the Theory and Philosophy of Law* (Lódz, 1986–)

<sup>35</sup> Például Kazimierz Opalek, Jerzy Wróblewski és Zygmunt Ziembinski.

<sup>36</sup> Saját folyóirattal: *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* (1959–).

<sup>37</sup> Mindenekelőtt Szabó Imre – például *A jogelmélet alapjai* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1973) –, Eörsi Gyula és Peschka Vilmos.

<sup>38</sup> Például Radomir D. Lukic *Théorie générale de l'État et du Droit* (Paris: Sirey).

<sup>39</sup> Például Viktor Knapp.

<sup>40</sup> *Revue roumaine des Sciences juridiques* (1956–), és Anita M. Naschitz.

<sup>41</sup> Az egész irányzatra lásd *Marxian Legal Theory* ed. Csaba Varga (Aldershot, Hongkong, Singapore, Sydney: Dartmouth & New York: New York University Press 1993) xxvii + 530 o. [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Schools 9].

igényekkel, s – talán leginkább elhanyagoltként – a természetjogi gondolat újragondolásának és a jogdogmatika teoretikus alapjai újrafogalmazásának szükségességével. A MARXIZMUS-sal való egykori kényszerű kapcsolódás emlékéből a filozófiai látásmód iránti érzékenység s a történeti és összehasonlító megközelítések alapján történő építkezés természetessége marad meg leginkább bizonyosan. Remélhetően tovább fog élni az interdiszciplináris magyarázatok – például egy makroszociológiai, autopoietikus rendszerelméleti vagy éppen kultúr-antropológiai eredményeket ötvöző és integráló ontológiai elméletalkotás – igénye is, ami az utóbbi évszázadban mindvégig jellemzője (és bizonyára egyik erőssége) volt az egész közép-európai térségben művelt jogbölcseletnek.

## A marxizmus jogelméletéről\*

---

### I.

#### *A marxizmusról általában*

A marxizmus jogelmélete sohasem volt a jogi bölcsekedés „rendes” irányzata vagy iskolája ugyanabban az értelemben, mint ahogyan például a jogpozitivizmus, a természetjogi gondolat vagy a jogszociológia társadalomelméleti iránya ilyenként megjelent.

A múlt század közepe táján az a tanítás, amit MARX és néhány elvbarátja vallott, a Nyugat-Európában akkor és ott éppen időszerű gazdasági, társadalmi és politikai fejlődési irányokat gyökeresen tagadva, azokat határozottan elutasítva öltött formát, majd sugárzott szét szerte Európában s – utóbb – az egész világon. Maga a marxizmus is – mint gondolkodási irányzat – a benne és nevében gyakorolt megsemmisítő bírálatok szakadatlan során át fejlődött és vált ismertté az akkori világon. Bátran elmondhatjuk: kritikájában valóban kérlelhetetlen volt. Pontosan e kérlelhetetlenségben emlékeztethetett egyidejűleg az Ószövetség prófétáinak szarkazmusára s egyzersmind az Újszövetségben megjövendőlt utolsó ítélet elhatározottságára, véglegességére, megmásíthatatlanságára és megingathatatlanságára.

Módszerességében a marxizmus a gondolkodás s az alkotó

\* Készült tömörített számvetésként, egy sorozatszerkesztői felkérésre született átfogó kelet–nyugati antológia és bibliográfia bevezetéseként: 'Introduction' in *Marxian Legal Theory* ed. Csaba Varga (Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth & New York: New York University Press 1993), xiii–xxvii. o. [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, series ed. Tom D. Campbell, Schools 9.]

írásbeli kifejeződés ősrégi zsidó hagyományait követhette, amik pedig eredetileg inkább a teológiában, semmint egyéb hangsúlyozottan e világi területeken éltek, és voltak jelen. Jellemzője a kommentárok, megjegyzések, lapszéli emlékeztetők és jelzések, vagyis mindenféle margináliák szoros összefüggés nélkül egymásra halmozott tömege, valamint a kifejtés rendszerességének úgyszólván teljes hiánya. Ezeket hatotta át a bennük munkáló vélekedés fenntartásokat nem ismerő kategorikussága, apodiktikus mivolta s megállapításainak eszkatologikus felhangja. A MARXIZMUST korabeli tudományos körökben aligha tette rokonszenvenné vagy különösebben védhetővé annak igénye, hogy minden további vita kizárásával, minden helyzetben mindig végleges véleményt kívánt formálni mindarról, amire csak emberi tudás és lelemény az emberi civilizáció kezdeteitől fogva rábukkanhatott.

A világról alkotott – és utóbb MARXIZMUSKÉNT megismert – személyes felfogásban MARX a tételes tudást ideologikus és világnézeti vélekedésekkel, politikai állásfoglalásokkal, sőt nem kivételesen pártprogramszerű elemekkel elegyítette. Azt tehát, amit MARX és követői elméleti tudásnak mondtak, végső soron olyan gyakorlati nézőpontok hatották át és határozták végül meg, amiknek bevallatlanul is egyetlen feladata volt: jelesül, hogy irányítsák – akár kivételes körülmények közt is – a mindennapi cselekvést.

A MARXIZMUS érdemi válasszal alig járult az emberi lét rendeltetésével, a világtörténelem sorsával kapcsolatos ún. örök nagy kérdések megoldásához, az ember számára sorsdöntő végső dilemmáinkat illető elméleti búvárkodásokhoz, állásfoglalásaink megalapozásához. Leírt vélekedése egyébként is meglehetősen vegyes irányú volt. Kétségtelen azonban, hogy egyfajta intellektuális kihívásnak sohasem volt híján. Ezt mindezekelőtt ragyogóan felvetett módszertani kérdéseinek és egyebtiszván teoretikus leleményeinek köszönhette. Átfogó univerzalista jellegéből, eszkatologikus elhivatottságából fakadóan ugyanakkor egyidejűleg valamiféle tételes valláspótlék igényével is fellépett. Olyan katekizmusként kínálta magát, amelyiktől axiomatikus válaszok nemcsak remélhetők, de tényleg meg is adhatók bármiféle olyan kérdésre nézve, amely elméletben vagy gyakorlatban egyáltalán megfogalmazódhatott.

Tény, hogy a MARXIZMUS eleve mély elkötelezettséget hirdetett a fejlődés eszméje iránt. Ugyanakkor érdemes megfigyelnünk, hogy ennek ellenére még az alapító atyák, KARL MARX és FRIEDRICH ENGELS lényegi rendszermeghatározó gondolatai is mennyire zártaknak bizonyultak. Retorikájukban ugyan mindketten hangsúlyozták, hogy a fejlődés perspektívájából minden folyamatszerű, következésképpen mindennek szerkezete és összefüggésrendszere egyaránt nyitott. Ebből pedig egyenesen adódik, hogy minden folyamatnak többsélyűnek kell lennie. És csupán utólag, a MARXIZMUS által kínált válaszok közelebbi szemügyre vételéből derülhetett csak ki, hogy az, amit fejlődésbeli nyitottságként igényelt magának, voltaképpen inkább pusztá kivétel, egy ellentétes értelmű szabálynak kivételként történő megerősítése volt.

## II.

### *A MARXIZMUS mint filozófia*

Meglepő – bár a múlt század értelmiségi irányainak ismeretében korántsem kivételes –, hogy mind MARX, mind ENGELS kora fiatalságuktól kezdve kedvvel választották a jogot ahhoz, hogy általa és belőle kiindulva valami egyébről szóljanak. Jogászi műveltségükkel éltek ahhoz, hogy jobbra egyéb tárgyakat érintő vitákban állást foglaljanak, azokban érveket kifejtssenek, és példákkal éljenek. Persze nem csak őket jellemezte ez. Pontosan ugyanez a kedvteli választás jellemezte korai tanítványait (például FERDINAND LASSALLE) és kései híveiket (például LUKÁCS GYÖRGY) egyaránt.

Mindez persze nem is lehetett számukra különösebben nehéz feladat; csupán az akkoriban divatos mintát kellett követniök. Pontosabban: a jogászi as módját annak, ahogyan az ember gondolatait bemutatja, összefüggéseket kifejti, vagy teoretikus igényeket megfogalmaz. Korántsem volt véletlen tehát, hogy MARX éppen berlini joghallgatóként szerzett diplomát. Fiatal korától kezdve (ENGELSSzel együtt) hozzászólt ahhoz, hogy újságok hasábjain jogi példákkal élve vívja társadalmi küzdelmeit. MARX és ENGELS még a nevükhöz fűződő alapvető paradigmát, az alap és felépítmény gon-

dolatát is (nevezetesen, hogy a gazdaság nem más, mint a mindenkori társadalmi felépítmény által a saját szolgálatára rendelt alap, mely felépítmény eszköszerepe mutatkozik meg abban, hogy ez utóbbi mindenkor és szükségképpen megfelel alapjának) a jog példájával élve fejtették ki. Vagyis a jogban látták a mintaképét annak, hogy miképpen válik valami a gazdasági alap szolgálatjává, amiből éppen e szolgálat céljából és érdekében vált ki.<sup>1</sup>

Mindenesetre (és feltehetően az előbb felsorolt jegyek okából is) máig megválaszolatlanak találjuk annak kérdését, vajon kifejtett-e egyáltalán a MARXIZMUS a változó idők próbájának kiállítására alkalmas olyan filozófiai diszciplínát, mint egy valódi lételmélet, ismeretelmélet, esztétika vagy egyéb hasonló? Ugyanakkor – és függetlenül a fenti kérdésre adható választól – azt máris bizonyosnak vehetjük, hogy tanítása bármennyire is a társadalmi hatalomról s az érte folytatandó küzdelemről szólott, egy saját jogelmélet megteremtésében már kudarcot vallott. Rendkívül figyelemreméltó részleges törekvések ellenére nem hozott létre semmiféle átfogó filozofikus diszciplínát, mely a jogelmélet nevet valóban megérdemelhetné. Mint láttuk már: a MARXIZMUS (mint egyedi életművek halmaza s mint a társadalmat befolyásoló nézetek és programok piacán az elsőségért küzdő mozgalom egyaránt) döntően különféle ösztönzésekre, módszertani előfeltevésekre, elméleti belátásokra és gyakorlati megfontolásokra válaszolt – ámde csupán önnön gyakorlati nézőpontjából, és maga az egész irányzat is (elő- és utóéletében egyaránt) ilyesféle részleges válaszok sajátos politikai és ideológiai indítékú elegyeként formálódott. Szerencsénkre vagy szerencsétlenségünkre elmondhatjuk: leghívebb hívei sem alkottak átfogó elméletet emeltek ezekből, csupán e válaszokból eredő saját (s többnyire politikai indítékú) megfontolásait alkalmazták (olykor, egyebek közt) jogi természetű kérdésekre.

<sup>1</sup> Szemléletes kifejtésben lásd a szerzőtől 'A jog mint felépítmény: Adalékok az alap-felépítmény kategóriapár történetéhez' *Magyar Filozófiai Szemle* XXX (1986) 1–2, 31–75. o.

### III.

#### *Az izmussá vált doktrína*

Az a tény, hogy az előbbiekből adódóan a MARXIZMUS már eleve (s megállapításunkat csupán a tudományfejlődés perspektívájából mérlegelve) szerencsétlen csillagzat alatt jött létre, s a jog iránt jobbára csupán töredékes érdeklődést tanúsított, hatását bizonyos mértékig már előre behatárolta. Szükségképpen jelentéktelenítette azt a befolyást, amit a jogra – pontosabban: a bölcséleti igényű és mélységű jogi magyarázatokra – egyáltalán gyakorolhatott.

Hadd emlékeztessünk arra a történelmileg semmiképpen sem érdektelen körülményre, hogy maga a MARXIZMUS olyan időben lépett fel megtermékenyítő erőként az európai történelem színpadán, amikor – néhány évtizeddel a francia forradalom, majd a BONAPARTISTA államcsíny s az ellenforradalmi berendezkedés után – sokak számára úgy tűnt, hogy egy nagy európai, ám egyben világméretűvé fejlődő forradalom kirobantása lesz a nap leginkább fontos, időszerű feladata. A formálódás azon időszakára pedig, amely alapító atyáinak korától a századvég melankolikus életérzésén és várakozásán keresztül az első világháborúig (eseményeiig és hatásaiig, valamint utóbbiak utólagos manipulálásáig és ideologikus felhasználásáig) ívelt, úgy fejlesztette tovább a MARXI tant, hogy egyszersmind immár a kor átértett kihívásaival is sikerrel szembenézessen. Ebből következően célja most már kizárólag az lehetett, hogy tömegeket forradalmasítson. Elgondolásait történelemfilozófiai sugallatok uralták, s gondolkodásában a különféle előítéletek mindennél erősebb hatalma – így például sajátos evolúció-felfogásából adódóan az eleve elrendeltség érzése s a múlt aranykorát az eljövendőre is kivetítő sajátságos utópiája – szolgaként gyűrte maga alá a valóságot. Utópikus valóságpótléket eskábáltak össze hát maguk a forradalmárok is, s mindez arra volt hivatott, hogy felülmúlja, legyőzze, majd végül megsemmisítse a mindennél jobban gyűlölt fennállót.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Itt csupán emlékeztetek arra a képszerű kifejezésre, amit Michael Löwy *Rédemption et utopie Le judaïsme libertaire en Europe centrale: Une étude d'affinité élective* (Paris: Presses Universitaires de France 1988) 258 o. [Sociologie d'aujourd'hui] a tárgyról elmélkedve rajzol.

Azon jobbra nyugat-európai és amerikai filozófiatörténészek, társadalmi esszéisták és különféle nyelveken entellektüelnek nevezett egyéb közszereplők szerint, akik reflektálatlan – s ezért a társadalmi felelősség gondolatát eleve elutasító – mély vonzalból adódó rokonszenvvel viseltetnek valamiféle baloldaliság iránt, ez az időszak volt a MARXIZMUS fénykora: az Eszme immár oly régóta vágyott diadala. Nem egyszerűen európai válaszút, hanem egyszersmind olyan kihívás, amely új utakat nyitott számukra a társadalomtudományi gondolkodás történetében. Persze tudnunk kell, hogy korántsem tisztán elméleti megfontolások, hanem – bennük és mögöttük – a hatalom akarása is azon tényezők között volt, amelyek megalapozták ezt a fordulatot, s nem titkoltan szerepet játszott ebben az a szándék is, hogy – világorradalom útján – alakítsák, majd általuk meghatározott pályára tereljék az eljövendő korok emberi történelmét.

Az akarat túltengése magyarázhatja csak: miképpen eshetett meg, hogy a MARXIZMUS nagyívű elméletei által kovácsolt utak, a MARXISTA doktrinerek által elért teljesítmények egyike sem bizonyult elégségesen erősnek és önfenntartónak ahhoz, hogy fegyveres erőszak fenyegetése hiányában – *ratione imperii* helyett *imperio rationis* – ugyanakkora eséllyel hosszabb távon is életben maradhasson. Hiszen tapasztalati bizonyítékkal csupán arra nézve rendelkezünk, hogy azokat a különös történelmi feltételeket, amelyek pedig létrejöttükben erősen valószínűsíthetően szerepet játszottak, egyikük sem élte túl. Úgy tetszik ezért: életben maradásukat, magyarázó erővel korunk filozófiájába történő beépülésüket, egyetemes gondolkodási kincsünk részévé válását az sem segíthette, hogy olyan intellektuális kiválóságok bábáskodtak a gondolat tette válásánál, mint KARI. LIEBKNECHT, ANTON MENGER, LUKÁCS GYÖRGY, KARL RENNER vagy ERNST BLOCH.

#### IV.

##### *A MARXIZMUS jogelméleti teljesítménye*

Azokat a megvalósulásokat és eredményeket, amik a MARXIZMUSHOZ a jogi gondolkodásban fűződnek, két csoportra bonthatjuk. Egyeseket forradalmi körülmények közt alkalmaztak

a jogi problematikára – úgy mint ideologikus burkot és egyben mint intellektuális gyakorlatot –; s mindezt annak érdekében, hogy általa kíséreljék meg a gyakorlati jogpolitika gyökeresen új pályákra terelését. Ez a szovjet típusú, elnyomó funkciójú, egyben bizantikus valláspótlékká torzult MARXIZMUS esete. Más helyzetekben a MARXIZMUS eszmetárát pusztán módszertani hivatkozásként használták – annak érdekében, hogy új elméleti indításokra ösztönözzenek, vagy a fennállónak kritikai gyengítését bátorítsák általa. Ez pedig – a létező szocializmusok esetenként (ám jobbára kivételesen) valódi elméletépítő törekvésein túl – mindenekelőtt a nyugati típusú MARXIZMUS esete. Nos, jellemző – és egyben az egész teoretizálás közvetlenül politikaiként felfogott *ancilla*-szerepét is jól mutatja –, hogy e kétféle „alkalmazás” közt a politikai rezsimekben s a párt-szimpatiajú gyakorlatban úgyszólván nem volt semmiféle átjárás. Noha mind háttérül szolgáló műveltségében, mind pedig a filozófiai megalapozás igényességében a MARXIZMUS közép- és kelet-európai változata átütőbb, átfogóbb és határozottan erőteljesebb és maradandóbb hatású volt, a nyugati változat lenézte ezt, és egészen az utolsó után következő pillanatokig is úgyszólván tudomást sem vett róla – bizonyára a versengés szellemében, de talán azért is, mert a szovjet háttérrel nem akarta gyengíteni érvelésének lehetséges fogadhatóságát. A keleti változat viszont minden hivatalos eszközt egybegyűjtve felhasznált ahhoz, hogy tiltson a nyugatitól – mindenekelőtt bizonyára azért, mert félt a moszkvai és egyéb helyi hatalmi központok gondolati ellenőrzése alól történő kiszabadulás esélyétől.

## 1.

### *Szovjet-orosz SZTÁLINIZMUS*

Arra, hogy a MARXIZMUST hogyan kell forradalmi (tehát tudományos alapon társadalmat alakító) módon felhasználni, az oroszországi bolsevik lázadás, majd az ennek európai exportálására tett korai kísérlet (elsősorban a magyarországi Tanácsköztársaság) szolgáltatott mintát. A második világháborúnak a győztes nyugatiak által szégyenteljes megalkuvással történő befejezése tényeiből s paktumszerű szentesítéséből

adódó feltételek közt ez a minta viszont immár exportálhatóvá is vált akkor, amikor a Szovjetunió – mint a második világháborús világegésnek egyetlen ténylegesen is győztesként kikerülő s területharácsolásra vetemedő hatalma – uralmát Közép- és Kelet-Európára kényszeríthette. Majd azután, hogy az atlanti térség hatalmaitól immár félve tisztelt (mert kétségbevonhatatlan) nagyhatalommá lett, fokról fokra terjeszkedve befolyása alá vonhatta Ázsia, Afrika, majd végezetül Közép-Amerika egyre növekvő területeit is.

Fontos azonban tudnunk (és jobb híján, a nyugati önzetlenségbe vetett közép- és kelet-európai bizalom megrendülése után talán még ez is tartogathat számunkra valamelyes biztonságot a jövőben esetleg újból felbukkanó zavarok esetén), hogy bármennyire erősnak tetszett is hevületük, még e bolsevik erőszakosságú és kíméletlenségű, újsütetű JAKOBINIÁnus újrarendezők társadalmi kísérlete sem járt sikerrel. Pedig a helyi polgárságot és különösen az értelmiséget saját forradalmáraikkal, vazallusaikkal s janicsárjaikkal felváltva úgyszólván, mindent megtettek, hogy a klasszikus humántudományi diszciplínákat is éppen emberszerű minőségüktől megfosztva teljes áttörést és irányváltást kényszerítsenek ki a társadalomtudományokban. Szándékukban nyilván a jogi diszciplína sem jelentett kivételt. Ám kudarcukhoz bizonyára hozzájárult, hogy forradalmasító vállalkozásukat olyan jellegzetes entellektüelekre bízták, akik mindenekelőtt MARXIÁnus doktrinerek voltak, következésképpen meglehetősen elvont és könyvszagú eszmékkel rendelkeztek csupán arról, hogy mi is és miképpen működik egy társadalom. Pusztán egyetlen rögeszme hajtotta őket – az, hogy mindenmű korábbi gyökérzetről és szervességről leszakítva, sohasem látott új irányokba tereljének élő népeket és társadalmakat. Érzékletes jellemzést THOMAS MANN adott erről a típusról – akkor, amikor a bukott magyarországi diktatúra népbiztosáról, LUKÁCS GYÖRGYRŐL írta le egyetlen bécsi találkozás nyomán kialakult benyomásait: „Teljességgel teoretikus emberek ezek, kik hazájukban most politikai szerepet vállaltak – mert úgy érezték, hogy vállalniok kell – olyan időkben, amikor katasztrofális körülmények átmeneti lehetőséget teremtettek mindenféle szociális rajongóknak ahhoz,

hogy eszméikkel a nép élő testén kísérletezhessenek, kipróbálva mindent, amiben csak hittek.”<sup>3</sup>

Köztudott, hogy a szovjet-országi kísérlet első évtizedei még mintha valóban bővelkedtek volna valamiféle új elméleti indítás ígéréseiben. Elegendő ehhez akár M. A. REISZNER, akár P. I. SZTUCSKA vagy E. B. PASUKANISZ elméleti érdekességét ma is változatlanul hordozó munkásságára gondolnunk. SZTÁLIN végső győzelme, az előbb felsorolt (s a nyomukban vonuló hasonló) önálló gondolathordozók iskoláinak elszigetelése, képviselőik fizikai likvidálása, majd a párturalom személyes zsarnoksággá válása azonban – s ennek a jog területén a Szovjetunió Tudományos Akadémiája Állam- és Jogtudományi Intézetében 1939-ben rendezett úgynevezett vitán az A. J. VISINSZKIJ által előterjesztett jogfelfogás kényszerű elismerése volt az előhírnöke – bárminemű újításnak azonnal megálljt parancsolt. Nemcsak a terror légkörével állta útját bármiféle további gondolatfejlesztésnek, de ekkor is és később is következetesen valóra is váltotta halálos megtorló fenyegetéseit.

Az a diszciplína, amit akkoriban – hivatalos címkével ellátva – „LENINI–SZTÁLINI” (majd „MARXISTA–LENINISTA”) „állam- és jogelmélet”-nek neveztek, arculatában számottevően azóta sem változott – legalábbis lényegét vagy alapszemléletét illetően bizonyosan nem. Mindenekelőtt a szovjet MARXIZMUS jogtudományát születésétől dicstelen elmúlásáig (egyes kivételes professzorok vagy magányos kutatók tiszteletreméltóan önállósuló olykori kezdeményezése ellenére) nyomasztó jellemvonások jellemezték. Csupán példaszerűen egyebek közt az, hogy

- bármiféle skrupulus nélkül elsőbbséget biztosított bármiféle politikai és ideologikus megfontolásnak;
- a jogpozitivizmus szűkmarkú változata, az ún. törvénypozitivizmus (mint a jogász hivatás hivatalos ideológiája) előfeltevéseit az elméleti vizsgálódásokra nézve is axiomatikus kiindulópontokként tételezetten kivetítette;
- az ún. szocialista normativizmus teoretikus hitvallása és gyakorlati eljárása jegyében a mindenkor párt-

<sup>3</sup> *Thomas Mann und Ungarn Essays, Dokumente, Bibliographie*, hrsg. Antal Mádl & Judit Győri (Budapest: Akadémiai Kiadó 1977), 339-340. o.

- voluntarizmust s a központból érkező bármiféle akaratnyilvánítás szolgálékú tiszteletét és követését juttatta diadalra;
- elsődleges érvényesülést biztosított mindenfajta hatalmi megfontolásnak a legalapvetőbb szakmai szempontokkal szemben (s ráadásul jogilag önkényes, mert igazolhatatlan eljárását „dialektikának” nevezve), miközben bármiféle politikai ellenérdek felmerülése esetén a jogi követelmények érvényre jutását még a jog saját közegében sem engedte meg;
  - jón és rosszon túli, bírálhatóságtól mentesített pozícióba emelte a mindenkori MARXIZMUS bármikori hivatalos megnyilatkozásait, miközben elméletileg is megfogalmazott tételeit durván és erőszakosan túláltalánosította annak érdekében, hogy tetszésszerű megfogalmazásaik ellenére történelemfeletti, örökérvényű, sőt egyenesen egyetemes igazságoknak kiálthassa ki ezeket;
  - alapvetően védekező (miközben látszólag folyvást támadó) alapállásából fakadóan önmagát kimozdíthatatlanul saját jelenébe rekesztette be, hogy ezzel magát mindennemű ellenőrizetlen külső befolyás lehetőségétől elszigetelhesse, mindeközben ugyanakkor totálisan elzárva önmagát a nemzetközi párbeszédetől, egyebek közt bármiféle valóságos kölcsönhatás lehetőségétől is;
  - ideológiai kizárólagossága jegyében minden álláspontot és vélekedést elutasított, ami bármiben is eltért az utolsó hivatalos megfogalmazástól; ezért elzárkózott a sajátjától akár árnyalatilag is eltérő vagy új utakat kereső megközelítésekől (például az antropológiától, szociológiától, politikatudománytól, nyelvfilozófiától), a korszerű új módszertani meglátásoktól (például az analitikustól, logikaitól vagy rendszerelméletitől), de elutasította az általa ki nem sajátítható tekintélyeket is (különösen akkor, ha ezeket a „ténylegesen létező szocializmus” ideológiai ellenőrző tényezői sem vonhatták búvőkörükbe). Adminisztratív tiltások útján többnyire sikerrel el is hallgattatta saját „felelősségi” körén belül ezeket. Ha pedig tudomást kényszerült venni róluk, úgy leginkább megsemmisítő (főként politikai-ideológiai) bírálatukra tett kísérletet.

Persze egy ilyen mértékben lepusztult szellemi környezet nem lehetett túlzottan kedvező akármiféle tudományos meg-

újulás számára. Számottevőbb eredmények ezért a MARXISTA jogelmélet körében akkor és azóta is jobbra inkább kisebb lépések, kivételes egyéni próbálkozások képében jelenhettek csupán meg. Sőt, a még ekkor is kötelező retorikus hűségnyilatkozatok okából az ilyesfajta úttörésekben megmutatkozó előrehaladást is jobbra csak egy általuk ott és akkor meghaladott szinthez viszonyítva érzékelhetjük.

Idézzünk mindössze egyetlen példát ezek köréből: úgy tesszük, hogy a VISINSZKIJ jogfogalom eluralkodása óta az első nagy fordulatot (s egyszersmind a szociológiai nézőpont irányában megteendő első lépést) az a vita tette lehetővé, amelynek előzetesen vállalt programja pusztán az 1939-ben proklamált jogmeghatározás következményeinek levonására irányult. Jele-sül: elhangzott ekkor két érv, ami – mint utóbb derült csupán rá fény – döntő mértékben járult hozzá ahhoz, hogy a társadalmi közeg kötelező figyelembevételének szelleme a voluntarista központosítottság jogi normativizmusának palackjából kiszabadulhasson. Nevezetesen, A. J. VISINSZKIJ 1. elismerte jognak azt is, amit a kérdéses államban csupán szokásként fogadtak el és követtek, és 2. dogmatikai okból a szovjet kritikusok úgy foglaltak állást, hogy gyakorlati megvalósulásában a jogműködés csakis jogviszonyok formájában képzelhető el. Nos, a vita újraindult SZTÁLIN halála után, s most már annak konkrét megválaszolását tűzte maga elé célként, hogy az olyan viszonyok, amelyek a hivatalosan „»a« jog (vagyis a »szocialista törvényesség«) »megvalósulásának«” tekinthető módoktól eltérő utakon jöttek létre – tehát azok, amik például pusztán bírói döntés nyomán, egy állandósuló bírósági gyakorlat következményeként keletkeztek (és tudnunk kell itt, hogy a bíraskodást akkoriban szigorúan a jog alkalmazásának tekintették, következőképpen a jogalkalmazó aktus esetleges, akár kivételes jogforrási erejét s jogkeletkeztető hatását az uralkodó törvényi pozitívizmus nem ismerte el) –, jogviszonyoknak, létrejöttük pedig jog keletkezésének minősülhet-e, vagy sem?<sup>4</sup>

<sup>4</sup> A nézeteltérés érvei emlékeztetnek a jogpozitívizmus és jogszociológia közt Németországban 1916–17-ben zajlott klasszikus vitára. Lásd *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie* Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber, hrsg. Stanley L. Paulson (Aalen: Scientia 1993), tanulmányai újragondolásával pedig Hubert Rottleuthner *Rechtstheorie*

*A népi demokráciák szocialista jogelmélete*

A második világháború után Moszkva azokba az országokba, amelyeket általa gyakorlandó függőségbe taszított, egyszerűen exportálta a MARXIZMUST is – ráadásul az általa ismert megszokott és funkcionális, vagyis valamiféle bizantikus államvallás-pótlékra emlékeztető primitivizált formában. Olyan felhanggal és fenyegető hangsúllyal vezették ezt be, hogy ebből a keleti despotizmusokban fogant igényük egyértelműen kivilágozhatott. Nevezetesen: a nevében közölt tanítás úgy jelent meg mindenkor, mint az utolsó szó az emberi civilizációnkban elérhető tudásról. Mindennapi gyakorlatában a szovjet minta rákényszerítése a csatlóssá tett országokra egyszerűen azt is célozta (és ugyanakkor feltételezte), hogy a célpontként kijelölt országok nemzeti azonosságát és hagyományait lerombolják, az ott korábban kiküzdött tudományos múltat sutba dobják, és korábban kiépült intézményes kereteiket saját export-rutinjával felváltsa a győztes hatalom. Szovjetunióból, a világforradalom központjává vált Harmadik Rómából hoztak tehát mindent: fogalomkészletet, retorikát, formulákat és eljárást, rítust és élelmény-választékot – amiket persze szolgálai hűséggel rögvest bevezettek, és gyanakvó új-neofiták gyakori túlzásaival szigorúan számon is kértek nemcsak a politikai díszletezésben s a tudományban, de a mindennapi viselkedés és hivatásgyakorlás apró-cseprő részvonalkozásaiban is. Attól kezdve, hogy milyen tárgyakat tanítanak és tanszékeket ismernek az egyetemeken, milyen hagyományos ünnepeket szüntetnek meg vagy profanizálnak

---

*und Rechtssoziologie* (Freiburg & München: Alber 1981), B.I.1. pont, 31–41. o. [Kolleg Rechtslehre]. A szovjet vitát ismerteti Péteri Zoltán 'A jogfogalom néhány kérdése a szovjet jogtudományban' *Az MTA Állam- és Jogtudományi Intézetének Értesítője* I (1958) 2, 304–314. o., valamint a jelen szerzőtől 'A jog meghatározásának néhány kérdése a szocialista jogelméletben' *Állam- és Jogtudomány* 10 (1967) 1, 143–156. o. és 'A jogmeghatározás kérdése a 60-as évek szocialista elméleti irodalmában' *Állam- és Jogtudomány* 22 (1979) 3, 475–488. o. [újraközölve in Varga Csaba *Jogi elméletek, jogi kultúrák* Kritikák, ismertetések a jogfilozófia és az összehasonlító jog köréből (Budapest: ELTE „Összehasonlító Jogi Kultúrák” projektum 1994), 347–359. o. {jogfilozófiák}].

államilag, milyen címmel és szerkesztőségi szakosodásban jelennek meg az újságok, frissen tartva (függőlegesen, szellősen tárolva) vagy avassá érlelve (vízszintesen, levegőtlenül egymásra pakolva) tárolja-e a hadtápszolgálat a szalonnát a hadseregben – minden (címeiket, formaiságokat, egyenruhákat, használati utasításokat egyaránt ideértve) kivételt nem ismerően egy keleties moszkovita *Gleichsaltung* kényszerzubonyában exportáltan jelenhetett csupán meg. Megszakították a folytonosságot a tudományos életben is. Néhány évnyi hatékony mozgalmi munka után alig egy-két régi professzor maradt meg csupán. Persze azoknak, akiknek szakmai továbbélést egyáltalán engedélyeztek, többnyire nemcsak új eszméket kellett magukra öltetniök, de egyidejűleg hamarosan arra is rákényszerültek, hogy egyetemi tanárokként, bírakként és ügyészekként ezentúl csau színű egyencipőben, nyakendőt száműző nyitott inggallérral, micisapkában, lódenkabátos proletár egyenfazonban jelenjenek meg munkahelyen és színházban egyaránt.

A totális ellenőrzés – szemben a kortárs nemzetiszocializmus Harmadik Birodalmával, ahol a kettős, mert (egyidejűleg, ám eltérő tekintetben) normális és abnormális állam képzete egyáltalán felvetődhetett,<sup>5</sup> s csigaházak valamelyes keretek közt épülhettek – a tudományos szocializmus birodalmában semmiféle kivételt nem tűrt. A totális hatalomgyakorlás igénye oly betegesen és ázsiaiisan rutinizottan rögzült, hogy még a nemzeti kötődésektől történő megfosztás is – függetlenül attól, volt-e különös célja, vagy segítette-e egyáltalán a szovjetizálás sikerét – brutális teljességre tört. Amde – paradoxikus módon – éppen a totális ellenőrzés totális sikeressége tekintetében mégis mutatkoztak országonként jellegzetes különbségek abban, hogy a szovjet minta követésére irányuló vazallus versengésben valójában melyik változatnak mennyire és milyen mélységben sikerült tényleg átjárnia a kultúra mélyrétegeit – esetleg visszavonhatatlan, végleges

<sup>5</sup> Kortársi problémázként lásd Ernst von Fraenkel *Der Doppelstaat* [1941] [*The Dual State* (New York: Octagon 1969)]; irodalmából pedig Wolfgang Luthardt 'Unrechtsstaat oder Doppelstaat?' in *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus* hrsg. Hubert Rottleuthner (Wiesbaden: Steiner 1983), 197–209. o. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 18].

pusztítást idézve ezzel elő. Egy keresztül-kasul hatoló szovjetsítő hatásnak végső soron az országok voltak leginkább kitéve, amelyek modern jogi kultúrára (vagy annak pótlékára) egyáltalán a szovjet intézményi importtal tettek szert (ilyen volt például Mongólia és Albánia), vagy amelyek gyarmatosítójukkal közös bizantikus múlttal rendelkeztek, s így saját védekező mechanizmusokat kevésbé tudtak kifejleszteni ellene (ilyen volt például Bulgária, Románia és Szerbia).

Közép-Európa nyugati peremvidékén, a legyőzött Németország szovjet megszállási övezetébe eső területeken moszkvai tanácsadók közvetlen irányításával az életviszonyokat kíméletlen következetességgel szovjet mintára átformázták, s ebbéli törekvésüket úgyszólván maradéktalanul teljes siker övezte. A tudományban például még a német újraegyesülés után sem állhatott helyre igazi párbeszéd a hajdani nyugat-német s a visszacsatolt keleti területek közt. Hasonló elszigetelődés lett Csehszlovákia sorsa is 1968 után azt követően, hogy az ún. prágai tavasz folyamatában az „emberarcú szocializmus” e világi megvalósítására tett kísérletet a szovjet uralmi doktrína jegyében fegyveres beavatkozással elfojtották.

A közelebbi régióban szerencsésnek mondhatjuk, hogy mind Lengyelország, mind Magyarország sorsa valamelyest eltérően alakult. Mindenekelőtt arról van szó, hogy mások voltak az előzmények, s ebből eltérő irányú tudománypolitika formálódott. Ami Lengyelországot illeti, virágzó volt hagyománya társadalomtudományokban s a társadalmi vizsgálódásokat illető módszertan, így elsősorban a formállogika és az analitikus fogalmi elemzés területein. A lengyel tudományosság ezért számos humán területen képes volt megőrizni módszerességét, kortárs nyugati iskolákhoz fűződő közelségét, sőt saját nemzeti hagyományai java részét is. Tudjuk ugyan, hogy vitatlatlanul elfogadták a marxizmust mindenütt, ahol annak bármiféle helye lehetett – így mindenekelőtt a hatalmi viszonyoktól érintett politika- és államtudományi, valamint ideológiai területeken. De nemzeti tudományuk módszeres hagyományait minden más területen sikerrel megvédték. Professzoraik gyakran pártfunkciókba menekültek, miközben szakmájukban már ideológiamentesen kezelték az eléjük kerülő kérdéseket, amelyek tekintetében immár az elmé-

let ethosza, tudományosságuk komolysága forgott kockán. Ezért – távolról sem jogosulatlanul – egyfajta előremenekülés útját választották: kifejlesztették politikai és ideológiai tudományait, s a MARXIZMUST mint szaktudományt látványosan odatulva, a vizsgálódás egyéb területein azonban illetéktelennek minősítve, a tudomány autonómiáját nem csekély sikerrel megóvták. Talán összegezhethetnénk így is: nemzeti büszkeségük s mélyen beágyazódott hagyományaik kedvező találkozása a kezükre játszott abban, hogy a besározódástól védelmezzék tudományukat. Magyarország esélyei – sajnos, szintén saját hagyományainak betudhatóan – kevésbé bizonyultak kedvezőnek. Kisebb országról lévén szó, kevesebb egyeteme volt, és humán hagyományaink is jobbára az ÚJKANTIANUS társadalmi filozófiáktól érintett területeken mutatkoztak erőteljesnek. A társadalomtudományok köre ezért kevésbé tudott ellenállni a Moszkvából célzatosan ideirányított LUKÁCS GYÖRGYnek és bolszevista civilizáló dühvel könnyű sikerre áhítózó társainak, valamint a csatlakozó s neofitizmusban hamarosan egymással versengő beilleszkedők hadának, akik gyakran éppen saját korábbi ÚJKANTIANIZMUSUKBÓL váltottak át, és most már fenn s göggel, magukat újjászületettnek gondolva hirdették: vége saját tegnapijuk reakciónak kikiáltott Magyarországnak, tehát talmi német utánzás helyett egy „élenjáró” társadalomtudomány csíráit kell elvetniök. Huszonéves bőrkabátosok segítségével szétviharozva az országban kiűritették hát a tudomány műhelyeit. Nem véletlen ezért, hogy hamarosan egyetlen győztesként a MARXIZMUS – s annak is SZTÁLINI hivatalos változata – maradt csupán a porondon, talán egyedül a katolikus teológiát kímélve meg leegyszerűsítéseiktől s egy dogmatikus bezárkózás kártételétől.

Szólnunk kell végül a hatalmas ázsiai térség, valamint a világméretű modernizációs versenyben ez idő szerint alulmaradt ún. harmadik világ szovjet befolyás alá került területeiről is. Kínában, Észak-Koreában, Vietnamban és Kubában, valamint Ázsia és Afrika egyéb területein is a forradalmasító felzárkóztatás hevítő láza törvénytörően (mert éppen a forradalmi lendülettől életre hívott) boml(aszt)ásba torkollott, s felemelkedésük ígérete helyett káoszba, nyomorba és további esélyeiket is felemészítő züllésbe hullottak vissza

(mint például Kambodzsa, Etiópia és Afganisztán). Ezen országok tudományos irodalma egyébként is meglehetősen szegényes, így az átalakulásukat illetően megszerezhető tudásunk is túlságosan töredékes ahhoz, hogy sikerükről-sikertelenségükről véleményt formálhassunk. Sajnos, egyelőre még abban sem lehetünk megnyugtatóan biztosak, vajon tényleg pusztán információknak vagyunk-e híján, vagy inkább arról van szó, hogy kultúrájukból mindennemű autonóm közvetítői értelemben felfogott jog eszméje, így az annak elméleti megalapozására irányuló igény is egészében hiányzik. Az antropológiai tudás s a kultúrák közötti megismerés hermeneutikai problémái folytán még abban sem lehetünk biztosak, vajon nem inkább arról van-e szó, hogy nem európai hagyományviláguk és gondolkodásmódjuk teszi számunkra átláthatatlanná társadalmi és mentalitásbeli viszonyait, hiszen ebben az esetben bármiféle esetleges jogi szándék is nyilvánvaló szükségképpeniséggel egy számunkra közvetlenül aligha értelmezhető hagyományos szemléleti keretbe ékelődik.

Összességében mégis elmondhatjuk: az ún. szocialista jogelmélet jelentős irodalmat eredményezett mindenekelőtt az európai kontinensen. Mindebben bizonyára közrejátszott a szovjet uralom alá került népek élni akarása, önkifejezési szüksége, sőt önmagában talán a teoretikus tisztázás iránt megnyilvánuló kulturális igényesség is, hiszen – tudjuk jól – bölcselkedésre kizárólag a szocialista elmélet nyelve kínálkozott egyetlen igénybevehető lehetőségként. Egy ilyen módon és keretek közt formálódott szocialista jogelmélet egyidejűleg valamiféle (noha olykor valamelyest torzult) tükörképet adott nyugat-európai és észak-amerikai nem MARXIÁNUS elméleti irányzatokról is, miközben maga csak ritkán tudott felemelkedni egy valóban teoretikus megértés és válaszadási kísérlet méltóságáig.

### *Nyugati MARXIZMUS*

A nyugati féltekén a MARXIZMUST mindig tárt karokkal fogadták. Persze akadémikus körökben sohasem tekintették igazi elméletnek; a pályaszélnél beljebb sohasem került.

A két világháború között a MARXIZMUS iránti érdeklődés a nyugati világban jószerével arra szorítkozott, hogy számba vegyék mindazt, amit joggyakorlat és elméleti megújulás Szovjet-Oroszországban egyáltalán létrehozott. Meg kell persze azonnal jegyeznünk, hogy a jogról szóló kommunista bölcselkedés meglehetősen alacsony igényszinten mozgott, s erre sajátosan rímelt nyugati kritikai megítélése is, amennyiben ez utóbbi politikai értelemben volt (pozitív vagy negatív irányban) javíthatatlanul elfogult. Ezért a szovjetunióbeli erőfeszítések nyugat-európai vagy amerikai bírálata sem hozott létre semmiféle maradandó értékű elméleti teljesítményt.

SZTÁLIN halála után azonban a helyzet gyökeresen megváltozott. A MARXIZMUS Nyugaton – talán éppen a baloldali egyetemi és entellektüel rétegek saját elfojtott forradalmasító vágyainak legalább pótcselekvésben történő kiéléseként (amit az értelmiségi nyugtalanság és a sziporkázó bírálgatásban kimerülő önmegvalósító hajlam bizonyára még tovább fokozott) – divatos vállalkozássá lett. Jelentős intellektuális erők vállalták korunk problémáinak MARXIZÁLÓ igénnyel történő újraértékelését, s így korántsem véletlen, hogy teljesítményük közfigyelemre, olykor egyenesen az utókor emlékezetére érdemes teoretikus válaszokban is testet öltött, néha egyenesen a MARXIZMUS formálódása aranykorának kései klasszikusai (a fiatal LUKÁCSBAN és kongeniális társaiban) feszülő intellektuális erőre emlékeztetve. A MARXIZMUSON belül a jogot érintő bölcselkedés csakúgy, mint a történelemfilozófiai, szociologisztikus, antropológiai vagy tisztán ideológia-kritikai igény is széles körben elfogadottá lett, amit évtizedeken keresztül főirányként elfogadott rendes akadémiai diszciplínaként műveltek. Általánosságban szólva a MARXIZMUS egy-egy választott téma adekvát megközelítésében, társadalomfilozófiai irányzatként s az eszmetörténet egyik fontos fejezeteként egyaránt megjelent. Eljutott oda, hogy végezetül önálló

tudományos irányzatként is zászlót bontson. Saját állandósult szakértői s egyetemi műhelyek, kiadók és folyóiratok kezdték el gondozni problematikáját.

Az angol–amerikai világban a MARXISTA jogi gondolkodás iránti érdeklődés később vetődött fel, mint Európában. Részterületek MARXISTA szellemiségű művelését figyelmet érdemlően sokan és nagy számban vállalták. Az esetek nem elhanyagolható részében ezt bizonyára nem tisztán tudományos megfontolások vezérelték. Gyakran például a MARXIZMUSBAN rejlő módszertani választás által nyújtott többletlehetőség indokolta. Máskor esetleg politikai töltetű baloldali rokonszenv volt a forrás, ami leginkább ún. kritikai jogi tanulmányokban, folyvást megújuló ún. fejlődési elméletekben („jog és fejlődés”, „jog és modernizáció” mozgalma) vagy éppen egy feminista jogelmélet kialakításának óhajtásában öltött formát. Előfordult az is, hogy a vizsgálódás specifikus témája vagy fogalmi terepe (például a tulajdon- vagy szerződésfogalomra épülő társadalomelméleti gondolkodás vagy az eldologiasodásra alapozó jogfelfogás) választotta a bűvárkodás MARXIÁNUS hagyományait.

A MARXIZÁLÓ irodalom egésze a nyugati világ szellemi termésének aligha lebecsülhetően értékes részét képezi – mind a jogi bölcselkedés, mind az elméleti jogi szociologizálás tekintetében. Külön említésre méltó színfoltja a belső polémiák sokasága s az egyébként uralkodó analitikus hagyományt visszautasító belső (átfogyó elméletként egyedül igazolható, mert egyedül kielégítő totalitásszemléletű módszertani) megújulás iránti igénye.

## V.

### *Összefoglalás*

Összefoglalásként elmondhatjuk, hogy a MARXISTA jogelmélet iránt manapság megnyilvánuló érdeklődés számottevően megsztott és szétforgácsolt.

Egészen a közelmúltig a világ azon részében, amit az ún. „valóban létező szocializmus” uralma alá rendelték, a MARXISTA jogelmélet tagadhatatlanul a szovjet típusú uralomgyakor-

lás kifejeződése s egyszersmind eszköze volt. A világnak a második világháború után érdekkörökre történt felosztása következményeként mindez zavartalanul érvényesülhetett egészen addig, amíg a szovjet birodalom érvényesíteni tudta hatalmi akarátát; és rögvest megszűnt, mihelyst saját súlya alatt végre darabjaira hullott szét. A marxista jogi teoretizálást kényszerzubbonyként erőltették minden országra – így olyanokra is, amelyekben korábban a társadalom szellemiségébe mélyen ágyazódott és eltérő meghatározású jogi és bölcseleti hagyományok virágoztak (Lengyelország, Csehország és Magyarország). Nos, a szovjetizálás egyik célja éppen ezek kiiktatása s ezzel a nemzeti ellenállás egyik lehetséges forrásának kiküszöbölése volt. Olyan országokban viszont, ahol a jogélet és bölcseleti kultúra az európai fejlődéssel nem tartott lépést, a moszkvai exportcikk kultúrahelyettesítő csodaszerré vált. Rabul is ejtette ezeket, így különösen fogalmi gondolkodásuk paradigmáit s intézményi építkezésüket hosszú időre marandandóan uralma alá vonta.

Valójában a nyugati féltekén a marxizmus sohasem volt több vagy más, mint átmeneti rokonszenvek vagy jól felfogott érdekek tükröződése. Mégis – és pontosan ezért – a marxizmus fedőernyőként és módszertani mankóként szolgálhatott olyan irányzatok számára, mint a ma oly divatos kritikai jogi tanulmányok, a dekonstrukcionizmus, a feminizmus, a „jog és gazdaság” vagy „jog és fejlődés” mozgalmi, avagy a tegnapiak közül a strukturalizmus és a szemiotika egyes irányjai.

A marxista gondolkodás fejlődésében jelenleg várható kilátásokat és fejleményeket korántsem könnyű körülhatárolnunk. Az angol-amerikai és a nyugat-európai civilizációban egyaránt számottevő esélyei vannak a marxizmusnak arra, hogy divatos megközelítésként változatlanul felszínen maradhasson – mindenkor készen állva arra, hogy kritikai készségével, társadalmi mélystruktúrákat illető fogalmi élességével, történelemfilozófiai meglátásaival vagy globalizálásra eleve hajlamos megoldási javaslataival a nemzetközi tudományosságot lebilincselő és nem csekély mértékben uraló kihívással szolgáljon. Hiszen filozófiai megalapozást illető hagyománya közismerten erős, s ez például a filozófia és jog olyan

határterületein is, mint az értékten vagy az igazságosság kérdése, jótékonyan éreztetheti hatását. Kritikai rekonstrukcióra irányuló módszertani meglátásaival korántsem véletlenül a MARXIZMUS minden dekonstrukcionizmusnak egyik legfőbb módszertani és fogalmi tartaléka. S persze az sem zárható ki, hogy a jog mai égető kérdései kapcsán álljon elő súlyos mondanivalóval. Ezért a jövőben is jó eséllyel ösztönözhet vizsgálódásra, tárgyunk körében mindenekelőtt a jog társadalmi összetettsége s a társadalmi-jogi totalitás problémakörében. Azt pedig leginkább remélhetjük csupán, hogy az a politikai rokonszenv, utópikus nosztalgia és az utókoroknak forradalmi várakozások teljesülésébe vetett kései s naiv reménye, ami a századelőt jellemezte, többé már nem erősödik meg annyira, hogy egy napon ismét a MARXIZMUS könnyed győzelméhez s valláspótlékként (akár valamiféle diskurzus-minimumként) érvényesítve világméretű elfogadtatásához vezessen. S már csak erkölcsi megfontolásból is remélhetjük, hogy ez többé már a szerencsésebb sorsú nyugat-európai s atlanti országokban sem következik be, ahol – mint közismert – még a SZTÁLINI despotizmus sötét óráiban is számos entellektüel teoretikus kacérkodással vett elégtételt magának azért, hogy saját nemzete történetében egykori forradalma megbukott, vagy kompromisszumba torkollott, s így ő (vagy őse) nem masírozhatott az oly csüggesztően vágyott értelmiségi osztályuralomhoz. Biztosak csupán abban lehetünk, hogy semmiféle külső kényszerítő akadálya nincs már annak, hogy az előttünk álló jövőben a MARXIZMUS is fejlődjön, és az idővel születő új kihívásokra új válaszokat adjon.

Valószínű, hogy a MARXIZMUS szovjet változata egyszer s mindenkorra eltűnik a civilizált társadalmakban tudomány-nak nevezett szellemi gyakorlatok térképéről. Előfordulhat hát, hogy a MARXIZMUS mint gondolkodási irány most időlegesen (akár a nemzetközi háttér hiányának okából, akár múltbéli visszaélések visszahatásaként) kevésbé lesz látványos, s kevésbé lázasan fogják már művelni. Talán elmondhatjuk azt is, hogy a dolgok illetén alakulása esetleg kedvező lesz maga a MARXIZMUS oly sokak által oly régóta vágyott megújulása, a MARXISTA jogi bölcsekedés jövőbeni esélyei szempontjából. Hiszen hosszú távon csakis elszántságát erősítheti, ha egyszer

s mindenkorra megszabadul végre szovjet típusú eltévelyedéseitől, és nem fordul elő többé, hogy szűk érdekű korrumpáló és elnyomó és elnyomórító politikák napi szolgálatában egyszerű szolgálóvá zülnek. Ám ha mindez taktikai visszavonulásnak bizonyul is, bizonyosan marad a marxizmusnak kellő esélye arra, hogy egyébként kérlelhetetlen elvi kritikáját egyszer már végre önmaga felé fordítva ismételten átgondolja saját társadalombírálati módszertanát, és önnön tudományos elemző apparátusát erősítse meg – azon utópizmus helyett, amit (remélhetően a visszahozhatatlan múltba zárta) egykor oly kíméletlenül kísérelt meg a valóságra ráerőszakolni.



# MODERN FORMÁLIS JOG

## A modern formális jog és kultúrája: kihívások, buktatók\*

---

### 1. *Modern formális jog*

A nyugati társadalomfejlődés egyik legsajátabb termékeként a modern államiság által létrehozott modern formális jog már a múlt század közepén is érzékelhetően kettős irányú fejlődést testesített meg. Egyfelől a jog létesülése és működése kritériumainak – azaz az érvényesség és törvényesség elveinek – formalizálásával a hangsúlyt a jognak szöveggé történő megjelenésére, szövegben megtestesülésére helyezte. Ezzel a jogban előtérbe állította a formális követelmények teljesülését, s egyben elősegítette garanciális jellegének érvényesülését. A hangsúlynak a szövegre történő áttevődése ugyanakkor sajátos eltolódást, a jog megközelítésében és szemléletében egyszersmind torzulást eredményezett. Hiszen a jog élő gyakorlata, vagyis a jog nevében véghezvitt cselekvés valóságos társadalmi súlya, jellege és hatása kiesett az érdeklődés homlokteréből, s helyébe – *demiurgosszá* előléptetett kizárólagos alkotóként – a szöveg került. Az pedig nyilvánvalóan nem maradhatott következmények nélkül, hogy az egyszerű szövegfeldolgozásból (a jogdogmatikából) hirtelen a jogtudomány vezető ága lett. Márpedig ez következett be, hiszen a jog egész életét egyre inkább egy formyszerűen kibocsátott szöveg függvényének, csaknem mechanikus kö-

\* Készült a Nemzetközi Jog- és Társadalomfilozófiai Társaságnak a szerző szervezésében 1987 májusában Balatonkenesén megrendezett osztrák–magyar szimpóziuma bevezető előadásaként: 'Rechtskultur – Denkkultur: Einführung zum Thema' in *Rechtskultur – Denkkultur* hrsg. Erhard Mock & Csaba Varga (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1989), 9–13. o. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 35]. Első magyar változatában: *Jogtudományi Közlöny* XLIII (1988) 1, 53–55. o.

vetkezményének kezdtek tekinteni, miközben úgyszólván elfeledkeztek a jog intézményrendszerének voltaképpeni társadalmi jelenlétéről és tényleges hatásgyakorlásáról. Szigorúan formalizálható gyakorlat mindenképpen kialakulhatott, egy elevenen működtető társadalmi közegtől elszakítva azonban a jog egésze fokozottan védtelenné vált: növekvő mértékben képtelenné arra, hogy változó kihívásokra kellő válaszokat adjon.

## *2. Totalitárius kihívások: voluntarizmus, instrumentalizálás*

Fenyegető kihívások pedig érték a jogot, nem is egy irányból. A két világháború között Németországban például a nemzeti-szocialista hatalomátvétel totalizáló s így az igazságszolgáltatást is maga alá rendelő igénye drámaian vetette fel a jog támaszainak és érvényessége forrásainak kérdését. Vajon tetszőleges hatalmat hordozhat magán és magában a jog? Bármilyen legyen is konkrét parancsa, mindez kötelező erején s az embernek eleve és feltétlen jog alá rendeltségén semmit sem változtat? Tudjuk, nem sok húzódozás után a 30-as évek német igazságszolgáltatása megadással és önfeladással követte a jog változásait. Az utókor kritikája úgy véli, hogy ebben az ellenállás-képtelenségben a törvényi pozitívizmus ideológiája (tehát a jognak kizárólag tételezése tényéből, egy merő formából eredeztetése) meghatározó szerepe volt.

Kiélezett helyzetekben határozottan eldöntendő kérdések ezek, amik persze – ha nem is ily embertelenül nehéz dilemmaként – máskor és másutt is felvetődnek. Sőt, esetleg megválaszolatlanok is maradnak.

Ilyen például a fejlődésben felzárkózást célzó, így a modernizáció problémájával szembesülően reformprogramokat felvállaló társadalmak kérdése (az abszolutizmusokban vagy az ún. létező szocializmusok országaiban). Hiszen bármennyire tehertételük is, megtalálható mindezekben egy öröklött késztetés a mindenkor és mindenáron történő beavatkozó cselekvésre; ugyanakkor mélyszéles bizalmatlanság is munkál bennük a spontán mozgások iránt – s ez mind azt sugalmazza nekik, hogy esetleges változásokat csakis mesterséges úton, központilag elrendelve és hierarchikusan felülről lefelé szét-sugározotva, az államapparátus kényszerítő erejének beveté-

sével, jogi úton intézményesítsenek. Egyidejűleg azonban minden társadalom számára bárminemű szubjektív szándéktól függetlenül is érvényes marad a társadalmi fejlődés dialektikájának kemény ténye, mely – hosszú távon – minden olyan jogreformot, amely nem egy immár bekövetkezett vagy kivívott társadalmi reformot szentesítene (vagy ilyen reformot kívánatos cselekvési alternatívák biztosításával támogatna), hanem jogként proklamálása pusztá tényével maga kívánna ilyen társadalmi reformot eredményezni, kivet magából. A modernizációval vívódó régiók általános dilemmája ez, mely különösen akut formában (s mindmáig adekvát módon meg nem válaszoltan) jelentkezik Kelet-Közép-Európa széles területein, így számunkra különösen ismerősen Magyarországon is. E tájakon a patológiikumot az jelenti, hogy a forradalmiság köntösében előítéleteit és szociális utópiáit érvényesítő hajdani voluntarizmus öröksége, valamint a nem szervesült beavatkozások káros mellékhatásainak egymásra halmozódásából felgyülemelő problémák egyre kezelhetetlenebbé válása egyaránt olyan megoldásokra ösztönöz, amelyekben a volta-képpeni társadalmi reformot egyre inkább növekvő mértékben (és természetyszerűleg növekedő hatástalanságtól és hitelvesztéstől kísértén) reformszövegek pusztá kibocsátása helyettesíti. Az eredmény nem más, mint biztos kudarc: visszavonhatatlan értékvesztése eszköznek és eszközt mozgató eszménynek egyaránt.

Ráadásul e gond nem is önmagában áll. Mert egyidejűleg hasonló kihívás érheti a jogot egy múltbeli jogi közömbösség vagy nihilizmus örökségként, politikai gyakorlattá kövüléséből adódóan is. A probléma gyökere tehát a jog szélsőséges instrumentalizálásában rejlik. A létező szocializmusok társadalmi gyakorlatában az ebből fakadó kártétel kettős síkon jelentkezik. Elsősorban és mindenekelőtt a jog egy arcúvá válásában. Abban, hogy – a *Kommunista Kiáltvány* jogszemléletén nyugodva – a hatalom kizárólag a jog uralásának hatalompolitikai jelentőségét hajlandó érzékelni, tehát önkénye érvényre juttatásának a jog uralásában rejlő lehetőségét. Tudatára ébred hát a hatalom annak, hogy a jogot tetszőlegesen, belátása szerint szabadon formálhatja, s működtetésében manipulálhatja. A jogi közvetítés eszméje –

tehát annak belátása, hogy a jog nem egyszerűen a mindenkori fensőbbség akaratának cicomája, hanem kötelekek meghatározója, mely minden résztvevőt egyaránt köt, és minden érdekeltet a jog közös vállalkozásának formálójává és részesévé avat – még nemigen fejlődik ki benne. Még kevésbé alakul ki hát benne a készség, hogy a jogot olyan helyzetben is engedje érvényre jutni vagy akár saját maga ellen érvényesíteni, amikor ez történetesen politikailag érintett érdekeket vagy állami (avagy közösségi lepelbe rejtett személyi) presztízt korlátozna. Az instrumentalizálás ugyanakkor megjelenik a jog hatalmi kiüresítésében is. Hiszen az instrumentalizálás éppen mindennemű hagyomány, múltból következő, megélt tapasztalatokkal történő rokonságtartás, folyamatosság elvetésében is jelentkezik, s ennek következtében a jog a mindenkori hatalmi szándék, a csúcson éppen megszületett döntés egyszerű szinonimájává válik. Márpedig a gyakorlatban mindmáig erős a késztetés arra, hogy (ismét a *Kommunista Kiáltvány* vélt jogszemléletét követve) a jogot a hatalom birtokában saját célok érdekében tetszőlegesen alakítható s alkalmazható eszközzé torzítsák – elfeledkezve arról, hogy tollvonással csak szövegeket lehet proklamálni vagy hierarchikus szervezeteket mozgatni, ám nem lehet így kultúrát építeni, s még kevésbé a jogi közvetítés viszonylagos autonómiájából és méltóságából fakadó előnyöket (a jogrend voltaképpeni értelmét és civilizációs értékét) learatni.

### 3. Kötőerő: a jogi kultúra

Amennyiben a „jogi kultúra” nem olyan tartalmatlan fogalom, amellyel önmaga hiányát is alkalmasan tudjuk jelölni, úgy jelenkori jogrendszerünk tekintetében a pozitív jog minőségével rendelkező szövegek kibocsátásának mezeitelen ténye és az a kérdés, hogy mindezzel mennyiben építünk jogi kultúrát, nagymértékben elszakadhat egymástól. A „jogi kultúra” a fenti összefüggésben nyilvánvalóan egy olyan szűrő meglétét feltételezi, amelyet nem pusztán az uralkodó hatalom nevében és érdekében említenek meg és kényszerítenek ki, de ami képes arra, hogy minden irányban keretet szabjon, mértéket jelöljön, s a társadalomban egymásnak feszülő felek között közvetítsen. A „jogi kultúra” ugyanakkor egy részterü-

let sajátos kultúrájaként közvetlenül is utal a társadalom általános (érintkezési, politikai stb.) kultúrájára. A fentebbiekből következően fontos ezért tudatosítanunk, hogy „jogi kultúra” a tételes jogból, előírások szövegéből nem „következik”. A jogi kultúrának nyilvánvalóan a jogra kell támaszkodnia, s a joggal kapcsolatban fejlődnie; a szöveg magában mégiscsak holt objektiváció, így egy sajátos terület kultúrájának nem elégséges oka, legfeljebb előfeltétele. És amint már az előbbiekből láttuk: ha a modern formális jog világgépe a szövegeként felfogott érvényes jogot helyezi központba, és minden további csupán következményt, vagyis egyszerű derivátumot lát, végső soron magát a jogot teszi védtelenné. Védtelenné nemcsak a jog emberpusztító elaljasodásával, de a szövegbe helyezett túlzó bizalom okán tartalmi kiüresítésével (tetszőlegesen csodaszerként kezelésével, korlátlanul formálható eszközzé tételével) szemben is.

Ma már tudjuk (és jogszociológiai, utóbb jogelméleti irodalmunk is a szocializmus tapasztalatából kiindulva már megfogalmazta), hogy rövid távon a jog valóban tetszés szerinti tartalommal és célra felhasználható, azonban a következmények nem lesznek immár tetszés szerinti. A joggal való élés bármikor átfordulhat ugyan visszaélésbe, de előbb vagy utóbb, hosszú távon ennek következményei is szükségképpen bekövetkeznek. Többnyire a jog, a jogászság és a jogi kultúra lezüllése, a jog építményének játékszerré válása, erkölcsi talajvesztése, a múlt, jelenre és jövőre egyaránt kivetülő társadalmi hitelvesztése lesz a visszaélés ára. Tehát a mindenkor jognak léteznie egy társadalmilag adott körülmények között optimális tartalma és felhasználása (és saját elméleti nézőpontunkból most közömbös, hogy ezt a jogra vonatkoztatott természetjogként, belső erkölcsiségként vagy egyszerűen a jogélet gyakorlati fogásait összegző szakmai bölcsességként rögzítjük). Ennek felismerése után viszont a jogi kultúra immár valóban nem lesz más, mint pontosan az az aktív közeg, amelyben e tartalom kialakítása s felhasználása az optimalitás keretei között bekövetkezik.

Szükséges tehát, hogy e reménykeltő kezdeményezések nyomán immár Magyarországon is meginduljanak a jogi kultúrát középpontba helyező kutatások, melyek sikerük esetén ugyan-

akkor számos ponton megkérdőjelezhetik, sőt új vágányokra terelhetik jogot illető egész gondolkodásunkat. A valóságos megalapozás tekintetében bizonyára a társadalom általános politikai és érintkezési kultúrája gyakorol legszámottevőbben kívülről befolyást a jogi kultúra alakulására. Ezt példázhatja feltehetően egyfelől Ausztriának, másfelől a magyar (és erdélyi, vajdasági és kárpátaljai), valamint a cseh és szlovák területeknek az első és második világháború után egymástól (egymás között is) különváló fejlődése, mely – főként a geopolitikailag adott erőterben kiosztott eltérő szerepek folytán – markáns eltérést mutat. A legtöbb hasznot talán mégis inkább a jogi kultúra és gondolkodási kultúra összefüggésrendszerében történő vizsgálódástól remélhetjük. Itt a tárgy elvontabb, gondolatibb ugyan, a vizsgálódás körébe vont országok fejlődésében mutatkozó közösség, egymásrautaltság, politikai, jogi és kulturális befolyás mégis kiváltképpen alkalmas terepül kínálkozhat elemző munkák számára.

Napjainkban HANS Kelsen Tiszta Jogtana és a modern formális jog ideológiájának s intézményi berendezkedésének gondolati-logikai rekonstrukcióját célzó más törekvések is új reneszánszukat élik, bizonyára nem véletlenül. Az angol-amerikai jogban, Nyugat-Európa országaiban s a szocialista múltú jogi berendezkedésekben egyaránt – részben közös okokból (mindenekelőtt a legújabb ipari forradalom új minőségű szabályozási szükségletéből s a részterületek túlszabályozása diszfunkcióiból adódóan), de eltérő okokból is (Kelet-Közép-Európában például a változatlanul SZTÁLINI politikai modellre és a jog tekintetében ennek VISINSZKIJ megfogalmazására mint a szocialista berendezkedés kizárólagos mintájára visszavezethető, makacsul továbbélő késztetések felváltásának átérzett szükségétől vezérelve) – egyre növekvően a modern formális jogi hagyomány meghaladásának vagy a megszüntetve megőrzés értelmében történő továbbfejlesztésének dilemmája lesz a kérdések kérdése, s ez mindenekelőtt az alapok és kiindulópontok tisztázását igényli. Egyidejűleg persze a jogtudomány utolsó százéves fejlődésének leginkább látványos és újító terméke, a jogszociológia és jogantropológia éppen a modern formális jog pozitivistikus hagyománya ellen hatott – olyan megközelítéseket dolgozva ki, amelyek-

ben az önmagát jogként nevesítő szabályrendszer legfeljebb vizsgálódás pusztá tárgya (egyéb megkülönböztetetlen szabályrendszerek közt), de immár korántsem engedve meg, hogy saját posztulátumaival egyszersmind kritériumot is szolgáltatson e vizsgálódáshoz. Mindezek eredményeként az elmélet megújult ugyan, mégis jogtudományunk kettéhasadása lett a végső eredmény.

Nos, a jog alapkérdéseinek a jogi kultúra spektrumából történő végiggondolása hozzájárulhat egy új szintézis létrehozásához. Ebben a jog eleve valamennyiünk közös társadalmi vállalkozásaként jelenik meg, melyben nem vonatkozathatunk immár el a működés célszerűségétől, miközben a működtetésnek az alapul szolgáló formális követelményrendszert kielégítő módja változatlanul elengedhetetlen fogalmi összetevő. A jogi kultúrának ilyen módon van esélye arra, hogy szervező alapfogalmává váljék azon mélyen megalapozott korszerű és modern törekvéseknek, amelyek a jogban – akár rendszerelméleti megközelítésben, akár részmagyarázatként – az önszervező hatást, folyamatszerűséget, érvelő társadalmi párbeszédként kibontakozást s kommunikáció útján történő folytonos önmegegerősítést hangsúlyozzák, vagyis a jogban mindenekelőtt sajátos procedúra eredményeként sajátos objektivációs formát nyerő társadalmi cselekvést érzékelnek.

## Kelsen tiszta jogtana – tegnap, ma és holnap\*

---

### 1. A Tiszta Jogtan pokoljárása

Saját korában már klasszikus mű, századunk minden bizonnyal legnagyobb s leginkább átütő erejű jogelméleti vállalkozása.

Kortársai mindenekeelőtt irányzatként kommentálták vagy vitatták. Valóban, a filozófiai gondolkodásban máig gyűrűző hatású, a századfordulótól felvirágzott ún. bécsi iskola leszármozottja volt ez, s egyben egy másik iskola, a jogbölcseleti gondolkodást a két világháború közt új utakra terelő bécsi és brünni kezdeményezések alapkőszerű monumentuma.

Már és még, Magyarország ekkoriban – mint számos egyéb tekintetben is – partner lehetett az ilyesfajta produktumokat folyamatosan vizsgáló kritikai megalapozásban, végiggondolásban és újragondolásban. Hiszen a jogfilozófia és a jogszociológia elméleti fundamentumát keresték: a pusztán ideologikusnak bizonyuló magyarázatok lehántása és végsőnek remélt lebontása volt az itt felismert kérdés. Közép-Európáról lévén szó, természetszerűleg mindez KANTI nyomdokokon, úJKANTIÁNUS filozófiai és módszertani kérdésfeltevéseket s válaszokat latolgatva haladt. Adott volt hát bizonyos bölcseleti inspirációk és intellektuális paradigmák nem csekély fokú közössége – ám ekkoriban senki sem egy meghatározott filozófiai tan vagy világnézet specifikumait kereste benne, hanem inkább az éppen legfejlettebbnek és legigé-

\* Készült az Eötvös Loránd Tudományegyetem Bibó István Szakkollégiumában zajló munka keretében 'Bevezetés' gyanánt in Hans Kelsen *Tiszta Jogtan* Bibó István fordításában [1934] szerk. Varga Csaba (Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem Bibó István Szakkollégium 1988), ix–xiv. o. [Jogfilozófiák].

nyesebbnek érzett filozófiai módszertantól felkínált lehetőségeket kutatta.

Fél évszázad eltelte után, napjainkban a régi vetélytárs, a nyugati civilizációnak a kontinentálistól elágazó szakmai hagyományokat követő jogi berendezkedése, az angol–amerikai jogi kultúra is felfedezte magáénak. Habár az előbbinek németes, tehát túlságosan elméletieskedő bölcsekedési stílusa és elvontsága e tengerentúli gyakorlatias kultúrától reménytelenül és változhatatlanul idegen maradt, az iránta megnyilvánuló érdeklődés mégis bensőségesé vált, s ez a sajátként felfedezés örömét, sőt egy iránta megnyilatkozó felelősségvállalás feltámadását mutatja. Ebben az újjászületésben immár nyoma sincs az egykor a kaliforniai egyetemen menedéket nyerő emigráns professzor iránt megnyilvánuló inkább emberi, semmint szakmai együttérzésnek. Egyre inkább a probléma lesz az, ami leköt, és a vizsgálódás javasolt módszere ejti hallgatóságát rabul ebben a bár meglehetősen szkeptikus, empirikus konkrétságot előnyben részesítő és javíthatatlanul pragmatizmusra hajló, ám elméleti kérdésfeltevések iránt mégis fogékony angol nyelvű kultúrában.

Saját honi tájainkon eközben – legalábbis a háború végét s az azt követő négy évtized uralkodóként megélt irányait emlékezetbe idézve – az ortodoxiak merevsége és nyomorúsága tombolt. És az elhatárolódás mosolytalan időszakában, midőn a hatalmat totalizáló SZTÁLINI törekvéseknek elébe menő VISINSZKJI normativizmus gúnyájában rendezkedett be nálunk a MARXIZMUS, janicsárjai a Tiszta Jogtan ideológiamentes tisztaságigényében csakis az imperializmus cselét, trójai falovát látták. A neokantianizmust is mint olyant (hazai együtt- és utángondolóival együtt) egy teoretizáló ráolvasásokból képzeletben szőni remélt történelemnek a szemétdombjára hányták. A KELSEN munkásságában foglalt s utóbb önálló művekben hasonlóképpen megjelenő marxizmus-kritikát ellenoffenzívával verték szét. Később persze, egy valamelyest konszolidáltabb időszakban egy bírálendő szemléleti típus megtestesítőjévé avatták, és mint a jogtudományban a szociologikus megközelítéssel szembeszegülő pozitívizmus szélsőséges megnyilvánulását bírálták. Valójában mindvégig saját türelmetlenségüket és elméletileg egyre kevésbé fogékony és

egyre kevésbé nyitott kizárólagosság-igényüket testálták rá, miközben úgy támadták, mintha éppen a Tiszta Jogtan tört volna az egyetemes jogtudomány egyedül lehetséges univerzalizisztikus tanának babérjaira. A kritika persze így nem is tűzhetne célul a megértést. Anélkül vetette hát el, hogy ezzel maga jottányit is gyarapodott volna: a kiütés egyszerű lelkű gyönyörén túl tehát az elméleti meghaladás intellektuális többletével nem gazdagította, de nem is tisztelte meg önmagát. Persze, ha emberi dolgokban mindent viszonylagossá teszünk, ez végül féktelenül félelmetes dimenziókat ölthet. Hiszen esetlegesen még túlzóbb megszorítások szemszögéből egy még oly oktalan korlátozás is akár törődésnek, gyanúra okot adó liberális kisiklásnak tűnhet. És különösen egy moszkovita gondolkodásmód számára, melynél az anyaországban – túl európainak bizonyulván – még az alapkultúra ihletése is elmaradt, vagy legfeljebb felületi lehetett, nem érezhették szükségesnek a Tiszta Jogtan szövegszerű tanulmányozását sem. Elégségesnek bizonyulhatott hát, hogy a nevet mint címkét *in effigi* máglyára vessék, miközben a mű maga – ismeretlen maradván – még annyi tanulsággal sem járhatott, hogy akár ösztönzésül szolgáljon egy (akkor és ott önnön kalodájukba és tudatlanságukba zárt felkentek sajátjaként) leghaladóbbnak hirdetett jogtudomány fogalmi tisztázásához, vagy legalább a tisztaságeszmény mint pusztán teoretikus követelmény tudatosításához.

## 2. A legyen szférája: érvényesség és törvényesség

Habár a filozófia módszertani megfontolásainak nem sajátja a gyors évülés, a neokantianizmus, mely a Tiszta Jogtan elméleti megalapozásában szerepet játszhatott, ma már senkit sem bűvöl el. Noha történelmileg kétségkívül ez volt a forrás, mely szerzőjét a lét és legyen szféráinak következetes elhatárolására és mindenféle módszervegyülés (szinkretizmus) kerülésére ösztökélhette – mindez ma már csupán elméleti végeredményét tekintve érdekes a reánk hagyományozott műben, mely történetesen pontosan e módszertani belátás terméke. Hiszen tudnunk kell: noha a „nem tudják, de teszik” MARXI aforizmájának mélyebb igazságát bizonyítva KELSEN mindvégig a *Sein* és *Sollen* tartományainak – minden eddigi

MARXIZMUS által kihívó fölényvel visszautasított – szétválaszthatóságával bajlódott, eközben modern formális jogi berendezkedésünkben a jognak éppen önmaga felépüléséről és működéséről adott képe félelmetes következetességű teoretikus rekonstrukcióját valósította meg.

Miben is rejlik hát az az újdonság, amire éppen Kelsen műve lehet az adekvát válasz? A jog ismert fejlődéstörténetének öt évezredéből néhány utóbbi évszázad sajátos fejleményéről van itt szó: a modern államiság szervezési szükségleteitől meghatározottan általa létrehozott modern formális jogról, mint egészében új intézményi berendezkedés kialakulásáról.<sup>1</sup> Hiszen emlékeznünk kell rá, hogy az európai abszolutizmusokban kifejlődött bürokratikus állam hozott először létre kiterjedt szabályrendszereket, melyek fokozatosan leválva a jogi minőségnek szervesen a társadalom általános fejlődésébe ágyazódó (pontosabban: a „rég, jó” szokásában gyökerező<sup>2</sup>) hagyományos hordozóiról, eredményül hozták a jog pozitivitását, azaz a jogot tetszés szerint tételezhető (mert csupán meghatározott szerv meghatározott eljárásához kötődő, tartalmában viszont éppen ezért szabadon alakítható) szöveggé tették. Ilyen módon a jogi tételezés kritériuma a formális érvényesség lett (azaz annak megállapíthatósága, vajon a jogi szöveggént történő szövegkibocsátás megfelelő szervtől megfelelő eljárásban eredt-e); annak kritériuma pedig, hogy egy jogi tételezéssel végzett művelet a jog körén belül maradhat-e, a formális törvényesség (vagyis az előzetesen létrehozott érvényes jogi tételezésből a jogban foglalt elveknek megfelelő következés). A formalizálás ezért kettős hatással járt: a jogi tartalmakat a múltba szervesülés kötelekeiből (a mindenkori jogalkotás függvényévé téve) kiszabadította, a jogi folyamatokat pedig (ezentúl immár jog alkalmazásának nevezetvé) logikaira emlékeztető keretek közé szorította. Olyan kritériumok, eszmények és szakmai hivatásgyakorlást irányító ideológiák formálódtak hát, ame-

<sup>1</sup> Vö. a szerzőtől 'Modern államiság és modern formális jog' *Állam és Igazgatás* XXXII (1982) 5, 418–424. o.

<sup>2</sup> Lásd Fritz Kern 'Law' in Fritz Kern *Kingship and Law in the Middle Ages* trans. S. B. Chrimes [ 'Recht und Verfassung im Mittelalter' *Historische Zeitschrift* 1919] (Oxford: Blackwell 1968), 149–180. o.

lyek az életviszonyok egyre szélesebb köreit maga alá rendelő modern formális jogra jellemző, immár tömegessé vált intézményrendszert és működést egy önnön törvényei szerint mozgó, a társadalmi gyakorlatban folytonosan újratermelődő rendszerré avatták.

Nos, különféle filozófiai megfontolásokból kiindulva számos irányzat tett kísérletet az utóbbi harmadfél évszázadban arra, hogy ezt a molochhá váltan önnön törvényét élő s immár az egész társadalmat maga alá rendelő képződményt magyarázza. Habár a joghoz belülről és kívülről közelítő vizsgálódások (a „pozitivizmus” és a „szociologizmus” címkéivel ellátott irányzatokként) egymástól hamar különváltak, ahhoz egyikük sem jutott el, hogy a jognak rendszerbeli felépüléséről és működéséről maga a jog által szolgáltatott képet rekonstruálják. Az utókor bölcsességével immár mi magunk hozzátehetjük: nem is juthattak el, hiszen még a jogpozitivisták kutatásai is egy önmagában megálló és elégséges tudományos magyarázat igényével léptek fel, s ez óhatatlanul következetlenségbe hajszolta őket, miközben ugyanez egymást kizáró – bár egyaránt realiztikus – megfontolások közötti kompromisszum kereséséhez is vezetett. Nehéz volna megmondanunk, vajon inkább történelmi véletlen volt-e vagy a KANTI megalapozásból fakadó szükségszerűség, hogy éppen az utóbb majd Tiszta Jogtánként ismertté váló KELSENI gondolat örvén találkozott elsőként két, akkoriban feltétlenül tisztelt követelmény: egyfelől az eldologiasult normatív rendszer lényegét kifejező *Sollen* (vagyis a *Sein*ként meghatározott léttel szembeszegezett legyen) különválasztásának igénye, másfelől pedig a módszertani tisztaság egyidejű követelése. Ez a kettős siker volt az, ami KELSEN vállalkozását lehetővé tette.

A Tiszta Jogtan elméleti kísérlet annak összefüggő leírására, hogy a jogrendszer felépülésére és működésére nézve mit is jelentenek a jognak önmagára irányuló tételezései. Egyszermind elméleti kísérlet annak körülhatárolására, hogy milyen szemléleti és fogalmi keretben kell is mozognia a jogra irányuló jogon belüli diskurzusainknak ahhoz, hogy gyakorlatában fenntartva továbbra is építhessük és működtethessük a jogot olyan módon, hogy mindeközben hűek maradjunk a jognak

önmaga számára szabott kritériumaihoz, eszményeihez és szakmai ideológiájához. *Honni soit qui mal y pense* – így tanítja az angol térdszalagrend. Nyilvánvalóan maga ítélne önmaga felett, ki saját kérdésfeltevéseit kívánná a máséban vizontlítani, és KELSEN szándékában egyebet keresne, mint társadalmi világunk sajtyszerű különösségének komolyan vételét és önön értéktételezése szerinti megméretését.

### 3. Mai rekonstrukciónk: a jog mint dinamizált statikum

A modern formális jog meglehetősen kései jelenség a jogfejlődés történetében, ugyanakkor eddig nem ismert hallatlan élességgel mutat rá néhány jegyre, ami a jognak eddig is, minden korban elemi fogalmi összetevője volt. Röviden, a jog társadalmi jellegére gondolunk. Arra, hogy társadalmi valóságunknak olyan része a jog, amely bármennyire kapcsolódik is a valóság fizikálisan érzékelhető elemeihez, ilyen mivoltában sem kritériumszerűen, sem adekvátan nem ragadható meg. Mai rendszerelméleti, makroszociológiai, valamint dialektikai, retorikai és argumentációtani irányzatok egyre erőteljesebben hívják fel a figyelmet arra, hogy társadalmi létünk leginkább kommunikatív folyamatként (annak közegeként s egyidejűleg termékeként) magyarázható: társadalmi mivoltunk és gyakorlatunk jelentések cseréjén alapszik, és azzal, hogy normatív várakozásokra hivatkozik, maga is normatív várakozásokat közvetít. Másként kifejezve: arról van szó, hogy társadalmi létünk minden ízében folyamatszerű, vagyis állandó kölcsönkapcsolatokon és azokon keresztül történő önújratermelődéson alapul. Folyamatszerű létét és sajátosan társadalmi létének jelentéstulajdonításban megragadható voltát leginkább a kommunikatív gyakorlat fejezi ki. A társadalom mindenkori formálódása és alakulása a kommunikatív gyakorlatban zajló jelentéscsere tényeitől függ, mely jelentéscsereben ugyanakkor – bár eltérő szinteken, vonatkozásban és terjedelemben – az egész társadalom részt vesz. (Mindezt így is fogalmazhatnánk: a társadalmat növekvő intézményesedéssel éppen az egyedeknek a mindenkori ösztársadalmi kommunikatív gyakorlatban történő részvétele hozza létre.) A gyakorlat eredményétől történő függés magyarázza, hogy a meghatározás s az előrelátás

lehetőségei bizonytalanok, a folyamatszerűség ténye pedig azt, hogy a jelentések cseréjében folytonos kiválasztódás megy végbe. Vagyis olyan állandósult mozgás zajlik, amely megszakítatlanul ilyen vagy olyan irányban megerősít vagy gyengít éppen alakuló trendeket. Az állandóan zajló, mindenkori eredményében mégis időleges összegeződés soha-be-nem-fejezettséget jelent. Ezzel egyidejűleg azonban jelenti azt is, hogy minden folyvást alakulóban van, és ezért a társadalom önmagának minden pillanatában egyszersmind eredője és eredménye.<sup>3</sup>

Nos, ilyen és hasonló megfontolások figyelembevételével érthetjük meg csupán, hogy miként is emelkedik ki a sajátosan jogi a pusztán fizikális hordozókból. Hiszen egy jelhalmazból, egy kapcsolatból vagy cselekvésből azáltal lesz csupán „érvényes jog”, „jogviszony” vagy „jogi aktus”, hogy a társadalmi kommunikációban sajátos jelentést ruháznak rá: sajátos diskurzus tárgyává teszik. Éppen e felismerésből adódnak kérdéseink: miből is következik ez a jelentés? Honnan is veszi e diskurzus a kezdetét? Mi alkotja határait? És mi mentén szerveződik voltaképpen az a gondolati művelet, amit az előbbieken logikaira emlékeztetőnek neveztünk? Nos, ezen és hasonló kérdések végiggondolását, levezetését és rendszerre épülő magyarázatát kísérli meg a Tiszta Jogtan. Habár a címkézések gyakorlatában a Tiszta Jogtant normativizmusként szoktuk elkönyvelni, valójában korántsem az, noha a norma szerepét meghatározónak tekinti. Hiszen nem a jog társadalmi jelenségvilágát, gyakorlati létét és tényleges életét kívánja normákból kiindulónan megmagyarázni. Célja lényegesen szerényebb: csupán annyi, hogy formális összefüggéseiben felvázolja azt a formális összefüggésrendszert, amit a jogász a jog nevében specifikus (mert formalizált pozíciókban végzett) értelmezések és hivatkozások révén specifikus (mert normatív) hálóként a társadalomra, a társadalom életének különféle

<sup>3</sup> Vö. a szerzőtől 'Autopoiesis és a jog jogalkalmazói-gyakorlati újatermelése' *Jogtudományi Közöny* XLIII (1988) 5, 264–268. o. és in Varga Csaba *Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról* [1995] (Budapest: Osiris 1999), függelék VII., 358. és köv. o. [Osiris könyvtár: Jog], valamint – későbbi összegzésként – *A bírói ténymegállapítási folyamat természete* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1992) 269 o., passim.

vonatkozásaira ('releváns'-nak mondva, és ezért előzetesen már elvontan és formálisan rögzített következményeket egyúttal rájuk alkalmazva) rávetít. Nem valóságot ír le tehát, hanem mesterségesen támasztott fiktív világot: a normákét. Csupán előfeltételezi hát, mintha pusztán létük folytán a normák – azáltal, hogy érvényesként kibocsáttattak, s a jogrend törvényes működése során jogi folyamatok alapjaivá válnak – mozgást indíthatnának el, és önmagukban meghatározóvá válhatnának; pontosan úgy, ahogyan ezt bármiféle normatételzés (gyakran magában a szövegszerű megformálásban is kifejezetten) a jóhiszemű rekonstrukció számára egyértelműen előfeltételezi.

Mai tudásunk megkívánja már, hogy annak elképzelését, miszerint pusztán normákra hagyatkozhatnánk, némileg meghaladjuk. Pontosabb kifejtésben: annyiban történik előrelépés, hogy mai ismeretünk a normát már egy önmagában holt objektivációnak tekinti, ugyanakkor élővé tétele érdekében viszont feloldja a kommunikációs folyamatban. Egyszersmind kimutatja persze a normatív folyamatnak önmagát folytonosan megújító önszervező jellegét is. A hierarchikus levezetés látszata s ideologikus igénye mögött látni engedi hát a jogi okfejtést megalapozó hivatkozások cirkuláris visszacsatolódását s a gyakorlati jogéletben (mint kölcsönös és körbeforgó hivatkozások révén egymásra épülő folyamatban) e hivatkozások egymást erősítővé válását, a hivatkozott jelentéstartalmaknak pedig végső soron a mindenkori várakozásokhoz alkalmazkodó összegeződését. És végezetül, a különféle emberi magatartások, gesztusok és nyelvi kommunikációk kavalkádjában a jogi minőség keresését nem korlátozza arra, hogy csupán különböző formális pozíciókból történő formalizált megnyilatkozásokat próbáljon jogiként azonosítani, hanem tudatosítja, hogy különféle eltérő szintek és módok eltérő – bár egyaránt szükséges – mértékben járulhatnak hozzá a jog közös társadalmi vállalkozásához. Egy ilyen felfogás számára – miután sikerrel dinamizálta pontosan azt, amiben korábbi magyarázatok még a mozdulatlanul nyugvó alapot keresték – a jog többé nem a norma logikai szinonimája vagy következménye (mint annak önmagában befejezett, statikus vonatkozása), hanem az egész társadalom közös vállal-

kozása egy önmagát szüntelenül újratermelő gyakorlat – azaz az (ilyen vagy olyan irányban, tekintetben) inkább vagy kevésbé jogivá sűrűsödés, valamint a jogivá válás és a jogiból kiválás – örökös hullámmzásában. Egyben lehetünk csupán biztosak: élő emberi gyakorlatunk mindenkor újjá fogja képezni a jogot (újjáképezve folytonosságát s megújulását egyaránt), miközben újra fogja képezni az ezen újratermelési folyamat mederbe tereléséhez és értékeléséhez szükséges mértékeket s kritériumrendszert egyaránt.<sup>4</sup>

Mint mondtuk, a normativitást nyelvi objektivációk hordozzák. Éppen ezért a jogi folyamatokat hordozó emberi gyakorlat hullámmzása sem parttalan: medrét a jogi okfejtési folyamatokban testet öltő hivatkozások szerkezete, a hivatkozott norma útkijelölőként és meghatározóként történő elismerése, valamint a normából adódó logikai következés feltételezése adja meg. Joggal tünődhetünk hát: *mintha*-jelenségek világa ez, vagy sem? Valóságos világ tehát ez, vagy lehetséges, avagy posztuláltan fiktív? Ám abban mégis biztosak lehetünk, hogy bármiképpen írjuk is le a jog tényeit, nem tekinthetünk el attól, hogy normatív összefüggéseket csakis normákból származtathatunk: ez az egyetlen lehetséges alap. Annak pontosbító kérdésére viszont, hogy miképpen is áll elő ez a felállás és működés a modern formális jognak nevezett berendezkedésből, éppen KELSEN tiszta jogtani műve adja meg a választ.

A Tiszta Jogtan valóban tanként jelenik meg azért, hogy a „mi a jog és milyen a jog?”<sup>5</sup> kérdésére lehetőség szerint „tiszta”, vagyis jogon kívüli nézőpontokat a jogra lehetőleg rá nem erőltető válaszokat adjon. Az általa feltett kérdések körében ugyanakkor KELSEN mai tudásunk szerint is nagymértékben érzékeny és nem csekély mértékben következetes válaszokat adott. A megismerés előrehaladtával nyilvánvalóan tovább gyarapodhat tudásunk a jogi berendezkedés egészéről mint társadalmi intézményről, s ennek filozófiai jellemzésében és ontológiai rekonstrukciójában hasonlóképpen elő-

<sup>4</sup> Vö. a szerzőtől *Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról*, különösen 6: A jogi gondolkodás paradigmái, 265–281. o.

<sup>5</sup> Kelsen, 1/1. fejt., 1. o.

rehaladhatunk. Mégis úgy kell vélekednünk: a „megkülön-  
böztetetten jogi”<sup>6</sup> sajátzerűségének leírásában – vagyis a  
jogtól megszabott keretek tisztázásában, a jog vállalkozásá-  
nak saját játékszabályai szerinti gondolati újraépítésében –  
KELSEN és műve nélkül nem mozdulhatunk.

<sup>6</sup> Philip Selznick 'The Sociology of Law' in *International Encyclopedia of the Social Sciences* 9, ed. David L. Sills (New York: Macmillan & The Free Press 1968), 51. és köv. o. kifejezése.



# JOGI LÉT, JOGI ÉRVÉNYESSÉG

## Jogontológia\*

A jog lételmélete és metafizikája nem más, mint a jog létének – lényegének – filozófiai vizsgálata, mely voltaképpen jelentését és jelentőségét a jog ismeretelméleti elemzésétől megkülönböztetetten nyeri el.

### *1. Történelmileg változó jog – változó jogi metafizikák*

Az ősi és az ún. primitív társadalmakban, melyekben a jog különválása, laicizálása, formákhoz kapcsolása még nem következett be, a jog lényegét idealitás és realitás egyfajta egységében látták. A *to dikaion* görög–római eszméje szerinti jog maga az igazságos dolog: a konkrét eset konkrét igazságossága, mely mint *medium in re*, a dolgokban magukban rejlik, de amelynek azonosításához a felek csakis közösségükben juthatnak el. Az antropológia pedig az államnélküli közösségekben olyan jogeszményt tár fel, amelyben egyfelől (egyidejűleg normatív várakozásként és állapotleírásként értelmezett) szokás, másfelől (személyesen elért konvenciót rögzítő) szerződés, harmadfelől pedig (közösségi akaratelhatározást tükröző) törvény még osztatlan egységet képez.

Polarizálódás a jog fogalmiasításával és uralkodói tételezéshez kapcsolása megkísérlésével következik be. Ekkor különül el a *lex* a *ius* addig megkülönböztetetlen tartományától. A *to dikaion* fogalmához képest azonban jelentőségteljes váltás tanúi lehetünk. A *ius* képzetében a *justumot* eredményező (illetőleg a *Recht; right; droit; diritto* változataiban a *rectumot*

\* Készült az első átfogó angol–amerikai jogfilozófiai enciklopédia felkérésére: 'Ontology of Law (Metaphysics)' in *Philosophy of Law An Encyclopedia*, ed. Christopher B. Gray (Levittown, Pennsylvania: Garland Publishing 1999).

megtettesítő) magatartás válik fogalmi szervezővé, vagyis – kritériumszerűen – magáról a dologról a dolog felismerésére tevődik át a hangsúly. A *lex* képzetében pedig (a *λεγω* olyan jelentésállományaként, mint *colligo, dico* és *loquor*) az, 'amit megmondtak', 'amit egybefogtak'. Egyfelől tehát a tovább nem specifikált jogfogalomban visszatér a *dikaion*-felfogásból már ismert mozzanat, nevezetesen hogy a dologban rejlő mérték immár nem elégséges: ezt csakis helyes emberi magatartást tanúsító kutatással tárhatjuk fel. Másfelől pedig mindettől különválik a szabályként felfogott jog – egy olyan mesterséges jelenség tehát, ami csakis azáltal válik jogivá (s számunkra ilyenként hozzáférhetővé), hogy ekként tételezték, pozitívták. Az európai kontinens jogfelfogását és jogi kultúráját a jogi voluntarizmus eluralkodása határozta meg. Akaratkijelentésével a legerősebb társadalmi hatalom először szembeállítja önnön állítását a hagyományként öröklött joggal, majd ellenőrizni, végül uralni kezdi – magát a jogi minőséget is egy elvileg önkényes szuverén tételezésre vezetve vissza. A pozitív (tételes, mert az érvényesség hivatalos felfogásában elfogadott eljárás, mód és forma szerint tételezett) jog kizárólagosságának (vagyis a *ius lexre* történő visszavezetésének) doktrínája a jogpozitívizmus. Változó korokban változó módon és sikerrel, ám egyaránt az előbbi eszményeként, mértékeként és korlátjaként állítják a pozitív joggal szembe a természetjogot, folytatva ezzel a *ius* ősi hagyományát. Az angol szigetvilág jogi szellemétől mindvégig idegen maradt bármiféle hasonló axiomatizáló igényű fogalmi dichotómia vagy polarizálás. A jog törvényi rétegét az angolszász jogban nem a *ius* eszméje tagadásaként vagy meghaladásaként, hanem egyfajta természetszerű összetevőjeként és kiegészítőjeként, korolláriumként fogadják.

A jog sajátos erejéről tanúskodik, hogy több ezer éves története során a különféle jogi ontológiák és metafizikák a független filozófiai vizsgálódás megkérdőjelezetlen ethoszának jegyében és ellenére is voltaképpen az adott jogi kultúra(k)ban uralkodó elképzeléseken alapultak, azokból indultak ki – úgyszólván kritikátlanul. A jognak mint sajátosan egynemű, normatív zárt közegnek önmagáról (léte természetéről, kritériumszerű önazonosságáról, hatáiról és kereteiről) formált

képe, vagyis ideológiája ennek megfelelően az alapul szolgáló jelenség filozófiai reflexióját is sikerrel maga alá rendelte. A jog ontológiájának, vagyis valósága elméleti leírásának ezért kellett külsővé és ennyiben függetlenné válnia – nemcsak a jelenséggel, de ideologikusan formált önképével szemben is. Hiszen nyilvánvaló: a jog önmeghatározásának pusztán ismeretelméleti bírálata legfeljebb verifikálhatatlanságára mutat-hatna rá. Holott a tulajdonképpeni ontologikus kérdés nem egyszerűen ez, de nem is csupán az ideologikus kifejeződés mögött álló gyakorlati érdekek láncolatának feltárása, hanem annak kimutatása, hogy a mindenkori jogászság szakmai ideológiájaként mindez miért (s miért éppen így) válik létsze-rű – mert mellőzhetetlen – részévé a jognak, felépülésének és működé-sének egyaránt.

## 2. A jog társadalomontológiája

E tekintetben jelentős felismerések mindenekelőtt LUKÁCS GYÖRGY társadalomontológiájának jogi újragondolása,<sup>1</sup> valamint a mai ún. dekonstrukcionizmus egyes változatai körében fogalmazódnak meg.

Ennek jegyében a jogot – legalábbis modern formális változatában – céltételezések nyelvileg formált halmazaként kezelik. (Az már más kérdés, hogy különféle ontológiai igényű jogelméletek a maguk részéről e céltételezéseket tipikusként tapasztalt társadalmi viszonyok jogi transzformálódására, transzcendens elvek vagy a dolgok természetében rejlő meghatározások normakénti leképezésére, tömeglélektani vagy individuálpszichikai ráhatásokra és reakciókra, avagy egyszerűen az uralkodó hatalom mezíttelen akaratelhatározására vezetik-e vissza.) Gyakorlatból levont tapasztalatként állítják, hogy a valóságban az ilyen céltételezésekből mindig több vagy kevesebb, de elvileg más realizálódik, mint amire az eredeti szándék irányult; és ezek az önmagukban talán jórészt érzékelhetetlen hangsúlyeltolódások a történelmi folyamatban mégis valóságos irányváltásokká összegeződhetnek. A jog saját beteljesedési rendszerrel rendelkezik. Szük-

<sup>1</sup> Vö. a szerzőtől *A jog helye Lukács György világképében* (Budapest: Magvető 1981) 287 o. [Gyorsuló idő].

ségképpen diszkrpanciáját is ez adja, hiszen a gyakorlat heterogén világában bármiféle elsődleges céltételezést csak a saját homogén közegében már kizárólagossá tett – mert kritériumszerű céllá emelt – másodlagos céltételezéseivel segíthet megvalósuláshoz.

A társadalmi közvetítés közege a jog, melynek azon kívül, hogy bármiféle egyéb célt kizárólag saját beteljesedési rendszerén keresztül engedhet meg érvényre jutni, önálló célja nincs. Közvetítő létkomplexusként legfeljebb a többi részkomplexus rendezett mozgását, kapcsolatfelvételt segítheti elő. Háttérben az erőszakalkalmazással történő fenyegetés áll, mely elvileg ugyan minden egyes címzetre irányul, mégis csak kivételes esetben szabad és kell bárkinek is tényleg hozzá folyamodni. Hiszen tömeges szankcionálás szükségének felvetődése esetén a jog műve összeomlanék. Ebből adódik az a következtetés, hogy a jog társadalmi változások, reformok önállósult vagy kizárólagos hordozójaként nem szolgálhat. Csakis már érvényesülő szándékokat segíthet megvalósuláshoz, szimbolikus megerősítő ereje s még a kivétel szintjén elszigetelhető alkalmi devianciák szankcionálása révén.

Mint bármiféle társadalmi közvetítés, a jogi közvetítés is csak a társadalom másik alapvető közvetítő létkomplexusa, a nyelv közbeiktatásával és útján mehet végbe. A nyelvről viszont tudjuk, hogy alkata folytán pontatlan, bizonytalan, sőt az egyedi megragadására is alkalmatlan, mert legfeljebb csak általánosító besorolással élhet. Mihelyt viszont a jogot formalizálják, ezáltal specifikus diszkrpanciák lehetőségét teremtik meg, hiszen a jogi közvetítésre pusztán jelenségformaként rakódik rá a logikai alárendelés. A jogász szakma tehát annak érdekében, hogy a jog saját beteljesedési rendszerének eleget tehessen, az általa működtetett jogi közvetítés során a valóságos társadalmi konfliktusokat elsőként jogon belüli vé alakítja, majd – mindezeknek logikailag egyértelműen igazolható és a tételes jogból szigorúan következő formát adva – látszatkonfliktusokká finomítja.

Egyneműségének megőrzése és saját megkülönböztetett rendszerének a mindenkori információfeldolgozás során történő normatív lezárása érdekében a jog szükségképpen él bizo-

nyos belső (technikai) fogalmakkal is. Egyebek közt sajátos felépülést posztulál magának, melynek kritériuma a jogi aktusról jogi aktusra átszarmaztatandó érvényesség; s ehhez sajátos működést is posztulál, melynek kritériuma a funkcionálás során mindvégig megőrizendő törvényesség. E két kívánalom a jog gyakorlati mozgását végző jogászság szakmai ideológiájának tartóoszlopa. Ez az ideológia alkotja az úgynevezett jogászvilágképet (kultúráinkban többnyire a jogpozitivizmus vagy a jogi normativizmus valamilyen változatát), mely a jogász szakmai tevékenységét a jogban konvencionálizált cselekvési kereteken belül tartja (tehát a jog saját beteljesedési rendszerének kielégítésére sarkallja) – olyan szakmai ideologikus előfeltevéssel élve, mintha pusztán a jogon belüli cselekvéssel ki lehetne elégíteni jogon kívül elvárt igényeket.

A jog ontológiai fogalma ezért mindenképpen tágabb, mint az, amit az ontológia mint metateória jegyében szakmai ideológiaként értelmezhető szabálypozitivizmus feltételez. Nemcsak a szabályok alkalmazhatósága feltételeiről és relevanciájáról valló elvek, de egyéb szakmailag szocializált megállapodások és adottságok – így a bírói okfejtés közegét egy-egy jogi kultúrában kielélt és megszabó gondolkodási minták, fogalmi megkülönböztetések, eszmények és érzékenységek, technikák és eljárások is – a körébe esnek. A jog létszerű összetevőjeként kell tehát számon tartanunk egyfelől a jogi technikát mint mindazon instrumentumok összességét, amelyek a könyvekben lefektetett jog [*law in books*] mindenkori merev statikuma ellenére a jogász közösségtől elfogadottan lehetővé teszik a ténylegesen érvényesülő és kikényszerítésre kerülő jog [*law in action*] dinamizmusát,<sup>2</sup> másfelől pedig a társadalomnak mindezt feltételező és értékpreferenciáival, a racionalitásról alkotott felfogásával jelentőségtejléssé tevő általános, valamint sajátosan jogi gondolkodási kultúráját.

<sup>2</sup> A jogi technikára lásd a szerzőtől [Szájer Józseffel] 'A jogi technika' *Magyar Jog* 39 (1992) 2, 65–71. o., a fogalmi különbségtételre pedig Roscoe Pound 'Law in Books and Law in Action' *American Law Review* XLIV (1910).

### 3. A jog mint gyakorlati folyamat

A jog klasszikus ontológiája ezzel közel kerül ahhoz a felfogáshoz, amit a jelenkori praxis-filozófia, megismeréstudomány s a jog nyelvfilozófiai és társadalmi elemzése egyaránt sugall. Eszerint a jog olyan történelmi kontinuum, amely mindenkori gyakorlati visszacsatoltságában, az emberi cselekvéstől történő mindenkori újrakonvencionálzásában folytonosan alakul. Olyan képződmény tehát, amelynek egyetlen még látszólag objektívált s külsővé tett eleme sem értelmezhető a közösségi környezet (a benne uralkodó és WITTGENSTEINI értelemben vett *Lebensform*), valamint a közösségi interakció (a közösség jelentésadó gyakorlata) nélkül.<sup>3</sup>

Megjegyezhetjük: a jog fogalomvilága olyan reprezentáció, amely minden ízében technicizált, mesterséges emberi konstrukció ugyan, a jogászi világképben mégis olyan világot mintáz, amely mintha társadalmi környezetünket tükrözné. A MARXIZMUS társadalomkritikája és a dekonstrukcionizmusok által elvégzett lebontás ezért az így tükrözött világ bírálóit célozza, melynek során a jog által létrehozott terminusokat is világunk fenntartó közegeként, adott esetben valós lényegét leplező (vagy akár meghamisító) ideologikus kifejeződésként kárhoztatja. Mindezzel valóban kockáztatja, hogy az ontológiai rekonstrukció túlhajtásaival maga is könnyen ideologikus kifejeződéssé válhat.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Vö. a szerzőtől *Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról* [1995] (Budapest: Osiris 1999) 388 o. [Osiris könyvtár: Jog].

<sup>4</sup> A kérdés egészére nézve lásd *Controverses autour de l'ontologie du droit* réd. Paul Amselek & Christophe Grzegorzcyk (Paris: Presses Universitaires de France 1989); Peter Goodrich *Reading the Law* (Oxford: Blackwell 1986); *Die ontologische Begründung des Rechts* hrsg. Arthur Kaufmann (Bad Homburg 1965); Michel Villey 'Essor et décadence du volontarisme juridique' in Michel Villey *Leçons de la philosophie du droit* (Paris: Dalloz 1962), 271. és köv. o.

# A jog és érvényessége

ONTOLÓGIAI MEGFONTOLÁSOK\*

---

## 1. Érvényesség-problematika

A jogérvényesség kérdésköre erőteljesen hangsúlyos kérdés-ként jelenik meg az európai kontinens jogi gondolkodásában. Tankönyvek, rendszeres feldolgozások s a témának szentelt monografikus tanulmányok úgy foglalkoznak vele, mintha kiindulópontja és egyben leglényegesebb azonosító magja lenne bármiféle jogot érintő gondolkodásnak. Úgy közelítenek hozzá, mint a jog mellőzhetetlen kiválasztó jegyéhez, mely a megkülönböztetetten jogi jelenség sajátosságát szabja meg. Olyan módon kezelik tehát, mintha a jog lényegét hordozná.

Az alábbiakban lételméleti rekonstrukcióra teszünk kísérletet, amely történelmi fejleményeket ideológiáikkal szembesít. Bizonyítani próbáljuk, hogy még az érvényesség eszméje sem egyetemes jelenség, hanem különös történelmi produktum, mely kizárólag bizonyos jogi kultúrákban bukkan fel, és válik azonosító jegyként nélkülözhetetlenné. Kimutatjuk, hogy az érvényesség a jog kritériumaként sem valóságos jelenség. Csupán olyan elemzési érdekből kimunkált ún. analitikus fogalomról van szó, amelynek egyetlen feladata van: nevezetesen, hogy általa bármely adott normarendszert joggá minő-

\* Készült a Nemzetközi Jog- és Társadalomfilozófiai Társaságnak a szerző társszervezésében 1985 májusában Graz székhellyel a leibnitzi *Schloß Retzhof*-ban megrendezett osztrák-magyar szimpóziumja előadásaként: 'Heterogeneity and Validity of Law: Outlines of an Ontological Reconstruction' in *Rechtsgeltung* hrsg. Csaba Varga & Ota Weinberger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1986), 88–100. o. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 27]. Első magyar változatában: *Jogtudományi Közöny* XLI (1986) 1, 1–6. o.

síthessünk. Többszörösen szolgáltatunk tehát általa: legitimációs érvet, s ezt a jognak jogként létezéséhez és működéséhez kapcsoljuk annak érdekében, hogy ezáltal tárgyunkat bármiféle nem jogitól leválasztva egyértelműen körülhatárolhassuk, és vitán felül állóvá tehesük.

## *2. Az érvényesség történelmi típusai*

Az európai fejlődésben történelmileg az érvényesség háromféle típusával találkozhatunk: 1. A hajdani és mai primitív közösségek jogában funkcionális érvényességet mutathatunk ki, mely a leginkább kezdetleges, ugyanakkor a leginkább materiális, hiszen jogként azt fogadja csupán el, ami jogként egyébként fennáll és működik. 2. A középkori jogban megjelenő tartalmi érvényesség már állít fel kritériumokat, ezeket azonban nem rögzíti; ugyanakkor jogként kizárólag azt fogadja csak el, ami megfelel bizonyos meghatározatlan, de a gyakorlatban folyamatosan újra megerősített értékekből és általános elvekből levonható követelményeknek. 3. A modern jogban intézményesül a technikailag leginkább fejlett formális érvényesség. A formális érvényességet teljes egészében egy előzetes meghatározás szabja meg, jellemzője ugyanakkor mindenekelőtt a formalizáltság s az eljáráson keresztül történő megközelítés. Jogként csakis azt fogadja el, ami bizonyos előzetesen formálisan rögzített normákból formálisan levonható kritériumokat formailag kielégít.

Ezek a történelmi típusok egymásra következnek, mindazonáltal egybefüggő történelmi folyamatba ágyazódnak. Ebben hangsúlyok és alkalmazási helyzetek változhatnak, ám kölcsönösen nem zárják ki egymást; inkább a megszűnve megőrződés fokozataiként jelennek meg. Természetszerűleg az egyes előfordulásokban valamelyik majd döntő pozícióra tesz szert, uralkodóvá lesz közülük, ám ütközés esetén – vagy akkor, ha az uralkodó érvényességi forma elégtelennek bizonyul –, a többiek (egymással egyébként ekkor is szüntelen versengésben) kiegészíthetők. Ugyanakkor feltárhatunk bizonyos fejlődést az érvényességi gondolat első felbukkanásától sajátos fogalmának kialakulásáig, s e fejlődés adott alakulása ettől a pillanattól kezdve elsődleges rendező elvként játszhat majd szerepet annak eldöntésében, hogy mit is kell mindenkor

jogon értenünk. Napjaink fejlettségi szintjén ugyanakkor a megelőző érvényességi formák már csupán kivételesen bukkanak fel – normarendszerek ellentmondásának vagy a jog szerinti igazság nyilvánvaló társadalmi igazságtalanságának kirívó határhelyzeteiben.

Voltaképpen miről is beszélünk az érvényesség kapcsán? Nos, a jog azonosításának a különféle érvényesség-felfogásokban megtestesülő lehetőségei a jog felépítésére és működésére vonatkozó bizonyos elképzeléseknek, fogalmiasításoknak és ezek meghatározó vonásainak felelnek meg. A funkcionális érvényesség-felfogás azon alapul, hogy a jogot élő gyakorlatnak tekintik, és az valóban így is működik. Tartalmi érvényesség esetében a jog már olyan érték hordozója, amit a gyakorlatba átültetendőnek gondolnak. Formális érvényesség esetében pedig olyan szabályozó erőnek feltételezik, amely szintén a gyakorlatba átültetendő értékeket hordoz. A jogtörténetben az első két típus számos elemét különféle módokon és összetételekben felismerhetjük. Mindazonáltal – ahogyan ez a jogfejlődés hármastipológiáinál gyakorta lenni szokott – itt szintén a harmadik megtestesülés a mai, az egész történeti tipologizálásra mint fejlődéstörténeti kísérletre okot adó jellemző, mely esetenként éppen az elért vagy máris meghaladandó jelent szokta jelezni.

### 3. *Érvényesség a modern formális jogban*

A modern formális jog a formális racionalizálást a bürokratizálás segítségével célul tűző modern államiság terméke. Bizonyos jegyei előformákként megjelentek már a császárkori római jogban, valamint a középkori városállamok jogában. Klasszikusként kifejlődő formája mégis a feudális abszolutizmusnak s egyúttal az ennek méhében bekövetkező polgári fejlődésnek köszönhető. Érdemes megjegyeznünk, hogy ebben a történelmi környezetben és összefüggésben a formális racionalizálás és a bürokratizálás nem is választható szét egymástól: kölcsönös feltételezettségben, kölcsönösen célként és eszközként kapcsolódnak egymáshoz.

A modern formális jog kifejlesztett néhány jellegzetességet. Ezek a mai szemlélő számára nyilvánvalóak, maguktól értetődőek, pedig távolról sem természetes velejárói vagy egyete-

mes jegyei a jognak. Hiszen ezek a jellegzetességek adott összetételükben s egymásra vonatkoztatottságukban az európai kontinentális fejlődés utolsó egy-két századában formálódtak csupán rendszerszerűvé.

Ennek megfelelően a modern formális jogban

1. a jogot minden szegmentumában fogalmiasítják. Csupasz logikai művelet tárgyává teszik – osztályozásban, rendszerezésben, következtetéslevonásban egyaránt. Ennélfogva a jogot egyre inkább nyelvi kifejezések halmazaként kezdi el kezelni. Az erre támaszkodó nyelvi-logikai elemzés a saját folyamatában aztán szükségképpen megveti egy sajátos irányú vizsgálódás, a jog dogmatikai feldolgozás alapját, mely a joghoz immár mint rendszerhez közelít, eszményként az axiomatizmust tűzve ki.

2. A jogban mindazt, amit jogiként [*ius*] elfogadnak, a jogként tételezettre [*lex*] vezetik vissza. Ezzel egyidejűleg a jog normativitását is azon normatételek erejére vezetik vissza, amelyek formálisan előzetesen rögzített (következésképpen: formálisan azonosítható) forrásból származnak, és formálisan előzetesen rögzített (következésképpen: formálisan azonosítható) módon nyertek megformálást (promulgálást).

3. Mindennek kapcsán a jogban kifejlődik s működését meghatározóvá válik egy ideológia. Ez a jogot hézagtalanul teljes szabályozási rendszernek tekintti – olyannak, amelyik képes arra, hogy minden egyes ügyet logikailag egyértelmű módon eldöntsön, és ezáltal a társadalmi cselekvést – összes lényeges részletével együtt – előrelássa, továbbá minősítse is mint vagy a jog követését, vagy megsértését megvalósító emberi magatartások sorozatát. Ezen ideológia hivatása az, hogy a gyakorlatban ne csupán eszményként fogják fel, de megkíséreljék valóságosan is érvényre juttatni. Szakmai hivatásbeli feladataként a jogász lesz felelős gyakorlatba ültetéséért vagy legalábbis elérhető megközelítéséért.

4. Ezzel párhuzamosan egy sajátos intézményi rendszer is létrejön e gyakorlati munkálkodás meghatározott mederbe terelésére – vagyis arra, hogy az említett ideológia optimálisan megvalósulhasson. Mindenekelőtt intézményi hálózat szükséges ahhoz, hogy egyfelől a szabályok szakosított, tömegméretű termelését (és újratermelését) biztosítsák,

másfelől pedig tömeges méretekben lehetővé tegyék a szintén szakosított ügyeldöntést – a létrehozott szabályok rutinjellegű alkalmazása révén. Egyidejűleg persze szükséges az is, hogy a jogszabályok alkotására és alkalmazására vonatkozó hatáskört és felelősséget megosszák egymástól független intézmények között – úgy, hogy az ideologikus várakozások kielégítése jegyében és érdekében mindegyikük önállóan tevékenykedhessenek.

Ezek az eszmények többé-kevésbé valósággá is válhattak az európai kontinentális jogfejlődésben az utóbbi évszázadok során. Túlfejlettségükkel vagy éppen szélsőséges megnyilvánulásaikkal jobbra csak kivételes helyzetekben találkozhatunk (például az ókori önkényuralmi vagy a feudális abszolutisztikus rezsimekben, illetőleg a polgári forradalmakban az ún. forradalmi mézeshetek utópisztikus és túlkövetelő megnyilatkozásai kapcsán). Az eszmények tiszta (és ezért s ennyiben eleve utópisztikus) megvalósítási kísérlete többnyire arra irányul, hogy magát az igazságszolgáltatást csupasz végrehajtásra fokozzák le – arra készítve a bírót, hogy mechanikusan próbálja a mindennapi gyakorlatba átültetni az önmagát mindentudónak s egyúttal mindenhatónak tekintő törvényhozó tételezéseit (amint ez JUSZTINIÁNUSZ vagy NAGY FRIGYES személyes példájában, illetőleg a francia forradalom korai időszakában is megnyilatkozott).

#### *4. Az érvényesség rekonstrukciója*

Milyen módon is épülnek bele ezek a jellegzetességek a modern formális jog elméletébe, mint a jogi teoretizálás elemi építőkövei?

Nos, a teoretikus rekonstrukció szerint a fejlődés bizonyos fokán, a társadalmiasodás (vagyis a társadalmi folyamatokban a közvettség és közvetítettség) előrehaladásával, a (komplexusokból álló komplexusként felfogott) társadalomban a jog (mint részkomplexus, mely az egyéb komplexusok között közvetít) szükségképpen különmemű jelenséggé válik, s élesen elkülönül minden egyéb komplexustól. Már pedig annak érdekében, hogy e különmeműség teljesként és kifejezettként jelenhessen meg, a jognak szükségképpen formálisan s szigo-

rúan meg kell vonnia a maga határait. Előzetesen rögzített kritériumokkal kezd élni hát, melyek segítségével immár egyértelműen eldönthetővé válik, hogy mit is kell a kérdéses rendszerhez képest rendszeren belülinek, illetőleg rendszerhez tartozónak tekintenünk. Tudnunk kell: a modern formális jog saját meghatározása szerint bármi érvényes lesz, ami ezeknek a kritériumoknak megfelel. Ha ezt mondjuk tehát: „az érvényességet megállapítottuk” – nos, ez ugyanaz, mintha ezt mondanánk: „a kérdéses jelenség a jog szférájához tartozik”, hiszen „a jog rendszerén belülinek minősül”. Az érvényesség-megállapítás elsődleges funkciója tehát az, hogy minden ál- vagy látszat-jogi formát – mely pedig úgy jelenik meg, és érvényesíti magát, mintha a jogot vagy részét testesítené meg – megkülönböztessen attól, amit valóban jognak kell tekintenünk. Ez távolról sem pusztán fogalmi játék vagy jobb híján történő okoskodás. Mert olyan esetekben, amikor eltérő jelenségek (így: normák és cselekvések) egymással versengve küzdenek a „jogi” minőségért, egyértelmű, vitathatatlan, tehát egyszer s mindenkorra szóló válaszra van szükség. Ezért az érvényesség kritériumait formalizálnunk kell. Saját meghatározása szerint bármely tétel jogként érvényes lesz (tehát bármely normát vagy cselekvést jogot megtestesítőként kell elfogadnunk, amennyiben egy érvényes jogtétel ilyenné minősíti) – feltéve, hogy *a)* előzetesen meghatározott intézmény, *b)* előzetesen meghatározott formában, *c)* előzetesen meghatározott eljárás során tettezte azt. Látható, hogy nem csak az érvényesség kritériumai nyertek formalizálást itt. A jogi normativitás hordozójául is az adott forma lép fel: a jogi normativitást tehát a nyelvi objektiváció, maga az írott szöveg hordozza. Végző összegzésben a jogérvényesség ilyen módon nem más, mint bármely jogrendszer képzésének önszervező elve és önminősítő eredménye.

### *5. Érvényesség és jogszerűség*

Az olyan kultúrákban, amelyekben a jogot a társadalom egyéb alrendszeritől megkülönböztetett rendszernek tekintik, a jog nevében hozott autoritatív döntéseknek a kérdéses rendszerből szigorúan levezethetőnek és igazolhatónak kell

lennie. Ahhoz pedig, hogy ezt a levezetést és igazolást a lehető legteljesebb mértékben vitán felül állóvá, összefüggővé és formailag is meggyőzővé tegyék, olyan ideológiára (s ezen ideológia gyakorlati megvalósulására) van szükség, amely a döntést logikailag egyértelműen következő eredményként tünteti fel és érvényesíti. Ezzel egyszersmind a formalizálás, valamint a formális ellenőrizhetőség követelményét is kielégítik. Mindennek megfelelően saját meghatározása szerint a jogban minden olyan cselekvés jogszerűnek minősül, amely a jog érvényes tételeiből logikailag következik, vagy ún. jogászai logikával (tehát az adott élő kultúrán belül elfogadott érveléssel) a jog érvényes tételei alapján igazolható. Könnyen beláthatjuk, hogy nem csak a jogszerűség kritériumait formalizálták itt. Hiszen a jog tényleges működtetésének egész gyakorlati folyamatát egy meghatározott érvelési láncolaton vezetik keresztül, és úgy mutatják be, mint ebből logikai szükségszerűséggel következő eredményt. Sőt mi több, magáról az eredményről egyenesen azt állítják, hogy a normatételekből logikailag ez – és kizárólag ez – következik. E rendszerben ugyanis kizárólag egyetlen döntési változathoz szabad a bírónak (a hivatásos jogalkalmazónak) eljutnia, s e kizárólagos döntési változatnak nem lehet jogszerű alternatívája. Végső összegzésben a jogszerűség ilyen módon nem más, mint bármely jogrendszer működésének önszervező elve és önminősítő eredménye.

Az elmondottakból következik, hogy a modern formális jogban az érvényesség és jogszerűség nem más, mint azon két alappillér, amelyen – mint leginkább formalizálható, ennél fogva leginkább felismerhető és azonosítható jegyeken – a jog egész teoretikus felépítménye nyugszik. Ehhez még hozzátehetjük, hogy mindez a modern formális jog berendezkedésének – teoretikus felépítésének és gyakorlati működtetésének – adekvát tükörképe és fogalmi kifejezése. Hiszen pontosan azt írja le, hogy milyen is lenne a jogrendszer, ha valóban csupán kellően tételezett normatételekből épülne fel, s valóban mintegy axiomatikus rendszerként működhetnék. Ezzel egyidejűleg viszont bármely társadalmi-történeti megközelítés számára, mely természetszerűleg az alapfogalmak létjogosultságát s megalapozottságát is szabadon, kötöttség nélkül vizsgálódása

tárgyává teheti, az egész teoretikus kép aligha lesz más, mint csupasz fogalmi játék. Vagy pontosabban: egy olyan ideáltipikus leírás, amely rögvest tiszta ideológiába fordul át, mihelyt a jog bármely valóságos, működő típusára kísérlík és kezdik meg alkalmazni.

#### *6. Belső működési elvek: ideologikum és valóság*

Mindezzel már sejtjük, hogy a fentebbiekben adott képnek van néhány határozott hiányossága. Ezek a kérdéses teoretikus konstrukció erősségét, de gyengeségét is egyaránt mutatják. Nevezetesen: erőssége az, hogy e megközelítés pontosan a jog belső működési elveit tükrözi, és ebben mindvégig logikailag végiggondolt s következetes. Ám egyszersmind gyengesége az, hogy – és ezt a jog tényleges működésének lételméleti leírása könyörtelenül kideríti – mindezeket csakis pusztán játékszabályokként, tehát ideologikus módon beépített elemekkel tudja kifejezni.

E hiányosságokat szemügyre véve mindenekelőtt meg kell említenünk, hogy

1. a jogrendszer már önmagában véve eleve több, mint kellően tételezett normatételek összessége. A társadalom pedig alrendszerként csakis folyamatosan megújuló gyakorlati értelmezések mindenkori közegeként és pillanatnyi eredményeként létezhetik, és e gyakorlati értelmezésekben nyilvánvalóan mindig a társadalomban éppen uralkodó gyakorlat válik döntővé. Vagyis végső soron a jogképzésnek az érvényesség-fogalom talaján álló egész felfogása sem lehet más, mint tiszta elmélet. Törekedhet ugyan a gyakorlat megszábasára, valamelyes optimális mélységig befolyásolhatja is azt, de egészében a tényleges gyakorlati cselekvést semmiképpen sem tükrözheti vagy uralhatja.

2. Az érvényességnek egy adott időpontban általunk éppen meghaladottnak ítélt történeti formái ugyanakkor semmiképpen sem szűnnek meg létezni vagy egyenesen az uralkodó érvényességi formával versengeni. Mert formális érvényesség révén bármi érvényessé tehető, amit a jog külső formális módon ilyenné nyilvánít. Mégis: az egyéb érvényességi formák közreműködésének lehetősége az egész folyamatnak dinamizmust, sőt egyenesen dialektikus jelleget kölcsönöz.

Hiszen az egyéb érvényességi formák az uralkodó érvényességi forma szerinti érvényessé nyilvánítást vitathatják, az érvényességet illető érveléseinket társadalmilag érzékenyebbé tehetik, sőt végső soron hozzájárulhatnak az uralkodó formális érvényességi konstrukció meghaladásához is. Azaz: a jogképzésnek az érvényesség által uralt egész felfogása is tisztán teória csupán. Ezt tartalommal csupán olyan megfontolások telíthetik (támogathatják, megkérdőjelezhetik vagy akár tagadhatják), amelyek e formaiságokon túl immár a jog működésének tartalmaira és módjaira vonatkoznak.

3. A jog tényleges működésében az érvényesség – amint folyamatosan megújulva megerősíti önmagát az egyre magasabb alapnormákból történő hierarchikus származtatás vég nélküli folyamatában (ahogyan a belső és a nemzetközi jogi elismerés mindenkor szakadatlanul megújulóan zajlik, miközben egymást is kölcsönösen támogatják) – csupán tiszta beszámításnak bizonyul. És kizárólag egy hipotetikusan létezőnek állított legfelsőbb norma szolgálhat e beszámítás kiindulási pontjául. A szigorúan hierarchikus levezetés gondolata persze egy zárt, statikus elméleti rekonstrukcióban szükséges lehet ugyan (amint történelmileg kialakult az) – ám mindez itt sem gyakorlatias, hiszen az egész kép túlzottan logikai felépítésű. Nincs benne hely rendszerjellegű megközelítés, totalitásszemlélet számára. Pedig tényleges megvalósulásai társadalmi gyakorlatában az érvényesség nem csupán vertikálisan származtatott, de horizontálisan is folytonosan visszacsatolt jelenség. És ez nem is kivételes. Így van ez bármely összetett szerkezetnél, melynek felépítése, egységként megszervezettsége, belső feszültségelhordozásra s külső feszültségirányításra való képessége eleve olyan beépített keresztkötések révén van megoldva, amelyek szorító vagy lazító hatást gyakorolhatnak optimális irányban, időben és optimális erővel annak érdekében, hogy egyszersemind a jog nevében véghezvitt cselekvés maximális társadalmi érzékenysége és igazolhatósága is biztosíttassék. A hivatalosságtól a gyakorlatiasság felé fordítva tekintetünket ezért elmondhatjuk: voltaképpen a horizontális visszacsatolásban zajlik a jog élete, az igazságszolgáltatási és igazgatási szervek gyakorlata; ez az a közeg, amelyben a politikai kihívások s a társadalmi

válaszok egyaránt megformálódnak. Azaz: a jogképzésnek az érvényesség fogalma által uralt egész felfogása tisztán teória – kivéve, ha a társadalmi gyakorlat szűrőjén keresztülvezetve olyan rendszerként gondolkodunk róla, amely (az adott társadalomban tényszerűen uralkodó jogként) folytonosan megújulóan megerősíti önmagát.

4. Minden elfogulatlan vizsgálódás számára nyilvánvaló, hogy amennyiben a szükségképpeni logikai következtést kritériumszerűen kezeljük, az igazságszolgáltatásban és az igazgatásban szakadékra lelünk a döntés logikai dedukálhatóságának eszménye és a döntéshozatal valóságos gyakorlata között. Sőt, ez a diszkrepancia egyenesen törvényszerű is. Hiszen a formális alárendelés igénye a modern formális joggal született csak meg, márpedig az alárendelés (gondoljunk bármely formális rendszer korlátaira, melyek rögtön kiütköznek, mihelyt a valóságos élet valóságos problémáira kíséreljük meg a rendszer alkalmazását) múlhatatlanul együtt jár bizonyos diszkrepanciákkal. Ez abból ered, hogy az élethelyzetek gazdagságát lehetetlen a formális tételezések bármely mesterséges osztályozási hálójába maradéktalanul betagolni, és így az élethelyzetekre olyan megoldást találni, amely egyszersmind rendszer-konform és társadalmilag is kielégítő lenne. Következésképpen a jogi folyamatok irányításában a logikum nem lehet kizárólagos tényező. Sőt, ma már nyíltan vállaltan elmondhatjuk: nem is lenne kívánatos, hogy az legyen. A logika legfeljebb az ellenőrzés funkcióját gyakorolhatja – és mindez igaz bármely érvényességi vitában elfogadható álláspont igazolása vagy cáfolása tekintetében egyaránt.

5. Az érvényesség önmagában való elégségességének teoretikus képével szemben a jog minden szegmentumában a társadalmi gyakorlat alakulásához kötött jelenség. Emlékezzünk csak KELSEN-re, ki ifjúkorában EHRlich jogszociológiájának elsőbbségi igényével szemben a következőképpen érvelt: csakis a jog és tudománya állapíthatja meg, hogy a társadalmi jelenségek közül mi az, ami egyszersmind joginak is minősülhet – és ez fordítva nem képzelhető el. Ám a Tiszta Jogtant megfogalmazó KELSEN az alapnorma feltételezésének értelmessé tételéhez és elfogadtatásához végső kritériumként

már a hatékonyság elvére kényszerült építeni érvényességi elméletét. Kompromisszumként bele kellett hát építenie azon kívánalmat elméletébe, hogy a kérdéses jogrend egészében társadalmilag hatékony legyen. Ám vajon nem ördögi körről van-e itt szó? Nem *circulus vitiosus*-e azt állítanunk, hogy az érvényesség a jogi hatékonyságon nyugszik, ugyanakkor a jogi érvényesség az, amiből a hatékonyság levezethető? Vajon nem egyszerű szinonimák-e ezek, melyeknél a szociológia létfogalmát egy analitikus fogalommal játszunk ki, amely fogalmat ugyanakkor a jog elvont filozófiai tanulmányozásából merítettük? Hiszen értelmesen az egész gondolati műveletet a következőképpen kellene értelmeznünk: ami szociologikusan bizonyos szabályossággal adott formában megjelenik, azt egy posztulált jogászvilágképben érvényesnek nevezük?

#### 7. A jog mint érvényességgel felruházott fogalmi játék

E pontnál szemügyre kell vennünk a jogi fogalmak természetét, hogy a modern formális jog érvényesség-fogalmának jelentését s jelentőségét, valamint jogrendszerbeli helyét és szerepét megérthessük.

Általánosan fogalmazva: mit csinál a jog? Nos, minősít. Saját rendezési elveket és elemeket vetít bele a társadalmi létbe, hogy egy általa ellenőrzött kényszerapparátus mozgásba hozatalával, bürokráciájának megfelelő működtetésével ezeket társadalmilag elfogadtassa s érvényre juttassa. Olyan fogalmakat alkot és/vagy alkalmaz, amelyek az adott helyzetben ugyanakkor ismeretelméletileg önkényesek. Mert kritériumszerűen nem leírnak. Nem tőlük függetlenül létező tulajdonságokat nevesítenek. Hanem a gyakorlatba beavatkozva előírnak. Azáltal, hogy helyzeteket minősítenek. És e minősítésnek csupán a rendszerben definiált többi minősítés, eljárási elv (stb.) egymásra vetítésével lesz teoretikusan egyáltalán értelmezhető, következetes gyakorlati alkalmazásukkal pedig a valóságban is értelmet hordozó jelentése.

Kívülről, a jogrendszer létesítése felől közelítve, mindezek a jogi kategóriák minősítéseket alkotó, ezáltal mesterséges minőségeket létrehozó fogalmak. Belülről, a már megalkotott jogrendszer nézőpontjából szemlélve azonban analitikus,

vagyis elemzési körben létrehozott és alkalmazott fogalmak. Hiszen összetett helyzeteknek egyszerűbb helyzetek sorozatára történő felbontását, elemi összetevőkre visszavezetését célozzák. 'Jogosultság', 'kötelezettség', 'felelősség', és így tovább – akár játékszabályokban pozíciókat kijelölő fogalmaknak, akár összetett helyzeteket a játékszabályok szerint rövidített kifejezésre tömörítő fogalmaknak (tehát bár a valóságra alkalmazott, mégis intellektusunk által csupán mesterségesen létrehozott konstrukcióknak) tekintsük is az így használt szavakat, egyértelmű: elvileg önkényesek, ismeretelméletileg önmagában teljességgel értékelhetetlenek; sőt belső kohéziójukat, viszonyíthatóságukat is csupán rendszerszerűségük (tehát rendszerelméleti értelemben rendszerbe foglaltságuk) adja meg. Valóságos értelmüket pedig kizárólag gyakorlatiasságuk, azaz a valóságos élet valóságos befolyásolásában eszközként alkalmazhatóságuk bizonyíthatja.

Az a minőség, amivé minősítenek, imaginárius. Nem más, mint címke. És mint ilyen is, kizárólag az elfogadott és érvényesített játékszabályoknak köszönhetően, követésük gyakorlatában létezik. Nem mutatkozik önmagában. Nem a jelenség mint olyan hordozza. Pusztán mi, a játék résztvevői címkézünk dolgokat, helyzeteket, pozíciókat – vagy embereket –, amiket s akiket így ilyen (és nem más) pozíciókban állóknak minősítünk. E minőségeket a beszámításnak mondott emberi aktus ruházza rá a beszámítás alá vont jelenségre. Valóságosságát ennél fogva csakis az alapjául szolgáló játékszabályoknak a valóságos gyakorlat valóságos elvévé tétele, a kérdéses minősítésnek a társadalmi tudatban és gyakorlatban befolyásoló jelentőségű tényezővé avatása adhatja. Következésképpen a minősítés gyakorlati aktusának társadalmi elfogadása és minden további gyakorlat alapjául válása lesz a minősítés kapcsán majd elsődlegesen érdekes.

A másik oldalról pedig így fogalmazhatunk: annak kérdése, hogy maga a minősítés aktusa a játékszabályoknak megfelele-e, vagy sem, a minősítés által életre hívott minőség léte, valóságos fennállása tekintetében csak másodlagos, alárendelt jelentőségű. Tehát az esetleg szabályszerűtlenül, szabályok kijátszásával megejtett minősítés az általa életre hívott minőség létén (amennyiben ez gyakorlati értelmét, következ-

ményeit nem érinti) nem változtat. Persze annak szemszögéből nézve, hogy maga a játékszabályok rendszere és gyakorlati alkalmazása s érvényesítése mennyire következetes, döntő lehet az a kérdés is, hogy a gyakorlatilag esetleg előforduló inkoherenca milyen következményekkel jár. Háromféle döntés képzelhető el: 1. a szabályszerűtlen minősítés visszahívása („hatálytalanítása”); 2. a szabályszerűtlen minősítés eseti kivételként eltűrése („jogellenes, de nem vitatott” döntésként érvényesítése); 3. a játékszabályrendszernek a szabályszerűtlen minősítés alapján történő (kifejezett vagy hallgatólagos) módosítása („bírói jogként” a szabályrendszerbe integrálása).

A különbség tehát nyilvánvaló: ha egy jelenséghez reálishan létező (legalábbis ilyenként felfogott) attribútumot kapcsolok, kérdésem éles, tehát egyértelmű bizonyítást vagy cáfolást igénylő lesz. Igennel vagy nemmel kell válaszolnom a kérdésre: vajon megtalálható-e a szóban forgó attribútum a jelenségben, vagy sem? Egy normatív minősítés esetében nem ilyen egyszerű a helyzet. Az aktus természetéből fakadóan minősítésem „igaz” semmiképpen sem lehet. Legfeljebb a szabályrendszerből következtethető, arra visszavezethető, vagy legalábbis az elvi visszavezethetőségre hivatkozva igazolható vagy érvényesíthető. Mivel a minősítést a valóságra csak vonatkoztatjuk, lényegi meghatározása szerint azonban nem közvetlenül a valóságra, hanem egy a valóság minősíthetősége érdekében létrehívott szabályrendszerre támaszkodik, nos, a szabályrendszerből történő „következés”, a szabályrendszernek „megfelelés” adja majd a minősítés igazolását is. Azonban már láttuk: a szabályrendszer valódi létét társadalmi-politikai és jogi kontextusában megnyilvánuló, tehát életünkben ténylegesen érvényesülő jelentése adja. E kontextusban a szabályrendszer hivatalosan tételezett szabályanyaga értelmezési szabályok, általános elvek, értékstandardok, kulturális előfeltevések (hivatalos összetevőkként ugyan nem tételezett, de a szabályrendszer bármiféle gyakorlati működésébe óhatatlanul beépülő) tömegével egészül ki. Mindezek alkalmazása nem logikai természetű, hanem csak egy többé vagy kevésbé releváns, erős vagy gyenge érvek konkrét hallgatóság meggyőzetését feltételező összecsapásban, vagyis egy több-kevesebb kompromisszumot elkerülhetetlenül

eredményező gyakorlati értékválasztást megvalósító döntésben lehetséges. Következésképpen a szabályrendszerből egy és kizárólag egyetlen „helyes” döntés nem következik logikai szükségképpeniséggel. Ezért a minősítés külső igazolásának meg kell elégednie a szabályrendszerből való „következés”, annak „megfelelés” (esetleg pusztán ideologisztikus) állításával s ennek gyakorlati elfogadtatásával. Következésképpen a szabályrendszeren belüli konzisztencia kérdésében folytatandó viták feladata lesz, hogy a lehető legszorosabban logikai okfejtéssel kísérelje meg majd körülhatárolni a szabályrendszerrel még és már összeférhető döntési változatok körét, ezzel járulva hozzá a minősítés elfogadhatósága körüli vitához.

A logika nézőpontjából tekintve ez ugyancsak bizonytalan terep. Hiszen még a döntés premisszái sem előre adottak, hanem maga a döntési folyamat során alakítandók ki. Ez pedig azt jelenti, hogy a döntés társadalmi kívánatossága vagy a szabályrendszerből „következő”-ként fenntartásához fűződő hatalmi érdek következtében hivatalosan vállalt (azaz a döntés – mindig utólag megszerkesztett – „indokolásában” feltüntetett) „premisszái” a döntés visszahatásaként utólag is változhatnak. Végső leegyszerűsítéssel ezért ezt mondhatjuk: bármi legyen is a minősítés tartalma, ha egyszer a jog nevében a hatóság azt kikényszeríti – oly módon, hogy (eseti vagy ismételhetségében korlátozott döntés esetén) a már meghozott aktus szabályszerűségéről folytatható vitát elfojtja, vagy újrameghozhatóságát berekeszti, avagy a ma szabályaként a jövőben már alkalmazandó gyakorlattá teszi –, úgy azt a szabályrendszer adott közegben aktualizált megvalósításaként kell elfogadnunk. A jogászai szakma (jogászok s a politikai küzdőtér szereplői) feladata lesz ezután, hogy 1. szabályszerűségét tagadva kieszközöljék a korábbi szabályszerűséghez történő visszatérést; 2. szabályszerűsége vitatásával a szabályrendszerrel való összeférhetőségét függő kérdésként nyitva hagyják; avagy 3. utólag olyan tételezéseket építtessenek bele a szabályrendszerbe, amelyek a kérdéses minősítés követhetőségét (szaknyelven: rendszer-konzisztenciáját) immár meggyőzőbben megalapozzák.

Nos, a fentiek jellegzetességében osztozik az érvényesség is.

A jogrendszer formálódásának játékszabályaként létét a jog szabályrendszeréből eredezteti. Megvalósulása, igazolása pedig végső soron az „érvényesség” minősítő pecsétjével a jog nevében folytatott gyakorlat társadalmi sikerétől függ. Egyetlen specifikus vonása, hogy a jog játékszabályrendszere ezt önmagára vonatkoztatja.

\*

### 8. Önmagára vonatkoztatás?

A fentiekkel összefüggésben kell megjegyeznünk, hogy a század neves oxfordi analitikusának, HARTnak nyelvi-logikai kérdésfeltevése – bár a jogot ő sem teoretikus, hanem gyakorlati rendszerként kezeli – KELSENNEL szembeni kritikai állásfoglalásának a megalapozottsága ellenére mégis kétszeresen félrevezető. Az analitikai hagyományhoz híven a mondatok tényleges felépítésénél megrekedve HART úgy mutatja be a nyelvi megfogalmazásukban is önmagukról rendelkező szabályokat, mintha valamiféle kivételek paradoxonával találkozna.

Először is, az önmagára vonatkozás önreferenciát jelent. A jogban azonban valójában ez nem egy tételt, nem is egyetlen tételezést (jogszabályt) érint, hanem az azonos szintű jogforrások összességét (belső rendezettségükben a *lex posterior derogat priori* és a *lex specialis derogat generalis* sajátos státusát jelző dinamikával), s végső soron az egész érvényes jogrendszert mint jogi tételezések összességét (az előbbi rendező elveken túl a jogforrási hierarchia figyelembevételével) jelenti. Hiszen az érvényesség fogalmának egyik feladata pontosan az, hogy a jog különműségén belül homogenizálja – egy önmagában megkülönböztetetlen rend alkotóelemeivé szervezze – az egyébként térben és időben eltérő tételezéseket mint konkrét társadalmi-politikai kihívásokra született sajátosan jogi válaszokat. A jogban az önmagukra vonatkozó és hivatkozó tételezések ilyen módon korántsem kivételesek. A jog szabályrendszerének tekintélyes hányada éppen önmaga mint szabályrendszer belső rendezésével foglalkozik. Másodszor, a *lex posterior derogat priori* és a *lex specialis derogat generalis* rendező elve kizárja, hogy bármely rendelkezés követése

vagy módosítása a logikán kívülre – úgymond az „alogikum”, avagy a skandináv realisták kedvenc kifejezésével élve, a „társadalmi-pszichikai tények” vagy a „mágikus eszmék” körébe – utaljon. A követés és/vagy módosítás jogszerű lehetősége mindig adott. Legfeljebb arra derül fény, hogy a jogalkotó átlépte az értelmes (s a jog dinamikus folytonosságát biztosító tételezések számára adott) határokat.

Annak törvényi kimondása például: „Ez a törvény örök érvényű” – értelmetlen, mert bármely későbbi közönséges törvény módosíthatja. Paradoxikus, hogy a gyakorlatban ennél keményebb hatással járhat ennek kimondása: „Ez a törvény csak a parlament minősített többségi szavazatával módosítható” – hiszen a gyakorlatban követhető, irányadó útmutatást tartalmaz. Ezért a szigorítás ilyen vonalon végtelenül továbbvihető. Hiszen elképzelhető, hogy egyes rendelkezések módosítására ugyanez a szakasz (a *lex generalison* belül *clausula specialisként*) tovább minősített többséget írjon elő. Logikailag feloldhatatlan dilemmák persze így is könnyedén konstruálhatók. Például: miképpen ítélné meg, ha egy törvény ezzel a klauzulával zárul: „Ez a törvény vissza nem hívható”?

\*

### 9. Érvényesség és társadalmiság

A fentieknek megfelelően a játékszabályrendszer maga fogalmaz meg szabályokat bármely szabály játékszabályként való „fennállása”, valamint a játékszabály tartalmának vagy terjedelmének módosítása feltételeiről. Azaz arról, hogy vita esetén ki és miként döntheti el, vajon egy adott szabály a játékszabályhoz tartozik-e, vagy sem. Bizonyítása, igazolása a logika szemszögéből nézve (az önmagára vonatkozó és önmagára hivatkozó szabályozás esetlegességei, bármiféle logikailag szükségképpen következés hiánya, az értelmezés külső meghatározottságai okából) gyakran szintén ingoványos terület. És egyébként is azon kérdésnek, hogy jogi érvényességről egyáltalán mennyire értelmes beszélünk, a társadalmilag jogiként érvényesülő gyakorlat természetes határt szab. (Szél-ső eset például a forradalmak során megbuktatott vagy keletkező rezsimek jogrendszere, a jog-„forrás”-ként történő elis-

merés körül zajló vitákban a *de lege lata* és *de lege ferenda*, valamint a „pozitivistikus” és „szociologisztikus” értelemben vett „jogforrás” megkülönböztetése, és így tovább.)

A fentiekből több következtetés is levonható. Először is, gyakorlatilag minden szabályrendszer (és minél inkább formalizáltabb, axiomatikus igényű alapnormával minél hierarchikusan megalapozottabb, annál inkább) tartalmaz önmagára vonatkoztatott szabályokat. Ezek a rendszer integritását, a rendszerhez tartozás kritériumait, a rendszerváltoztatás feltételeit, a rendszerazonosítás módját határozzák meg. Másodsor, minden szövegértelmezés a társadalom kulturális berendezkedésétől feltételezett. Ezért bármiféle fogalmi (logikai) művelet kizárólag társadalmi elfogadása révén tehet szert társadalmi jelentőségre. A jogérvényességet ezért szintén csupán társadalmilag megalapozott érvényességként szabad felfognunk. Harmadszor, mindez különös súllyal mutatja a modern formális jog autonóm sajátosságát. Hiszen saját normatételzése révén éppen és kizárólag önmaga kíván dönteni a jogrendszer fennállásáról s a rendszerhez tartozás feltételeiről, vagyis a rendszer és alkotóelemei érvényességéről.

Ez veti fel a jogdogmatikában a jogrendszer struktúrájára és egyedi struktúráképző elemeire vonatkoztatva a kérdést: érvényes-e a jog? Miben rejlik érvényessége? Mi alapozza meg érvényességét? Miként bontja fel e megalapozás az érvényes struktúra-egészt az egészen belül érvényes, de hierarchikusan alárendelt érvényességű, mert az egésznek vagy alapkövének érvényességéből származtatott rész-struktúrákra? Miben rejlik az érvényesség származtatása? Mi alapozza meg ezt?

E kérdések eleve HANS Kelsen alapnorma-elméletét és ADOLF MERKL lépcsőelméletét sugallják. Fel sem vetődik az érvényesség pluralitása (pluralizálhatósága) lehetőségének kérdése, sem annak dilemmája, hogy felülről történő származtatása helyett az érvényességet esetleg a joggyakorlat alaptényeiből építésük fel. Az érvényesség származtatásának piramist formázó eszméje egyébként sem más, mint gondolati játékként történő rekonstruálása a modern formális jog eszményeiül szolgáló bizonyos elveknek. Így tehát hiányzik belőle az érvényesség dinamikája. Hiányzik a rendszerben zajló állan-

dó fluktuálásban a jogiség egyfajta magja és perifériája, az inkább és kevésbé jogi között zajló, valamint a jogi felé tartó és a jogitól elvezető mindenkori mozgásban megnyilvánuló szüntelen alakulás (képződés és újraképződés, megőrződés és mássá levés) folyamata.

### 10. Összefoglalás

Végső összegzés gyanánt ilyen módon megállapíthatjuk: érvényesség-fogalmunk a modern formális jog létrejöttével alakult ki, és nyert olyan alakot, hogy az európai kontinensen kifejlődött jogi berendezkedés eszményeinek optimálisan megfeleljen. Ennek köszönheti sajátos jegyeit. Így azt, hogy a reformtörvényhozást vállaló tudatos jogalkotást felszabadította a „rég, jó” jognak való megfelelés kényszerétől, azaz az érvényesség feltételeként a benne korábban már hagyományosult tartalmakhoz való ragaszkodástól. (Hiszen gondoljuk csak meg: saját kritériumai szerint a francia abszolutizmus reformtörvényhozásának is a *legis latio* eszközével történő visszaélésnek kellett volna minősülnie. Ez magyarázza, hogy számos királyi *ordonnance* úgy rendelkezett, mintha régi intézmények „visszaállítását” célozta volna csupán, változott feltételek közt „újraintézményesítve” ezeket az időközben „elromlott” magatartásmintákkal szemben.) Felszabadította az érdemi rendezés elvi szabadságát és felelősségét annak kényszerétől, hogy különféle élethelyzeteket pusztán egy döntésreilletékes joghatóság kijelölésével vagy eljárás szabályozásával közelítsenek meg. (Hiszen tudjuk: így volt ez a kontinentális jogban a középkor során, s így maradt az angolszász jogban, sőt részben az iszlám jogfejlődésben is.)

Végezetül úgyszólván közhely most arról szólnunk, hogy a kontinentális és az angolszász jogi kultúrák között napjainkban bizonyos közeledés tapasztalható. A nyelvi-logikai elemzés angol hagyományai terjedni kezdtek az európai (mindenekelőtt: skandináv) jogi gondolkodásban, míg a német klasszikus filozófiai hagyománytól megalapozott fogalmi kultúra és elmélyült dogmatika befolyást kezdett gyakorolni az angol-amerikai gondolkodásban. Az ilyen kulturális jogi mentalitásbeli érintkezésben a formális érvényesség-fo-

galom megkülönböztetett szerepet játszik. Ám úgy vélem: ez az érvényesség-fogalom már nem ugyanaz a valamikori pusztán formális érvényesség-fogalom. Ez már két irányban próbál gyökeret eresztetni társadalmi fundamentumában – valamelyes dinamizmust, egyszersmind közvetlen társadalmi függőséget is érvényesítve a pusztán formális érvényesség-fogalom statikus formalizmusának már-már önmagát megsemmisítő tisztasága helyett.

## Érvényesség\*

---

### 1. Az érvényesség felfogása

Az érvényesség a jogban található normák vagy a jog nevében tanúsított aktusok minősítő jegye, melynél fogva és amelynek köszönhetően e normák vagy aktusok az érvényesként fennálló jogrendszer normáiként, illetőleg aktusaiként ismertetnek el. Ez a rendszeren belüli tagságot kijelölő érvényesség-fogalom ugyanakkor kiegészül magát a rendszert kijelölő érvényesség-fogalommal. Eszerint az érvényesség egyszerűen magának a rendszernek is minősítő jegye, melynél fogva és amelynek köszönhetően e rendszert a nemzetközi jogrendszerben elismert nemzeti jogrendszerek egyikeként fogadják el.

Az érvényesség-fogalmat pusztán analitikusan, a vizsgálódás keretében és kedvéért tételezzük; valós referenciája azonban nincs. Ennek egyik kifejeződése, hogy 'érvénytelen jog'-ról beszélnünk valójában *contradictio in adiecto* lenne.<sup>1</sup> Az újkantianus módszertan viszont, mely a valóságot lét és legyen elkülönülő (és egymás számára átjárhatatlan) térre-  
numainak kettősségeként értelmezi, az érvényességet is ténylegesen fennálló tulajdonságként kezelte, s ezért a jogfilozófián belül – mindenekelőtt az európai kontinensen – valóságos problémáknak kijáró külön elméleteket szentelt kérdéseinek.

\*Készült az első átfogó angol-amerikai jogfilozófiai enciklopédia felkérésére: 'Validity' in *Philosophy of Law An Encyclopedia*, ed. Christopher B. Gray (Levittown, Pennsylvania: Garland Publishing 1999).

<sup>1</sup> Albert Fuchs *Die Rechtsgeltung* (Wien 1933), 10. o. és Alexander Peczenik 'The Concept „Valid Law“' *Scandinavian Studies in Law* 18 (1972), 214. o.

2. Az érvényesség történelmi fejlődése: tartalmi és formális típusok  
Az érvényesség tartalmi és formális egyaránt lehet.

A tartalmi érvényesség az érvényesség-fogalom korai változata. Amikor a jogot még nem formalizálták, sőt fogalmi formákhoz sem kapcsolták, bármi tetszőlegesen érvényessé válhatott, ami az egészében érvényesülő rend részeként megjelent. Például: a formális relevancia kiválasztó kritériumával még nem rendelkező, tehát nyitott érvelésen alapuló berendezkedésekben (így a *dikaion*-típusú görög-római igazságszolgáltatásban, az iszlám jog kádi jogszolgáltatásában vagy a zsidó jog rabbinikus ítélkezésében, avagy a kínai és japán KONFUCEÁNUS jog törzsrétegét alkotó *li*, illetőleg *giri* tartományaiban) bármilyen megfontolás, érv vagy hivatkozás tartalmi érvényességre tehetett szert, és ezzel a jog összetevőjévé válhatott, amennyiben hasznosnak bizonyult annyira, hogy hozzá folyamodjanak az igazságos megoldás meglegeléséhez vezető folyamatban. A középkorban végig úgy vélték, hogy az érvényesség legitimáló pecsétjét csakis a „rég, jó” jog nyerheti el; következésképpen e megfeleléshez igyekeztek mérni szokásokat, trónra lépő uralkodók rendelkezéseit, sőt reformigényű törvényhozási termékeket egyaránt.<sup>2</sup> Egy nagy múltú és ugyanakkor jól bevált gyakorlat ilyen módon már önmagában is érvényességről tanúskodik; és megfordítva: egy szokás elfogadottá váló mellőzése vagy alkalmazásának megtörése érvényességtől megfosztó erejűvé nőhet (*desuetudo*).

A formális érvényesség-fogalom kifejlődése a *ius*nak *lex*re történő visszaszorítása terméke. Alakulása a római császárkortól a modern formális jog intézményesüléséig követhető nyomon, amikor már maga a jog rendelkezik úgy, hogy – tartalmi kritériumoktól függetlenül – minden olyan tételezés jogi érvényességet nyer, amelyet meghatározott szerv meghatározott eljárás során meghatározott formában bocsát ki magából; és ezt a minőségét mindaddig megőrzi, amíg erre rendelt szerv erre rendelt eljárásának az eredményeként ennek kifejezetten (például a *derogatio* hatálytalanító aktusával) vagy hallgatólagosan (például ellenkező szabályozással) véget nem vet.

<sup>2</sup> Fritz Kern 'Law' in Fritz Kern *Kingship and Law in the Middle Ages* [1919] trans. S. B. Chrimes (Oxford: Blackwell 1968), 149. és köv. o.

A modern formális jog felépüléséről és működéséről az elméleti rekonstrukció így aligha mondhat többet vagy mást: ez egy rendszeren belül lezajló érvényesség-átadás és érvényesség-származtatás – egy ideáltípusos, de bármiféle normatív hivatkozásban vagy igazolásban kizárólag így elfogadható (tehát „érvényes”) mód szerint. Az európai kontinentális jog körében ilyen például HANS KELSENNEK az ún. alapnormából eredeztetett és az ún. lépcsőelméletben leírtak szerinti következetes lebontás során hierarchikusan és piramisszerűen felépülő víziója a jogrendről,<sup>3</sup> vagy az angol-amerikai jog körében H. L. A. HART megkülönböztetése az elsődleges és másodlagos szabályokról, melyek közül az utóbbiak adják a voltaképpeni szabályozást, míg az előbbiek az utóbbiak alkotása és formálása, vagyis érvényesség-adása és érvényesség-megszüntetése feltételeiről rendelkeznek.<sup>4</sup>

Egy ilyen statikus zárttságot sugalló képpel szemben – mint ezt mai elméleti rekonstrukciókból megtudhatjuk – a jog valójában dinamikusságot és nyitottságot egyaránt hordozó rendszer, mely belső érvényesítési mechanizmusában a visszacsatolás számos különféle lehetőségét (formáját, csatornáját és módját) mutatja.<sup>5</sup> Ezzel pedig az ideologikus képe szerint az alapnormától hierarchikus lebontása mentén haladó vertikális érvényesség-eredeztetést a tényleges gyakorlatban az azonos és eltérő normatív (jogforrási) szintek közötti kölcsönös cirkuláris érvényesség-megerősítésnek horizontális, vagy éppen alulról felfelé tartó mozgása egészíti ki, vagy – olykor – egyenesen helyettesíti.<sup>6</sup> A gyakorlati dinamizmusból adódó diszkrepanciák vagy éppen ellentmondások lehetősége viszont arra jogosítja fel az elméletet, hogy magán a rendszeren belüli formális érvényesség-fogalmon belül is különbséget

<sup>3</sup> Hans Kelsen *Reine Rechtslehre* (Wien, etc.: Deuticke 1934), V. feje.

<sup>4</sup> H. L. A. Hart *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press 1960) [*A jog fogalma* ford. Takács Péter (Budapest: Osiris 1995) (Osiris könyvtár: Jog)], V. feje.

<sup>5</sup> Torstein Eckhoff 'Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems' *Scandinavian Studies in Law* 22 (1976), 39. és köv. o.

<sup>6</sup> Werner Krawietz 'Die Lehre von Stufenbau des Rechts – eine säkularisierte politische Theologie?' in *Rechtstheorie* Beiheft 5: Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen (Berlin: Duncker & Humblot 1984), 255. és köv. o.

tegyen egyfelől a „*law in books*” fogalmi terjedelmét tükröző rendszertani, másfelől a „*law in action*” körét lefedő ténylegesen érvényesülő érvényesség között.<sup>7</sup>

Az irodalomban felvetődött egy további megfontolás is. Eszerint a jogrendszerbeli tagság és tényleges kikényszeríthetőség egyre inkább egységként hangoztatott együttes kívánalmában a kikényszeríthetőség kritériumszerűségének ki kellene fejeződnie ennek elismerésében is: „az *R* rendszerben elismert és kikényszerített szabályok jogilag érvényesek az *R* rendszer értelmében, de ezzel maguk még nem részei az *R* jogi rendszernek”. Ennek megfelelően, vagyis – például a nemzetközi magánjogtól felhívott külföldi jog, a vallási és etnikai közösségek joga, avagy az önkéntes társulások szabályai tekintetében – a „jog szerinti érvényesség tágabb fogalom, mint az, amit egy jogi rendszer tagsága jelent”.<sup>8</sup>

### 3. Érvényesség és hatékonyság

A rendszernek mint olyanak jogi jellege, azaz érvényessége rendszeren belüli kritériummal nyilvánvalóan nem mérhető; ezért az érvényesség felveszi egy másik standard funkcióját is. „Jóllehet az érvényesség és a hatékonyság két teljességgel különböző fogalom, mindazonáltal valami rendkívül fontos kapcsolat áll fenn közöttük. Egy normát érvényesnek csak azzal a feltétellel tekinthetünk, hogy normák olyan rendszeréhez, egy olyan rendhez tartozik, amelyik egészében véve hatékony. Ilyen módon a hatékonyság az érvényesség feltétele: az érvényesség feltétele tehát, de nem az értelme. Egy norma érvényes, amennyiben hatékony; érvényes tehát, ha az a rend, amelyhez tartozik, egészében hatékony.”<sup>9</sup>

Ezzel – ellenére a lét és legyen közötti szigorú megkülönböztetésnek – az érvényesség e két alkalmazásában (és megfelelő felfogásában) a jogi és a szociológiai, a nor-

<sup>7</sup> Jerzy Wróblewski 'Three Concepts of Validity of Law' *Tidskrift utgiven av juridiska föreningen in Finland* 118 (1982), 406. és köv. o., különösen 410. és köv. o.

<sup>8</sup> Joseph Raz 'Legal Validity' *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXIII (1977), 339. és köv., különösen 342. o.

<sup>9</sup> Hans Kelsen *General Theory of Law and State* (Cambridge, Mass. 1945), 41. és köv. o. [kiemelés: V. Cs.]

matív és a reális, a rendszertani és a ténybeli végül is összetalálkozik. Ez pedig végső soron annak állításával egyenlő, hogy bármely normatív várákozás elgondolhatósága kizárólag a fennálló tényszerűséggel alapozható meg. Lényegében ezt fejtette ki HART is akkor, amikor a nyelvhasználat ontológiai alaptényét LUDWIG WITTGENSTEIN kutatásai nyomán felismerte: „A kritériumokat megfogalmazó elismerési szabály érvényességével kapcsolatban azonban nem vetődhet fel ilyen kérdés: e szabály nem lehet sem érvényes, sem érvénytelen, hanem egyszerűen elfogadott és a használat szempontjából helyesnek tekintett.”<sup>10</sup> Avagy, ahogyan RAZ realiztikus álláspontja hangzik: „azok a végső elismerési szabályok kötelezőek, amelyeket tényleges gyakorlatukban követnek a bíróságok”.<sup>11,12</sup>

<sup>10</sup> Hart, 105. és köv. o. [130. o.] [kiemelés: V. Cs.]

<sup>11</sup> Raz, 344. o.

<sup>12</sup> A kérdés összefüggéseiben lásd még Karl Larenz *Das Problem der Rechtsgeltung* (Berlin 1929); Stephen Munzer *Legal Validity* (The Hague: Nijhoff 1972); Ruper Schreiber *Die Geltung von Rechtsnormen* (Berlin, etc.: Springer 1966).

## Visszaható hatályú szabályozás\*

---

A visszaható hatályú szabályozás olyan rendezést jelent, amely a saját hatálybalépése előtti időre érvényesítve rendel el a szabályozás alá vont cselekményre nézve negatív jellegű szankciót, vagyis büntető jogkövetkezményt.

### 1. Korai érdektelenség

Technikai, célszerűségi és egyszersmind mélyen erkölcsi kérdés rejlik annak eldöntése mögött, vajon szabad-e, érdemes-e normatív szabályozás útján befolyásolnunk ügyek megítélését olyan módon, hogy a múlt dolgaira utólag megállapított standardokat alkalmazunk. A jog válasza sokáig késett; pontosabban: e válasz megengedő volt. Ezt magától értetődőnek tekintették, hiszen a jogtudomány már korábban is egyértelműen állást foglalt amellett, hogy egy jogszabály visszaható hatályát semmiféle jogi előfeltevés nem zárja ki,<sup>1</sup> sőt jogi érvényét önmagában még az sem zavarja, ha a szabályozás utólag állapít meg bűncselekményt.<sup>2</sup>

### 2. Tilalmazás

Elsőként az európai kontinensen néhány évszázaddal ez előtt, a büntetőjogi eljárás garanciákkal övezésével született határozott válasz. A *nullum crimen sine lege* és a *nulla poena sine lege* elveinek elfogadásával már önmagában tilalmazottá

\* Készült az első átfogó angol–amerikai jogfilozófiai enciklopédia felkérésére: 'Ex Post Legislation' in *Philosophy of Law An Encyclopedia*, ed. Christopher B. Gray (Levittown, Pennsylvania: Garland Publishing 1999).

<sup>1</sup> Felix Somló *Juristische Grundlehre* (Leipzig: Meiner 1917), 302. o.

<sup>2</sup> David Lyons *Ethics and the Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press 1984), 76. o.

vált, hogy előrelátó törvényi rendelkezés nélkül nyilvánítsanak büntetendővé egy cselekményt, vagy szabjanak rá ki büntetést. Ennek ellenére néhány újkori alkotmány még erkölcsi felhanggal zárt ki bármiféle visszahatást.<sup>3</sup> A fentiek szellemében már csak büntetőügyekben tilalmazza visszaható hatály előírását az Amerikai Egyesült Államok Alkotmánya.<sup>4</sup> A német Alaptörvény e tilalmat tovább korlátozva kizárólag az anyagi büntetőjogra szűkíti,<sup>5</sup> a német állandósult alkotmánybírósági gyakorlat pedig az ún. eredeti és nem eredeti visszaható hatály megkülönböztetésével a tilalmat az előbbire, vagyis az immár folyamatban nem lévő lezárt ügyekre szűkíti tovább. A tilalom szűk határok közé szorítása annál inkább érthető, mert visszaható hatályú kizárólag a törvényhozás lehet. A precedensekben foglalt jogról az analitikai elemzés már régen kimutatta, hogy egy olyan eljárás, amelyben a döntési szabály magában a bírói döntésben jön létre, maga is *ex post facto* hatású rendezést hordoz.<sup>6</sup>

### 3. Elvi megfontolások

Elvileg kimondható, hogy a jog általában a társadalmi mérnökösködés eszköze, következésképpen többnyire előretekintő, még eljövendő eseményekhez jogkövetkezményeket kapcsoló szabályozással él. Tudjuk, hogy a társadalmi reformjellegű programként felfogott (tehát a magatartást tiltással és megtorlással befolyásolni igyekvő) jognál többnyire sikerebb az a jog, amelyik azáltal fejt ki hatását, hogy (előnyöket nyújtó, mert pozitív szankciókkal övezett) mintát kínál a mindenkori magatartás számára.<sup>7</sup> Ehhez nyilvánvalóan nyi-

<sup>3</sup> Ilyen volt például a norvég alkotmány és New Hampshire alkotmánya (1784), mely utóbbi I. részének 23. szakaszában így rendelkezik: „A visszaható hatályú törvények rendkívül sérelmesek, elnyomó és igazságtalan jellegűek. Ezért semmiféle ilyen törvényt nem szabad alkotni sem polgári ügyek eldöntésére, sem pedig gonosztettek büntetésére.”

<sup>4</sup> IX. fejezetének I. szakasza 3. paragrafusában olvashatjuk: „*Ex post facto* jog nem fog kibocsáttatni.”

<sup>5</sup> *Grundgesetz* (1949), 103. § (2) bek.

<sup>6</sup> John Chipman Gray *The Nature and Sources of the Law* 2nd ed. 1921 (New York: Macmillan 1948), 89–101. és 218–233. o.

<sup>7</sup> A szembeállításra lásd Antony Allen *The Limits of Law* (London: Butterworths 1980), 168. és köv. s 174. és köv. o.

tott esélyek kellenek, valamint egy olyan előrettekintő szabályozás, amely ezt megalapozza.

A modern formális jog mindenekelőtt referencia-közeg, beszámítások hálója. Elsődlegesen fontossá az válik tehát benne, hogy a magatartás megítéléséhez normatív minősítést biztosító szabályozás egyáltalán megtörténjék. Ehhez képest már csupán másodlagos megfontolás kérdése, hogy amennyiben a szabályozás titkos marad, nem válik megismerhetővé vagy hozzáférhetővé, esetleg visszaható hatállyal rendelkezik, úgy nyilvánvalóan nem lesz lehetősége arra, hogy a jogkeresésre irányuló magatartást befolyásolja.

#### 4. Eszközzel élés és visszaélés

A nemzetiszocialista Németország és különösen HITLERnek az SA [*Sturmabteilung*] személyiségével történő gyilkos leszámolása jogi megítélése ürügyén egy angol és egy amerikai jogtudós, nevezetesen H. L. A. HART és LON L. FULLER között kirobbant vita<sup>8</sup> ideje óta az angol-amerikai jogi gondolkodás immár érzékenyvé vált arra, hogy egyszermind erkölcsi dilemmaként kezelje a visszaható hatályú jogalkotást – immár előfeltételnek tekintve, hogy „a polgároknak legyen kellő alkalmuk a törvénynek történő engedelmeskedésre”.<sup>9</sup> Sohasem maga az eszköz tehet azonban túlhasználatáról, visszaéléséről, hanem az, ki fegyverként forgatja. Márpedig ugyanazon technikai lehetőség szerint az angol-amerikai tudományosság felhasználható gyógyításra is – arra, hogy (mindenekelőtt rendkívüli és elháríthatatlan körülmények beállta esetén) „a jogi formahibákat orvosolja”.<sup>10</sup>

#### 5. A második világháború utáni problematika

A kérdés drámaian vetődött fel a második világháború után, amikor a nürnbergi és tokiói perekhez történő előkészületkor a győzteseknek szembe kellett nézniök saját hatályos belső

<sup>8</sup> H. L. A. Hart & Lon L. Fuller in *Harvard Law Review* 71 (1958), 593. és köv. o.

<sup>9</sup> Robert S. Summers *Lon L. Fuller* (London: Arnold 1984), 37. o. [Jurists: Profiles in Legal Theory].

<sup>10</sup> Lon L. Fuller *The Morality of Law* (New Haven & London: Yale University Press 1964), 53. o. és Lon L. Fuller *Anatomy of the Law* (New York & Toronto: The New American Library 1969), 102. o.

jogukban, illetőleg a német és japán jogban az inkriminált cselekmények utólagos büntethetősége és büntetendősége problémájával, s ennek érdekében választaniok kellett azon lehetőségek közt, hogy nyíltan visszaható hatályú szabályozáshoz folyamodjanak-e, vagy felvállalják az ideologikusan immár újraállított természetjog és a pozitív jog közötti ütközést, avagy a „törvényes jogtalanság” [*gesetzliches Unrecht*] és a „törvényfeletti jog” [*übergesetzliches Recht*] ellentmondásának dilemmáját.<sup>11</sup>

Napjainkban a kommunizmus bukása vetette fel mindezekelőtt Közép- és Kelet-Európában annak kínzó kérdését, vajon megindulhat-e végre a hajdan volt szocialista állam felbujtására akkor hatályos büntető törvénykönyveikbe is ütközően elkövetett, de a korabeli állami bűnrészesség folytán üldözetlenül maradt (vagy az üldözhetőség köréből speciális jogi köntösbe öltöztetett rendelkezések útján egyenesen törvényellenesen kivont) cselekmények jogi feldolgozása, vagy pedig – az idő fizikai múlásával automatikusan bekövetkező elévülésre hivatkozva – a makacsul sokáig tartó (mert kellően kegyetlen) állami bűnözés végül sikerrel kivonhatja magát a jog uralma alól.

A magyar törvényhozás 1991-ben úgy érvelt, hogy a bűnüldözésre hivatott apparátus törvényellenesen intézményesülő bűnpártolása már fogalmilag eleve kizárta az elévülés megindulhatását. Az erre válaszoló alkotmánybírószági döntés<sup>12</sup> viszont a „jogállamiság” alkotmányi elvéből következtetett jogbiztonsági igényre utaltan, az ekkor és ebből a célból felépített ún. „alkotmányos büntetőjog” doktrinális konstrukciójára alapozva – minden érdemi alkotmányi hivatkozás nélkül – elutasította ezt az érvelést. Ezzel szemben alig néhány évvel később a német,<sup>13</sup> illetőleg cseh<sup>14</sup> törvény – s ez

<sup>11</sup> Gustav Radbruch 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht' [1946] in Gustav Radbruch *Rechtsphilosophie* 4. Aufl. (Stuttgart: Koehler 1950), 347. és köv. o. [Nagy Endre ford. 'Törvényes jogtalanság és törvény feletti jog' [1977] *Jog és filozófia* szerk. Varga Csaba (Budapest: Osiris 1998), 187–194. o. [Jogfilozófiák].

<sup>12</sup> 1992. március 3-én kelt 11. számú AB döntés.

<sup>13</sup> 1993. március 26-i és szeptember 27-i törvény.

<sup>14</sup> 1993. július 9-i 198. számú törvény.

utóbbi alkotmánybíróági megítélése<sup>15</sup> egyaránt – nem csupán az elévülést nyilvánította eljárási intézménynek (kivéve ezzel az eredeti visszaható hatály tilalma alól), de érdemben sem látta igazolhatónak, hogy az elévülésnek egy eleve és eredendően fennálló jogállamiságot feltételező intézményét pontosan ennek tagadására, nevezetesen a jogállamiságot magát minden ízében sárba tipró viszonyokra alkalmazzák. A hivatkozott alkotmánybíróági döntés Prágában egyértelműen nyilvánlatkoztatta: „Ha az ilyen bűncselekmények elkövetése óta eltelt időt elévülési időszak elteléseként értelmeznénk [...], úgy ez pontosan annak a bizonyos »jogbiztonságnak« a megerősítése lenne, amivel elkövetői már tevékenységük kezdetétől fogva rendelkeztek, és ami éppen államilag oltalmazott büntethetlenségükben testesült meg; az elkövetők ilyen értelmű »jogbiztonsága« viszont éppen az állampolgárok jogbizonytalanságának forrása [...]. Bármiféle ettől eltérő megoldás viszont óhatatlanul azt jelentené, hogy a totalitárius diktatúra rezsimje kap bizonyítványt jogállamiságáról; ezzel pedig veszélyes jelzés születnék a jövőre nézve. Ez pontosan arról adna bizonyosságot, hogy büntett – ha és amennyiben tömeges méretekben, szervezeten, hosszú időn keresztül, s egy államilag erre felhatalmazott szervezet oltalma alatt követik el – büntetlenül maradhat.”<sup>16; 17</sup>

<sup>15</sup> 1993. december 21-én kelt 19. számú AB döntés.

<sup>16</sup> *Igazságtétel jogállamban* Német és cseh dokumentumok, szerk. Varga Csaba (Budapest: [Osiris] 1995) 241 o., az idézet 220–221. o. [A Windsor Klub könyvei I] és *Kiáltás gyakorlatiasságért a jogállami átmenetben* szerk. Varga Csaba (Budapest: [Aka!Print] 1998) 122 o. [A Windsor Klub könyvei II].

<sup>17</sup> A kérdésre összefoglalóan lásd még a szerzőtől *Jogállami átmenetünk* (Budapest: [Aka!Print] 1998), különösen 101–136. o. [A Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Karának könyvei 5], a nemzetközi irodalomból pedig Martin P. Golding 'Retroactive Legislation and Restoration of the Rule of Law' *Annual Review of Law and Ethics* I (1990), 128. és köv. o. és ['Le principe de non rétroactivité des lois'] [Különszám] *Annuaire international de Justice constitutionnelle* VI (1990), 319. és köv. o.



# JOG, TÖRTÉNELEM

## Jog és történelem

(A JOG HISTORIKUS MEGKÖZELÍTÉSÉRŐL\*)

---

### 1. A jog történetisége

Sajátos összefüggésként a jog eredendően történeti természete határozza meg a jog egyik legfőbb vonatkozását. A jogi eszköz tisztán belső (mindenekelőtt technikai) összetevőin túltekintve a jog historicitása egyfelől a jogi jelenség fejlődési összefüggésekbe ágyazottsága – vagyis egy történelmi kihívás és válasz (ARNOLD TOYNBEE által megfogalmazott) paradigmájában adandó kifejtés – konkrét *hic et nunc*-jának, másfelől a mindenkori jogfejlődés hagyományszerűségének fontosságát hangsúlyozza.

Európában az új- és legújabb kor jogi gondolkodásában három irányzat helyezte kifejezetten középpontjába a jog történetiségének vizsgálatát: a német történeti jogi iskola [*historische Rechtsschule*], az angol történeti jogtudomány [*historical jurisprudence*], továbbá – eredeti megfogalmazódásában az előbbieik közé ékelődve, ám teljes fegyverzetében csupán a közelmúltban kifejlődve – a MARXIZMUS. Mindhárom irányzat a „fejlődés” és „előrehaladás” – evolúció és progresszió – akkoriban uralkodó gondolatába ágyazódott, tűnődései központjába helyezve a jogfejlődés eszméjét, mint „olyan feltevést, amelynek értelmében a jogban bekövetkező változások a társadalmi fejlődés szakaszaival párhuzamosan már előzetesen meghatározott szakaszok sorozatát követik”.<sup>1</sup>

\* Készült az első átfogó angol–amerikai jogfilozófiai enciklopédia felkérésére: 'Law and History (Historicity of Law)' in *Philosophy of Law An Encyclopedia*, ed. Christopher B. Gray (Levittown, Pennsylvania: Garland Publishing 1999).

<sup>1</sup> Peter Stein 'The Tasks of Historical Jurisprudence' in *The Legal Mind Essays for Tony Honoré*, ed. Neil MacCormick & Peter Birks (Oxford: Oxford University Press 1986), 293–305. o., az idézet 294. o.

## 2. *Historische Rechtschule*

A történeti jogi iskola a XIX. század elején a német magánjog megújítására kodifikáció útján vállalkozó akkor divatos reformtörekvéssel szembefordulva formálódott. Érvelése – szembezegezten a korabeli természetjogias egyetemesség-gondolattal – annak kimutatására irányult, hogy a jog több és más, mint törvényhozás pusztá terméke, és tartalmát nem az ember állítólag egyetemes természete határozza meg, hanem azon társadalom sajátos jellegzetességei, amelyre ezt a szóban forgó jogot alkalmazzák. „A bírói igazságnak nem a törvények az egyedüli forrásai” – hirdette GUSTAV HUGO programadó nyilatkozatában;<sup>2</sup> FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY pedig – a skót EDMUND BURKE konzervativizmusából s a német JOHANN GOTTFRIED HERDER nemzetfelfogásából egyaránt merítve – egyedül valóságosként egy olyan jogot írt le, amely „a nép közös meggyőződésének, egy belsőleges szükségképpeniség legbensőbb tudatának kifejeződése, mely kizár magából bármiféle véletlenszerű és önkényes eredetű fogalmat”, s amit „nem a törvényadó önkényes akarata, hanem belül hallgatagon munkáló hatalmak” fejlesztenek ki.<sup>3</sup> Főként romantikus kifejezőmódján (amilyen például az elhíresült ‘népszellem’ [*Volksgeist*]) megütközve, bírálói nyilvánították már „filozófiátlanak”,<sup>4</sup> „történelmietlennek és történelemellenesnek”,<sup>5</sup> biologizáló misztifikációnak<sup>6</sup> s a múlt aktualizáló jelenné tételének<sup>7</sup> egyaránt. Mai korunk azonban, mely talán képesnek tetszik már a jogváltozás tényezőinek és folyamatának kellően összetett – történetileg, szociológiailag és antropológiailag egyaránt érzékeny – rekonstrukciójára, a történeti jogi iskola által részleteiben is elvégzett rendkívül figyelemreméltó elemzéseket immár korai finom jelzéseként fogadhatja.

<sup>2</sup> Gustav Hugo in *Civilistisches Magazin* (1812).

<sup>3</sup> F. C. Savigny *On the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence* [1814] trans. Abraham Hayward (London 1831), 24. és 30. o.

<sup>4</sup> E. Gans (1827).

<sup>5</sup> Otto von Gierke (1903).

<sup>6</sup> W. Schield.

<sup>7</sup> Hermann Klenner (1978).

### 3. *Historical Jurisprudence*

A történeti jogtudomány Angliában Sir HENRY MAINE azon – eleinte egyetemi oktatási célú – törekvéséből született, hogy két kortársának, JEREMY BENTHAM-nek és JOHN AUSTIN-nak a jogot a szuverén parancsával azonosító spekulatív és igazolhatatlan vélekedésével szemben egy olyan jogi elméletet szegezzen szembe, amely nemcsak igaz, de egyszersmind a pozitivista tudományos eszményt is kielégíti. Példaképre s analógiára kevéssel korábbi időkből Sir CHARLES LYELL geológiájában (1830) lelt. Eszerint a földfelszínen bekövetkező változásokat nem visszatérő, ám előreláthatatlan hirtelen katasztrófák okozzák; ezek inkább szabályos fizikai erők állandó, de fokozatos és csaknem észrevehetetlen változásainak az eredményei.<sup>8</sup> A MAINE által a jogfejlődésről felmutatott fejlődési kép íve a stá tus tól a k o n t r a k t u s i g í v e l t; a jogfejlődés egymásra következő eszközeit pedig a f i k c i ó b a n, a m é l t á n y o s s á g b a n, valamint a t ö r v é n y h o z á s b a n jelölte ki. Ironikusnak hangzik a megjegyzés, miszerint tudományosan mindez továbbfolytathatlannak bizonyult. Műve, *Az ősi jog*<sup>9</sup> leginkább maradandó hatást éppen azáltal gyakorolt, hogy e maga nemében klasszikus tisztaságú feldolgozás a tudomány fejlettebb későbbi időszakában majd jogantropológiává és jogszociológiává terebélyesedő önálló megközelítéseknek elemzési és típusalkotási keretet szolgáltatott.

### 4. *MARXIZMUS*

A MARXIZMUS a történetiségből formált valódi elvet, hiszen komolyan vette a fejlődéstani gondolatot. Eszerint az ember anatómiája szolgált kulcsot a majom anatómiájához, és nem megfordítva. Ez a *Gundrisse der Kritik der politischen Ökonomie* (1857) hasábjain megfogalmazott MARXI alaptétel<sup>10</sup> rávilágít arra, hogy csupán retrospektíve, a fejlődés magasabb szintjéről visszatekintve válaszolhatjuk meg annak kérdését, vajon voltaképpen milyen lehetőségek, utak és irányok rejtettek is a fejlődésben. Mert kizárólag a ténylegesen befutott út során

<sup>8</sup> Vö. Peter Stein *Legal Evolution The Story of an Idea* (Cambridge, etc.: Cambridge University Press 1980), 88. o.

<sup>9</sup> H. Maine *The Ancient Law* (1861).

<sup>10</sup> Karl Marx 'A politikai gazdaságtan kritikájának alapjai' [1857].

elért tökéletesebb állapot megítéléséből nyerhetünk kritériumokat arra nézve, hogy meghatározhassuk: valójában mi is volt az egyes fejlődési perspektívák jelentése és értelme. Nos, a MARXIZMUS mint önálló irányzat elhalványodása után pontosan ezzel a tétellel fordul szembe korunk jogtudománya. Mert változatlanul követi ugyan a történeti nézőpontot, de immár nem olvas az események egymásutánjába történelemfilozófiai törvényszerűséget vagy teleológiát, s egy eredendően fennálló transzcendentális (vagy inkább transzcendentalizált) tételből kiindulva nem is állítja eseményeknek vagy fejlődésbeli szakaszoknak szükségképpen egymásra következését.

### 5. Tanulságok

Már az angol történeti jogi iskola is megállapíthatta: „A történettudomány az összehasonlítást is magában foglalja.”<sup>11</sup> Összehasonlító vizsgálódások pedig kimutatták, hogy a jog *a*) nagymértékben saját, közvetlen körülményeitől tehát független élettel rendelkezik, és *b*) főként saját tehetetlensége mentén, idegen mintákból kiinduló kölcsönzés útján fejlődik.<sup>12</sup>

Mai összetettebb tudásunk<sup>13</sup> ezért inkább az alábbi felismeréseket sugallja:

1. A jog nemcsak szabályokból áll, de nem is kizárólag szabályokból és elvekből. A társadalmi konfliktusok megoldásában a jog mindenekelőtt egy olyan köztes szűrő általi (filozófiai értelemben vett) közvetítés [*Vermittlung*] kultúrája – saját érzékenységgel, nevesítéssel, a gondolatoknak fogalmiasítások útján egymástól elváló utakra terelésével és eljárási készségekkel –, amely közeget biztosít ahhoz, hogy konfliktusmegoldás során egyáltalán elvhez és szabályhoz folyamodhassunk, s az ennek során felhívott elvek és szabályok az adott kultúrában standardizált (tehát igazolhatóan értelmezhető) értelmet és jelentést nyerhessenek.

<sup>11</sup> F. W. Maitland 'Why the History of English Law is not Written' in F. W. Maitland *Collected Papers* ed. H. A. L. Fisher, I (Cambridge 1911), 488. o.

<sup>12</sup> Alan Watson 'Comparative Law and Legal Change' *The Cambridge Law Journal* 37 (1978), 313–336. o.

<sup>13</sup> Vö. a szerzőtől 'A jog mint történelem' *Jogtörténelmi Szemle* 1987/2, 65–73. o., alapjaiban pedig a szintén jelen szerzőtől *Politikum és logikum a jogban* A jog társadalomelmélete felé (Budapest: Magvető 1987) 502 o. [Elvek és utak].

2. Ez a kultúra történelmi, mert a mindenkori múltból áthagyományozódó emberi gyakorlat hordozza. Éppen azért történelmi, azért kultúra, mert folyamatos újraktualizálásai-val egyszersmind mindenkor újra is konvencionálizálja saját korábbi konvencionálizálásait.

3. Ez magyarázza, miért is nem bukkanhatunk sem mozdulatlanságra, sem ugrásszerű fejlődésre a jogban. Ez magyarázza, miért nem találkozhatunk a jogban kizárólag külső mintakövetéssel vagy belülről záruló fejlesztéssel sem. Bármilyen hasonló végletet legfeljebb hamis konceptualizálással célul tűzhetünk, vagy ilyenről pusztán álmodhatunk. Amit viszont a valóságos (jog)életben megvalósítunk, az mindig és legfeljebb valamiféle kompromisszum eredményét fejezi ki.

4. E kompromisszum eleve történelmi. Gyakorlatias megoldást céloz, egyetlen lehetősége szerint viszont kizárólag vagy a múlt emlékének, vagy egy másutt már megélt tapasztalatnak a saját tudatán (nézetein, ideológiáján, utópiáin stb.) átszűrt feldolgozásából tud meríteni. Mert a cselekvő ember közvetlen célja kizárólag a felhasználás, a probléma gyakorlati megoldását elősegítő reagálás – nem pedig a megértés. (Ezért van, hogy valamely múltbeli minta félreértéséről beszélnünk már eleve az alaphelyzet téves filozófiai megítéléséről tanúskodnánk.) „Onnan veszem javamat, ahonnan tudom” – mondhatja darabbéli szereplőjével MOLIÈRE<sup>14</sup> –, mert az egyetlen dolog, ami számít, nem az, hogy miből eredeztetünk valamit, hanem hogy mivé és mivégre tesszük, amit teszünk.

5. Gyakorlati élete során a jog soktényezőjűsége maga is e soktényezőjűség egyik forrásává válik. Bármely jog gyakorlati összetevőjeként számos lehetőség – egyik oldalról tételezett szabályok, másik oldalról hatósági döntésben kikényszerített minták, harmadik oldalról pedig társadalmilag jogiként elfogadott magatartási formák – verseng folytonos kavargásban egymással a jog (s a jogalakulásban szerepet játszó többi tényező) meghatározásáért. Bármelyikük kerekedik is egy adott pillanatban felül, az eredmény időleges, és a jog uralásáért folytatott küzdelem könyörtelenül továbbfolytatódik. Ugyanakkor viszont mindebből levonhatjuk azt a

<sup>14</sup> „Je prend mon bien où je trouve” (*A fősvény*).

tanulságot is, hogy a jog tényleges arculatát bármelyik oldal felől közelítve ténylegesen és eséllyel alakíthatjuk.

6. Gyakorlati társadalmi jelenlétében s alkalmazásában így a tételes jogot kettős stratégia val formálhatjuk: formális (textuális) módosítással és/vagy szövegszerű megértésének, felfogásának és üzenete levonásának a társadalmi környezet (kontextualitás) alakítása (megváltoztatása) révén.

7. A jog történelmi alakulásában minden ilyen és hasonló hatás összegződik, és végső eredményében jogalakításba tor-  
kollik.

# A jog mint történelem\*

## 1. A jog kétféle felfogása

Minden jogot ismerő kultúrában a jog fogalmi azonosítását illetően bizonyos kettősséggel találkozhatunk.

Tekintettel arra a kiemelkedő szerepre, amit a jog a társadalmi konfliktusok megoldásában, az alapvető viszonyok rendezésében s ezzel a társadalom végső egységének biztosításában betölt, minden jognak (vagyis jogként ismert szabályozó eszköznek) van egy uralkodó megjelenési formája, mely lehetővé teszi felismerését, azonosítását, és ilyen módon a jogra támaszkodó különféle eljárásokban hivatkozási vagy igazolási alapként történő felhasználását. Ez a megjelenési forma elvileg és gyakorlatilag igen sokféle lehet, többnyire mégis vagy 1. a társadalmi gyakorlat bizonyos sajátosságokat mutató szokásszerűségéhez, vagy 2. a jog nevében eljáró hatósági szerveknek bizonyos sajátosságokat hordozó döntéseihez, avagy pedig 3. kifejezetten jogalkotásra létrehozott meghatározott szerveknek bizonyos módon és formában meg-

\* Készült a Nemzetközi Jog- és Társadalomfilozófiai Társaság 1985-ben Athénban megrendezett XII. Világkongresszusa egyik szekciójának bevezető előadásaként: 'Law as History?' in *Philosophy of Law in the History of Human Thought* ed. Stavros Panou, Georg Bozonis, Demetrios Georgas, Paul Trappe (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1988), 191–198. o. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Supplementa 2], valamint a magyar-jugoszláv akadémiai jogtudományi módszertani együttműködés vitaanyagaként: 'Le droit en tant qu'histoire' in *La modernisation du droit* ed. Radomir Lukić (Beograd 1990), 13–24. o. [Académie serbe des Sciences et des Arts: Colloques scientifiques, vol. LII, Classe des Sciences sociales No 11]; további megjelenésében: 'Pravo kak isztorija' *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* XXX (1988) 1–2, 240–247. o. Első magyar változatában: *Világosság* XXVII (1986) 1, 1–6. o. és [bővítve] *Jogtörténelmi Szemle* 1987/2, 65–73. o.

ejtett szabály-tételezéséhez kapcsolódik. A modern kortól kezdődően európai kultúránkban – a modern formális jog eszményét véve alapul – a jogot általában a harmadik lehetőségként megjelölt módon azonosítjuk, s ennek megfelelően tételezett normaszövegnek, jogi intézmények ilyen normaszövegben meghatározott rendszerének, azaz csupasz instrumentumnak, végső soron jogon kívüli tetszőleges célok szabadon alakítható eszközének tekintjük.

Ugyanakkor nem lehet egy pillanatra sem kétséges, hogy a jog ilyen felfogása nem a jogi jelenségek gazdagságát kívánja korlátozni, előfordulásuk változatosságát adott formákra visszavezetni vagy leírásukat helyettesíteni. A legtöbb, amit célozhat, az, hogy sajátos formai jelzésekkel és tudatosan vállalt leegyszerűsítésekkel a joghoz vezető út megtalálását kísérelje meg könnyebbé és biztonságosabbá tenni. Nem kérdőjelezi meg hát annak igazságát, hogy bármilyen formában jelenjék is meg, maga a jog és eszköz-mivolta egyaránt csak társadalmi hatásgyakorlásában mutatkozhat meg. Az a körülmény pedig, hogy a jogot működő egészként fogjuk fel, a működtetésében közrejátszó munkamegosztásbeli és szakemberképzési hagyományokat, a jogot érintő közfelfogást és társadalmi mentalitásbeli örökséget, továbbá a joggal való élés társadalmilag kialakult módjait, s nem utolsósorban a jogi komplexusnak a társadalom életében betöltött tényleges súlyát és szerepét – mindezt szintén a jogfogalom elemévé teszi. Van tehát egy második, tágabb felfogásunk is, mely a jogot valóban társadalmiságában, teljes társadalmi kapcsolatrendszerében fogja át. Az így szemlélt jog már a társadalom kultúrájának szerves és jelentékeny, bizonyos határhelyzetekben pedig egyenesen meghatározó fontosságú összetevője. Az ilyen jog ugyanakkor maga is kultúrahordozó. Hiszen jogi kultúraként része és kifejeződése a társadalom általános viselkedési, érintkezési (s mindenekelőtt: politikai) kultúrájának; ugyanakkor pedig – mint az általános társadalmi kultúra egyik viszonylag önálló összetevője – maga is alakítja a társadalom egészének kultúráját.

A jog arculatának összetettségét valóságos természete magyarázza. Hiszen tudjuk, hogy a társadalmi létben – mint különféle részjellegű komplexusokból álló összetett komple-

xusban – a jog közvetítő szerepet vállal.<sup>1</sup> Egyéb közvetítő komplexusoktól pedig az különbözteti meg, hogy a jogra irányuló bármiféle társadalmi célt és mozgást csak annyiban jeleníthet meg, amennyiben ezeket saját követelményrendszerén átszűrve specifikusan jogi célként és mozgásként meg tudja fogalmazni, azaz a jog saját igényeihez alakítva meg tudja jogiként jeleníteni. Saját beteljesedési rendszere így minden nem jogtól különállóvá, megkülönböztetetté teszi. Fejlődése során növekvő önállósulását egyre több formális jeggyel is körülbástyázza, nyomatékosan kifejezi. Különállása a társadalmi összkomplexusban ugyanakkor csak és legfeljebb viszonylagos lehet, sőt kritikus helyzetekben átmenetileg el is enyészhet. Hiszen a társadalmi összefolyamat végső soron nem más, mint a mindenkori kölcsönhatások összessége. Azaz: a társadalmi totalításban minden összetevőnek csakis annyi lehet a súlya, mint amekkora a tényleges szerepjátvása. Tehát kizárólag konkrét működése mutathatja csak meg, hogy a jog különállásra irányuló belső igényéből mi és milyen mértékben lehet valóságos. Összefoglalva tehát: a jog a mindenkori társadalmi egészszel kölcsönhatásban formálódik. Ez teszi lehetővé, hogy különállása egyáltalán kifejlődjék – ámde ez teszi kölcsönhatását viszonylagossá s egyszersmind látszólagossá is.

## 2. Jog és történelem

A jog két lehetséges felfogása közötti különbségtétel perdöntő fontosságú, amennyiben a jog és a társadalmi változás összefüggéseire, a jog és a történelem kapcsolatára rákérdezünk.

<sup>1</sup> A LUKÁCSI társadalomontológia a társadalmi létet ilyen (a gazdaságtól a pénzügyig, a politikától a tudományig, a vallástól a művészetekig terjedő) komplexusokból álló komplexusnak, a közöttük szakadatlanul zajló kölcsönhatások mindenkor állapotának és eredményének tekinti. A nyelvet és a jogot nevesíti olyanként, amelynek öncélja van, lévén közvetítő komplexusként kizárólagos célja az egyéb létkomplexusok közötti közvetítés. A társadalmiasodás ezek sajátzerűségeinek kialakulását, így a közvetítés önálló funkcióvá válását jelenti. Lukács György *A társadalmi lét ontológiájáról* ford. Eörsi István, I–III (Budapest: Gondolat 1976). Vö. a szerzőtől *A jog helye Lukács György világvképében* (Budapest: Magvető 1981), II. rész, 107. és köv. o. [Gyorsuló Idő]. A LUHMANNI társadalomelméletben a struktúrálódást az *Ausdifferenzierung*, vagyis a szociális alrendszerek formálódása jelzi. Niklas Luhmann *Gesellschaftstheorie*. Vö. Pokol Béla *A szociológiaelmélet új útjai* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1988), I, 13–40. o. [Kérdőjel].

Hiszen a közvetlenül eszközként (vagyis eszköz formájában, eszközre redukáltan) felfogott jog egészen más kapcsolatokat mutat, mint a működésében és gyakorlati hatásában szemlélt jogi berendezkedés, amit eleve a társadalom élete és kultúrája szerves alkotójának tekintünk.

*a) A jog mint eszköz*

A jog mint csupasz instrumentum alakulásában a jogi szféra sajátsterütsége úgyszólván uralkodó szerepet játszik. A csupasz eszköz mikénti formálódását társadalmi-történelmi tényezők közvetlenül nemigen befolyásolják. Azaz a történelmi összefolyamat, a konkrét társadalmi megbízatás vagy kihívás szempontjából véletlenszerű és esetleges mozzanatok is meghatározó befolyást gyakorolhatnak abban a tekintetben, hogy a jog eszköztára egy adott kérdésre mivel, miként, mivé alakítva vagy mit kialakítva válaszol. Filozófiai nyelven kifejezve: a társadalmiasodásnak a társadalom fejlődésében növekvő térnyerése és meghatározóvá válása magyarázza ezt a látszólagos önállóságot. A társadalmiasodás pedig a társadalmi kapcsolatokban – tudjuk – a közvetítettség, a kölcsönhatásokban a közvetettség előtérbe kerülését jelenti. Azt, hogy még a természetre történő hatásban és a látszólag egyszerű céltételezési műveletekben is megszűnik a közvetlenség, az egyirányúság, és immár növekvő mértékben és összetettséggel közbenső közvetítések ékelődnek be a korábban egyszerű folyamatokba. Ugyanakkor maga a folyamat is egyre inkább több irányúvá és esélyűvé, s ezzel egyúttal egyre tisztábban társadalmilag feltételezetté válik. Hiszen a többi társadalmi komplexus is, amik ebben az összetett mozgásban részt vesznek, maguk is egyre tisztábban és határozottabban bontakoztatják ki viszonylagos autonómiájukat és sajátsterütségüket. Úgy tetszik, hogy az egyetemes fejlődésemélet lelkesítő (de naiv és utópikusnak bizonyult) hitével szemben a jón realizmus álláspontja ez. Annak felismerése, hogy a jog fejlődésében az instrumentális kontinuitás az egyik legfőbb elem. Azaz: a mindenkori új kihívásokra adandó válaszok többnyire nem új eszközök létrehozásával, hanem (már csak a gondolati ökonómia s az utánnás, tehetetlenség és megszokás erejénél fogva is) gyak-

ran a régiek átértelmezésével, új kombinációkba állításával, másutt már megismert és bevált eszközök utánzásával vagy átültetésével születnek meg. Mindez nyilván hibaforrások sokaságát hordozza magában. Mindebben értelemszerűen az a lehetőség is benne rejlik, hogy az ügytől idegen külső körülmények is esetleg döntő befolyásra tesznek szert. Egy döntési helyzetben például meghatározó fontosságúvá nőhet, hogy adott helyen és időben milyen régi (idegen) minták bizonyultak hozzáférhetőnek s megismerhetőnek – akár nyelviileg, akár a könyvtári hozzáférés értelmében.

Példával élve: gondoljunk csak arra, hogy a szarvával az embert halálra öklelő ökorért viselendő felelősséget megállapító szabály miképpen örökítődött át évszázadokon keresztül Mezopotámia kultúráiban – ESNUNNA törvényeitől HAMMURÁBI kódexén át egészen az ószövetségi *Exodusig*. Hiszen nem csupán azonos (s a távolabbi környezettől jellegzetesen eltérő) érdemi és eljárásbeli megoldások hagyományozódtak át, de az a többletrendelkezés is, amelyik a felelősséget egyetlen feltételhez kötötte, nevezetesen: vajon előzőleg hivatalosan a gazda tudomására hozták-e az állat öklelős természetét? Vagy gondoljunk arra, hogy az angol jog szomszédságában sínylődő skót jog a XVII. század derekán néhány évtized alatt tette meg döntő lépéseit a modernné válás útján, miközben magánjogi fogalomrendszere hirtelen eltávolodott az angol hagyománytól, s véglegesen a JUSZTINIÁNUSZTÓL örökölt klasszikus minta szerint szerveződött meg. E gyors váltásra nincs más magyarázatunk, mint néhány olyan jogkönyv léte és ismertsége, amelyek a XVI. század végén s a XVII. század közepén precedensanyagukban angol forrásokra és hagyományokra támaszkodtak ugyan, kifejtésükhöz és rendszerezésükhöz azonban a JUSZTINIÁNUSZTÓL megismert fogalmakhoz és megkülönböztetésekhez fordultak segítségért. Vagy említhetjük, hogy a beszámíthatóság fogalmi megjelölésének alapjául az angol jogban ma is az elmeállapotok olyan osztályozása szolgál, amelyet két évszázada (a modern pszichológia, pszichiátria és elmekórtan tudományainak létrejötte előtt), egy döntően teológiai ihletésű és spekulációra építő magyarázathból merítették. A modern tudományosság már rég meghaladta ezeket a tanokat – e körülmény azonban jottányit sem változtatott az

osztályozás jogi relevanciáján, vagyis azon, hogy jogi nézőpontból változatlanul alkalmasan rögzíti a szabályozás érdeme szempontjából lényegesnek tartott különböző változatokat.

Következtetésünk tehát csakis az lehet, hogy az eszközként felfogott jognak a történelemben viszonylag kötetlen mozgási tere van. Minden további gondolkodásban kiindulópontunk eleve és csakis az lehet, hogy eszköz és cél között nincs ekvivalencia: adott társadalmi célt eltérő eszközök – kialakult hagyományoktól, szokásoktól s késztetésektől függően – azonos hatékonysággal szolgálhatnak. Ugyanakkor az eszköz csupán az egyik (bár rugalmas, a cselekvés általános keretét ugyanakkor kijelölő) összetevője a befolyásolásnak. Hiszen önmagában, normaszöveggként szemlélve csakis olyan absztraktumként kezelhetjük, amely értelmezése konkrét gyakorlatában, társadalmilag aktualizáló alkalmazásában válhat kizárólag konkréttá. Ezért hiábavaló lenne minden olyan kísérlet, amely a jogból kiindulva próbálná az emberi történelmet rekonstruálni; vagy fordítva: a történelem alakulásából igyekezne a jogra egyértelmű következtetéseket levonni. Párhuzamosságok persze kétségkívül fennállhatnak. Például az ún. jogi archeológia pontosan annyira (de hadd nyomatékosítsuk: nem inkább) lehet releváns és nyomértékű a múltban lezajlott történelmi folyamatok mikéntjének feltárásában, mint a letelepedés, a munkaeszközök vagy éppen a hiedelmek és rituális szokások archeológiája.

Konkrét példákkal élve: aligha magyarázhatjuk csupán gazdasági, politikai vagy általános társadalmi összefüggésekkel, hogy a nyugati jogfejlődésben a közös római hagyomány ellenére mi lehetett meghatározó tényező a kontinentális és az angolszász minták (mint kétféle fejlődési út) kialakulásában, szétválásában, eszközkénti formálódásában és sok évszázadon át elkülönülő kultúrájában? Azt sem vezethetjük le pusztán a történelmi fejlődésből s a különféle kihívásokból, hogy miért és miként intézményesültek szabad szerződési formák az egyik rendszerben – olyan területeken, ahol a másik rendszerben a *trust*, vagyis vagyontárgyaknak mások javára szolgáló sajátos erkölcsi-jogi kötöttségű kezelése (cselekvőképtelenek és férjes asszonyok anyagi védelmétől közhasznú alapítványok gondozásáig terjedően) máig felülmúlhatlan al-

kalmazkodó készségű jogi konstrukciója intézményesedett? A másik oldal felől közelítve viszont amennyiben ki-indulópontként a jogi szabályozást kellene tekintenünk, egy majdani jövőből visszafelé pillantva mostani kultúránk akkori kutatója aligha olvashatná ki a történelem kemény valóságát például az 1936-os szovjet alkotmány szövegéből. Hiszen ismeretes, hogy a szovjet társadalomépítés jogi referenciájaként ez szolgált alapul a SZTÁLNI időszaktól a Szovjetunió Kommunista Pártjának XX. és XXII. kongresszusai által jelzett HRUSCSOVI megújító törekvéseken keresztül egészen az 1977-ben bekövetkezett új alkotmányozásig. Vagy miképpen is következethetne a majdani kutató a magyar történelem szovjet hódoltság alatti megpróbáltatásaira például abból, hogy egyesülési jogi gyakorlatunk a szocialista alkotmányozás (1949) óta eltelt időkben (és különösen napjainkban) szigorodni látszik – holott történelmünk megélőiként éppen mi tudhatjuk, hogy emögött valójában kizárólag egy puszta verbális gyakorlatnak az élő jogműködés érdekében részletező szabályozásokkal biztosított felváltása rejlik?

Dilemmánk akkor sem változik lényegesen, ha az eszközként felfogott jogot nem normaszövegben meghatározott konkrét megoldásként, hanem – mindezek általánosításával – ilyen eszközök normaszövegben történő tételezése, vagyis normatív rögzítése és kifejezése formájaként értelmezzük. Nos, ennek fényében akár szokásjogról, akár bírói jogképzésről (precedensjellegű vagy egyéb formáról), akár törvényhozásról (kodifikációról) vagy törvényi rendezésről (revízióról vagy konszolidációról) legyen is szó, többnyire jól körülhatárolhatóan rámutathatunk egy történelmi eseménysorozatra, ami a kérdéses eljárás vagy forma típusképző jegyeit adta, s ezáltal egyszersmind ideáltípusát is szolgáltatja. Első megközelítésben így a szokásjog az európai középkorral, a precedensjog az angol jogfejlődéssel, a kódex a JUSTINIÁNUSZI művel, a kodifikáció pedig a francia forradalom civiljogi gyümölcsével azonosul. Közelebbi vizsgálódásnál azonban rögvest kiderül: jogosulatlan abszolutizálás ez – az európai civilizáció (bizonyos korokhoz egyébként tényleg határozottan kötődő) eredményeinek egyetemessé tétele, egyetemesként kivetítése. Márpedig megengedhetetlen ez, hiszen azt jelentené, hogy az embe-

riség kulturális fejlődése egy-egy termékét etnocentrikusan (mert az egyetemes történelmi horizontot európai nézőponttal felváltó) egy-egy konkrét kultúrahordozóra jellemző helyi fogalmiasítással, ún. népi felfogással azonosítjuk – miközben a történelmileg különöst egyetemessé tágítjuk. Különben is, mihelyt a jog területén valamely eljárásnak vagy formának a civilizációfejlődés történetében mutatkozó változatait feltárjuk, rögtön kiderül: különböző feltételek között bármelyikük hasonló eredménnyel szolgálhatja azon társadalmi funkciók betöltését, amelyekre a jog egyáltalán, valaha is képes volt.

A kodifikáció funkcionális tipológiája ezért nem különbözik maga a jog tipológiájától. Hasonlóképpen elmondhatjuk: a precedensjog angliai, amerikai, dél-afrikai, izraeli vagy egyes változataival a társadalmi és jogi megőrzés és/vagy változás szolgálatát mindenütt egyazon sikerrel vállalhatta. És ugyanígy: a középkori Európában uralkodó szokásjognak megvolt ugyan a maga szerepe a helyi sajátosságok és megosztottságok fenntartásában, de ebbe belefért az a másutt inkább kodifikációs segítséggel betöltött szerep, amit nálunk leginkább WERBŐCZY *Tripartituma* példáz – egy olyan helyzet, amikor az idegen hódítóktól több részre szakított Magyarországon több évszázadon keresztül éppen a nemzeti és jogegység megőrzésének hathatós tényezőjéül szolgált. Mindezekről nyilván még távolabb esik az az őrző és ugyanakkor reformáló szerep, amit az ún. primitív szokásjog tölthetett be a maga „formátlan” rendszereiben.

#### *b) A jog mint kultúra*

Ám attól a pillanattól kezdve, hogy a jogot társadalmi valóságában, azaz működésében, működése előfeltételeivel és járulékaival egységben tekintjük, már eltérő következtetésre kell jutnunk. Ekkor a jogot már úgy kell érzékelnünk, mint ami az általános társadalmi kultúra része, következésképpen ebbe az egészében történelemtől meghatározott, ám egyszerismind történelmet formáló kultúrába ágyazódik. Sőt, pontosan ezeknek a kulturális (mentalitásbeli, felfogásbeli, magatartásbeli) gyökereknek s összefüggéseknek köszönheti, hogy a történelem legdrasztikusabb változásokra kényszerítő viharaival szem-

ben is olykor meglepő erejű folyamatosságot, sőt egyenesen ellenállást tud tanúsítani. Vagyis: míg az eszközzé csupaszított jog sorsa pusztán akaratelhatározás függvénye, hagyományá nemesedése esetén a jog is önálló tényezővé, a történelem formálójává válhat. Tehát az általános emberi kultúra részeként felfogott jog olyan jelenségkomplexum, viszonylag önálló történelmi tényező, amely maga is alakíthatja a történelmet. A történettudomány s egy társadalmi-ontológiai rekonstrukció nézőpontjából persze világos, hogy nem egyetlen tényező által történő meghatározásra, hanem mindenekelőtt formaadásra, vagyis szűrőszerepre, és a szűrő közegeén keresztül történő kiválasztásra, alakításra és sajátyszerűvé formálásra gondolunk itt. Mindez tehát nem változtat annak alapigazságán, hogy a jogi komplexus is – mint viszonylagos önállóságában és sajátyszerűségében kifejlődött bármiféle társadalmi komplexus – a környezetéből érkező kihívásokra a maga módján válaszol. Környezetének különmemű ingereire tehát a maga egyneműsítő módján, azok nézőpontjából így külső és idegen módon reagál. Ezzel viszont a külvilágból a változásra irányuló ösztönzések érvényesülését s esetleges szétsugároztatását vagy lefojtását maga is alakítja, hiszen viszonylagos önállósága és kifejlett sajátyszerűsége képessé teszi arra, hogy saját rendszerébe beépítse, önnön szerkezetéhez és mozgásához igazítsa ezeket a változásokat. Hatás és visszahatás ilyen kifejlett önállósága pedig – különösen határhelyzetekben – az események jellegét, sőt végső kimenetét is megszabhatja.

Gondoljunk csak arra, hogy a KONFUCÉANUS hagyomány évezredek óta milyen megváltozhatatlanul s mégis milyen alkalmazkodóképességgel alakítja a jog felfogását s végső sorsát is Kínában vagy Japánban. Hiszen az alanyi jogosultság biztosításában testet öltő, előzetesen minden részletében rögzített, ezért megmásíthatatlanul határozott követelésekre épített és ezeket a nyeresé/vesztés alternatívájában perelő, s mindezek fényében csupán végrehajtó-konkretizáló alkalmazást eltűrő és igénylő magatartás-szabályozás nyugati mintája ma is gyakran a joggyakorlat peremvidékéről küzd az elismertetésért, noha a nyugati mentalitás elsajátíttatását célzó (és paradox módon a hajdani szovjetizálástól Kínában szintén

erősített) modernizációs program közel egy évszázada már éppen a KONFUCEÁNUS jogeszmény felváltását tűzte célként maga elé. Vagy gondoljunk arra, hogy a bizánci és mongol örökség vegyülése milyen maradandó nyomokat hagyott Európa keleti régiójának fejlődésében, mindenekelőtt a hatalom kizárólagosságában, osztatlanságában és karizmatikus gyökerű legitimációjában, a jog bárminemű állami cselekvéssel történő azonosításában, valamint – a sajátos önállóság kezdetlegességéből és ethosztalanságából is fakadóan – a társadalmi és állami szféra legalább ideologikus megkülönböztetését biztosító jogi konstrukciók (például a „társadalmi szerződés” eszméje) kifejlesztésének hiányában. Vagy gondoljunk arra, hogy azok az (ENGELS kifejezésével) barbár korai szabadságjogok, amiket az európai kontinens abszolutizmussal sorra legyűrték, majd uralkodói kegy, adományozás függvényeivé tettek, miként maradhattak érintetlenül a brit jogfejlődésben, és miként váltak egy jogi garanciákkal erőteljesen oltalmazott jogi kultúra kifejlődésének alapjaivá, s így az angol–amerikai jogfelfogás egyik legszembeszökőbb jellegzetességévé. S talán nem tévedünk nagyot, ha ezzel is összefüggésbe hozzuk, hogy pontosan ez a jogi kultúra az, amelyik mindeddig sikerrel kikerülte annak fenyegető perspektíváját, hogy önálló értékmegvalósítását egy külső, önkényes akarat pusztán eszközkénti kiszolgáltatására fokozzák le, és ezért talán az angol–amerikai jogi berendezkedés a leginkább mentes attól, hogy maga is megismerje a jogpozitivizmus önpusztító hatalmi kiszolgáltatottságát s egy politikai sugallattal közvetlenül irányítható jogi gépezet tragédiáját.

### 3. *A jog mint történelem*

Az elmondottakból számunkra kettős következtetés adódik. Amennyiben a jogot nem eszközszerű létre meztelenítetten, hanem teljes valójában szemléljük, kiderül, hogy a jognak van saját története is, és e saját történettel a jog is fellép a történelem formálójaként.

Emlékeztet, hogy a múlt század közepén a tudományos pozitivizmusok elméleti sivárságával és terméketlenségével szemben fogalmazta meg MARX és ENGELS a történetiség

programadó hitvallását: „Csak egyetlenegy tudományt ismerünk, a történelem tudományát!” Nos, jócskán tévednénk, ha ebből valamiféle misztifikált, nagybetűs történelemre következtetnénk – olyanra, amelyik önmagában elégségesen s befejezetten áll fenn, absztrakt transzcendenciaként szabva létünknek keretet úgy, hogy immár semmiféle történés és eredmény nem állhat elő másként, mint ennek derivátumaként. Úgy vélem, a történelem valóban történelmi felfogása a kifejl(őd)és és formál(ód)ás konkrét-egyedi alakulása történelmi logikájának elsőbbségét szögezi le bármiféle apriorisztikusan eleve fennállóként hiposztazált belső-immanens logikával szemben. Ugyanakkor e felfogásban benne rejlik a történelmi meghatározódás összetettségének megsejtése – minden egyirányú oksági determinizmussal szemben. Ma már tudjuk: a létezés ténylegesen lezajló kölcsönhatásokból tevődik össze, és az ezekből mindenkor alakuló összmozgás egyik mindenkori konkrét eredménye az is, hogy adott kölcsönviszonyban akkor és ott egyáltalán melyik oldal bizonyul majd erősebbnek – LUKÁCS kifejezésével „túlsúlyosnak”, azaz a kölcsönhatásból adódó mozgás irányát és eredményét végső soron meghatározónak. És azt is tudjuk: a társadalmiasodás előrehaladásával, a társadalmi mozgásban részt vevő komplexusok számának növekedésével és sajátos önálló válaszadásmódjaik kibontakozásával azt előre látni vagy éppen előzetesen megtervezni, hogy adott folyamatban mi és miként gyakoroljon végső befolyásolást, biztonsággal bizonyára sohasem lehetett, és mindenesetre a fejlődés mai fokán aligha – és egyre kevésbé – lehet. Ez pedig szükségképpen ahhoz a következtetéshez vezet, hogy a társadalomban lezajló kölcsönhatások teoretikus rekonstruálásának egyedül sikerre vezető elméleti kerete a t o t a l i t á s szemlélet. A totalitásszemlélet a mindenkor előálló egészből indul ki annak megállapítása érdekében, hogy ehhez a mindenkori egészhez vezető folyamatban mely tényezők is működtek sikerrel közre. És ebből indul ki annak utólagos mérlegelése érdekében is, hogy a kölcsönös meghatározódásnak a fentiekben jelzett folyamatában a túlsúlyok és hangsúlyok voltaképpen mely ponton és milyen irányban is érvényesültek, miképpen helyeződtek át, merre és mennyire tolódtak el.

Érdemes lenne például elemeznünk, hogy a gazdasági szférának a MARXIZMUSOK által különösen hangsúlyozottan tulajdonított kiváltságos szerep miképpen differenciálódik, halványodik vagy tűnik átmenetileg el a második világháborút követően kettészakított országok, illetőleg a szocializmust saját életükben megszenvedő területek esetében. Hiszen a gazdaság (is) a társadalom berendezkedésének egyik részjellegű mozzanata, következésképpen a politikától, a politika pedig (mindezekhez képest) külső erőviszonyoktól közvetlen módon feltételezett. Tehát a politika végzi el az alapvető váltoállításokat az első – vagyis az irányt kijelölő – szétágazásoknál, és közreműködik minden rá következő későbbi – és továbbrendező – váltoállításnál is. Mindebben tehát nem arról van szó, hogy valamely egytényezős doktrínát egy másik egytényezős doktrína szimplicizmusával váltanánk fel, hanem arról, hogy eleve olyan összetett meghatározódással számolunk, amelyben egyébként általában túlsúlyosnak bizonyuló tényezők is kizárólag bizonyos feltételek megléte esetén juthatnak egyáltalán szerephez, míg esetleg más feltételek kizárólag ellentétes irányú (s így az előbbit kizáró) mozgást engednek csupán érvényesülni. Márpedig ennek tisztázása azért is fontos, mert a politikum ilyen váltoállító és rendező szerepét nemcsak a társadalmak normális fejlődésében, de esetleges válságba sodródásuk során (sőt, ilyen válságaik kezelésében, alkalmazkodásra irányuló képességük alakulásában is) megfigyelhetjük.

Második következtetésünk a jogról mint a kultúra összetevőjéről elmondottakból fakad, egyszersmind azonban a jog önálló szerepjátszása össztársadalmi méretekben vett viszonylagosságához is közvetlenül kapcsolódik. Amennyiben ugyanis a társadalmi mozgásban olyan egyre összetettebb meghatározódási folyamatokkal kell számolnunk, amelyekben a jog helyét tudatos tervezéssel egyre kevésbé jelölhetjük ki, viszont egyéb tényezők így a jogot könnyen és (legalábbis egy emberi élet időtartamával mérve) tartósan közvetlenül kiszolgáló szerepbe kényszeríthetik, úgy a jogban testet öltő civilizációs értékek védelméért, erősítéséért és továbbfejlesztéséért csakis a jogi kultúra gyökereinek mélyítése, az általános kultúrához fűződő kapcsolatai szervezettebbé tétele útján küzd-

hetünk. Azt jelenti ez, hogy egy kellő civilizációs értékeket kellő szilárdsággal s kellő mélységű társadalmi beágyazottsággal ötvöző jogrend kiépítése nem csak egyszerűen eszközjellegű, a valamikori társadalmi kihívás és az arra adandó jogi válasz konkrét egyszerűségében feloldható feladat. Hiszen egy ilyen jogrend felépítése egyidejűleg óhatatlanul hagyományteremtés és kultúraalapozás is. Ez magyarázza, hogy ilyen hatalmi szóval nem is hívhatunk életre: jogi kultúra teremtése csakis nemzedékek állhatatos – magát a kultúrát már az érte folyó harc gyakorlatában is gyakorlottá tevő és a társadalom alapvető kulturális értékeihez ezáltal is kapcsoló – munkájának gyümölcse lehet. Amennyiben tehát ilyen jogrendért küzdünk, úgy egyszermind egy saját jövőjére sajátos értékei kibontakoztatásával felkészülő, s ennél fogva esetleges viharai optimális kivédését jogi hagyomány talaján biztosító kultúra kialakításáért is fáradozunk.

Korunkban – és ez nem feltétlenül meghatározott társadalmi-gazdasági berendezkedéshez fűződő kérdés – számos ország küzd a kellő s társadalmilag-politikailag kívánatos hagyományok hiányával. Régi mentalitások és magatartásbeli formák túlélését ilyenkor leggyakrabban a hagyomány nélküliségre hivatkozva magyarázzák. Mihelyt azonban valamilyen fejlődésre lehetőség nyílik, a nemzeti múltból való erőt merítés során gyakran kiderül, hogy korántsem pusztán előzménytelenségről, egy *tabula rasa* szintjéről történő indítás kényszerpályájáról van szó. Hanem inkább arról, hogy a korábbi hagyomány nem bizonyult elég erősnek, általánosnak, a társadalmi kultúrába szervesültnek, a mindennapi gyakorlatban reflexszerűen rögzültnek, egyetemes magatartási mintát adóknak, s végső soron önfenntartónak és önmegújítónak ahhoz, hogy a kérdéses hagyomány szempontjából kedvezőtlen idő(k)ben más hagyományok és áramok el ne sodorhatták volna – pusztán azért, hogy a múlt emlékezetében alig megőrzött piciny töredékké törjék.

Közép-európai tájainkon gyakran beszélünk a demokratikus hagyományok hiányáról. Nos, ami tényleg hiány létére utal, az – paradox módon – nem más, mint maga a hiány emlegetése és felvállalása. Vagyis egy olyan folytonosságbeli szakadás kinyilvánítása, ami valójában maga sem más, mint

éppen kísérlet a múlttól a mához talán láthatatlanul, mégis ténylegesen vezető szálak elvágására, múltbeli hagyományoknak az élő emlékezetből történő kitisztítására, és ezzel az ösztönzés még megmaradt szegényes forrásainak is további apasztására. Ha például honi szocializmusunk politikai gyakorlata számára nem vált még természetszerű közvetítődéssé, hogy jogot tételező aktusait alkotmánybírószági, jogot alkalmazó aktusait pedig közigazgatási bírósági ellenőrzés alá engedje, s ezzel követett játékszabályait a nyilvánosságra (is) tartozó közüggé tegye, és ezáltal ugyanakkor mindenkori állami cselekvését újralegitimálóan megerősíttesse – nos, mindez azért nem feledtetheti, hogy a hagyományok továbbélésében cezúrát jelölő politikai váltás, a kommunista hatalomátvétel előtt létezhetett még számottevő falusi önkormányzat, többpártrendszer, szemben álló erőkre is kölcsönösen elismert játékszabályok szerint kiterjedő tolerancia, virágzó egyesületi élet, választási és közigazgatási bíraskodás, szabadságküzdelmek eszméivel s eredményeivel, törvényhozásban jeleskedő évtizedek parlamenti csatározásainak tanulságaival egyetemben – ami mégis megtestesít valamiféle éppen nem súlytalan demokratikus hagyományt. És mégis: mozaikszerű létük – vagy legalábbis, fragmentálható történelmi emlékezetük – mindennél ékesszólóbban szól egy bizonyos körülményről. Nevezetesen arról, hogy összességükben mindazonáltal töredékszerűek, csenevészek, a közösségi gyakorlattal s értékekkel pusztán csekély mértékben szervesülők voltak. Hagymányszerű ösztönzésként tehát bizonyára nem bizonyultak elégségesen mély gyökerűnek ahhoz, hogy ellenkező széljárásnak kellő erővel ellenállhassanak, vagy legalábbis bizonyos közvetlen hatásait átszűrhessek saját közegükön. Vagyis az a körülmény, hogy túlerő hatására ugyan, de ennyire nyomtalanná válva elenyészhettek, sajnálatos módon annak is bizonyossága, hogy az igazi fennmaradáshoz, azaz túlsúllyal szemben is hatékony befolyásoláshoz nem maradhatott (még vagy már) kellő erejük.

Ismételjük meg hát alapkérdésünket: történelem-e a jog? Az elfogulatlan vizsgálódás arra tanít, hogy a jogért történő elméleti és gyakorlati munkálkodás valódi ethosza akkor jöhet csupán létre, ha a jogász felismeri saját társadalomfor-

máló erejének jelentőségét és ezzel azt, hogy a társadalom formális közvetítő mechanizmusának mérnökeként a jelenen munkálva a jövőért (is) fáradozik. A jog mint kultúra munká-saként így érezheti csupán át, hogy munkájának nemcsak tárgya, de egyszersmind gyümölcse is – tényleg a történelem.

#### 4. Összefoglalás: *A jog kétféle stratégiája*

A jog eszközkénti felfogása és a joggal mint társadalmi-kulturális tényezővel való számolás két olyan lehetséges – s egyben tipikus – megközelítés, amelyek egymástól gyakran bármennyire függetlenül fordulnak is elő, valójában kiegészítik, sőt feltételezik egymást. Láttuk: a jog mint eszköz önmagában a mindenkori hatalommal szemben nem tudja fenntartani különállóságát, hanem mindig csak kiszolgáltattja – egyben tehát kiszolgálója – marad. Ezzel egyidejűleg viszont a jog mint kultúra megtestesítője túlzottan alakatlan, képlékeny, s mindenekelőtt sajátyszerű céljával szembesítve hatástalan, végső soron tehát társadalmilag súlytalan marad akkor, ha nem kellő eszközteremtés alapozza meg elkülönült létét, sajátyszerűsége kibontakozását.

Ha a jog sajátyszerű létéről, önállóságáról beszélünk, első pillanatra talán kézenfekvőnek tűnik, hogy társadalmi-kulturális kötődéseit merő instrumentalizálásával, eszközzé csupaszításával állítsuk szembe. Ám ha ezek után immár sajátyszerű önállóságának ethosza, ennek hordozói, valamint mindezek kialakításának és erősítésének módjai iránt érdeklődünk, már az előbbinél árnyaltabb, dialektikus, s az első válaszukban említett (egymást látszólag kölcsönösen kizáró) oldalakat a jog sajátos résztotalitásán belül elhelyező választ kell adnunk. Ennek megfelelően meg kell állapítanunk, hogy a jog olyan eszközök összessége, amelyek mind belső elrendezésükben és külső kapcsolatrendszerükben, mind pedig az őket illető erkölcsi alapállásban egyfajta társadalmi kultúrát juttatnak kifejezésre; és segítenek érvényesülni. Nos, ilyen megközelítésben a jog valóban a kultúra sajátos megnyilvánulása – egyszersmind azonban olyan kulturális kifejeződés is, amelyik nem a jog eszközszerű létével szemben, hanem éppen

általa, vele és benne (azaz eszközök specifikusan eszközszerű létében és társadalmi alkalmazásában) nyeri el létjogosultságát. Következésképpen a fenti gondolatkörben akár az instrumentalizálás, akár pedig a társadalmi-kulturális kötődés túlhangsúlyozása immár nem egyszerűen kétfajta lehetséges megközelítés, hanem a jogi jelenség ellentétes végleteket jelölő patológiája. Mindkettő elsődlegesen önmagát is pusztítja, hiszen az előbbi a jogot öncélúvá teszi, miközben gyökeretleníti, az utóbbi pedig légiesíti, miközben valóságos hordozóiból kiüresíti.

Következtetésként ezért ennyit mondhatunk: jelenségként, felfogásában és stratégiáját illetően a jog egyfajta egység, melynek különféle oldalai erősíthetik is, gyengíthetik is egymást. Eszközszerű mivoltában a jogot fejlesztenünk kell, hogy sajátos feladatának egyáltalán megfelelhessen. Ugyanakkor cselekvésünk során úgy kell eljárunk, hogy jogfejlesztésünk egyúttal kulturális hagyományt is erdeztessen, hiszen az eszközalkalmazás pusztán tényszerű gyakorlata így válhat csak a társadalom kulturális állapotát kifejező, annak értékvalasztásait *sine qua non*ként rögzítő s hosszú távú törekvéseinek megalapozására is alkalmas valóban társadalmi gyakorlattá. Minden olyan kísérlet instrumentalizálja tehát a jogot, amelyik arra irányul, hogy hatalmi-politikai érdekek és megfontolások közvetlen kiszolgálójává tegye, benső morális tartásától, hitelétől és következetességétől akár időlegesen is megfossza, vagy felelőtlen társadalmi kísérletek terepévé s játékszerévé tegye. Ugyanakkor nyilván sajátos léte sajátos alapjait gyengíti, ha (például társadalmi kultúrába ágyazódottságára hivatkozva) sajátos jogi eszköztárának erősítését, eszközként érvényesítése viszonylagos autonómiáját elhanyagolják, és ezzel végső soron hozzájárulnak ahhoz, hogy – a társadalom alapvető egységének hangzatos, konkrét célzatosságában viszont mindig hazugnak bizonyuló jelszavával élve – a politikai, vallási, erkölcsi, gazdasági (vagy egyszerűen: a pillanatnyi hatalmi pozíciókat össztársadalmi rendező elvvé emelő) szféra túlsúlya mellett a jog az általános társadalmi gyakorlatban láthatatlanná válva feloldódjék, vagy csupán színezőként maradjon fenn.

A jog instrumentális és kulturális stratégiája

tehát egymásra épül. Bármelyikük pátosza is maradéktalanul csak a másiktól támogatottan fejlődhet. Ezért kell a jogásznak egyszersmind közéleti szereplőnek is lennie, és ezért nem hagyhatja figyelmen kívül semmiféle közéletiség a jogot. A két stratégia mindenkor kellő egyensúlya biztosíthatja csupán, hogy a jog valóban társadalmi közvetítőként optimális hatékonysággal működhessen, és így – egyedi esendőségének bölcs tudomásulvételén túl – a jogász is érzékelhesse a történelem alakításában játszott kezdeményező közreműködését.



# ANTROPOLÓGIAI ALAPOK

## Népi jogszokástól a jogi népszokásig\*

### 1. A jogi népraajz és ideológiakritikája

Századunk tünete-e, vagy csupán új tudományos szemléletmódok formálódási korának elkerülhetetlen gyermekbetegsége a neofita túlzásokra készítő hajlandóság? Tény, hogy jogtudományunkban és különösen a marxista jogi gondolkodásban központi helyet foglal el az, amit MARX modern államiságnak és amit a KANTIANIZMUS megújítása irányában haladó gondolkodók modern formális jognak neveztek. Ezek a jelenségek nemcsak a vizsgálódás magától értetődően központi tárgyai, de olyasfajta szervező szerepet is betöltenek, ami a jogtudományi gondolkodás irányát – kiindulópontját, kereteit és végpontját –, a jogtudományi gondolkodást hordozó fogalmak rendszerét, sőt mindennek a valósághoz való viszonyát is egészében meghatározza. Immár nem igényel külön bizonyítást, s nem is hangzik újdonságként annak kimondása, hogy megelőző évezredek intézményi fejlődése a társadalmat a legmagasabb fokon integráló és szervező modern államiságban, jogfejlődése pedig az ezt leginkább előreláthatóan, egyöntetűen és alakíthatóan biztosító modern formális jogban kulminált. Ám következik-e ebből, hogy a modern államiságnak és modern formális jogának – az európai fejlődés e néhány évszázados, az egyetemes civilizációt döntően befolyásoló termékének – egyszersmind olyan jelentőséget kellene tulajdonítanunk, hogy a megelőző évezredek

\* Készült TÁRKÁNY SZÜCS ERNŐVEL folytatott baráti diskurzusok nyomán, munkássága elismertetésének jogtudományi segítése jegyében. Első változatban: *Jogtudományi Közlöny* XXXVI (1981) 10, 880–886. o.; idegen megjelenéseiben: 'From Legal Customs to Legal Folkways' *Acta Juridica Acaemia Scientiarum Hungaricae* 25 (1983) 3–4, 454–459. o. és *Tidskrift för Rättssociologie* [Lund] 2 (1985) 1, 39–48. o.

fejlődésének jelenségeiből s összefüggéseiből érdektelenként minden kiszoruljon, ami nem ezek előképéül szolgált, nem ezek számára készítette elő az utat? És ugyanígy: nem csupán a MARXISTA tudományosságban vált úgyszólván további bizonyítást nem igénylő közhellyé annak a (funkcionális, de intézményi feltételezettségben is jelentkező) kapcsolatnak a megállapítása, ami államot és jogot egymás korrelátumaként, sőt egyenesen egy rendkívül összetett társadalmi komplexus két sajátos vonatkozásaként láttatja. Ámde következik-e az állam és jog kölcsönös feltételezettsége történelmileg kitapintható tendenciájából s a modern formális jognak a modern államisággal való hallatlanul nagyfokú összefonódásából, hogy e kapcsolat fennállta egyszersmind a jogtudományi vizsgálódás abszolút elhatárolási kritériuma? Nos, joggal gondolhatjuk, hogy a fejlődés alapvető útjainak, összetevőinek és mozgatórugóinak rekonstruálásában mindezek bizonyosan kiválasztó jelentőséggel rendelkeznek. Szelektív hozzájárulásuk azonban feltehetően olyan kizárólagossá nem lehet, hogy a fejlődés fő irányába nem eső – azt megelőző, attól eltérő vagy annak csupán periferiáján elhelyezkedő – jelenségek és összefüggések iránt érdektelenséget mutasson, és a jogtudományi vizsgálódásból történő kiiktatásával esetleg a jogi komplexusnak s e jelenségeknek és összefüggéseknek a maguk valóságos kapcsolatrendszerében, tehát kölcsönhatásukban s sajátosságukban történő feltárását akadályozza. A múltnak a jelenhez vezető fejlődésből történő megértése – nevezetesen annak MARXI igazsága, hogy „Az ember anatómiája a majom anatómiájának kulcsa”<sup>1</sup> – a történelmi perspektíva kibontakoztatására irányult, de nem arra, hogy a történelmet csupán e perspektíva kibontakozására laposítsa. Ha így lenne, a történettudomány nem lenne különb, mint az olyasfajta politikai ideológia, mely a kivívott győzelem támogatása érdekében csak azzal számol, amiben elődjét vagy szövetségesét tudja. Szolgálati szerepe azonban éppen mint ideológiának rendkívül körülhatárolt, egyszeri, így hát nem teherképes, legfeljebb járulékos tulajdonsága az, ha nehezzé vagy éppen lehetetlenné válik benne a múlt előrelátása.

<sup>1</sup> Marx *Beevezetés a politikai gazdaságtan bírálatához* (Budapest 1951), 31. o.

Magyarországon a jog történeti és elméleti művelése még nem talált úgy egymásra, hogy MARX és ENGELS már egy évszázada aktuális utópiája a történelem tudományáról mint „egyetlenegy tudományról” megvalósulhatna.<sup>2</sup> Az előbbi még elméletalkotás előtti feladatokkal viaskodik, az utóbbi pedig azzal küzd, hogy a MARXIZMUS filozófiai rendszerében megfogalmazza önmagát – nagymértékben úgy, hogy a jog saját múltja sajátyszerűségeiből kiinduló építkezés helyett kölcsönzött fogalmakat és szemléletet alkalmaz e múltra. A szokás-szerű megerősítése és helyreállítása mint az államhatalom és jogi cselekvése legitimálója; a szokásjog mint a tételes törvényhozás kerete; a „rég, jó jog” képében a hagyományoszerű történeti ragaszkodás mint a jogi érvényesség elsődleges forrása – mindezek több évezredes valóságosan betöltött rendező szerepe csupasz ideologikus hivatkozássá látszik töpörödni a modern formális jog szerveződésének néhány évszázada megett. Az állam és jog kölcsönös feltételezettsége egyetemes történelmi tendenciájában az előbbiek szerepe és valóságos működésük, mozgásuk sajátyszerűsége teoretikusan olyannyira tisztázatlan, hogy voltaképpen a jog általános objektíváció-elméletéről sem beszélhetünk; saját gondolatainkat is legfeljebb feltevésekként fogalmazhatjuk meg. Nos, a jogi néprajz olyan időben került a magyar jogelméleti gondolkodás érdeklődési körébe, amikor a szocialista jogelmélet még a saját intézményi berendezkedés teoretikus megalapozásával viaskodott, s így a múlttal legfeljebb csak mint a nem szocialista kortársi irányzatok közvetlen történeti előzményével került kapcsolatba. Ez pedig gyakorlatilag a századvég és századelő feltételeit jelentette, azt a fordulatot, amit a polgári társadalom a szabadversenyos kapitalizmusból a monopolkapitalizmus irányában tett meg. Szocialista jogelméletünk ekkor határolta el magát a szokásjognak magában a Szovjetunióban is egy időszakkal korábban történt elismerésétől,<sup>3</sup> amit utóbb a jogfilozófia történeti vizsgálat eredményeként általánosítva is megfogalmazott, JOHN AUSTINnal egyetértően kijelentve, hogy

<sup>2</sup> Marx és Engels *A német ideológia* (Budapest 1952), 5. o.

<sup>3</sup> Szabó Imre *A szocialista jog* (Budapest: Közgazdasági és Jogi Kiadó 1963), 225. és köv. o.

jogalkalmazói jogalkotás rejlik a szokásjogi jogképződés mögött.<sup>4</sup> A jog marxista meghatározásának s így állami voltának következetes érvényesítése körében került az elméleti jogi gondolkodás reflektorfényébe a jogi etnológia egész problémaköre, hogy bármiféle belső vagy elméletileg indokoltnak látott funkcionális kapcsolat fennálltát tagadva onnan rögtön kiutasítást is nyerjen.<sup>5</sup>

Miben is rejlik e problematika lényege? Olyan előzmények nyomán, amelyek Németországban a történeti jogi iskoláig, az angolszász és a kontinentális gyarmattartó hatalmaknak a primitív jogot felfedező és azt gyakorlati érdektől is vezetettve egy az etnológia s a különféle magatartástudományok határmezsgyéjén helyet foglaló jogi antropológia megfogalmazásáig, illetőleg Közép- és Kelet-Európa egyes, fejlődésükben visszamaradt részein a hivatalos állami jogtól alig érintett népi élő jog kimutatásáig és jogszociológiai megfogalmazásáig visszanyúlóan, Magyarországon a törvényhozási előkészítés gyakorlati megfontolásainak alárendelten a századfordulón, majd sajátos ideologikus felhangot kapva a 30-as és 40-es években a népi jogkutatás égisze alatt mozgalom indult, mely a magyarság tárgyi és szellemi néprajzában feltárásán belül a paraszti társadalom szokásrendjének felmérését és rendszeres leírását tűzte célul. Elemzése tárgyában ez a mozgalom nem csupán a hivatalos mellett is tovább érvényesülő jogot látott, de kutatásait olyan romantikusnak bizonyuló elképzelésekkel övezte, hogy az így összeállítható normaanyagban a magyarságra alkatilag jellemző, történelmileg autentikus viszonyrendszert ragadhatja meg, ami állami törvényhozás alapjává tétele esetén a társadalom megújulását biztosító szociális reformhoz vezethetne. Nos, az ún. népi írók kapcsán a Magyar Szocialista Munkáspárt Központi Bizottsága mellett működő kulturális elméleti munkaközösség éppen ezt tagadóan foglalt állást: szerintük az ilyesfajta elképzelések idealisztikusnak minősülnek; a német faji gondolat veszélyével szem-

<sup>4</sup> Peschka Vilmos *Jogforrás és jogalkotás* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1965), II. fej. 2. pont.

<sup>5</sup> Kulcsár Kálmán *A jogszociológia problémái* (Budapest: Közgazdasági és Jogi Kiadó 1960), III. fej. 3. pont és részletesebben uő 'A népi jog és a nemzeti jog' *Állam- és Jogtudományi Intézet Értesítője* IV (1961) 1–2, III–VI. pont.

ben egy másik, hasonlóképpen romantikus ellenideológia történelmileg egyszer már gyengének bizonyult, s mindez szerintük közrejátszhatott abban, hogy az uralkodó politika akkoriban nem egy ponton sikeres kísérletet tehetett a népi írók mozgalmának általában és a népi jogéletkutatásnak különösen a manipulálására, és ezzel saját cél- és eszközrendszerébe való integrálására.<sup>6</sup> Ezzel párhuzamosan a szocialista elméleti jogi gondolkodás saját alapfogalmainak tisztázása során már teljes elhatárolást és kirekesztést valósított meg, tagadva a kérdéses jelenség jogi minőségét, sőt csupán az azt illető jogtudományi vizsgálódásnak az uralkodó jogpolitikai szempontokkal történő összeegyeztethetőségét is.

Amennyire ez két évtized távlatából megállapítható, ideológia-kritikai funkcióját mindkét értékelés betöltötte. Az ideológia-kritika azonban nem egy jelenség teljes összefüggésrendszerének feltárását, nem egy jelenségnek s mozgástörvényeinek a maguk sajátos mivoltában történő megvilágítását tűzi célul, hanem azon társadalmi célok és eszközök kimutatását s esetenként hamisnak bizonyuló előfeltevések bírálatát, amelyek egy meghatározott társadalmi környezetben a kérdéses jelenség felfogását vagy az iránta megnyilvánuló érdeklődést éppen ideológiává, vagyis egyébként zajló osztályküzdelmek folytatásának, tudatosításának fegyverévé avatják. Az elméleti választ tehát az ideológia-kritika önmagában nem pótolja. Az adott helyen, adott időben, adott ideologikus felhanggal megnyilvánult mozgalom akkori történelmi szerepétől immár elvonatkoztatva ugyanakkor nyilvánvaló, hogy a társadalmi jelenségeknek az a köre, amit a marxista jogtudomány jogként tart számon, az állam jogként történő cselekvésétől előfeltételezett, és így a jogi néprajz tárgyaként kutatott jelenség semmiképpen nem illik a kereteibe. Az is nyilvánvaló: maga a pusztán tény, hogy egy tradicionális társadalomban bizonyos szokásrendet követtek vagy követnek, önmagában véve már semmiképpen sem elégséges érv arra nézve, hogy e szokásrend egy nemzeti társadalmat modernizálva az osztálytársadalomba egyre mélyebben integráló állami jogfejlesztés alapja vagy akár össze-

<sup>6</sup> *Kortárs* II (1958) 7, 9. o.

tevője legyen. Ugyanakkor a jelen tisztító távlatából egyre hangsúlyosabban tűnik elő, hogy nem egyszerűen a népi jogkutató-mozgalom zászlóbontásakor élt vagy élő szokásrendről van szó, hanem évszázadok hozadékáról – nem elenyésző részében olyan időkből, amelyek a modern államiság s a modern formális jog kialakulását megelőzték, és így a szokásrend egy fejlettebb állapotainkkal aligha összemérhető közegben töltött be létszerű, és éppen létszerűségének akkori változatlanlansága folytán továbbhagyományozódó funkciót. Végül a néprajztudománynak mai tudományosságunk egészében való elhelyezkedéséből is kitetszik, hogy az elmúlnak vagy elmúlóban lévők feltárása mindenekelőtt népünk múltjának rekonstruálását, nemzeti identitástudatunk tartalommal telítését szolgálja. A tudomány elsődleges megismerő funkciója azonban csupán egy tevékenység döntően teoretikus alapmeghatározását jelenti, s egyéb feltételektől, megfontolásoktól stb. függően korántsem zárja ki közvetlen gyakorlati felhasználását.

Népi jogszokástól a jogi népszokásig? A cím kettőssége mindenekelőtt jelenti a terminológiai bizonytalanságot – sőt, ha az objektív eredmény szubjektív indítékai iránt érdeklődünk, az előzmények ismeretében talán joggal hozzátehetjük: egyben óvatosságot is – a jogi etnológia tárgymegjelölésével kapcsolatosan. Ugyanakkor egyfajta terminológiai javaslatként alkalmas lehet arra, hogy mind a jogi etnológia vizsgálódási tárgyának viszonylagos különállását, mind pedig fejlődésének sajátos dialektikáját kifejezésre juttassa. Az eltelt két évtized ugyanis a kulcskérdés tekintetében nem hozott új elméleti felismeréseket. Újabb fejlemény nélkül lényegében a néprajztudomány is, a jogtudomány is tette a saját dolgát: szakvizsgálódások folytatását anélkül, hogy valóságos interdiszciplinaritásra, vagyis a tulajdonképpeni jogi etnológia tudományos kibontakoztatására törekedett volna. A néprajz folytatta a paraszti társadalom szokásrendjének általános feltérképezését, és ebben a jogi igényű szokásoknak is a néprajztudomány saját szempontjaitól vezérelt értékelését, a jogszociológia pedig – főként alkalmi ösztönzések hatására – nem szűnt meg érdeklődni a társadalmi magatartás-formálás ilyen, történelmi örökségként kapott hagyományos formái

iránt.<sup>7</sup> Ugyanakkor saját nézőpontjából talán valamelyest védhető, hogy a jogszociológia figyelme most már inkább a modern államiságban a modern formális jog által elérhető racionalitás természetes korlátaira, nevezetesen az ilyen joggal való túlzott élés, a túlszabályozás s a jogra történő túlzott hagyatkozás diszfunkcionális hatására, hatékonyságcsökkentő szerepére irányul, és nem kevésbé arra, hogy a jogi jelenség s az ehhez így vagy úgy közel álló egyéb szférák viszonyát fogalmilag meghatározza.

## 2. Jogszokások Tárkány Szücs Ernő vizsgálódásában

Magyarországon TÁRKÁNY SZÜCS ERNŐ az a tudós, aki életéből eddig közel fél évszázadot szentelhetett úgyszólván megszakítatlanul a jogi néprajzi vizsgálódásoknak, és ezzel egy személyben hordozója és megtestesítője a magyarországi (a Kolozsvárott működő IMREH ISTVÁNNAL együtt pedig az egész magyar etnikumot illető) jogi etnológiának. TÁRKÁNY SZÜCS szakmai pályakezdése az erdélyi, majd az alföldi népi jogéletkutatás jegyében indult, s terepmunkák és irodalmi tanulmányok formájában amaz időkben is töretlenül továbbhaladt, amikor tudományának státusát bizonytalanság lengte körül, és energiái javát gyakorlati jogászként kellett kamatoztatnia. Ám – mint ipari minisztériumi jogi felelős – kényszerű bányajogi specializációját a közvetlen gyakorlati érdekeken túl egyszersmind arra is felhasználta, hogy a bányajog hazai történetéről és különösen annak jogszokásokban való megnyilvánulásairól hazai és külföldi tudósításokban tudósítson. Könyvek<sup>8</sup> és nagyszámú magyar és idegen nyelvű tanulmány után TÁRKÁNY SZÜCS most a jogi etnológia magyar és egyetemes irodalmát egy impozáns összefoglalással, mondhatók: a magyar népet illető jogi etnológiai szintézissel gazdagította.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Kulcsár Kálmán 'A jog etnológiai kutatásának problémája – ma' *Valóság* XXI (1978) 9, 1–11. o. és uő 'A jogi népszokások kutatása és a jogszociológia' (Utószó) in Tárkány Szücs Ernőnek az alábbiakban áttekintett könyvéhez, 833–850. o.

<sup>8</sup> Tárkány Szücs Ernő *Mártély népi jogélete* (Kolozsvár 1944) és *Vásárhelyi testamentumok* (Budapest 1981).

<sup>9</sup> Tárkány Szücs Ernő *Magyar jogi népszokások* (Budapest: Gondolat 1981), 903 o. [Társadalomtudományi könyvtár].

Kísérlet ez, nemzetközileg is csaknem páratlanul széles körű irodalmi vizsgálgódás a szerzótól és másoktól fél évszázad során végzett gyűjtések adattárakban megbúvó eredményeinek elemzése alapján, hogy az 1700 és 1945 közötti negyed évezredre vonatkoztatva a szerző által magyar jogi népszokásoknak nevezett jelenségcsoportot rendszerezően feltérképezze, egyszersmind a jelentősebb irodalmi feldolgozások és hivatkozások elemzését adva.

Roppant tetszetős és megnyerő lehetett volna, ha a szerző egy közösség mindennapi életének bemutatása kapcsán vázolhatta volna a közösség életében hagyományos szokásrendet, amely már a szocializációs folyamatban messzemenően biztosítja a közösség által tisztelt és követett értékek és magatartásminták elsajátítását, a közösségi élet olyan szabályszerűségét, ami spontán módon érvényesül, nagymértékben mégis önfenntartó, és a közösség életében minden lényeges viszony rendezését, a közösséghez tartozók jogainak és kötelezettségeinek egyensúlyát és e rend nem csekély mérvű szilárdságát s előreláthatóságát biztosítja. Ilyen bemutatás azonban csak egy rendkívül szorosan körülhatárolt közösség adott időmet-szetben érvényesülő szokásainak monografikus leírásával lenne biztosítható, vagy egy etnikumra, nemzetre kivetítve akkor, ha e szokásrendek kölcsönhatását s fejlődését különböző időmetszetekben is tükröző monográfiák tömege, ezekre épülő összegző szintézisek sora, valamint mindennek történeti gyökerei felkutatása, az állami joghoz történelmileg alakuló viszonyának is minden oldalú felderítése alapján mintegy ideáltípusként rajzolnánk meg egy nép s e magatartásban megnyilvánuló szokásrend képét. Nos, TÁRKÁNY SZÜCS ERNŐ monográfiája éppen azért úttörő, a jogi etnológia magyarországi történetében feltehetően mérföldkőként megörökítendő vállalkozás, mert időben és térben átfogó szintézist elsőül hoz létre. Alapvető rendező elve ily módon szükségképpen egy érzékletesen bár, mégis logikailag kialakított rendszer, melynek megfelelő helyeire – személy (személy és társadalom, belépés a társadalomba, halál, személyiség és jogok), házasság (általában, párválasztás, kézfogó, házasságkötés), család (általában, rokonság-sógorság), tulajdon (általában, eredeti szerzés, munka, árucseré, vagyon, öröklés), valamint ellenőr-

zés, konfliktus és kényszer – besorolja mindazt, amit a magyar néprajzi irodalom egészéből, nyomtatott és kéziratos dokumentumokból, másoktól vagy általa végzett gyűjtésekből megtudott. Ez a logikailag rendszerezett feldolgozás – kiegészítve azokkal a kitűnő mutatókkal, amelyek a gyűjtési forrásokban, az irodalomban, a feldolgozott tárgyokban és helységekre nézve igazítanak el – egyszersmind valóságos kézikönyvvé avatja. A monografikus igény és a kézikönyvszerű megjelenítés ötvözése rendkívül szerencsés, különösen azért, mert a szerzőnek feladata jellegéből adódóan egyébként is komoly buktatókkal kellett szembenéznie. Azon alapvetően nehéz és kényes ponton túl, amit tárgyának körülhatárolása, a magyar jogi népszokásokként minősíthető jelenségek kiválasztása jelent, ilyeneknek számítanak bizonyos területeken a források gyér vagy éppen csupán jelzesszerű volta, az egyedi megnyilvánulásoknak a szokásszerű kifejeződéseitől való nem mindig könnyű elkülöníthetősége, s nem utolsósorban az a belső kényszer, hogy a szerző olykor látszólag száraz, teljesen tényyszerű adatokkal dolgozott, máskor viszont nem kerülhet-e el, hogy szociográfiai ihletésű szépirodalmi leírások, megdöbbentő vagy éppen megható esetismertetések, vagy maga és mások által átélt megrendítő történések idézésével fejtse ki mondanivalóját. Ritkaság a hasonló terjedelmű rendszerező, elemző és értékelő adatközlés, mely az olvasót intellektuálisan és érzelmileg ennyire közel tudja magához hozni, és úgyszólván hullámvölgyek nélkül ennyire olvastatja magát. Ezzel a hazai társadalomtudományokban oly ritka erénnyel feltehetően nem csupán a szakmailag közvetlenül érintett két diszciplínának, a néprajztudománynak s a jogtudománynak lesz figyelmen kívül többé aligha hagyhatóan súlyos, ugyanakkor mégis üde gazdagítója, de egyszersmind sokakat vezethet a magyar népelet megismeréséhez, a magyar társadalom- és jogtörténet iránti érdeklődés felkeltéséhez.

TÁRKÁNY SZÜCS könyvéből mintegy hétszázötven oldal a „magyar jogi népszokások” címen összefoglalt jelenség legfőbb, legjellegzetesebb megnyilvánulásainak tételes kifejtése és elemzése. A válogatást és rostálást, a csupán vázlsruéri kifejtést illető sokszoros szerzői szabadkozások ellenére is olyan hallatlanul sokirányúan gazdag, a mutatórendszernek

köszönhetően mégis könnyen azonosítható és visszakereshető adattömegről van szó, hogy e nagyszabású vállalkozással szemben nemcsak tiszteletlennek, de egyenesen lehetetlen feladatnak tűnnék akár csak ezek ívének néhány példával történő érzékeltetése. Az olvasónak át kell olvasnia a könyvet, és újraolvasgatnia egyes fejezeteit; a jelen írás pedig nem törekedhet másra, mint hogy a jogi etnológia egészének hazai értékelése, illetőleg a jogi népszokásokként megjelölt jelenség jogelméleti értékelése kapcsán néhány gondolatot sugalljon.

Ami a jogi néphagyományokat általában illeti, legfőbb sajátosságaiakként TÁRKÁNY SZÜCS az életteljességet, a történetiséget s az alkalmazkodási képességet hangsúlyozza (30. o.). Ezek a jegyek nem egyszerűen az elemzés eredményeiként tárulnak fel, hanem már eleve figyelembe veendőkhöz, hogy az elemzés a maga tárgyát kiválaszthassa. Messzemenően méltánylandó hát TÁRKÁNY SZÜCS álláspontja, amikor a jogi néprajz tárgyának körülhatárolásában meghatározott objektív kritériumokon túl a vizsgálatot végző egyed szubjektumának, beleérzési képességének, intuitív döntésének is jelentőséget tulajdonít, és a lehetőség mértékéig óvakodik definitív megfogalmazásoktól, meghatározások adásától, vagy ilyenekből történő kiindulástól. Voltaképpen egyszer töri csupán ezt át, amikor elkerülhetetlenül arra kényszerül, hogy vizsgálódásának tárgyát s egyben címadását fogalmilag körülhatárolja. Meghatározása kevésbé feszes, inkább tartalmi körülírásként hat: „Jogi népszokáson az emberi magatartást befolyásoló, nem az állam, az egyház vagy egyéb országos szervezet vagy hatalmat gyakorló személy által alkotott és kikényszerített, hanem a társadalom különböző kisebb-nagyobb közössége vélt vagy létezett autonómiája alapján a többség közmeggyőződését kifejező, a tényleges gyakorlat folytán belülről kifejlesztett, megtartott és átörökölt, az emberi társas viszonylatokban, a személyek, az anyagi kultúra és a közügyek tárgyában (az életviszonyokban) jelentkező érdekeltségek egyeztetésére szolgál, megtiltást, megengedést vagy megparancsolást tartalmazó, kötelező és hagyományos eszközökkel a társadalom részéről kikényszerített szabályt értjük. E szabály érvényesülésének sorrendi feltételei: a kipróbáltság, az igazságos voltában való közmeggyőződés; az [...] egyén, közösség, hatóság feszültségé-

ben a tartós fennmaradás" (41. o.). Ám az, ami itt körülíródik – a *genus proximus* (szabály-jelleg) és a *differentia specifica* (jogi tartalom) –, más módon is megvilágítást nyer. A jogi népszokásoknak minősíthető jelenségek kiválasztása kapcsán írja, hogy a különféle szájhagyományokban, leírásokban és dokumentumokban felismerhető emberi magatartások „törvényszerű ismétlődését, az esetek szövdődését, sűrűsödését, a szokásszerűséget a társadalmi elismertség fokától függően szabályként fogtuk fel, a jogi tartalmat pedig attól tettük függővé, hogy a kérdéses életviszonyt a tételes jog a kor szintjén, vagy az államok történetileg valaha is tették-e jogalkotásuk tárgyává” (28. o.). A jogi néprajz döntő vonatkozási pontja, egyik kiválasztó elve tehát mindenképpen a jog, az állami jog lesz. Ez a viszonyítás az, ami TÁRKÁNY SZÜCS egy korábbi meghatározásának egyenesen a gerincét alkotta: „Minden egyéb (azaz nem állami – V. Cs.) forrásból származó emberi magatartás vizsgálata, amelyet a társadalom valamely meghatározott közössége elismer és szokásszerűen követ, feltéve, hogy az a fikció alkalmazásával kialakított jogterületre esik, a jogi néprajz feladatát képezi.”<sup>10</sup> Ez az, ami roppant tömören Bónis György definíciójában is megjelent, aki így fogalmazott: a „jogszokás: jogi tartalmú vagy jelentőségű, a kis közösségben érvényes szokás”.<sup>11</sup> TÁRKÁNY SZÜCS tehát végül is sokszoros fenntartással és vonatkozási ponttá történő szublimálással kimondja, hogy a kvázi jogi jelleg és jelentőség a jogi néprajz tárgyának egyik legfőbb tulajdonsága. S hogy e tárgyat miért jogi népszokásnak nevezi, feltehetően abban leli magyarázatát, hogy ez a BÓNIS TÓL elfogadott terminusnál általánosabb képzetet sugall, és főként ez jobban kifejezi TÁRKÁNY SZÜCS négy évtizede tett alapvető felismerését, miszerint itt nem valamilyen elkülönülő entitásról, hanem az adott, organikus és egységes és összefüggő népszokásnak csupán a kutató által kiemelt vonatkozásáról van szó: „A jogszokás ugyanolyan, mint a többi szokás: nem tudnak különbséget látni a szokás és jogi szokás között.”<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Tárkány Szücs Ernő 'Az európai jogi néprajz eredményei és feladatai' *Létünk* [Újvidék], VI (1976) 3–4, 101. o.

<sup>11</sup> Bónis György in *Magyar Néprajzi Lexikon* II, főszerk. Ortutay Gyula (Budapest 1979), 685. o.

<sup>12</sup> Tárkány Szücs *Mártély népi jogélete*, 43. o.

Az e meghatározásokba sűrített állásfoglalások teljességgel megerősítik annak elvi igazságát, amit KULCSÁR KÁLMÁN két évtizeddel ezelőtt megállapított. Ám nem szabad figyelmen kívül hagynunk, hogy TÁRKÁNY SZÜCS vizsgálódása időben is körülhatárolt: nem a jelenség teljes történetisége kibontására vállalkozik, hanem csupán fejlődése azon szakaszának vázolására, ami nagyjában-egészében a modern államiság és a modern formális jog magyarországi kialakulásával egybeesik. Hiszen elemzése a XVII–XVIII. század fordulójától indít, akkortól tehát, amikor a hódoltság véget ér, az országban a többé-kevésbé konszolidált társadalom- és jogfejlődés megindul, és mindez az osztrák birodalmi politika hatókörében zajlik, ami – mint ismeretes – a társadalmi élet egészének állami integrálását a jog és igazgatás eszközeivel fokozatosan megkísérli. TÁRKÁNY SZÜCS vizsgálódása így egy összefüggő, egységes fejlődésbeli szakaszra világít rá, következésképp nem adja – és saját keretei közt nem is adhatja – a jelenség teljes historikumát. A kérdés így TÁRKÁNY SZÜCSNÉL nyitott marad, és ebben az összefüggésben elgondolkodtató, hogy éppen az a BÓNIS használ eltérő – KULCSÁR KÁLMÁNTÓL megkérdőjelezett, mert szubkulturálissá minősített („a nagy tradicionális szektorral rendelkező társadalmakban [...] az életviszonyok jelentős részben még fenntarthatják az ún. jogszokásokat, legyenek azok akár törzsi, nemzeti, akár vallási, akár más jellegű szubkulturális megalapozottságúak”)<sup>13</sup> – terminust, aki a kérdést nem legújabb fejlődéstörténetében és megnyilvánulásai-ban, hanem egyetemes összefüggéseiben tárgyalta.

### 3. Állami jog, (népi) jogszokás, jogi (nép)szokás

Úgy vélem, ha nem egyszerűen a jog mai állapotát vetítjük vissza mindenkori állapotaira, hanem mindezt egy hosszú, ellentmondásoktól korántsem mentes, csupán néhány lényegesnek tekintett tendenciájában egységes fejlődés termékének fogjuk fel – következésképpen a jelenség megragadásához sem annak korolláriumaként járuló történelmi képződményből, hanem a jelenség mögött álló társadalmi funkciókból és

<sup>13</sup> Kulcsár *A jog etnológiai kutatásának problémája – ma*, 7. o.

funkcióbetöltésekből indulunk ki –, úgy talán az előbbieket nem meghaladó, de a maguk részvonalkozásaiban igenis magyarázó, fogalmilag egyértelmű képet kapunk:

1. A jog „államisítása” eredményeként megjelenő ma is ismert jog, azaz a modern államiság modern formális joga, amikor is az államiként megjelenő jog egy valóságos történelmi folyamat leginkább egyetemes és lényegbevágó tendenciájának a kifejeződése. A jogi minőség ekkor végső soron már nem más, mint az állam cselekvéséhez kapcsolt önminősítés eredménye: jog az, ami ilyenként az állami szervek gyakorlatában megjelenik. Nos, az így felfogott jognak a szokásjog magától értetődő összetevője, mint a jog fejlettebb állapotának, az ún. alkotott-írott jognak *a)* történeti előzménye, majd *b)* kerete, végül *c)* kiegészítője.

2. A jogszokás, minthogy más minőségekkel rendelkezik, nyilván kívül esik e fogalmi körön. Azonban ha a jogi komplexust mint társadalmi részkomplexust nem egy másik részkomplexus, az állam szemszögéből tekintjük, hanem a társadalmi totalitásból, tehát azon alapvető funkciókból kiindulva, amelyek betöltésére maga az állam és a jog is létrehozott, úgy a joggal, a jogi komplexussal való relevancia már adott. Nevezetesen, alapmeghatározásában azonos funkciók betöltése a feladata ott, ahol a történelmi fejlődés logikájából vagy specifikus történelmi okokból adódóan *a)* az állami és jogi szervezés hiányzik, *b)* a szervezés alacsony szintjéből, érdektelenségéből következően számottevő egységgé szerveződő társadalmi csoportokig nem hatol le, vagy *c)* ennek tényleges funkcióbetöltést eredményező gyakorlattá tételében szenved kudarcot. Az első két esetben (az angolszász irodalomban primitív jogként ismert képződmény ősi és mai megjelenési formáit, a jogi antropológia és/vagy etnológia égisze alatt zajló kutatások eredményeit figyelembe véve) úgy tetszik, eleve egy fogalmilag önálló kultúráról van szó. Eszerint szubkultúrává az állam és jog kudarcát jelző jogszokás is csak annyiban válik, amennyiben viszonylagos történelmi különállását feladva egészeben abba integrálódik, annak a gyakorlati megvalósulásban mutatkozó változatává korcsosul.

3. (Népi) jogszokásból jogi (nép)szokás akkor lesz, amikor az állami és jogi szervezés a kérdéses funkciókat már

teljességgel átveszi, betölti, s csupán ennek keretében, a maradványaiban még élő (nép)szokás összetevőjeként, mint az állami és jogi szervezés kiegészítője, színezője – esetleg csak jelképes jelentőséget hordozó tartalommal – él tovább.

Ami e fogalmak elválasztása körében a kritériumot, a minősítés alanyát s a kiválasztás folyamatát illeti, szintén döntő eltérésekről van szó. A jog területének határait az ilyenként való állami elismerés gyakorlata jelöli ki: a hatalom érvényesíthetőségének körén belül ez tetszőleges, a hatalom gyakorlásában szerepet játszó célszerűségi stb. megfontolásoktól függ. Ezzel szemben a jogszokás területének határait a közösség hagyományszerűként elismerő szokás-szerű gyakorlata cövekeli körül: noha természetsszerűleg ez is manipulálható, a közösség mindenkori spontaneitásában mégis mindenkor adott.

Önmagukban s kapcsolataikban történelmileg alakuló képződményekről lévén szó, egyfelől már ma is igazolhatónak tetszik, hogy a szokásjog és jogszokás történelmi létrejöttükben azonos töről fakadtak – önálló képződmények tehát, és nem szubkultúrája egyik a másiknak. Másfelől azonban ez – még ha a jogfejlődés eddigi ívének aránytalanul nagy részét kitevő évezredekéről van is szó – csak átmeneti jelenség. A jog a közösség spontán gyakorlatával szemben az állami szervezés külsőlegesítő-dologiasító többletével rendelkezik, s ez a párhuzamos pályák önállóságának előbb vagy utóbb véget vet. A jog győzelme az integráció, mikor is a véle egyívásút a saját szubkultúrájává szorítja vissza.

Bármiképpen fogjuk is fel a jog (szokásjog és alkotott-írott jog), jogszokás és jogi szokás kapcsolatát s ennek történelmi változását, egy bizonyos: néhány sűrűsödési ponton a külső jelekből történő azonosíthatóság részjellegű eseteitől eltekintve egyik sem fogható fel határozott körvonalú, kereteit egyértelműen jelölő és őrző monolit tömbként. Amennyiben párhuzamos létezésre tesznek szert, a jog és jogszokás egymástól területileg, személyileg, tárgyilag stb. egészében nyilván elkülönül egymástól, de egyszersmind egymástól érintett, egymásból merítő, sőt bizonyos mértékig egymásra vonatkoztatott normarendszerek maradnak. És mert specifikus minőségként történő elismertségük eltérő kritériumok – az állami,

illetőleg a közösségi elismerő és fenntartó gyakorlat – függvénye, időben változóként közös tartományaik is lehetnek, többnyire a leválás és befogadás határmezsgyéjén –, ami elvileg mindig átmeneti, átmenetiségét azonban hosszú időszakokon át is fenntarthatja. Megfelelő – nagymérvű – oldásokkal ez jellemzi a jogszokás és jogi szokás kapcsolatát is, talán olyan módon kifejezhetően, hogy a különálláson nyugvó viszonylagos egység dialektikáját itt az egységen nyugvó viszonylagos különállás dialektikája váltja fel.

Ha a fenti fogalomtisztázási kísérlet s elméleti megfontolások és a még elvégzendő és kiterjesztendő összehasonlító történeti vizsgálódások fényében megalapozottnak bizonyul, úgy TÁRKÁNY SZÜCS nagy művének tárgyát oly módon határolhatnánk körül, hogy az a történelmi Magyarország különféle közösségeire vetítve a 1. pont *b)* és *c)* eseteiben jelölt feltételek közt fejlődött népi jogszokásanyagnak jogi népszokássá történő fokozatos átalakulását dolgozza fel az 1700–1945 közötti időszakban.

Arról, hogy a jogi népszokások milyen szerepet töltek be még a közelmúlt magyar társadalmában is, TÁRKÁNY SZÜCS könyve számos fejezetének sok-sok példájából kerek egészzé formálódó képet kaphatunk. Arra pedig, hogy ezeknek mi a jelene, és főként mi a jövője, KULCSÁR KÁLMÁN megállapításából következtethetünk. Ha ugyanis „az ún. jogszokások jelentős részben a tradicionális kötelékekhez, különösképpen a tradicionális értelmű családi-rokonsági kötelékhez, illetőleg a falusi társadalomhoz mint tradicionális »társadalomhoz« kapcsolódnak”,<sup>14</sup> akkor mindezek léte, akár csökevényyszerű fennmaradása attól függ, hogy a társadalmi integráció mennyire teszi megfordíthatatlanul teljessé a tradicionális közösségeknek, illetve a hagyományoszerűség társadalmi rendező elvként játszott szerepének a felbomlását. Mintegy utószóként, tekintés gyanánt, csupán jelzésszerűen TÁRKÁNY SZÜCS utal olyan helyzetekre és viszonyokra, amelyekben részben jogi népszokások tradicionális közegben történő továbbélési formáit, részben viszont jogi népszokásoknak ma, össznépi méreteken kibontakozó csíráit látja. Egyebek között ilyennek

<sup>14</sup> Kulcsár *A jog etnológiai kutatásának problémája – ma*, 2. o.

tekinti a honi szocialista fejlődés olyan re-feudalizációra emlékeztető torzulásait, mint például a lakásuzsora vagy a borralvó rendszere, amik köztudomás szerint a valóságos gazdálkodás lehetővé tételére irányuló intézményes megoldások következtelensége és tehetetlensége folytán oly makacs meggyökerezésnek és terjedésnek indultak, hogy a gyakorlati működésemben szemlélt jog sem gátja, legfeljebb részben mérséklője, ám részben szentesítője is fejlődésüknek – holott tartalmilag aligha igazolhatóan egyenlőtlen helyzetek egyoldalú kihasználására épülnek, és amint a TÁRKÁNY SZÜCS által említett, önmagában semleges, mégis kesernyés iróniájú történelmi analógia sugallja, „veszedelmesebb formai struktúrájukban a feudális kor egyik leggyűlöletesebb intézménye, a földesúri ún. »száraz vámra« emlékeztetnek”, amikor is a vám jogcíme mögött semmiféle azt megalapozó szolgáltatás már nem állott (827. o.). TÁRKÁNY SZÜCS itt csak jelzéseket ad, esettanulmányokat nem; így hát a minősítés még részben nyitott, megítélés dolga. Mégis, ha e jelenségek fejlődési ívét a jogi népszokások közegében és logikája szerint kívánjuk megvizsgálni, ez félelmetes perspektíva képét vetítheti előre.

Kérdéses azonban, hogy ilyen és hasonló tekintetben mennyire léphet előtérbe a jog egy olyan eleme, ami a jog fogalmi meghatározásaiból, a jog jelenségvilága határainak megvonására irányuló formális azonosításokból rendszerint ki szokott maradni – ám, hogy van, fennáll, és makacsul ellenállva fennmarad, arról a történelem tanúskodik, mert kritikus helyzetekben döntő momentumává válhat. A jog legitimitására gondolok, vagyis a jog társadalmilag elsődleges rendező szerepét illető egyetértés minimumára. Mint ismeretes, a jogot történelmileg először szokásszerűsége legitímálta, majd ehhez társulóan a jogot adónak karizmatikus volta, aminek egyedül racionálisként-meggyőzőként felfogott tartalma utóbb a törvényhozás célszerűségévé laicizálódott. Ismeretes az is, hogy a modern formális jog kizárólag szabályszerű létrejötté okán állítja magát legitimnek, vagyis e legitimitás tartalmi megítélhetőségét az állam sajátosan szuverén – abszolutisztikus, majd demokratikus – felépítésére hivatkozva kiiktatja. Nos, ha egy hatalmi helyzet egyoldalú kihasználásának csupasz tényéről van szó, a viszonylagosan állandósuló gyakor-

lat sem feltétlenül legitimál. Ha viszont ez egy jogi (és különösen egy alkotott-írott jogi) rendszerbe integráltan intézményesedik, úgy a rendszer egészének legitimitása már törvényszerűen ezt is fedni fogja. Egy ANTIGONÉI gesztusra emlékeztető természetjogi hivatkozás megkísérelheti ugyan ezt illegitimálni, mivel azonban itt már nem pusztán cselekvések ideologikus hátteréről, hanem egy eldologiasodott rendszer eldologiasult működéséről van szó, jogiassága tárgyiassult minőségén egy ellenkező ideologikus megítélés sem változtathat. A jogi népszokásnál ellenben (melynél a jogszokásra legfeljebb csekély mértékben, többnyire specifikus területeken és vonatkozásban jellemző, s általában a jogszokási gyakorlat összehatásában kimutatható eldologiasodottságok már felbomlottak, s a gyakorlat szokásszerűsége tényének tárgyiasságában már felolvadtak) lehetőség van e minőség elérhetetlenné tételére vagy szétrombolására. Arra a különbségtételre gondolok, amit egy forradalmi helyzet forradalmi felhasználásában LUKÁCS még mint megoldatlant, a tömegekben még nem tudatosodottat 1920-ban s 1923-ban is hangsúlyozandónak vélt,<sup>15</sup> ami ti. az a különbség, amit az állam- és jogrend mint „magától értetődőként” elfogadott és mint „pusztán hatalmi tényezőnek” tekintett között áll fenn – amely utóbbi esetben „a törvénynek és kiszámítható következményeinek nincs több (de nincs is kevesebb) jelentőségük, mint a környezet bármely olyan tényének, amellyel egy cselekvés kivitelezhetőségének megítélése során számolni kell; a törvény megsértésére tehát nem esik nagyobb hangsúly, mint például arra, mikor egy fontos utazás alkalmával az ember a vonat csatlakozása elérésének esélyeit mérlegeli”. A „száraz vám” történelmi példája esetleg annyiban sajátos, hogy nem társadalmilag mobil, hanem szilárd, megváltozhatatlanul kiosztott szerepekről volt szó, s ezért a belőle fakadó ténszerű tehernek éppen a beletörődés, a rendszer szerkezetének pilléréből adódó s ezért változhatatlan környezeti adottságként történő elfogadás, ennek felismerése nyomán pedig a „ha ilyen is, de ez a hatalam” ősi bölcsessége adhatta a legitimitás látszatát. Ez a pont minden-

<sup>15</sup> 'Legalitás és illegalitás' in Lukács György *Történelem és osztálytudat* (Budapest: Gondolat 1971), 559. és köv. o.

esetre az analógia határát is jelzi. Jelzett saját, szocialista torzulásaink alapvetően megoldatlan, de nem lényeges előfeltételekből következően elvileg megoldhatatlan problémákból fakadnak. Szeretném hinni tehát, hogy a gyakorlat normatív elfogadása és olyan környezeti adottságként történő tény-szerű tudomásulvétele között, amivel bár átmenetileg esetleg még célracionálisan számolni kell – a választási lehetőség még adott. Ám nyilvánvaló, hogy egy ilyen különbségtétel nem gyógyír a valóságra; legfeljebb – bizonyíthatósága esetén – elősegítheti e valóságnak az elmélet szintjén és körében történő rekonstruálását.

# Antropológiai jogelmélet?

LEOPOLD POSPÍŠIL ÉS A JOGFEJLŐDÉS ÖSSZEHASONLÍTÓ  
TANULMÁNYOZÁSA\*

---

## I. BEVEZETÉS

A jogi gondolkodás története során korántsem jutott problémamentes sors osztályrészül a jog antropológiai tanulmányozásának.

Az antropológia korábbi, még az európai kontinensen kifejlődött tudományának (mint teológiai, majd később tisztán filozófiai diszciplínának) hasznosítható eredményei már – alapvető tudományos evidenciákként – régen beépültek a jogi gondolkodásba.<sup>1</sup> Az antropológia amerikai felfogása pedig – követve a XIX. századra jellemző fejlődésgondolatot – elsősorban az ősi társadalom iránt érdeklődött, és csupán kiegészítő jelleggel, saját következtetéseinek teljesebbé tétele érdekében fordult vizsgálódásaival saját korának primitív társadalmaihoz.

Mindannyian tudjuk, hogy néhány évszázaddal ezelőtt – formálódásuk hőskorában – a társadalomtudományok még

\* Készült az elmaradottság és modernizáció összefüggéseit a Magyar Tudományos Akadémia Szociológiai Intézetében vizsgáló program felkérésére: *Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospíšil and the Comparative Study of Legal Development* (Budapest: Institute of Sociology [of the] Hungarian Academy of Sciences 1986) 34 o. [Underdevelopment and Modernization: Working Papers]. További megjelenéseiben: 'Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospíšil and the Comparative Study of Legal Cultures' in *Law in East and West On the Occasion of the 30th Anniversary of the Institute of Comparative Law*, Waseda University [ed. Institute of Comparative Law, Waseda University] (Tokyo: Waseda University Press 1988), 265–285. o. és '„Law”, or „More or Less Legal?”' *Acta Juridica Hungarica* 34 (1992) 3–4, 139–146. o. Első magyar változatában: *Állam- és Jogtudomány* XXVIII (1985) 3, 528–555. o.

<sup>1</sup> Jan M. Broekman *Recht und Anthropologie* (Freiburg & München: Alber 1979) 202 o. [Kolleg Rechtstheorie I/3].

egységesek voltak, s fejlődésükben egyebek közt a jogtudományi gondolat is ösztönző szerepet játszott. Egyebek mellett épp e hagyomány teszi érthetővé, hogy a XIX. század második felében, még a modern etnológia tudományának létrejötte idején is a jogászok – mindenekelőtt ADOLF BASTIÁN, LEWIS HENRY MORGAN, SIR HENRY SUMNER MAINE, JOHAN JAKOB BACHOFEN és JOHN FERGUSON MCLENNAN – részvétele döntő jelentőségű volt. Ugyanezt mondhatjuk el néhány évtizeddel későbbről Magyarországról, amikor ez a modernnek számító irányzat hazánkban – főként PULSZKY ÁGOST, PIKLER GYULA és SOMLÓ BÓDOG munkásságának köszönhetően – meghonosodott. Hiszen az ősi társadalom korszakalkotó elemzését<sup>2</sup> alig több mint másfél évtizeddel előzte meg csupán az a feltáró munka, amelyik az ősi jog korai formáinak áttekintését s a jogfejlődés egyetemes útjának felvázolását tűzte ki célul.<sup>3</sup>

Mihelyt azonban a múlt század vége felé e tudomány (társadalmi, illetőleg kulturális antropológia néven) intézményesedett, a jogászok részvételének súlya és iránya is mintegy fél évszázadnyi időre megfordult. Az Egyesült Államokban például a primitív társadalmak (s ennek örvén a kultúra társadalmi összefüggéseinek és szerkezetrendszerének) kutatásából a jogi érdeklődés – néhány kivételtől eltekintve<sup>4</sup> – teljesen kiszorult. A jog és jogászság ismételt szerephez csak akkor jutott, amikor az amerikai jogi realizmus egyik vezéregyénisége, KARL N. LLEWELLYN egy vérbeli antropológussal – E. ADAMSON HOEBEL személyében – összetalálkozott. Egyetlen kultúra feldolgozására épülő közös monográfiájuk létrehozta az akkoriban szélsőségesnek számító esetjogi gondolkodásnak s egy elmélyült terepmunkára épülő empirikus vizsgáló-

<sup>2</sup> Lewis Henry Morgan *Az ősi társadalom* [Ancient Society, 1877] (Budapest: Gondolat 1961) xxiv + 402 o.

<sup>3</sup> [Sir] Henry Sumner Maine *Az ősi jog Összefüggése a társadalom korai történetével és kapcsolata a modern eszmékkel* [Ancient Law 1861] ford. Sárkány Mihály (Budapest: Gondolat 1988) 299 o. [Társadalomtudományi Könyvtár].

<sup>4</sup> R. F. Barton *Ifugao Law* (Berkeley: University of California Press 1919) [University of California Publications in American Archeology and Ethnology 15] és Bronislaw Malinowski *Crime and Custom in Savage Society* [New Jersey: Paterson 1926; Littlefield: Adams 1959] (London: Routledge 1961).

dásnak ragyogó közös gyümölcsét.<sup>5</sup> A későbbiekben ezt követte néhány kiemelkedő tanulmány,<sup>6</sup> amik immár megalapozhatták a mai antropológiára jellemzően a jogot középpontba állító irányzatot.

Az antropológia fejlődési problematikáját persze aligha szabad a jogászai részvétel s közreműködés kérdésére leegyszerűsíteniünk. Alapvető felfogásbeli és tudomány-módszertani dilemmák ütköznek itt egymással, amikre (mihelyst kellő mélységben és fogalmi élességgel vetik fel őket) eltérő válaszokat adnak a jogász-antropológusok is – függően attól, hogy mire alapozzák jogászai világképüket, honnan merítik kulturális beidegződéseiket, és nem utolsósorban milyen előfeltevések és előítéletek munkálnak bennük.

\*

a) A jog jelenléte az állam nélküli társadalomban

A jog korai jelenlétének kérdésére adott antropológiai válaszok rendkívül széthúzott, széles skálán találhatók. Változataik két szélső pontjukkal jellemezhetők. Eszerint egyikük a szokásszerű egyeduralmában a ténytudományosság kizárólagosságát hangsúlyozza. Ez az, ami eleve kizárja az úgynevezett joginak, tehát normaszzerűnek vagy eljárászerűnek érvényesülését. Egy jellemző állásfoglalás szerint a primitív embert „népe szokásai minden oldalról körbefonják, és így megkötik az időtlen idők óta fennálló hagyományok láncai. [...] E béklyókat azonban a primitív ember természetesként fogadja, s nem is gondol arra, hogy bármikor majd széttörje ezeket.”<sup>7</sup> Terepmunkája tapasztalatai alapján hasonló határozottsággal szól a dél-szudáni *nuerek* leírója is: „Szigorú értelemben véve nincsen jog a *nuereknél*.”<sup>8</sup> A másik végletet azok

<sup>5</sup> Karl N. Llewellyn & E. Adamson Hoebel *The Cheyenne Way Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* (Norman: University of Oklahoma Press 1941).

<sup>6</sup> Max Gluckmann *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia* (Manchester: Manchester University Press 1955) és Leopold Pospíšil *Kapauku Papuans and Their Law* (New Haven: Yale University Department of Anthropology 1958) [Yale University Publications in Anthropology 54].

<sup>7</sup> E. Sidney Hartland *Primitive Law* (London: Methuen 1924), 138. o.

<sup>8</sup> E. E. Evans-Pritchard *The Nuer* (Oxford: Clarendon Press 1940), 162. o.

a nézetek képviselik, amelyek látszólag heurisztikus (vagyis kizárólag a kutatás érdekeit szolgáló) fogalomalkotásra törek-  
szenek ugyan, valójában mégis olyan jogfogalmat konstruál-  
nak, amelyik úgyszólván a társadalmi ellenőrzés fogalmával  
egybeesően csaknem parttalan terjedelmű és jelentésű. Ugyan-  
így a társadalmi befolyásolás különféle formáiban egyaránt  
jogot látó – és ennyiben az ún. pánjurizmushoz kötődő –  
jogfelfogással találkozunk LEOPOLD POSPÍŠILNÉL is. A későbbiek-  
ben persze majd érzékelnünk fogjuk, hogy valóságos elhatárolási  
problémák húzódnak meg az ilyen és hasonló szélsőséges  
kérdésfeltevések mögött. Hiszen egész jogfelfogásunk alapját  
érintő kérdés, vajon – redukcionista módon – a meghatározás  
feladatát egy másik fogalomra (intézményesedési formára)  
hárítva írjuk-e körül a jog fogalmát, vagy képesek vagyunk-e  
önálló meghatározásra, mely kizárólag a jog társadalmi funkci-  
ójából s ennek betöltése módjából indul ki? Ha pedig válaszunk  
igenlő, úgy következő kérdésünk már ez lesz: miként választ-  
juk ki a jog specifikumát? Miképpen oldjuk fel az állam és jog  
összekapcsolásának (szétválasztásának) dilemmáját? A törté-  
neti képződményekre irányuló fogalomalkotás és tipizálás  
teljes elméleti-módszertani problematikája benne rejlik már e  
kérdésben. De ez is: miként veszíthetjük szem elől a történeti-  
ség követelményét, ha túl szűk fogalmakkal dolgozunk? És  
miként üresíthetjük ki elemzéseinkben a már akár tényszerű-  
en végbement fejlődést is, ha ellenkező végletbe, a fogalmak  
túlzott tágításának hibájába esünk?

*b) A jogot, valamint a rendet s vitát középpontba állító megközelítések*  
A következő kérdés a jog megközelítésének módjaira irányul.  
Az irodalom elsődlegesen a jogot, valamint a rendet s vitát  
középpontba állító megközelítések közt tesz különbséget.<sup>9</sup>  
A jogot középpontba állító megközelítés egy általános jogfo-  
galomból indul ki, mely az ősi, a primitív, továbbá a modern  
jogmegnyilvánulásokat egyaránt magában foglalja. Empiri-  
kus vizsgálódások nyomán közös fogalmi minimumként szok-  
tak kidolgozni ilyen jogfogalmat – azzal az igénnyel, hogy

<sup>9</sup>Simon Roberts *Order and Dispute An Introduction to Legal Anthropology*  
(New York: St. Martin's Press 1979), 11. fejelet.

ezeket majd a jog kifejlett formáira is alkalmazzák. Bírálni viszont – kellő okkal – úgy vélik, hogy ez óhatatlanul a jelenkor nyugati intézményrendszerét vetíti vissza a múltba. Tehát megközelítésben, fogalmi elhatárolásban, hangsúlyok kijelölésében s a koordináta-rendszer meghatározásában nyugati – a vizsgálódás tárgyától idegen – előfeltevéseket enged érvényesülni, következésképpen tárgyát előítéletesen közelíti meg. A másik irányzat ezért óvakodik attól, hogy a vizsgálódás tárgyából kiindulva összefüggő jelenséget próbáljon meg rekonstruálni – a jogot elvek, szabályok, magatartási és döntési minták logikai rendszereként dolgozva ki. Ehelyett inkább a kérdéses kultúra konkrét leírására, ténylegesen zajló eseménysorozatainak konkrét rögzítésére törekszik, azaz a tényszerűen végbemenő gyakorlatban valóban követett eljárások formáinak és módjainak megértésére összpontosítja figyelmét.

\*

Úgy gondolom, mindezek a viták kihívást jelentenek a KARL MARX tanaiból kiinduló jogi gondolkodás számára. Ösztönzöt és empirikus anyagot ahhoz, hogy jogelméletünk és jogsociológiánk alapfogalmait újragondoljuk. Egyúttal pedig tárházát képezik azoknak a tapasztalatoknak, amelyeket a megkésett vagy megtorpant fejlettség következményeinek felszámolása, valamint a modernizációs folyamat összetevőinek, lehetőségeinek és korlátainak elméleti feltárása során felhasználhatunk. Még ha tudományos bizonyossággal nem is állíthatnók, hogy a jelenkori primitív társadalmak vizsgálatából<sup>10</sup> a valaha volt ősi társadalomfejlődés logikája kiolvasható, az analogikus következtetés valamelyes lehetősége bizonyára adott. S ha érthető is, hogy a primitív társadalmak antropológiai kutatásában a hajdani gyarmattartó hatalmak járnak elől, mindez talán mégsem kellő magyarázat a magyarországi tudományos érdektelenségre ma – és még kevésbé arra, hogy ha nem is terepmunkára, de legalább könyvtári búvárkodásra alapozva

<sup>10</sup> Az ún. modern primitív államok összefoglaló bemutatására lásd Elman R. *Service Origins of the State and Civilization The Process of Cultural Evolution* (New York: Norton 1975), II. rész.

miért ne születhetnének napjainkban olyan számbavételek és összegzések, amelyekről éppen az elmúlt hazai századvégre utalva az imént említést tettünk. Sajátos történelmi viszonyaink és egykor volt politikai indokok magyarázzák, hogy Magyarországon még a jogi néprajzi kutatások bőventermő fél évszázadot felmutató múltját is olyan felhanggal utasították el a szocialista jogtudományban, hogy ez inkább az elvi elhatárolódást, a mostoha sorsra bocsátást, semmint a továbbfejlődést szolgálta.<sup>11</sup> Mostanában, ezen régi ballasztok eltűntével ugyanakkor a jogi néprajzi vizsgálódások változatlanul egyetlen kutató<sup>12</sup> mély és erőteljes benső elkötelezettségének voltak köszönhetőek,<sup>13</sup> és félő, hogy ezen kutató tragikusan korai halála után a jelzett fontos terület ismét gazdátlanul marad. A jogi népszokások kutatása a ma Magyarországon persze már valóban és egyre tisztábban néprajzi diszciplína: jó okkal tényleg gondolhatjuk, hogy jobbára csupán a jog helyi szubkultúráiról van szó, amik megnyilvánulásai a jogelmélet számára inkább csak periferikusan érdekesek, sőt a jogszociológiában is elsősorban a jogkövetés társadalmi összetevőinek elemzése kapcsán jutnak csak szerephez.<sup>14</sup> A jogantropológia nemzetközi eredményei még szegényesebben tükröződnek irodalmunkban. Utolsó áttekintésük negyed évszázada, egy marxista jogszociológiánkat megalapozó hazai vállalkozás részeként jelent meg,<sup>15</sup> s ezt jobbára kizárólag alkalmi érdeklődés követte.<sup>16</sup> Úgy tetszik, lassan már nemcsak az itthoni kutatói felkészültség, de a könyvtári háttér hiánya is nehezíti a felzárkózást.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> Kulcsár Kálmán *A jogszociológia problémái* (Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1960), III. fej. 3. pont és Kulcsár Kálmán 'A népi jog és a nemzeti jog' *Az Állam- és jogtudományi Intézet Értesítője* IV (1961), 153–193. o.

<sup>12</sup> Tárkány Szücs Ernő 'Az európai jogi néprajz eredményei és feladatai' *Létünk* [Újvidék] (1976) 3–4, 86–107. o. és Tárkány Szücs Ernő *Magyar jogi népszokások* (Budapest: Gondolat 1981) 903 o.

<sup>13</sup> Irodalmi összefüggéseire lásd jelen szerzőtől 'Népi jogszokástól a jogi népszokásig' *Jogtudományi Közlöny* XXXVI (1981) 10, 881–882. o.

<sup>14</sup> Kulcsár Kálmán 'A jogi népszokások kutatása és a jogszociológia' in Tárkány Szücs (1981).

<sup>15</sup> Kulcsár (1960), IV. fej.

<sup>16</sup> Kulcsár Kálmán 'A jog etnológiai kutatásának problémája – ma' *Valóság* XXI (1978) 9.

<sup>17</sup> Az azóta bekövetkezett időben a trend szerencsére megfordult. Lásd Szilágyi H. István meginduló munkásságát.

A jogantropológia nemzetközi irodalma ugyanakkor olyan szerteágazó és alapvető felfogásbeli ellentétektől szabdalt, hogy célszerűnek tetszik, ha az alábbiakban egyetlen markáns életmű esettanulmányként történő kiemelésével s érdemi vizsgálatával kísérünk meg valamelyes elemi szintű tájékozódást.

Általánosítható tanulságokat egy antropológiai jogelmélet lehetőségei, a jogfejlődés összehasonlító tanulmányozása, s mindezek örvén a fejlődés és modernizáció összefüggésében leginkább LEOPOLD J. POSPÍŠIL életművében s elméleti szintézist vállaló monográfiájában<sup>18</sup> véltem felfedezni. POSPÍŠIL 1925-ben született, a prágai Károly-egyetemen végezte jogi tanulmányait. A Ludwigsburgba menekült Masaryk-egyetemen eztán filozófiát tanulmányozott, majd az oregoni Willamette-egyetemen még szociológiát hallgatott. Tudományos fokozatait antropológiából szerezte a Yale (PhD.), majd Oregon (M. A.) egyetemén. Intellektuális arcukat elsősorban a prágai romanista, OTAKAR SOMMER jogfelfogása, az ausztráliai JULIUS STONE jogelmélete s LLEWELLYN és HOEBEL jogantropológiája határozta meg. Könyvtári bűvárkodások nyomán 1952-ben dolgozta ki a jogok természetét illető felfogását, mely hite szerint elvezette az ősi, a primitív és modern jog közös minimum-fogalmának meghatározásához. Ennek koordináta-rendszerében végzett terepmunkát a nyugati új-guineai pápua *kapauku*, az eszkimó *nunamiut* és az indián *hopi* törzsnél, s nem utolsósorban – ellenőrzést és kontrasztálást egyaránt célozva – egy hegyektől elzárt tiroli osztrák falucska, Obernberg am Brenner lakossága körében. És eltérően az antropológia múlt századbeli klasszikusaitól, akik javarészt másodlagos forrásokból, könyvtárakban hozzáférhető leírásokból szereztek ismereteiket, de eltérően olyan századunkbeli nagyságtól is, mint BRONISLAW MALINOWSKI, aki egész életművét a Trobriand-szigeteken töltött rövid idő tapasztalataira építette (az ottaniak közösségi életét csak pillanatfelvételszerűen ismerhetve meg, s nyelvi kommunikációban is közvetítő nyelven közvetítő személyekre utaltan) – nos, POSPÍŠIL minden

<sup>18</sup> Leopold J. Pospíšil *Anthropology of Law A Comparative Theory* (New York: Harper & Row 1971 [reprint by New Haven: Hraf 1974]) xiii + 385 o.

energiáját a kiszemelt pápua törzsre és tiroli falucskára összpontosíthatta, évenként visszatérve terepmunkája helyszíneire, és így összességében egy évtizednél több időn keresztül vizsgálva e közösségek életét. Ilyen módon fejlődésükről, szokásaik és intézményeik formálódásáról, bomlásáról és újralétesüléséről egyaránt dinamikus képet kaphatott, adattárakat létesíthetett, és monografikus feldolgozásokat szentelhetett mindkét autochton kultúrának és a bennük mindazonáltal végbemenő modernizációs folyamatoknak. A Yale-egyetem antropológiai részlege igazgatójaként és az egyetemi Peabody-múzeum kurátoraként készítette elő jogelméleti igényességű szintézisét, melyben közel száz kultúra tapasztalatára építve kísérli meg összegezni mindazokat a tanulságokat és problémákat, amiket egy összehasonlító jogi antropológiai látásmód számunkra hordozhat.

## II. A JOG ÉS FOGALMA

### *1. Jog és erőszak*

Az antropológiai vizsgálódásokban alapvető jelentőségű az erőszak formáinak fogalmi elkülönítése. Ezek között kulcsfontosságú a *viszály* fogalma, amit egyesek a jog ősi formájának, mások a jog tagadásának fognak fel; ezért e fogalom tárgyalásával kell kezdenünk.

A *viszályt* POSPÍŠIL úgy jellemzi, mint egymással kapcsolatban álló csoportok közötti ismételt, de nem állandó ellenségeskedést. Nem mehet a viszály a végtelenségig, hiszen akkor e csoportok viszonya háborúskodássá fajulna, s ez kapcsolatuknak végét vetne. A kapcsolat tényét pedig minden esetben éppen az jellemzi, hogy fennállanak közös szokások, melyek mindkét csoport cselekvését áthatják. Az első erőszakos lépést a sértett csoport bizonyosan jogsérelemnek fogja tekinteni, és ezért saját megtorló aktusát a jogsérelemmel egyenértékűnek veszi. Áthatja a csoportszolidaritás is – mind a felelősség, mind a bosszú közös vállalásában.<sup>19</sup> E kapcsolat tehát a fenti

<sup>19</sup> I. m., 3–4 o.

értelemben döntően politikai jellegű. Összefoglalva POSPÍŠIL nézetét: valamilyen fokon adott egyfajta politikai szervezetség és autoritás a csoportok között, ez azonban gyenge vagy érdektelen ahhoz, hogy a viszályt közös nevezőre hozva a felek vitáját a jog medrébe telerje. A viszály ezért a jog tagadása. Hiszen ha fennállana közöttük olyan autoritás, amely képes lenne arra, hogy közös akaratot kikényszerítsen, úgy a viszály nemcsak azonnal megszűnnék, de megoldása módjából még a jövő számára mérvadó jog is születhetnék (már amennyiben fennállanak a jogképződés egyéb szükséges feltételei is).<sup>20</sup>

Legalább három erőszakos cselekménynek (jogsértésnek, megtorlásnak, valamint a megtorlásra válaszul következő szintén megtorló reakciónak) kell összetevődnie ahhoz, hogy a kérdéses cselekménysor viszálynak minősülhessék. Hiszen ha a megtorlásba a jogsértő belenyugodnék, úgy az érintett cselekménysor külső önsegélynek minősülne.<sup>21</sup> A háborút csoportok vívják a csoport nevében, ezzel szemben külső önsegélynél csoporttagok állanak egymással szemben.<sup>22</sup> Háború és viszály különbözősége látható a *kapauku* pápuák alábbi példájában: háborúkat a faluközösségek szövetsége szervezeten vív, harcoló egységekként alkalmazva az egyes falvakat. Ennek során nem riadnak vissza sem egymás legyilkolásától, sem házaik felgyújtásától, állataik s veteményeseik tönkretételétől, asszonyaik megerőszakolásától. A faluközösségeken belüli viszályt ellenben botokkal vívják. Ilyenkor nem döfnek lándzsával, nem is nyilaznak, tehát gyilkos fegyvert nem forgatnak, vagyis nem törekednek helyrehozhatatlan kár okozására. POSPÍŠIL gúnyosan idézi a klasszikus vélekedést, miszerint az emberiség úgynevezett „legalacsonyabb fejlődési szintjein” a háború még lehetetlen volt, hiszen a háborúviselés „a társadalmi szerveződés bizonyos fejlettségi fokát” tételezi fel<sup>23</sup> – merthogy tapasztalati példái szerint ezen állításnak épp az ellenkezője igaz: viszály az, ami csupán

<sup>20</sup> Uo., 6. és 8–9. o.

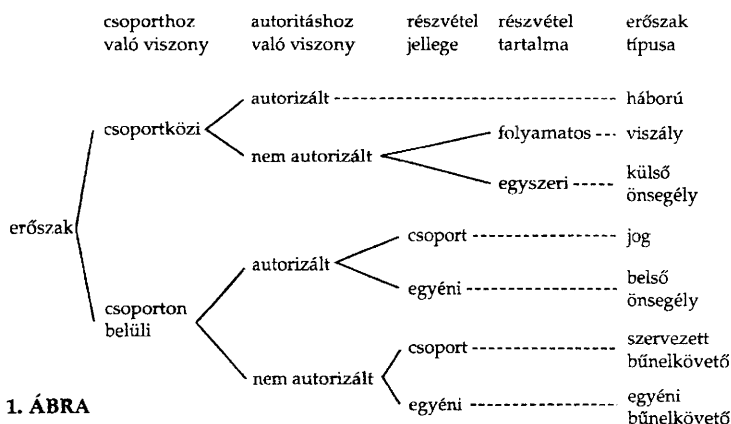
<sup>21</sup> Uo., 5. o.

<sup>22</sup> Uo., 7. o.

<sup>23</sup> L. T. Hobhouse, G. C. Wheeler & M. Ginsberg *The Material Culture and Social Institutions of the Simpler Peoples* (London: Chapman & Hall 1930), 228. o.

a társadalmi tagozódás bizonyos összetettségének elérése esetén válik lehetségessé.<sup>24</sup>

A fentebbiekben idézett felfogásban a viszály közös csoporttudat, arányérzék és stratégiai bölcsesség meglétét sugallja. Az erőszak legősibb formájára irányuló kérdésfeltevésben mégis valami mesterkélttség érezhető, minthogy POSPÍŠIL-nek a megoldásra tett javaslata túlzottan is sarkított lehetőségeket takar. Példának okáért: az emberiség történelmében nehezen képzelhető el olyan fejlődési szakasz, amikor egy csoportközi sérelem ne végződhetett volna másként, mint vagy belenyugvással, vagy ellenkezőleg, olyan háborúval, amit a másik csoport teljes kipusztításáig folytatnak.



1. ÁBRA

Mindez POSPÍŠIL táblázatába foglaltan (1. ábra) egyszersmind kissé logizálóknak is tetszik. Mindenekelőtt rögvest kiütöközik számunkra a csoportmeghatározás viszonylagossága. Hiszen a viszályt és a külső önsegélyt az a körülmény különíti el az egyéni s a szervezett bűnelkövetéstől, hogy a kérdéses cselekmény eltérő csoportok közt vagy éppen ellenkezőleg, azonos csoporton belül megy-e végbe. Ennek ellenére mégsem kizárólag a csoporthoz tartozás játszik itt szerepet. Érzékelhetővé válik annak bizonytalansága is, hogy az autorizálás a csoportközi viszonyokban mit jelent és mivel ér fel. Hiszen

<sup>24</sup> Pospíšil (1971), 7. o.

POŠPIŠIL szerint a vizzály és a külső önségély azért nem tekinthető autorizáltnak, mert az érintett csoportok közös joggal, jogrendszerrel nem rendelkeznek. A fogalmazást átfordítva azonban mindennek azt kell jelentenie, hogy amennyiben viszont autorizáltak lehetnének, úgy a vizzály és a külső önségély is rögvest jogba fordulna át. Nos, még ennél is zavarba ejtőbb, hogy POŠPIŠIL a háború kapcsán is kritériumként az autorizáltságra hivatkozik. Holott az autorizáltság itt aligha jelent többet, mint csupán ennyit: a háborútól érintett csoportoknak nincs egymással semmiféle kapcsolatuk. Egyébként POŠPIŠIL jellemzéséből inkább azt vélem kiolvasni, hogy a háború nem kizárólag kíméletlen erőszakgyakorlás egymással kapcsolatban nem álló csoportok között, hanem egyidejűleg a vizzály elfajulása is – tehát olyan végigharcolása, ami felbomlasztja a közösség tudatát; s egészen a másik fizikai megsemmisítéséig tart.

## *2. Szabály, tény és elv a jog fogalmában*

A jogantropológus egyetért a szociológiai tanulsággal, mely a jog magját az intézményesített társadalmi ellenőrzésben véli megtalálni.<sup>25</sup> Annak eldöntésében viszont, hogy miként is határozza ezt meg, már saját választására van utalva.

Minden kultúrtudományi vizsgálódás alapszabálya, hogy a folyamatoknak saját kulturális közegükben és fogalomrendszerükben történő leírása kizárólag kezdeti lépést képezhet, aminek majd egy egyetemesebb fogalomrendszerben történő és az eseti-konkrét tapasztalatokat immár univerzális nyelvezetre átró általánosításban kell folytatódnia. Viszont az is köztudott, hogy bármiféle fogalomrendszer állítólagosan egyetemes fogalmai pusztán és legfeljebb heurisztikus értékűek. Vagyis – és részben pontosan ebből áll a tudomány művelése – valóságos jelenségeket így vagy úgy lefedő fogalmak összességéből kiválasztják azokat, amik sajátos összefüggéseik folytán elemzési vagy elméletalkotási célból más fogalmaknál hasznosabbnak bizonyulhatnak. Nos, a valóság eleve egysé-

<sup>25</sup> I. m., 20. o.

gesebb és összetettebb annál, semmint hogy benne magában nyilvánulhatna meg ilyen különválasztásra alkalmas elkülönülés. A fogalomalkotásnak ezért eleve számot kell vetnie azzal, hogy olyan különbségekre épül, amiket mesterségesen emel ki és láttat, míg a puszta valóságban inkább átmenetekről, semmint elválasztó vonalokról, inkább folyamatosságukban megmutatkozó sűrűsödések tömegéről, semmint egymástól elkülönülő tömbök eleve adottként felfogott létéről beszélhetünk.<sup>26</sup>

Mégis, miben kereshetjük egyáltalán az intézményesített társadalmi ellenőrzés azon jegyeit, amelyeknél fogva a vizsgálódást elkezdhetjük, s a jogot a társadalmi ellenőrzés más intézményesedett formáitól végre különválaszthatjuk? Avagy, immár saját elemzési tárgyunkra konkretizáltan: szabály-e a jog, vagy elv? És ha elv, úgy az élet tényeiből, vagy ezek egyfajta értékeléséből lehet majd a jogot kibontanunk?

#### *a) Elvont szabály*

Azt a nyugati jogi műveltségünkben magától értetődőnek számító eshetőséget, hogy a jogot elvont szabálynak tekintsük, POSPÍŠIL Európára jellemző „népi jogfelfogásnak” nevezi.<sup>27</sup> HÉRAKLEITOSZRA vezet vissza a megfogalmazást, mely szerint minden emberi törvény isteni törvényből táplálkozik; a sztoikusokra pedig e felismerés olyan konkretizálását, amely már tudni véli, hogy az emberi magatartás mindig egyetemes törvényszerűségeknek alárendelten alakul. POSPÍŠIL kifejtése szerint a római jogfejlődést még nem a jognak elvont szabályként történő azonosítása jellemezte. A XII táblás törvény korától a köztársasági kor végéig a római jog kazuisztikus volt, vagyis az írott törvényt a jogtudósi véleménynek s a prétori értékelésnek megfelelően a megítélendő eset sajátosságaihoz alkalmazták. Csak a császárkor politikája igényelte és a sztoikus filozófia ösztönzése tette lehetővé, hogy a jogot fokról fokra elvont, kodifikáltatásával egyébként is megmerevített szabályrendszerre vezessék vissza. A jog folytonosságának fikciójával éltek, ezt hagyták maguk után örökül az utódbirodalmakra is. Formai és logikai áttekinthetőségének,

<sup>26</sup> Uo., 16–17. és 19. o.

<sup>27</sup> Uo., 20. o.

világosságának s rendszerességének köszönhetően (középkori glosszátoroktól, kommentátoroktól, újkori humanistáktól és legújabb kori pandektistáktól közvetítetten) ezért tudott a császárkori jogeszmény mintaképpé (s egyúttal általános kiegészítő jogforrássá) válni az európai kontinensen.<sup>28</sup>

Első pillanatban meghökkentő, történelmileg mégis helytálló az a jellemzés, amely szerint a jogot törvényként azonosító legalista szemlélet olyan mértékig a nyugati civilizáció sajátja, hogy ennek körén kívül csupán egyszer jelent meg a történelem színpadán. Ez Kínában történt, csupán néhány évtizedre az i. e. II. században a CSIN-dinasztia uralma idején. A HAN FEI-CE és KUNG SZUN-JANG nevéhez fűződő legizmus a jog kizárólagos formájának a tételesen közzétett, kivételt nem engedő, egyetemesen érvényes s kötelező császári törvényt [fa] tekintette. Kína hagyományos jogi kultúráját, KONFUCIUSZ eszméinek máig érvényesülő uralmát azonban e közbizalom nem rendíthette meg. Tudvalévő, hogy Kínában a törvényt – a maga személytelenségével s az egyedi helyzetek iránti érzéketlenségével – mindig csak szükséges rossznak tekintették. Voltaképpen érvényességet ezért kizárólag a társadalmi szokásokban rejlő erkölcsi elveknek [li] tulajdonítottak. Voltaképpen a törvény is annyiban juthatott csupán szerephez, amennyiben ilyen erkölcsi követelményeket hordozott. Ám annak megállapítására, hogy az elvek tükrében mit is mondhat a jog, kizárólag a konkrét ügyben eljáró s az ügyben rejlő sajátosságok felismerésére hivatott bíró lehet csak illetékes. Ezért vélekedhettek európai kutatók az alábbiak szerint a kínai jogról: „A törvény végül is csak minta, és az egyéntől csupán lehetséges megközelítést várnak el – anélkül azonban, hogy felvetődne a törvényhez történő maradéktalan igazodás igénye.”<sup>29</sup> „Mivel a törvényt mindig csak mintának tekintették [...], a *nullum crimen sine praevia lege poenali* szabályát nem is fogalmazhatták meg [...]. A törvény kizárólag bizonyos feltételek között követendő minta volt, vagyis kötelező erővel mint olyannal nem is rendelkezett.”<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Uo., 20–21. o.

<sup>29</sup> Jean Escarra *Le droit chinois* (Peking: Vetch 1936), 74. o.

<sup>30</sup> Marc Van Der Valk 'An Outline of Modern Chinese Family Law' in *Monumenta Sinica* II (Peking: Vetch 1939), 11. o.

POSPÍŠIL a kínai példát<sup>31</sup> saját általánosító következtetésének levonására használja fel. Eszerint a jogot szabályként azonosító felfogás nem ad választ 1. a gyakorlatban nem élő szabályok kérdésére, 2. a jogalkalmazási dedukció lehetetlenségére, továbbá annak dilemmájára sem, hogy 3. egyáltalán miként tölthet be bármiféle szerepet a jog, ha szabályait egyébként is csak kevesen ismerik.

#### b) Tényleges magatartásból levont következtetés

Más nézetek szerint a jog magában az emberi magatartásban, a magatartás tényeiben s a tényekből levonható következtetéseken van. Ilyen felfogás rejlik például a klasszikus jogszociológia megalapozásában egykor oly jelentős szerepet játszott „élő jog” fogalmában, melyről elmondható: „noha nincs jogtételekben lefektetve, mégis uralja az életet”.<sup>32</sup> A jogantropológia egyik klasszikusa pedig utalt valaha egy olyan jogra is, amelyik „semmilyen különálló intézményben kimutathatóan nem létezik”.<sup>33</sup>

Noha EUGEN EHRLICH és BRONISLAW MALINOWSKI többet s mást<sup>34</sup> is mondott, POSPÍŠILnek mégis igaza van. Nevezetesen: amennyiben a jogot az élő gyakorlattal azonosítanánk, úgy különállása értelmét veszítené.<sup>35</sup> Semmilyen kritériumunk nem maradna a gyakorlat értékelésére – annak magyarázatára például, hogy a *kapauku* pápuák ahányszor csak alkalmuk kínálkozik rá, mindig lopnak, mégsem vitatja egyikük sem annak érvényességét, hogy *oma peu, oma daa*, vagyis: a lopás rossz dolog, és ezért tilos is.<sup>36</sup>

#### c) Jogi döntésben foglalt elv

Az amerikai jogi realizmus a jog legáltalánosabb fogalmi jegyét a végső fokon meghozott döntés alapjául elfogadott elvben rögzíti. A jogantropológiában LLEWELLYN és HOEBEL

<sup>31</sup> Pospíšil (1971), 23–26. o.

<sup>32</sup> Eugen Ehrlich *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (München: Duncker & Humblot 1913), 399. o.

<sup>33</sup> Malinowski (1926), 59. o.

<sup>34</sup> Pospíšil (1971), 28–29. o.

<sup>35</sup> I. m., 30. o.

<sup>36</sup> Uo., 30–31. o.

minden figyelmet eleve a konfliktusokra összpontosított, vagyis a jogot a társadalmi ellenőrzés azon összetevőiben kísérte meg tetten érni, amik kritikus helyzetekben általában működésbe szoktak lépni, s a döntés elveként a gyakorlatban valóban érvényesülést is nyernek. Nos, LLEWELLYNnek és HOEBELnek igaza volt abban, hogy a primitív jogot ugyancsak ritkán leheljük fel nálunk megszokott kész formában – „szabályokba öltöztetetten” –, továbbá igaza lehetett abban is, hogy „nemcsak egy új jog alkotása vagy a réginek a hatása, de a kultúra összes élő összetevőjének befolyása és nyomása is felfénylik a konfliktus olvasztótégelyében”.<sup>37</sup> POSPÍŠIL tehát úgy véli, hogy követve a fenti felismerés nyomán az elődöket, munkájában 1. a jogot egyetemes jelenséggé teszi, minden egyes társadalomban kimutatva a jog jelenlétét; 2. a jog tényleges ismeretét adottnak veheti, akár a modern társadalomban is; fogalmi-módszertani választásával azonban egyszerűsre mind 3. ki is küszöbölheti a gyakorlatban nem érvényesülő szabályok problematikáját; távolabbi következményként 4. a jogalkalmazás dilemmájának fogalmi problematikájába bújtatva feloldhatja a jog elve és gyakorlata között lehetségesen lappangó ellentmondást; végezetül pedig 5. visszahozhatja a jog világába maga a jog társadalmi dinamizmusát, hiszen a jog alkalmazásának terjedelme végső soron a jogváltozás folyamatának kiterjedésével lesz azonos.<sup>38</sup>

A modern jog formális intézményrendszerének talaját elhagyva – így egyebek közt az ún. primitív jog körében is – már korántsem magától értetődő annak kérdése, hogy milyen konfliktusfeloldás és ezen belül milyen döntés rendelkezhet olyan többletminőséggel, amelyik már feljogosíthat bennünket esetleg arra, hogy a belőle levonható elvet fogalmilag a joggal azonosítsuk.

Nos, POSPÍŠIL szemében ebben rejlik a kérdések kérdése. A fogalmi körülírás az antropológiában közismerten különösen nehéz, s ezt a jog leírása tekintetében POSPÍŠIL két példával érzékelteti. Az egyik szerint a *kapauku* pápuáknál a konfliktusfeloldás menete így szokott alakulni: az érdekeltek és szom-

<sup>37</sup> Llewellyn & Hoebel (1941), 29. o.

<sup>38</sup> Pospíšil (1971), 34–35. o.

szédjaik összegyűlnek, s összejövetelük apropójaként elkezdenek azokról az okokról beszélgetni, amelyek a hajdani konfliktust kiváltották. A szóváltás a konfliktusba bonyolódásról könnyedén vitává fajul, mégpedig szokás szerint egyre hangosabbá és hevesebbé. Mielőtt azonban bármiféle erőszakra kerülne sor, a körükben található legtekintélyesebb társuk közbelép, és saját érveivel kezdi el irányítani a civakodást. Egyebek közt olyan eszközökkel él, hogy bizonyításra szólít, a jelenlévőket szabályokra emlékezteti, nem utolsósorban pedig javaslatot tesz a vita befejezésére. Mindezt addig csinálja, amíg csak-csak sikerrel nem jár a többiek meggyőzésében. Az esetek többségükben tényleg valamiféle megegyezéssel zárulnak, mert bizonyos ponton túl e tekintély javaslatát már döntésként elfogadják. Történhet azonban másképpen is. A *manga* pápuáknál például 1956-ban összetűzésekre került sor egy leány kiházásítása kapcsán. A klánon belüli alklán vezetője ugyanis az adott szereplők közti kiházásítást közbotrányokozásként értékelte, és nehogy az ütközés tovább fajuljon, a bűnösnek tekintett férfiút nyíllal lelőtte. Nos, hat évvel később ugyanennél a törzsnél az előbbire emlékeztető összetűzésre került sor. Ám most már anélkül, hogy erejét egyetlen szóra is pazarolta volna, a klán ugyanazon vezetője bement házába, kihozta nyilát, és a hajdani vita színhelyén elkezdte hegyezni. Nos, az addig ádázul vitázók rögvest elcsendesedtek. Anélkül tehát, hogy bármiféle formális rituálé vagy akár hangos szóváltás lezajlott volna, végbement – és közösségileg egyszerűen el is fogadtatott – egy autoritatív döntés.<sup>39</sup>

Az iménti példából láthatjuk tehát, hogy a jogi jelenségek vizsgálata semmiképpen sem lehet meg elvont fogalmak alkotása nélkül. A jogantropológia területén nemcsak az magyarázza ezt, hogy pusztán saját fogalmai felhasználásával még a primitív jogot sem tudnánk összehasonlításra alkalmas módon leírni, hanem alapvetően az, hogy egyetlen kultúrát sem írhatunk le kimerítően kizárólag saját fogalmai segítségével.

POSPÍŠIL visszatérően hivatkozik a római jog példájára. Az európai kontinens mai hagyományáiból visszatekintve szá-

<sup>39</sup>I. m., 36–37. o.

munkra ez felettebb érdekes, hiszen a *ius* csak elvont elv volt, mely kizárólag döntést igénylő helyzetben, a hatósági döntés folyamatában [*iuris dictio*] konkretizálódhatott. Ezért viszont csupán iránymutatás gyanánt támaszkodhatott a (*legis latio* során lefektetett) *lexre* vagy valamiféle megelőző hatósági döntésre;<sup>40</sup> amiként olykor az is előfordult, hogy egyedül és kizárólag az eljáró hatóság újjító elhatározásán nyugodott.<sup>41</sup>

Még érdekesebbnek kell látnunk e hagyományt, ha meggondoljuk, hogy a klasszikus görögség jogi kultúrája még a konkrét esetben megtestesülő igazságosságot nevezte *dikaionnak*, s ez vált Rómában a *ius* felfogásának alapjává.<sup>42</sup> Nos, egy ilyen hagyomány talajáról szemlélve valóban radikális váltásnak tetszik a jogtudósi és *praetori* közreműködés elsorvasztása, ezzel egyidejűleg az esetjogi gyakorlat kodifikálása a császárkorban, majd a bírói jogértelmezés megtiltása JUSZTINIÁNUSZ parancsára. Ám még árulkodóbb, hogy az államvallássá tett kereszténység tanainak bizonyos irányú feldolgozásából (az evangélisták példabeszédszerű írásai s SZENT ÁGOSTON vívódó vallomásai nyomán) csak Nyugaton jött létre egy SZENT TAMÁS-i szervezettségű *Summa theologica* – vagyis az elvont, axiomatikus igényű gondolati rendszerképzés olyan eszménye, amely *more geometrico* építkezett, azaz a társadalomtudományi gondolkodást is egy elvont benső szűkségképpeniség – tehát az elfogadott gondolatrendszer logikájából adódó következtetés – igényével kísérelte meg tudományos alapokra fektetni (amint ezt GROTIUS, HOBBS, SPINOZA vagy LEIBNIZ esetében megfigyelhettük).<sup>43</sup> Hiszen némi összehasonlító vizsgálódás birtokában immár látnunk kell, hogy a

<sup>40</sup> Uo., 342. o. és Leopold J. Pošpíšil 'A Dynamic View of Law: S. F. Moore: Law as Process' *Reviews in Anthropology* Spring 1980, 238. o.

<sup>41</sup> Leopold J. Pošpíšil 'E. Bodenheimer: Power, Law, and Society' *American Anthropologist* 78 (June 1976) 2, 403. o.

<sup>42</sup> Michel Villey 'Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit' in *Etudes de logique juridique* V (Bruxelles: Bruylant 1967), 11. o. ['A joglogika története' ford. Varga Csaba in *A jogi gondolkodás paradigmái Szövegek*, szerk. Varga Csaba (Budapest: [EtoPrint] 1998), 1–16. o. {Bibliotheca Cathedrae Philosophiae Iuris et Rerum Politicarum Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae, III Fasciculi 2}].

<sup>43</sup> Vö. a jelen szerzőtől 'A jog és rendszerszemléletű megközelítése' *Magyar Filozófiai Szemle* XX (1976) 2, 160–161. o. és *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1979), 84–85. o.

zsidó vallás a *talmudizmus* képében, a keleti kereszténység – noha JUSZTINIÁNUSZ kazuisztikus kodifikációjával Bizánc voltaképpen a jog dogmarendszerként történő értelmezésének örökébe lépett – saját teológiai fejlődése képében, az iszlám pedig az értelmezési irányok nyomán egymástól különváló és elhatárolódó rítusok képében a vallási gondolkodásban s a jogban is olyan mintát követett, amelyik megkísérelte ugyan az általánosítást, deduktív rendszerépítésre azonban nem törekedett. Normatételei mindig *i n d u k t í v* folyamatba ágyazódtak: nem lezárni, inkább irányítani, utakra terelni kívánták a gondolkodást. Azt pedig, hogy bármiféle mentalitásbeli hagyomány milyen erős kötőerő lehet, leginkább talán Kína példája mutatja. Hiszen még szocialista forradalma során is változatlanul megőrizte ősi hagyományait s az európai gondolkodásmód közti ingadozást, és radikálisan csupán akkor – és főként: addig – szakított ezzel a hagyománnyal, amikor – és ameddig – a szovjet-kínai kapcsolatok alakulásának függvényében belpolitikai vonalvezetésében a külső mintakövetésnek engedni kényszerült.<sup>44</sup>

Bizonyosan csak a modern formális jog körében mondható el a törvényként tételezett „elvont szabályról”, hogy nem más ez, mint a Nyugatra jellemző „népi jogfelfogás”. Hiszen csak a Nyugat kultúrája körében következik be, hogy létrejön egy modern államiság, ami a maga részéről létrehozza egy bürokratikus felépített és mozgatott intézményi rendszernek megfelelő jogi intézményrendszer bástyáit. Nem másból állanak e bástyák, mint – a jogi jelenség képzését illetően – formális érvényességből mint kritériumból (tehát az érvényességnek meghatározott szervek meghatározott eljárásához fűződő kritériumából, ami a korábban tartalmilag megvont kritériumokat váltotta fel), valamint – a jogi jelenség működtetését illetően – formális törvényességből mint kritériumból (tehát a törvényességnek meghatározott szervek meghatározott eljárása meghatározott szabályokat követő termékéhez való kapcsolódása kritériumából, ami a korábban tartalmilag megvont törvényességet, azaz a konkrét eset konkrét igazságosságát váltotta fel). Mai

<sup>44</sup> Varga (1979), 218–219. és 221–222. o., 76–77. és 80–81. jegyzet.

rekonstrukciók nyomán tudjuk: ez az a közeg, amely a formális racionalizálás jegyében a jognak szabályra történő redukálása és működtetése során a formalizálást a végletekig végigviszi, miközben mindezek biztosítására – a jog hivatásszerű gyakorlásának szakmai deontológiájaként – a formális érvényesség és formális törvényesség elveit jogászvilágképként, vagyis ez elveket egyszersmind a társadalmi meghatározás tényezőivé avatva intézményesíti. Hasonlóképpen tudhatjuk, hogy e formalizálóan megszervezett jogban a saját beteljesedési rendszer (azaz annak igénye, hogy bármiféle társadalmi célkitűzés csupán jogi tételezések végrehajtásaként legyen elérhető) szükségképpen létrehozza egyfelől saját inkongruenciáit (azaz a rendszer követelményeiből normatív fakadó, valamint a gyakorlati valóságban tényszerűen bekövetkező következmények közti eltéréseket), másfelől pedig diszfunkcióit (azaz a várt társadalmi hatások értékét lerontó egyéb hatások bekövetkezését). A modern államiság s a modern formális jog rendszere azonban olyan erős, hogy mindezeket vissza tudja csatoltatni önmagába, s így – szemben éppen POŠPISIL vélekedésével – az ilyen inkongruenciáknak és diszfunkciónak mindenekelőtt csupán a kérdéses rendszeren belül mutatkozhat majd bármi jelentőségük.

Nyilvánvaló, hogy bármiféle jogeszményt – ami már eleve s fogalmi meghatározása szerint is más, mint valamiféle konkrét társadalmi s történelmi közegben lezajlott fejlődés terméke, nem lehet – jogosulatlan (és történelmietlen is) más kultúrákon számon kérnünk.

Mindez azonban aligha alapozhat meg egy ellenkező irányú sarkítást, nevezetesen annak kiélezett kérdésfeltevését, vajon a „tényleges magatartásból” vagy „jogi döntésből” levonhatjuk-e valóban azt az elvet, amit már érdemes jognak neveznünk? Abban persze mindenki egyetért, hogy a tényleges magatartások összessége pusztán fakticitás, nem jog. Ám beláthatjuk: ha az úgynevezett jogi döntésben is kizárólag pusztán erő érvényesülne – anélkül, hogy szembesülne benne a „legyen” a „van” elemével –, akkor ez sem lenne egyéb, mint pusztán fakticitás, amit jogi döntésnek csakis meglehetősen szabadon kifejezésmóddal nevezhetnénk.

Fel kell vetnünk hát a kérdést: vajon mi hordozza a nor-

mativitást? Nos, akár társadalmi értékelésben, akár értékelésnek a gyakorlatot bizonyos szabályszerűséggel alakító befolyásában vélnénk is megragadni a normativitás lényegét, csupán tényekhez fordulhatnánk mint empirikus megközelítésünk kizárólagos tárgyaihoz. Ugyanis akár cselekmények, akár intézmények formális megkülönböztető jegyeihez próbálnánk kapcsolni a jogi minőséget, kizárólag gondolati redukálást hajtanánk végre, a kérdés elodázásával azonban érdemi választ nem nyernénk. Tehát bármiféle utat válasszunk is, tényekhez kell fordulnunk, hogy tényekben és tényekből következtessünk olyan értékelésre, és tárjunk fel olyan szabályszerűséget, amely immár formális intézményesítésre érdemesít, hiszen egy intézményi rendszer funkcióját betölti (avagy esetleg képes ilyen funkció betöltésére hasonló formalizálódás és intézményesedés nélkül is).

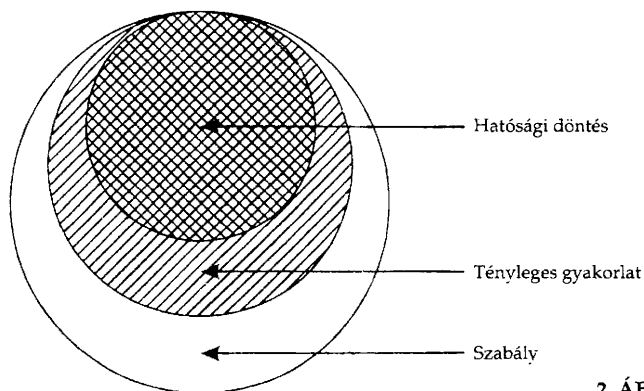
A fentiek alapján úgy kell gondolnom tehát, hogy a jogot szabályként azonosító közösségekben kimunkálhatjuk a jog ideologikus fogalmát, mely a jog határának a jogi szabályozástól lefedett területet tekinti, és ezen belül fekvő tartományoknak minősíti a jogot – úgymond – „megvalósító” tényleges magatartások, illetőleg hatósági döntések által lefedett területeket (2. ábra). Egy intézményrendszer vagy a működtetésére hivatott szakma ideológiájáról lévén szó, ez a fogalom eszményt vetít ki. Az eszményről pedig tudjuk, hogy megvalósulása elvileg nem kizárt, a gyakorlatban azonban – mivel az életben lényegesen összetettebb meghatározások szoktak érvényesülni – többnyire csak ilyen vagy olyan megközelítései következnek be. Olyan közösségekben tehát, ahol a jogot szabályként azonosítják, döntően a szabályként rögzített normák hivatottak arra, hogy a jogi normativitás hordozói és/vagy közvetítői legyenek.

Azért kell a fenti kijelentésben így fogalmaznunk: „döntően”, mert a valóságban nincsen olyan társadalom, ahol ne egészülnének ki a „szabályozás” tényezői a „szituációs hozzáigazítás” tényezőjével.<sup>45</sup> És nem csupán a *summum ius, summum iniuria* elvét kidolgozó nyugati jogszolgáltatás, de Pospíšil tanúságából következően például a melanéziai gya-

<sup>45</sup> Leopold J. Pospíšil 'A Dynamic View of Law', 236. o.

korlat is arra utal, hogy döntéshozatalkor nemcsak az ügy jogilag releváns vonatkozásait veszik figyelembe, de eshetőséges társadalmi következményeit, így például a csoport-szolidaritás megőrzésére és erősítésére várhatóan gyakorolt hatását is.<sup>46</sup>

A konfliktushelyzet megoldása a jog életében kiemelkedő jelentőségű. Nem egyszerűen azért, mert a társadalom minden erejét megmozgatja, hanem mert gyakorlati próbára ekkor kerül sor: ez fog bizonyítani (vagy bizonyításban kudarcot szenvedni) a normativitás hordozójának normativitása kapcsán.



2. ÁBRA

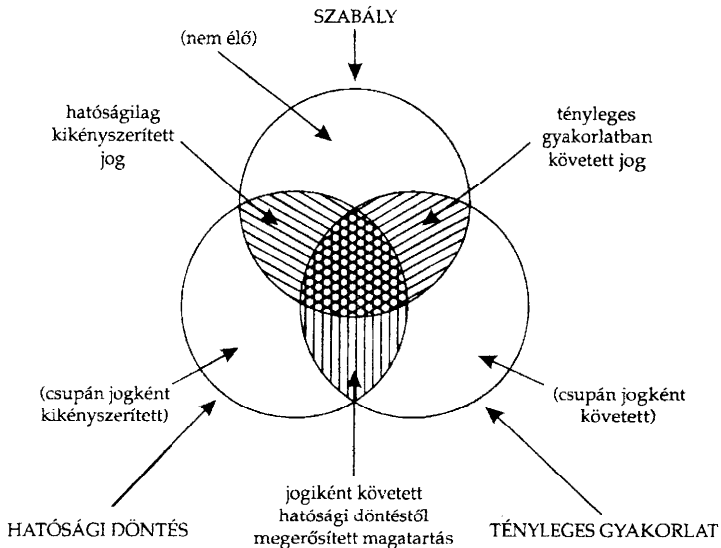
Ám mi történik akkor, ha a jogtól fedett területen nincs konfliktushelyzet? Vagy akkor, ha a konfliktus nem von maga után jogi döntést? Vagy ha a döntés eltér a jogként azonosított szabálytól? Nos, POSPIŠIL válasza szerint az összes ilyen eshetőséget és megnyilatkozást ki kell iktatnunk a jog köréből. Pedig – szembevetva POSPIŠIL érvelésével – a sajátosan jogi problematika éppen itt kezdődik, hiszen előfordulhat olyan gyakorlat, amely a szabálytól eltér, ám a közösségben mégis joginak tekintik; mint ahogyan előfordulhat olyan is, hogy a hatóság ilyen gyakorlat tárgyában dönt, s noha e döntés cáfolja ugyan a gyakorlatot, mégis önkényes lesz, mert nem a szabályból következik.

<sup>46</sup> Leopold J. Pospíšil 'A. L. Epstein (ed.): Contention and Dispute' *Economic Development and Cultural Change* 26 (April 1978) 3, 652. o.

Ontológiai léte szerint tehát – erre kell következtetnünk – a jog összetett jelenség: az antropológiai vizsgálódás eredményéből kitűnően legalább szabály, hatósági döntés s tényleges gyakorlat együtthatásából, mindezeknek összefonódásából vagy időleges szétválásából – azaz egymással versengő összetevők összetett mozgásából – tevődik össze (3. ábra). A jog egyébként sem egynemű fogalom. Egyes alkotóelemeinek összefonódásai és szétválásai erősíthetik és gyengíthetik a többi; s magát a jelenséget inkább vagy kevésbé jogivá avathatják. Hiszen lételméletileg kifejezetten nyilván inkább joginak fog minősülni az a jelenség, amely mögött nem csupán tételezettsége áll, de az állam által a jog nevében gyakorolt és társadalmilag is elfogadásra került kényszeralkalmazási gyakorlat szintén támogatja. Másként kifejezve: léte, azaz a gyakorlatban ténylegesen megnyilvánuló hatásgyakorlása annál teljesebben fogja majd mutatni a jog vonásait, minél teljesebben és maradéktalanabban hordozza mindhárom (létszerű, azaz tényleges hatásgyakorláshoz vezető) összetevőjét. Ugyanakkor maga a jog nyilvánvalóan állandó mozgásban lévő dinamikus tényező. A fentiek szerint különféle összetevői folytonosan megújulva folyamatosan válaszolnak a kívülről érkező kihívásokra, és ez – lehetőségében – máris jelzi belső hangsúlyai várható eltolódásainak okát és irányát. A fentiekben körülhatárolt felfogás annyiban kiegyensúlyozott, hogy sikerrel elkerüli annak buktatóját, hogy szabályredukcionizmus helyett másfajta leegyszerűsítést javasoljon, nevezetesen visszavezetését például konfliktuseldöntési mintákra. Egyidejűleg azt is érzékelteti, hogy a szabály nem egyszerűen eshetőleges eleme a jognak. Vagyis az, ami változó, nem is annyira a szabály jelenléte, mint inkább a komplex egészében betöltött szerepe.

A *Szabályokból áll-e a jog?* híres kérdésfeltevése<sup>47</sup> óta a nyugati jogi gondolkodásban alaptétellé vált, hogy a szabályok döntéshez csak általános jogelvek figyelembevételével vezethetnek. RONALD M. DWORKIN problémázása és megoldás-

<sup>47</sup>Ronald Dworkin 'The Model of Rules' *University of Chicago Law Review* 35 (1967) ['A szabályok modellje' in *Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések* szerk. Szabadfalvi József (Miskolc: Bíbor 1996), 17–56. o. {Prudentia Iuris 5}].



3. ÁBRA

keresése jellegzetesen jogászi volt, amennyiben mind a szabályokat, mind az elveket a jog alapvető tételezettsége körén belül vizsgálta, s e körön belül kereste döntést meghatározó szerepüket. Ugyanakkor régről ismeretesek olyan törekvések, amelyek az úgynevezett „jogrendszert” a „jogi rendszerrel” egységben,<sup>48</sup> tehát működő mechanizmusként láttatják, és ezzel egy lételméleti kitekintésű szemlélethez visznek közelebb. Csíraformájában ilyen volt már VISINSZKIJ normativizmusával szemben a Szovjetunióban megfogalmazott első bíráló, mely a jogviszonyok létesítését megalapozó szabályt a jogviszonyok tényleges létrejöttével együtt kívánta a jog fogalmi kritériumaként felmutatni.<sup>49</sup> A tételezett jogtól mint döntő meghatározó erőtől azonban a szociológiai igényű folyamatleírásnak már határozottan el kellett rugaszkodnia. Ennek jegyében született a „könyvekben lefektetett jog” s a „működésében szemlélt jog” fogalmi

<sup>48</sup> Kulcsár Kálmán 'A jogalkalmazás funkcionális elemzésének problémái' *Állam- és Jogtudomány* XII (1969) 4, 603–604. o.

<sup>49</sup> A. K. Sztalgevic 'K voproszú o ponjati prava' *Szovetszkoe goszudarsztvo i pravo* 7 (1948).

megkülönböztetése.<sup>50</sup> Mindezek nyomán a jogi folyamat lételméleti rekonstrukciójának (mely nem a jogból mint objektívációból indul ki, hanem a társadalmi egészben történő tényleges funkcionálásból, ezen belül pedig azon komplexus viszonylagos különállásából, amely a társadalomban a jog szerepét betölti) arra a következtetésre kellett jutnia, hogy működő egésze van itt szó, s kritériumképző jegye az, hogy e működő egészt – adott intézményi mechanizmustól támogatottan és ebbe folytonosan visszacsatoltan – a társadalom jognak ismeri el.<sup>51</sup>

A lételméleti jellegű rekonstrukció persze nem a szabály közvetítő jellegét kívánja korlátozni. Csupán és legfeljebb arra mutathat rá, hogy a szabály társadalmi valóságossága többértű és többesélyű. Azaz olyan közösségben is, ahol a jogot szabályként azonosítják, a jog annál nagyobb (a társadalmi létre történő hatásgyakorlásban megjelenő) valóságosságra tesz szert, minél inkább megjelenik és pozitív visszacsatoló-dást nyer a szabályként azonosított jog a hatósági döntésekben s a társadalom tényleges gyakorlatában.

### 3. A jog megkülönböztető ismérvei

A jogantropológiában minden empirikus vizsgálódás feltételez magának valamiféle jogfogalmat kiindulópontként. Nem csodálhatjuk tehát, ha az irodalomban számos felfogás verseng egymással jogfogalma elismertetéséért.

Anélkül, hogy a lengyel kortárs LEO PETRAZYCKI imperatív-attributív jogfelfogására támaszkodott volna,<sup>52</sup> saját fogalmát BRONISLAW MALINOWSKI szintén a reciprocitásra alapozta. Ezt írta: a jog „kötelező kötelezettségek összessége, melyeket az egyik fél jogosnak tekint, s a másik fél kötelességnek ismer

<sup>50</sup> Roscoe Pound 'Law in Books and Law in Action' *American Law Review* 44 (1910) 1.

<sup>51</sup> Vö. a jelen szerzőtől '„Külső” és „belső” a jogban' *Jogtudományi Közlöny* XXXVIII (1983) 11, valamint 'Tételezések rendszeréből áll-e a jog?' *Jogtudományi Közlöny* XXXIX (1984) 9.

<sup>52</sup> Ian Hamnett 'Introduction' in *Social Anthropology and Law* ed. Ian Hamnett (London, New York & San Francisco: Academic Press 1977), 7. jegyzet [A. S. A. Monograph 14].

el, és amiket a viszonyosságnak és nyilvánosságnak a társadalom szerkezetében rejlő sajátos mechanizmusa kényszerít ki.”<sup>53</sup> Nos, rögtön felvethetjük, hogy a társadalmi kölcsönöség más szerepet hordoz az állam nélküli (vagy primitív) társadalomban, és ismét mást az összetettebb, vagyis a mindenkori uralmi helyzetet formális intézményekkel is körülbástyázó kultúrákban.<sup>54</sup> De felvethetjük ezt is: az iménti definíció nem más, mint voltaképpen kizárólag a szokás meghatározása. És a szokás csakis olyan úton válhat joggá, hogy másodszor is intézményesítik – immár jogi intézményként.<sup>55</sup>

ADAMSON E. HOEBEL álláspontjára pedig jellemző, hogy noha a jog mint szabály, hatósági döntés és/vagy tényleges magatartás dilemmáját elsőként ő fogalmazta meg, nála még fel sem vetődött, hogy ezek bármelyikét mint egyetlen lehetséges alternatívát erőszakolja ki. Sőt, éppen ő volt az, aki hangsúlyozta, hogy e három megközelítés funkcionálisan összefügg, és egyikük sem érthető meg a másik kettő egyidejű figyelembevétel nélkül.<sup>56</sup> Később is határozottan így írt: „Hacsak vita nem merül fel, hogy próbára tegye a jogelveket a per olvasztótégelyében, semmiféle bizonyosságunk nem lehet arra nézve, hogy mi is pontosan a jogszabály valamely adott helyzetre vetítve – bármi szóljon is arról, hogy mit kell vagy fognak majd ilyen helyzetben tenni.”<sup>57</sup> HOEBEL saját meghatározási kísérlete ezek után így szól: „Egy társadalmi norma akkor jogi, ha figyelmen kívül hagyását vagy megsértését fenyegetésként vagy valójában rendszerint fizikai erőszak alkalmazása kíséri – olyan egyén vagy csoport részéről, amelyeknek megvan a társadalmilag elismert privilégiuma ahhoz, hogy így cselekedjék.”<sup>58</sup> A jognak ilyen módon – amiként ezt HOEBEL nyo-

<sup>53</sup> Malinowski (1926), 58. o.

<sup>54</sup> Roberts (1979), 115–116. o.

<sup>55</sup> Paul Bohannan 'Law and Legal Institutions' in *International Encyclopedia of the Social Sciences* 9, ed. David L. Sills (New York: Macmillan & The Free Press 1968), 75. o.: ez a *double institutionalization*.

<sup>56</sup> Llewellyn & Hoebel (1941), 21. o.

<sup>57</sup> E. Adamson Hoebel 'Law and Anthropology' *Virginia Law Review* 32 (1946), 847. o.

<sup>58</sup> E. Adamson Hoebel *The Law of Primitive Man* (Cambridge [Massachusetts]: Harvard University Press 1954), 28. o.

mán<sup>59</sup> POSPÍŠIL csoportosítja<sup>60</sup> – első eleme 1. a szabályszerűség, ami magában foglal tényleges eredményt és jövőre irányuló szándékot egyaránt. Következő eleme 2. a hivatalos autoritás, amit – korábbi meghatározásából kitűnően<sup>61</sup> – HOEBEL négy jegy együttes jelenléteként fog fel. Ezek pedig a következők: 2a) legyen-elem, vagyis az, hogy csoporttag magatartására irányuló és kikényszeríthető imperativusról legyen szó; 2b) a szupremáció eleme, vagyis azé, hogy konfliktus esetén ez érvényesüljön, már amennyiben végső megoldásként egyáltalán jophoz folyamodnak; 2c) rendszer-elem, vagyis annak követelménye, hogy egész anyagában a jog egy formálódó rend elemévé szerveződjék; és végül 2d) a hivatalosság eleme, vagyis az, hogy társadalmilag e jogot a csoportrend megtestesítőjeként ismerjék el. Utolsó eleme végezetül 3. a szankció, amiről HOEBEL a következőképpen vélekedik: „A jogi minőség elnyerése érdekében a fizikai kényszerítés alkalmazásának olyan minőséggel kell rendelkeznie, hogy hivatalosan vagy mintegy hivatalosan az egész társadalom legitimként fogadja el.”<sup>62</sup>

HOEBEL meghatározása érzékeny és túlzásoktól is mentes. Ez pedig mindenekelőtt az imént tárgyalt problematika tekintetében szembeszökő. Hiszen POSPÍŠIL például olyasmit is hangsúlyoz, hogy a jog bármely ismerve csak annyiban tehet egy jelenséget jogivá, amennyiben azt „jogi döntésbe foglalták, tehát jogi döntésben nyilvánul meg, vagyis jogi döntés az empirikus megjelenési formája”.<sup>63</sup> Magára az alapul szolgáló kérdésre vetítve pedig újólag megerősíti: „Azt a kérdést, hogy egy szabály [*lex*] vagy egy magatartás valóban jogi jellegű-e, a *ius* határozza meg – vagyis az, hogy az autoritás tényleges döntéseiből absztrahálható-e, vagy sem a kérdéses szabály vagy magatartás.”<sup>64</sup> A későbbiekben majd látni fogjuk, hogy POSPÍŠIL elméleti sarkítottasága és leegyszerűsítő megfogalmazásai fogalomelhatárolások végzésére különösen alkalmassá

<sup>59</sup> E. Adamson Hoebel 'Law (primitive)' in *Encyclopedia Britannica* 13 (1963), 781. o.

<sup>60</sup> Leopold J. Pospíšil 'E. Adamson Hoebel and the Anthropology of Law' *Law and Society Review* 7 (Summer 1973) 4, 543–547. o.

<sup>61</sup> Llewellyn & Hoebel (1941), 284. o.

<sup>62</sup> Hoebel (1963), 781. o.

<sup>63</sup> Pospíšil (1971), 43. o.

<sup>64</sup> I. m., 342. o.

teszik jogfogalmát. Elméletileg ez persze korántsem mentség arra, hogy a jog összetettségét nem észleli, a jog folyamatos belső hangsúlyeltolódásaira nem eléggé érzékeny, és ezért végső fokon látásmódja kevésbé dialektikus.

#### a) Autoritás

„A döntés jogilag releváns csak akkor lehet, vagyis a társadalmi ellenőrzés szerepét csupán akkor töltheti be, ha a vitában álló felek megoldásként elfogadják vagy ellenállásuk esetén rájuk nézve kikényszerítik azt.” Az autoritás meggyőzéssel és erőszakkal egyaránt élhet.<sup>65</sup>

Arra, hogy POSPIŠIL az autoritást szélsőségesen tágan fogja fel, a *kapauku* pápuák alábbi intézménye a legjobb példa. A *tonowi* szó szerint 'gazdag ember' – számottevő tőkével, sok feleséggel, állattal, házzal, jókorára megnövelt földterülettel. Miután mindezt saját munkája gyümölcsének tudja be, általában olyan javakorban lévő egészséges férfiúra kell gondolnunk, akinek legfőbb jellemzője jószívűsége és becsületessége. A jószívűség abban mutatkozik meg, hogy vannak adósai, akiknek szívesen ad kölcsönt. Autoritássá éppen ilyen jószívűsége által válik: az adósaiból kikerülő hívei tekintélyessé növekvő seregének köszönheti ezt. Ehhez járulhatnak persze további tulajdonságai is, mint például az ékesszólás és a személyes bátorság. Annak kérdését, hogy egy ilyen tekintély és híveinek sereglete közt milyen viszony alakul ki, az utóbbiak engedelmességének hajtóerői és indítékai határozzák meg. Nos, soroljunk fel csupán néhány lehetőséget a példa kedvéért: rokonai érzelmi okokból s egy majdani kedvezés reményében követik. Az adósok anyagi megfontolásból válnak híveivé. 'Fiai' pedig, kik fogadott gyermekei, egyszersmind tanítványai és minden munkában társai és testőrei, leginkább azért követik, hogy ortalmat nyerjenek. A 'fiúi' viszony e fogadott gyermekek felnőtté válásával ér véget. A *tonowi* irányukban megmutatkozó utolsó kötelme éppen az, hogy feleséget váltson meg részére.<sup>66</sup>

Az autoritás lehet informális ('főember') és formális ('főnök').<sup>67</sup> A *yaghan* indiánok főembere csak addig tarthatja

<sup>65</sup> Uo., 44. o.

<sup>66</sup> Uo., 67–72. o.

<sup>67</sup> Uo., 61. o.

pozícióját, ameddig képes követőit saját fensőbbségéről meggyőzni és őket engedelmességre készíteni. A *navaho* indiánok ezzel szemben autoritásként egy idős férfiembert ismernek el főnöküknek, s ezen elismerés aktusából fakad mindenkori főnökük kiemelkedő szerepjátszási lehetősége.<sup>68</sup>

Az autoritás lehet korlátlan és korlátozott,<sup>69</sup> személyében pedig lehet vezető- és tisztán autoritás-típusú. E két változatot illetően a különbség abban rejlik, hogy az autoritás csupán döntéseket hoz, a vezető azonban tevélegesen irányít, sőt részt vesz saját döntéseinek végrehajt(at)ásában is.<sup>70</sup>

Egyetlen követelmény van csupán, aminek hiányában semmiféle tekintély nem játszhatja autoritás szerepét: nem bizonyulhat hatékonyság nélkülinek – hiszen ebben az esetben az őt kiemelő minőség alapja azonnal elenyészne.<sup>71</sup>

E felfogás tükrében így vízvázaló szerepkörben két szélső típus áll egymással szemben: egyfelől a formális autoritás, másfelől pedig a nem formális, de hatékonynak bizonyuló szerepjátszás – amint ezt XIII. LAJOS és RICHELIEU szembesítésével (lehetséges konfliktusaikat is példázva) maga POSPÍŠIL felveti.<sup>72</sup>

#### *b) Az egyetemes alkalmazás szándéka*

Amint ez a 4. ábrából is kitetszik, a szokás szférájától a jogot az autoritás határolja el, az egyetemes alkalmazás szándékának szerepe viszont az, hogy a politikai döntések szférájától elhatároljon. A „jövőben minden hasonló vagy 'azonos' helyzetben történő alkalmazás szándéka” megjelenhet persze előzmény nélküli döntésekben, de megjelenhet a döntési konformitás rituális kinyilvánításában, sőt egyszerűen a nyelvhasználatban is.<sup>73</sup> A *kapauku* pápuák *tonowija* például ezt mondja: *ko dani te tija* ('nem szabad így cselekedni'). Ebben a -ja fejezi ki mind az elvárt cselekvés eszményi legyenjét, mind pedig a cselekvés egyidejűleg szokásszerű jellegét.<sup>74</sup>

<sup>68</sup> Uo., 44–45. o.

<sup>69</sup> Uo., 59–60. o.

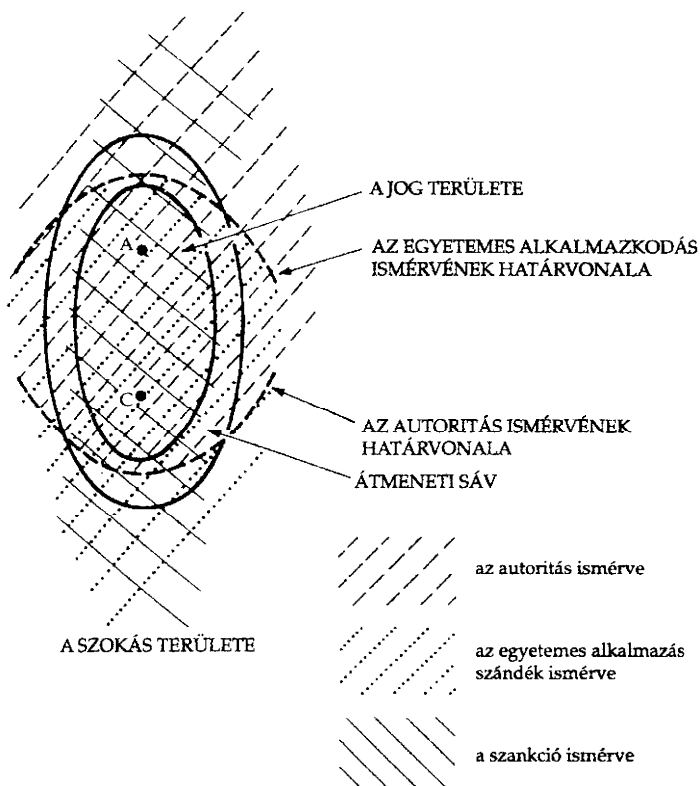
<sup>70</sup> Uo., 58. o.

<sup>71</sup> Uo., 56. és 58. o.

<sup>72</sup> Uo., 61. o.

<sup>73</sup> Uo., 79–80. o.

<sup>74</sup> Uo., 80. o.



4. ÁBRA

c) *Obligatio*

Az *obligatio* a viszony kétoldalúságát jelenti. Két fél s – általuk képviselten – jogosultság és kötelezettség áll egymással szemben. Mindezt csakis élő emberek hordozhatják. Halottak és természetfeletti lények kizárólag élő ember által képviselten jelenhetnek meg egy ilyen jogi kapcsolatban. Példának okáért a *kapauku* pápuáknál egy asszony megsértette a tabut, s bizonyos gyümölcsből fogyasztott. Ennek következtében – hiszen hitük ellenállhatatlanul nehezedett rájuk – férje néhány napon belül meghalt. Az erre rendelt eljárásban megállapították az asszony bűnösségét. A kirótt büntetést az elhunyt fiának kellett végrehajtania. Ennek megfelelően nyíllal agyonlőtte éppen kertjükben dolgozó anyját. Ám a jog parancsa

egyúttal még többet is követelt: a közösségnek a faluban emelvényt kellett építenie, s erre helyezve közszemlére kellett tenniük a kivégzettet, nyíllal testében. És mindenki így tudta – így kellett tudnia – a faluban: a férj halála a tabu megsértésének természetfeletti következményeként állott be, míg az asszony halála az emberi jognak volt köszönhető.<sup>75</sup>

Az *obligatio* mind forrását, mind pedig tényleges tartalmát illetően egyaránt normatív jellegű, s ezt POSPÍŠIL a hatósági döntés végeredményéből vezeti le. „Egy jogi döntésben nem az számít, hogy objektíve mi történt, hanem az, hogy a döntésben miről állapították meg, hogy fennállott. Hiszen ez a megállapítás vezet közvetlenül a probléma olyan megoldásához, amihez ténylegesen elérkeztek a jogalkalmazás során.”<sup>76</sup>

#### d) Szankció

HOEBELNél már láttuk, hogy a fizikai szankció a jogfogalom lényegi eleme. Egy jogantropológiai kutatás<sup>77</sup> az eszkimók körében olyan szankciót mutatott ki, amely hatásában az egyént fizikai értelemben is szükségképpen halálra kárhoztatja – bármiféle jog jelenlétét mégis tagadta, mert az egész konstrukció nem látszott megfelelni HOEBEL kritériumának, amennyiben a maga közvetlenségében tekintve a szankció pszichikai természetű volt.<sup>78</sup> Saját értékrendünk viszonylagosságára utal az *inka* jogrendszer is, mely eltérő büntetéseket ismert a közemberek és a tisztségviselő nemesek számára. Az előbbieknél korbácsolást, kényszermunkát vagy halált rendelt, míg az utóbbiaknak nyilvános megszégyenítést vagy hivatalvesztést. Ámde – és itt válik a megkülönböztetés érdekessé – nem azért, hogy ez utóbbiakat privilegializálja, hanem éppen azért, hogy a tisztükből fakadó nagyobb felelősség okán súlyosabb megtorlással éljen – hiszen saját közegükben a státusvesztést a tisztségviselő nemesek súlyosabbnak érzékelték, mint közemberek a halált.

<sup>75</sup> Uo., 84–85. o.

<sup>76</sup> Uo., 84. o.

<sup>77</sup> Uo., 14. o.

<sup>78</sup> Beert Van den Steenhovens *Leadership and Law among the Eskimos of the Kewatton District Northwest Territories* (The Hague: Uitgeverij Excelsior 1962), 112. o.

Egyfajta végletet jelent tehát a kelet-ecuadori *jivaro* indiánok szokása, akik a férfiakat a nikotinnak szembe szórásával, tehát halált eredményező megvakítással, a nőket viszont lábuk vagy mellük átdöfésével büntették. Egyfajta véglet az eszkimóké, ahol – például a *nunamiut* lakosok körében – a közösség előtti feddés, megszégyenítés és büntető jellegű ragadványnév-adás a legsúlyosabb büntetés. A kajaklopást például az egyik legveszélyesebb bűncselekménynek tekintik. Büntetése az, hogy elkövetőjét ezentúl 'Kajak' néven kezdik el nevezni, míg eredeti neve lassan még a közösség emlékezetéből is kiveszik. Kiközösítésre kizárólag gyilkosság esetén kerül sor. Ámde még ekkor is közvetlen megjelenésében szelíd, békés megoldással élnek, hiszen ha a megítélt nem hagyja el önként közösségét, nem kényszerítik. Valamikor éjszaka, miközben alszik, összeszedelőzködnek, és nyomot sem hagyva maguk után, sorsára hagyják. A legsúlyosabb bűncselekmények visszaesőként történő ismételt elkövetésekor kerül csak sor valóban fizikai szankcióra, tehát fizikai erőszakkal végrehajtott halálbüntetésre.

Ilyen és hasonló végletek közt helyezkednek el a különféle testi büntetések, valamint a gazdasági és pszichikai szankciók.

A közösségnek kiszolgáltatót lét erőteljes egzisztenciális nyomását jelzi, hogy az ún. primitív jogrendszerekben a közösség előtti megszégyenítés a legsúlyosabb büntetés. A halálbüntetést ugyanakkor nem büntetést célzó rituális szertartásként, hanem egyszerűen az élet kioltása gyanánt, s ennek megfelelően leshelyből, nyíllal hajtják végre. Ezzel egyidejűleg viszont még a legsúlyosabb testi büntetés is alternatív jellegű: annak, akit elítéltek, megmarad a lehetősége arra, hogy önként száműzetésbe vonuljon. Ezért elmondható, hogy súlyosságát illetően a megszégyenítéssel csak a halálbüntetés és a kiközösítés vetekedhet.<sup>79</sup>

POSPÍŠIL ezek után helyes definícióval él: „A jogi szankció vagy negatív eszköz, aminek értelmében visszavonnak olyan jutalmakat vagy kedvezéseket, amelyeket egyébként [...] biztosítottak volna, vagy pozitív intézkedés, aminek értelmében fájdalomkeltő fizikai vagy pszichikai élményt okoznak.”<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Pospíšil (1971), 89–95. o.

<sup>80</sup> I. m., 92. o.

Következtetésével szintén egyetérthetünk: „A jogi szankció egyetlen számottevő minősítése nem az, hogy milyen formában jelenik meg, hanem az, hogy mennyire játszik hatékony szerepet a társadalmi ellenőrzés során.”<sup>81</sup>

#### 4. Az antropológiai jogfogalom problematikája

Nos, a jog körülhatárolására tett antropológiai kísérletek tanulságos változatosságot mutatnak. MALINOWSKI például plasztikus meghatározást adott. Ez a primitív jog tartományát át is fedi; a jog későbbi fejlődési szakaszaival szembesítve ugyanakkor már inkább a szokás definíciójának minősül. Ezért bírálja is PAUL BOHANNAN, de ennek továbbszűkítését szolgáló saját kritériumát már nem határolja körül. Más a helyzet HOFBEL esetében. Az ő javaslata rugalmas, érzékenységet mutat az összetett iránt. Olyan kritériumokkal él, amelyek a jogot ősi és modern megnyilvánulásaiban egyaránt jellemzik. Ilyen *a)* a végső soron érvényesülés, *b)* a formálódó rendbe illeszkedés, valamint *c)* a társadalom legitimálásától fedezett hivatalos jelleg. Ezek valóban *sine qua non* tulajdonságok, és elmondható, hogy e hármasságukban kizárólag a jogot jellemzik.

Miben rejlik POSPIŠIL újdonsága? Saját megítélése szerint az analitikus igényben – vagyis abban, hogy élesen elhatárolja a jogot a szokás és politika elkülönülő szféráitól. Amennyiben azonban komolyan vesszük, hogy egyetemes fogalomrendszert kíván építeni, mely az összes számbajöhető kultúra összehasonlító tanulmányozását lehetővé teszi, akkor kiderül: mindez csupán steril játék. Fogalmi elhatárolás ugyan kétségkívül megtörténik, de csakis olyan szokástól és politikától, amelyik legfeljebb a primitív társadalmakra lehet jellemző. Hiszen szokásfogalma feltételezi, hogy semmiféle autoritativitás vagy döntést eredményező folyamat nem létezik – s ehelyett csupán egy csupasz tényszerűség spontán ereje érvényesül. Valójában azonban a szokás a csupasz tényszerűségek statisztikai átlagától abban különbözik, hogy értékelésen nyugszik. Ez az értékelés az, ami normatív jellegű, s a szankcioná-

<sup>81</sup> Uo., 89. o.

lás valószínűségében fejeződik ki. Elmondhatjuk ezért, hogy szokás és jog nem egyéb, mint fejlődésbeli – vagyis intézményesedési – kapcsolatban áll egymással: „A szokás és a jogrend történelmileg és nem logikailag viszonyul egymáshoz.”<sup>82</sup> Hasonló a helyzet a politikával is. Vajon lehet-e politika az, ami esetleges, tehát az *obligatio* kettős kötöttségében nem fejezhető ki? Persze feltételezhetjük, hogy volt valaha egy kezdeti állapot, amikor még jellemző lehetett ez. Azonban tudjuk, hogy mióta politikaként bármi egyáltalán megjelenik, immár eleve magában foglalja az autoritást, továbbá az egyetemességet, kétoldalúságot és szankcionálást is. Ezzel újat persze nem mondtunk. Mindennek POSPIŠIL is tudatában van. Csupán később fog számunkra kiderülni, hogy mivel a jogot csoportnormának tekinti, a politikai normákat is jognak fogja majd nevezni.

POSPIŠIL jogmeghatározásában az analitikus igényt megkülönböztető ismérvek hivatottak kielégíteni.

Nos, amennyiben a jogot a jogi döntésre vezeti vissza, úgy nem tud választ adni a kézenfekvő kérdésre: ha nem kerül sor peresítésre, úgy nem is beszélhetünk jogról? És ha született ugyan döntés, a közösségi élet egyéb színterein azonban más (esetleg éppen a lefektetett szabálynak megfelelő) gyakorlat érvényesül, úgy ez utóbbit jognak már nem is tekinthetjük? Az első kérdésre POSPIŠIL tagadólag válaszol. A második kérdésnél viszont már nem a jogot hatósági döntésre visszavezető előfeltevése, hanem a jognak egy társadalmon belüli csoporthoz kapcsolása kerül előtérbe, s ezért igenlően válaszol. Vagyis: ez utóbbi is lehet jog – ámde egy másik (eltérő csoporthoz tartozó) jog.

*Ad a)* Az autoritás fogalmáról kiderül, hogy úgyszólván üres, tartalmatlan fogalom. Mert bárhol és bármiben nyilvánuljon is meg tényleges hatalom, az, aki vagy ami hordozza, autoritássá lehet, s ennek megfelelően – további ismérvek fennállása esetén – jogot hozhat létre. Hogy POSPIŠIL mégis ilyen fogalommal él, ismét csak a jognak csoportjelen-ségeként történő felfogása indokolja.

<sup>82</sup> Stanley Diamond 'The Rule of Law versus the Order of Custom' in *The Rule of Law* ed. Robert Paul Wolff (New York: Simon & Schuster 1971).

Ad b) Az egyetemes alkalmazás szándéka érzékeny kifejezés. POSPÍŠIL azonban nem tud eléggé meggyőző lenni annak tekintetében, hogy tényleg ez – és nem a „formálódó rend” HOEBELI rendszer-kritériuma – a megkülönböztető ismérv.<sup>83</sup> HOEBELNél ugyanis objektív tendenciáról van szó: arról, hogy a jog kérdéses összetevője egy alakulóban lévő komplexumhoz illeszkedik. Kapcsolódása persze lehet ellentmondásos; tendenciájában mégis a rendszerrel összeférhetőnek kell lennie. A POSPÍŠIL által kritériumként megfogalmazott szándék ezzel szemben lehet akár szubjektív, pusztán ideológikus jellegű is. Éppen ezért kritériumképző jelentősége csekély, hiszen nem mond többet ennél: a kérdéses szabálynak vagy elvnek elvont általánosságban megfogalmazottnak kell lennie. Márpedig tudunk az „egyetemesen alkalmazandó” formulájával élni akkor is, ha egyébkénti szándékunk csupán egyszeri eseményre irányul. Hiszen nyelv és logika arctalan eszközök, amik mindent lehetővé tesznek: bármi csak megfogalmazás kérdése.

Ad c) Végezetül valójában az *obligatio* sem önálló követelmény. Végső soron s legfeljebb logikai vetülete bármiféle szabályrendnek. Mert bármit bármiképpen szabályozunk is, a szankcionálás feltételez egy ágenst, aki vagy ami a szabályozott jogosultsággal (kötelezettséggel) szemben kötelezetti (jogosulti) pozíciót tölt be.

Ad d) A szankció az egyetlen, ami önálló és jogosult, POSPÍŠILI megfogalmazásában is kielégítő attribútumnak tekinthető. Zavaró mozzanat azonban még ennek meghatározásában is található. Egy olyan megfogalmazással szemben, amely szerint a jogot „operatívává” a „kikényszerítés” teszi,<sup>84</sup> POSPÍŠIL ellenvetéssel él: kijelenti, hogy a „kikényszerítés” nem tesz kevesebbet, mint „alkotja” a jogot.<sup>85</sup> Ehhez aztán hozzáteszi: „A szankció úgy jelenik meg jogi kritériumként, mint egy olyan kijelentés, amit a jogi autoritás döntésébe belefoglalt – és bizonyosan nem olyanként, amit végre is

<sup>83</sup> Pospíšil (1971), 81. o.

<sup>84</sup> Sally Falk Moore *Law as Process An Anthropological Approach* (London & Boston: Henley & Routledge and Kegan Paul 1978), 79. o.

<sup>85</sup> Pospíšil 'A Dynamic View of Law', 237. o.

<sup>86</sup> Pospíšil (1971), 92. o.

hajtottak.”<sup>86</sup> Igen ám, de mi történik akkor, ha például színpadiassá válik az autoritás döntési eljárása? Ha akár hagyománytiszteletből, akár formális szabályszerűség okából kimondja ugyan a szankcionálást, de végrehajtása már elmarad – és ez olyan körülmény, amivel már előzetesen is mindenki számol? Avagy, ha esetleg szimbolikussá válik a szankcionálás aktusa – jelezvén még ősi tradíciók túlélő nyomát, egyszersem az azonban az idők változását? Hiszen tudunk olyan példákról, amikor egész élő közösségek joggyakorlata vált szimbolikussá. Például a zsidó diaszpóra *talmudi* jogában ilyen gyakorlat fűződött HILLEL értelmezéséhez, mely megváltozott életfeltételekre hivatkozva föloldást adott az alól, hogy a szabályokat szigorúan kövessék. Szimbolikus aktusokat iktattak életükbe, kiiktatva ezzel annak lehetőségét, hogy a szabálykövetés előfeltétele egyáltalán bekövetkezzék, vagy a szabályszegés következménye szankcióként hasson.<sup>87</sup> Vélhetnénk: olyan fejlemény ez, amely szükségképpen visszahat az autoritásra, nyomatékosan kifejezve növekvő súlytalanodását. Ámde mi a helyzet akkor, ha mindez az autoritás cinkos kacintásával történik? Ha HILLELLEL szembefordulva egy másik értelmezésben, SHAMAÏ iskolájában – amiként ezt a Babilóniai *Talmud* elbeszéli –, bizonyos SÁMUEL rabbi az éghez fordul, hogy a két nézőpont ellentmondó feszítésében megtudja az Igazságot, ám egy hang onnan így válaszol: mindkét vélemény az Élő Isten igéjét fejezi ki?<sup>88</sup> POSPÍŠIL fenntartása miatt tehát a szankció mint ismérv szintén értelmét veszti. Még azt a végső kritériumszerepet sem töltheti be, amihez – mint ismeretes – még a normativizmus is a jogi jelleg („érvényesség”) fogalmát, értelmességét kapcsolta – azt tudniillik, hogy az „egy nagyjából hatékony jogrendhez tartozzék”.<sup>89</sup>

Kritikánk látszólag megsemmisítő. Azonban csak ténylegesen támadható pontokra mutat rá: olyan körülményekre,

<sup>86</sup> Vö. a jelen szerzőtől 'Egy élet a századelőn' *Valóság* XXIV (1981) 3, 115. o.

<sup>88</sup> Chaïm Perelman *Droit, morale et philosophie* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1968), 105–106. o.

<sup>89</sup> Hans, Kelsen 'A Tiszta Jogtan és az analitikus jogelmélet' [1941] in *Jog és filozófia* szerk. Varga Csaba (Budapest: Akadémiai Kiadó 1981), 238. o. [*Jog és filozófia* szerk. Varga Csaba (Budapest: Osiris 1998) {jogfilozófiák}].

amik akkor támadhatók csupán, ha valóban eltérő kultúrák összehasonlító tanulmányozására törekszünk.

Abban a törekvésében viszont, hogy a jogit a szokás-szerűtől elválassza, POSPIŠIL sikerrel járt. Kifejtése erejét ugyanakkor gyengíti, hogy nem kíván a jognak társadalmi méretű rendező szerepet tulajdonítani (feltehetően azért, hogy lehetővé tegye a jognak csoportjelenségként történő értelmezését), sőt rendező szerep tényleges betöltéséhez (betöltöttségéhez) sem kívánja kapcsolni (feltehetően azért, hogy a jogot hatósági döntésre vezethesse vissza).

Ugyanakkor nem hagyhatjuk figyelmen kívül a kulturális viszonylagosságot sem – azt, hogy a jog két alapvető mintája (a konfliktusfeloldás és a konfliktuseldöntés<sup>90</sup>) eltérő eszményeket sugall. Hiszen a konfliktuseldöntés fejlettebb formái szabályhoz és szabályalkalmazó eljáráshoz kapcsolódnak. A konfliktusfeloldás viszont óhatatlanul ezek gyengítése irányában hat. Ez utóbbi a külső döntést nem feltétlenül követi, sőt a szabály is csupán irányelvként szolgál – formális meghatározások helyett tehát egyéb tényezők kerülhetnek a konfliktusfeloldás során előtérbe.<sup>91</sup>

POSPÍŠIL elgondolkodtató dilemmákat vázol fel. Megkülönböztető ismérvei mégis inkább adalékokkal szolgálnak egy jogfogalomhoz, semmint önmagukban a jog – vagy akár primitív előformái – kielégítő meghatározása elemeinek műnősülhetnének.

### III. A JOG ÉS VÁLTOZÁSA

#### 1. A társadalmi normák szétválása

Az előbbieket a jog statikájának egyféle képét adták; a maga módján ez máris dinamikájának jelzéséhez torkollott.

A jognak társadalmi erőszakként történő jellemzése eleve társadalmi mozgásában helyezte el a jogot. Annak dilemmá-

<sup>90</sup> René David 'Deux conceptions de l'ordre social' in *Ius privatum gentium* Festschrift für Max Rheinstein, I (Tübingen: Mohr 1969).

<sup>91</sup> Roberts (1979), 135–136. o.

ja pedig, hogy szabályként, tényként vagy elvként határoz-  
zuk-e meg, azzal a tanulással szolgált, hogy bármiképpen  
válasszunk is, a jog nem szűnik meg egy élő folyamat része  
és tényezője lenni. Ugyanakkor olyan összetett jelenség,  
hogy mindenkori állapotában és szerepjátszásában mind  
elvont szabályként, mind hatósági döntésként és/vagy tény-  
leges magatartásként történő kifejeződései s társadalmi ha-  
tásgyakorlásai óhatatlanul egymással versengenek – olyan  
módon, erővel és hatással, hogy maga a jog is leginkább  
pusztán ezek konfliktusának az eredményeként határozható  
csak meg. A politikum esetlegességei és a szokás formátlan-  
ságai között elfoglalt – mozgó – helye eleve sejtetni engedi,  
hogy egyértelmű meghatározására aligha számíthatunk, s  
így magában a valóságban leginkább átmeneti megnyilvá-  
nulások tömegével találkozhatunk. Tudatában kell lennünk  
továbbá annak, hogy valamiféle zárt valóság-tömböt még  
ezek az átmeneti sávok sem alkotnak. Sőt mi több, ez az  
átmenetiség a jelenség valóságos mozgásában is megnyilat-  
kozik. Elmondható hát, hogy a jogi jelleg mindenkor és  
legfeljebb csak egy a jogi felé tartó, illetőleg a jogtól elvezető  
mozgásban ragadható meg – mint e megszakítatlan folya-  
matnak egyetlen pillanatnyilag körülhatárolt állapota. Mindez  
nagyfokú dinamizmusra utal. Jelzi, hogy a jog statikus vizsgá-  
lata aligha lehet több, mint csupán egy fejlődésbeli állapot  
pillanatfelvételszerű rögzítése. Ez kétségkívül több szem-  
pontból is tanulmányos lehet, ám önmagában a jog voltaképpe-  
ni természetének tükrözésére képtelen. Pedig még meg sem  
fogalmaztuk megalapozó jelentőségű kérdéseinket. Például:  
az emberi társadalommal egyidős-e a jog, vagy olyan törté-  
nelmi ismérvekkel rendelkezik, amelyek csak a civilizációs  
fejlődés meghatározott fokán jöttek létre? Valamilyen egysé-  
ges ősi szabályrendszer differenciálódásának terméke-e a  
jog, vagy olyan szabályozási forma, amely már legkoraibb  
megnyilvánulásaiban is más szabályozásokkal párhuzamo-  
san létezett? És mi hordozza voltaképpen a jogot? Társadal-  
mi csoport, maga a társadalom, vagy a társadalom meghatá-  
rozott intézményesedése?

a) *Jognélküliség és az egységes ősi szabályrendszer dilemmája*  
POSPÍŠIL a hajdani aranykor mítoszából eredezteti<sup>92</sup> és ROUSSEAU-n keresztül a MARXI hagyományig vezeti vissza a jognélküliség eszméjét:

S lett legelőbb az aranykorszak, mely nem fenyítéstől s törvénytől, hanem önként folyt becsületben, erényben. Félelem s megtorlás nem volt, felszegzett érc bős szót nem mutatott, a tömeg nem nézte riadtan esdve a bíróját, bírátlan volt ki-ki biztos.

POSPÍŠIL már HOEBELből azt olvasta ki, hogy emberi társadalom jog nélkül nem létezhet.<sup>93</sup> Utolsó szintézisében pedig HOEBEL kifejezetten is rögzíti, hogy „minden társadalomnak van jogrendszere”. Pontosabban: „A jognak foga van, mellyel harap. Társadalmi normák összességéből áll, melyektől az eltérést gazdasági vagy fizikai büntetések kirovása befolyásolja, mely büntetéseket a kellő eljárás normái alapján az ilyen eljárásra autoritással rendelkező személyek hajtják végre.” Továbbfolytatva: a jog önmagában történő jellemzéséhez négy funkcióból kell kiindulnunk, amik alapvető fontosságúak a „társadalmak és kultúráik fenntartásához”: 1. a társadalom tagjai között kötelező, megengedett és tiltott cselekmények meghatározása; 2. autoritás kijelölése; 3. a zavart okozó esetek megoldása révén a társadalmi harmónia mindenkori visszaállítása; és végül, 4. az életviszonyok változásával a viszonyok rendjének folyamatos újrameghatározása.<sup>94</sup>

A funkció gondolatát viszi tovább POSPÍŠIL, mikor a nyugati gondolkodásmódot azzal vádolja, hogy a formalitást s az intézményesedést abszolutizálja; és az antropológiai funkcionális alapvető felismeréseként nyilvánítja ki, hogy a döntően személyes meggyőzésre hagyatkozó és formákhoz nem kapcsolt törzsi autoritás ugyanolyan szerepet tölt be saját közegeiben, mint az intézményesített hivatal nevében gyako-

<sup>92</sup> Publius Ovidius Naso *Átváltozások* [Metamorphoses] ford. Devecseri Gábor (Budapest: Európa 1964), I. könyv, 89–93. o.

<sup>93</sup> Pospíšil (1973), 550. o.

<sup>94</sup> E. Adamson Hoebel 'Primitive Law' in *Encyclopaedia Britannica* 14 (1974), 1037. és 1039. o.

rolt formális jog az egyéb társadalmakban.<sup>95</sup> Ez a gondolat a történeti-antropológiai irodalomban szükségképpen visszatérően jelen van. Az állam születésének összehasonlító történeti szintézise például így összegez: „Az államok s a főnöki hatalmon nyugvó társadalmak egyaránt rendelkeznek a jog legszükségesebb összetevőivel, így a központi autoritással, mely létrehozhat magatartási szabályokat, kikényszerítheti azokat, és ítélkezhet is ezek megszegése esetén.”<sup>96</sup>

Ugyanakkor ellenérvként felvethető, hogy az ilyen képződményeknek joggá minősítése legfeljebb csak látszattörténetiséget eredményez. Hiszen a jelen és múlt szabályrendszereiben rejlő hasonlóságok maradéktalan azonosítása bizonyosan erőltetett, és egy ilyen funkcionális felfogásból szükségszerűen éppen az fog majd kiesni, ami pedig éppen több ezer éves civilizációs fejlődésünk terméke.<sup>97</sup> Ugyanakkor a jogi jelleg csupasz tagadása sem lehet megoldás; tudjuk, hogy valamilyen az egyetemes fejlődésen belül értelmezhető és értelmezendő fokozatok kérdéséről van itt szó. Következésképpen az antropológia funkcionális szemlélete valóban lényeges mozzanatokra utal – még akkor is, ha hangsúlyaiban esetleg torzít, mert fokozati különbségek helyett fogalmi azonosságot kísérel meg bemutatni. Emlékezzünk arra, hogy FRIEDRICH ENGELS is – BACHOFEN 'anyaajog'-áról szólva – így fogalmazott: „a rövidség kedvéért megtartom ezt a nevet. A név azonban fonák, mert ezen a társadalmi fokon jurisztikus értelemben véve jogról még szó sincs.”<sup>98</sup> És a vadászatban megvalósuló kooperáció kapcsán LUKÁCS GYÖRGY is olyan „komplexusról” emlékezett meg, „amelynek a társadalmi aktivitások jogi szabályozását kell elvégeznie”.<sup>99</sup>

Nos, a társadalom egységének fenntartása érdekében már a fejlődés korai fokain is a befolyásolás olyan eszközei jönnek létre, amelyek nem formalizáltak vagy intézményesítettek ugyan,

<sup>95</sup> Pospíšil (1978), 650. o.

<sup>96</sup> Service (1975), 90. o.

<sup>97</sup> Kulcsár Kálmán *A jogszociológia alapjai* (Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1976), 143. o.

<sup>98</sup> Friedrich Engels 'A család, a magántulajdon és az állam eredete' [1884] in *MEM* 21, 43. o.

<sup>99</sup> Lukács György *A társadalmi lét ontológiájáról* II, ford. Eörsi István (Budapest: Magvető 1976), 208. o.

saját közegükben mégis ugyanazokat a feladatokat töltik be, mint az állam jogaként később megjelenő szabályrendszerek. A társadalmi rend funkciója felől szemlélve ezek jognak minősülhetnek, noha nem rendelkeznek azzal a többlettel, amit a kifejlett jogban az állami kényszermonopólium s a társadalom végső egységének elkülönült intézményrendszerrel és technikalitással történő biztosítása jelent. Mihelyt e jog létrejön, a dolgok természetétől nem idegen, hogy immár ez utóbbinak a fejlettebb sajátos vonásai kerüljenek előtérbe. Ugyanakkor korántsem szükségképpen, hogy ezzel egyidejűleg a modern jogszemlélet teljességgel elsöpörje az antropológiának a rend és rendezés funkciója felől induló érdeklődését, ami nyilvánvalóan a sajátos jogi előzményét érzékeli azokban a befolyásolási rendszerekben, amelyek saját közegükben a modern joghoz rokonítható szerepet tölthettek valaha be. Ezért dialektikus – az azonosság és különbözőség elemeire egyaránt rámutató – ENGELS és LUKÁCS szóhasználata, mely utalt a származásbeli összefüggés mögött megbúvó funkcionális kapcsolatra, ugyanakkor nem homályosította el azt a többletet sem, ami történelmileg csupán a kifejlett jog intézményesedésében, eszköztárában és funkciójában jelenhetett meg.

Az előbbi kérdés azonban feltételez egy további kérdést is, melynek tárgya a szabályrendszernek eredete. Egy ilyen lapangó kérdésre utal az alábbi felvetés és problémázás is: „Vagy jognak kell tekintenünk a primitív társadalomban uralkodó magatartási szabályok összességét – mert nem tudunk különbséget tenni közöttük –, és ez nyilvánvaló képtelenség, vagy pedig el kell ismernünk, hogy ezekben a társadalmakban, ahol nincs állam, nincsen jog sem.”<sup>100</sup>

A kérdés tehát így szól: vajon a vallási, erkölcsi, jogi szabályozó rendszerek születését egy egységes ősi szabályrendszer differenciálódásaként kell-e felfognunk, vagy ehelyett inkább párhuzamos fejlődési pályákként, melyek legősibb megnyilvánulásaikban is bizonyos különállással rendelkező képződményeket testesítettek meg? A MARXISTA gondolkodási hagyomány az első válaszlehetőséget részesíti előnyben. Például A. I. PERSIC a törzsi társadalom „mono-normájáról” szól, melyben a jogi és

<sup>100</sup> Kulcsár (1976), 146. o.

az erkölcsi még nem vált szét egymástól.<sup>101</sup> Az alapul fekvő társadalomfelfogás szerint a korai formációkban a mindenkor áthagyományozott érvényesült. Választásra nem nyílt tér, a társadalmi fejleményekre stagnálás volt jellemző. Még a személyiség tudata sem alakult ki. A primitív mentalitásra egyébként is az absztrakciós készség teljes hiánya nyomta rá bélyegét.<sup>102</sup>

POSPÍŠIL mindebben (és mindenben) a nyugati világkép kategorikus abszolutizáló hajlandóságát véli felismerni. A nyugati ember az, aki fokozati különbségek helyett dichotomikusan szembeállított kettősségekben gondolkodik. Ez magyarázza a „primitív” és „modern” túlzó szembeállítását is. Csupán az arányérzék helyreállításának szükségessége példázatául írja: az európai civilizációtól a legújabb időkig érintetlen *kapauku* pápuák körében már emberemlékezet óta individualizmus, nyereség-orientáltság s a gazdaság tisztelete uralkodik; időtlen idők óta kitalálták már a pénz, adásvétel, takarékoság, kamat, tőkespekuláció, sőt a kereslet és kínálat törvényétől meghatározott árak és árupiac intézményét is.<sup>103</sup>

Egy egységes ősi szabályrendszer képzete aligha más tehát, mint egy tisztán spekulatív gondolkodás terméke. A mai kortárs ún. primitív társadalmak a normarendszereknek már kezdetleges fokon is megvalósult differenciáltságára és párhuzamos, olykor egymással versengő érvényesülésére látszanak utalni. Az észak-rhodéziai *borotse* népességnél például az eszményi magatartásmintát követő ember *mutu yalukile*, míg a csupán minimum-standardot teljesítő *mutu yangana*.<sup>104</sup> A *kapauku* pápuák szintén különbséget tesznek *kou dani maagodo enaa* [‘így valóban jó’] és *kou dani tija* [‘így szokás; így kell’], vagyis egyfelől az eszményi, másfelől az eltűrt, védett vagy elvárt szférája között.<sup>105</sup> Ausztrália őslakosainak házassági

<sup>101</sup> A. I. Pershits ‘The Primitive Norm and Its Evolution’ *Current Anthropology* 18 (1977) 3.

<sup>102</sup> Sz. A. Tokarev ‘Problemü obščesztvennogo szoznanija doklasszovoj epoki’ in *Okhotniki, Szobirateli, Rüblovü* (Leningrad: 1972), 268. o.

<sup>103</sup> Pospíšil (1971), 341. o.

<sup>104</sup> Gluckman (1955), 125–126. o.

<sup>105</sup> Leopold J. Pospíšil ‘Recht contra Moral: eine Lösung für das Problem des australischen Acht-Klassen-Heirats-Systems’ in *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen* hrsg. Wolfgang Fikentscher, Herbert Franke, Oskar Köhler (Freiburg & München: Alber 1980), 237. és 262. o.

formuláinál kifejezetten is elkülönül egymástól ez a két tartomány.<sup>106</sup> A *kapauku* pápuák bizonyos magatartásokat (például újszülött születésekor az apának a születési ceremónia előtt étkezését, avagy egy rokon férjet elhagyó asszony nőülvételét) helytelenítenek ugyan, de önmagában büntetendőnek nem tekintik; jogeseteiknél pedig átlagosan minden tizenötödik alkalommal előfordul, hogy a hatósági döntést mint a jogból következőt elfogadják ugyan, ám magukban mégis igazságtalannak ítélik.<sup>107</sup>

*b) Társadalom vagy csoport hordozza-e a jogot?*

„Nincsen egyetlen emberi társadalom sem [...], amelyben egyetlen összefüggő jogrendszer léteznék, hanem pontosan annyi ilyen rendszer van, amennyi alcsoporthoz tartozik. Fordítva fogalmazva ezt mondhatjuk: a társadalomban minden egyes működő alcsoporthoz saját jogrendszer segítségével szabályozza a tagjai közötti viszonyokat, és ez a jogrendszer – legalábbis bizonyos tekintetben – szükségképpen különbözik minden többi alcsoporthoz tartozó jogrendszerétől.”<sup>108</sup> Következésképpen POSPÍŠIL csoportnak tekinti embereket minden olyan együttesét, amelyben van valamiféle közös autoritás, ami az egymással vitába kerülőkkel szemben döntését kikényszerítheti. Csoportközi kapcsolatban ilyen nincs, tehát csakis politikai megoldás lehetséges: tárgyalás vagy közvetítés az egyetlen békésen járható út.<sup>109</sup> Ebből következik, hogy „az egyén annyi jogrendszernek van kitéve és alávetve, ahány olyan alcsoporthoz tartozik, amelynek az egyén tagja”.<sup>110</sup> Az egymással összefüggő jogrendszerek mozgásában a hatalmi központot annak a csoportnak a jogrendszere testesíti meg, amelyik az adott társadalomban a legnagyobb mérvű befolyást gyakorolja.<sup>111</sup>

Nézeteinek alátámasztására POSPÍŠIL idézi OTTO VON GIERKE,

<sup>106</sup> Uo.

<sup>107</sup> Leopold J. Pospíšil *Kapauku Papuans and Their Law*, 287–288. o.

<sup>108</sup> Pospíšil (1971), 98–99.o., lásd még 125. és 343. o.; valamint uő. 'Legally Induced Culture Change in New Guinea' in *The Imposition of Law* ed. Sandra (New York & London: Academic Press 1979), 131. o. és 'A Dynamic View of Law', 240. o.

<sup>109</sup> Pospíšil (1978), 651. o.

<sup>110</sup> Pospíšil (1971), 343. o., hasonlóképpen 107. és 125. o.

<sup>111</sup> I. m., 343. o.

EUGEN EHRLICH, sőt MAX WEBER életművét is. HOEBEL írásaiból szintén hasonló következtetést olvas ki,<sup>112</sup> noha HOEBEL csak ennyit – s nem többet – állított: „Bármely társadalom joganyagának teljes képe az Egész Nagy Joganyagával együtt magában foglalja a kisebb működő egységek jog-alatti [*sub-law*] vagy kvázi-jogi [*by-law*] anyagát is.”<sup>113</sup> Vagyis fogalmilag HOEBEL pontosan azt tagadja itt, amit POSPÍŠIL a tőle vett idézettel állítani akar. Úgy vélem, HOEBEL itt egyébként sem meghatározást ad, hanem elhatárolja magát bizonyos, a jogot csupán formális megnyilvánulásokban kereső leegyszerűsítő vizsgálódásoktól.

A történelmi példák sem mindig meggyőzőek, főként ha kiderül, hogy pusztán előzetesen kimunkált koncepciók csupasz bizonyítására szolgáltak.

Elmarasztalja például POSPÍŠIL az eszkimók kutatóját,<sup>114</sup> mert a nyári és téli szezón beköszöntével minden félévben bekövetkező jogváltást – amikor is a szűk családi életről egy nagycsaládi közösségi létbe térnek át – nem pluralizmusként értékelte.<sup>115</sup> Azonban gondoljuk csak meg: ha már ez is több jogrendszer egyidejű létét feltételeznék és eredményeznék (holott valójában lakóhely és együttlakó családnagyság ciklikus váltásáról van szó), úgy – figyelemmel például a szükségállapot bevezetésének lehetőségéről történő kötelező rendelkezésre – valamennyi modern jogrendszert is eleve megkettőzöttnek kellene minősítenünk.

Az *inkák* kapcsán megemlíti POSPÍŠIL<sup>116</sup> a kettős büntetési rendszert (mely minden társadalomban fellelhető, amennyiben nem teljességgel egalitárius, vagyis amennyiben fennmaradnak egymástól eltérő címzetti körök), és szól arról is, hogy új törzsek meghódítása és alávetése esetén azok jogát általában meghagyják – bár legfeljebb kevésbé szigorúan alkalmazzák. „Az Inka törvényének megszegésekor a bírónak bármiféle változtatás lehetősége nélkül kellett kiszabnia a büntetést.

<sup>112</sup> Uo., 102–106. o., valamint Pospíšil (1973), 546–547. o.

<sup>113</sup> Llewellyn & Hoebel (1941), 28. o.

<sup>114</sup> Marcel Mauss 'Essai sur les variations saisonnières des sociétés Eskimos: Étude de morphologie sociale' in *L'année sociologique* 2 (1906), 103–124. o.

<sup>115</sup> Pospíšil (1971), 101. o.

<sup>116</sup> I. m., 114–115. o.

Ezzel szemben bizonyos mértékig szabad keze volt akkor, amikor helyi szokásszabályokból kiindulva kellett ítélnie, hiszen e szokások a közhatalmat kevésbé érdekelték.<sup>117</sup> E példa azonban aligha mond többet, mint amit a középkori európai központosító törekvések vagy az angolszász kolonizáció jogi instrumentumtára kapcsán egyébként is megfigyelhettünk. Mindezek valójában a helyi változatosságot engedték tovább érvényesülni – úgy azonban, hogy a központi akarat szétszűgároztatásáért felelős bírák és tisztségviselők személyes elkötelezettsége révén egyszersmind biztosították e helyi jogalkalmazások végső soron harmonizáló egységét.

POSPÍŠIL történelmi emlékeztetőjében Kína a legösszetettebb példa. „Kínában a céhek sohasem a jog keretei közt működtek. Eleve a jogon kívül létesültek, és mint társaságok sohasem ismerték el a polgári törvényt; nem is igényeltek oltalmat tőle.” Saját kebelükben létrehozott, maguk által választott bizottságok intézték ügyeiket; ezek a bizottságok végső soron kiszabhattak halálbüntetést is.<sup>118</sup> Ám nem érvényesült más az újkor Európájában sem a városállamokon belül. A fenti problémázás mögött felbukkanó voltaképpeni kérdés ugyanakkor minden egyes államterületen belül élő, az állam jogát viszont gyakorlatilag tagadó közösség esetében felvetődik. Kína sajátos helyzetét inkább az állami, tartományi, falusi, nagycsaládi és családi szintek különválása jellemzi,<sup>119</sup> s ebből POSPÍŠIL arra következtet, hogy a központ szerepét a család töltötte be.<sup>120</sup> Indokként ennyit hoz föl csupán: a család kollektív felelőssége érvényesült, sőt egyenesen „úgy tekintettek a családra, mint a kormányzat modelljére, s az államot egyenesen úgy fogták fel, mint egy nagy családot”.<sup>121</sup> Mindez azonban korántsem a pluralitás következménye volt, hanem az átfogó felsőbb autoritás joga mondotta ki, hogy felelősségi szempontból a családot egységnek kell tekinteni. Ugyanakkor korántsem egyér-

<sup>117</sup> Louis Baudin *L'empire socialiste des Inka* (Paris: Institut d'Ethnologie 1928), 183. o. [Travaux et Mémoires de l'Institut d'Ethnologie V].

<sup>118</sup> H. B. Morse *The Guilds of China* (London: Longmans, Green 1909), 27. o.

<sup>119</sup> Pospíšil (1971), 112. o.

<sup>120</sup> I. m., 117. o.

<sup>121</sup> Kenneth Scott Latourette *The Chinese Their History and Culture*, II (New York: Macmillan 1934), 183. o.

telmű, vajon a család valóban jogalkotó tényező szerepét töltötte-e be, vagy csupán a jogot kell ekkoriban nagymértékben fejletlennek mondanunk. Ez az önmagában jogosult kérdésfeltevés viszont rögvest értelmét veszti, mihelyt ugyanezt az értékelést POSPÍŠIL a XX. század Amerikájára is kivetíti. Hiszen elméletének értelmében azt állítja: saját joga lehet egy bünszövetkezetnek vagy bármiféle egyéb fórumnak egyaránt, ahol panaszok intézése, viták eldöntése folyik.<sup>122</sup> Sőt, POSPÍŠIL ma már azt is elmondhatja, hogy egy átlagos – például amerikai – család is saját jogrendszerének hordozója, melyben az autoritást a férj vagy feleség, avagy egyidejűleg mindkettő képviseli.<sup>123</sup>

Láthatjuk, hogy egy ilyen végkövetkeztetés már nyíltan mutatja az egész elgondolás abszurditását.

A családon belüli jogszerű rendezések megítélése tekintetében az antropológiai irodalom egyébként is teljességgel tanácstalan: tudomást sem vesz a kérdésről,<sup>124</sup> fenntartásait hangoztatja csupán,<sup>125</sup> vagy egyenesen axiómaként leszögezi, hogy a házon belüli családi veszekedésekben közvetítő autoritásnak semmi köze a joghoz. Ezzel kinyilvánítja azt, amit józan eszünkkel magunk is vélelmezünk, nevezetesen: a jognak családfelettinek kell lennie. Az autoritás és a szankció viszont nemcsak világi eredetű és fizikai jellegű, de a szentség jegyeivel rendelkező, sőt természetfeletti is lehet.<sup>126</sup> A jog alapegységül így csak egy hierarchikusabb felépítésű társadalmi entitás szolgálhat.

Mindezen túl szót ejthetünk POSPÍŠIL gondolatának következetlenségéről is. Hiszen az 1. ábra kapcsán már láttuk, hogy a jogot eleve csoporton belüli jelenségként határozta meg, s az autorizáltság tényéhez kapcsolta. Ám ha ezt alapgondolatként fogalmilag következetesen végigviszi, úgy az erőszak fajtáinak rendszerezésében nem tudja elhelyezni a csoporton

<sup>122</sup> Leopold J. Pospíšil 'L. Nader (ed.): No Access to Law' *American Anthropologist* 84 (1982), 428. o.

<sup>123</sup> Pospíšil (1971), 122. o.

<sup>124</sup> Roberts (1979), 196–197. o.

<sup>125</sup> Morton Fried *The Evolution of Political Society* (New York: Random House 1967), 90–94. o.

<sup>126</sup> Service (1975), 90–91. és 295. o.

belül párhuzamosan érvényesülő olyan autorizált erőszakformákat, mint amik például a vallás, erkölcs, politika vagy testületi élet égisze alatt öltenek testet. Pontosabban szólva: egyféle módon tudja csak ezeket elhelyezni (és példáiból kitetszik: ez a szándéka is), ám fogalmi következetessége ekkor már doktrinerséggé torzul. Hiszen minden ilyen erőszakot – amennyiben hatékony – eleve csoportképzőnek, ennél fogva autorizálnak, tehát *per definitionem* jognak nevez.

Ám bármennyire kemény tények, józan megfontolások támogatják is kritikánkat, a bírálatból semmiféle válasz nem adódik az alapkérdésre, mellyel POSPIŠIL mindvégig vívódott. Ez pedig a jog hordozóinak körülhatárolása. Hiszen jogtörténeti példáink s jelenkori jogunk fejleményei egyaránt határesetek sokaságát vonultatják fel. És az a látszólagos marginália, ami a nyugati civilizáció szakképzett jogásza számára esetleg csak peremterületként, joga érvényesülésében befolyásoló szerephez jutó pusztá adalékként jelenik meg, a primitív civilizáció antropológus kutatója számára fő vizsgálódási tárgyá léphet elő, hiszen az általa vizsgált szociális létben többnyire ez az amorf, fogalmi behatárolást nehezen tűrő befolyásolási mechanizmus az egyetlen közeg, mely a végső társadalmi rendezésben tényezőként szerepel.

### *c) A jog lehetséges fogalma*

Ha a jog értelmes fogalmához kívánunk eljutni, figyelemmel kell lennünk a megjelenési formák és átmenetek sokaságára, ám ugyanakkor arra is, hogy a jelenséget mindig konkrét közegében kell vizsgálnunk – mert egy külső nézőpontból történő megítélés már egy eleve kialakított, eldöntött, prekonceptcionált irányba viheti az eredményt. Ezért válhat kétségesse következtetésünk, ha például a konkrét működést s funkcióbetöltést figyelmen kívül hagyva csupán formális jegyekre ügyelünk. Ha feltételezzük például, hogy egy államilag nem szervezett, de saját szabályozó rendszerrel rendelkező társadalom hódítás útján egy államilag már szervezett másik társadalom ellenőrzése alá kerül, ez utóbbi azonban megelégszik bizonyos gazdasági, védelmi vagy politikai szolgáltatással, és amennyiben ezt biztosítottnak tudja, úgy a meghódított saját berendezkedését érintetlenül hagyja – nos, az „államiasítás”

pecsétjére figyelemmel a hódító szemszögéből a meghódított szabályozó rendszerét kétségkívül joginak kell tekintenünk. Ám ez utóbbi megítélése szempontjából jelenthet-e értékelhető változást, hogy e rendszer egy másik rendszer beszámítása alá kerül? Kap-e önmagában ettől olyan többletminőséget, hogy ennek elenyészésével (például amennyiben a hódító társadalomszervezete utóbb felbomlik) e minőség is szükségképpen elenyésszen, és a kérdéses szabályozó rendszer ismét jog előtti állapotába hulljon vissza?

Ezért az alábbiakban – jogbölcseleti és makroszociológiai nézőpontok alapján – néhány társadalmi megfontolás figyelembevételét javaslom. Ezek szerint

1. a jog a társadalom egészét átfogó globális jelenség. Ennek értelmében bünszövetkezetek (maffia, *Casa Nostra*), gazdasági társulások (céhek), titkos társaságok (vallási vagy politikai szerveződések: ókeresztények, GARIBALDIS-ták), és további egyéb egyesület-, klub- és pártszerű képződmények egyaránt kiesnek a jog hordozói köréből – már amennyiben a társadalom területi szinten szervezett, és a kérdéses csoportszerveződés kizárólag az úgynevezett tagokra terjed ki, tehát nem egyetemes. Amennyiben pedig a társadalom szervezete még perszonális, úgy az elhatárolást az fogja megadni, vajon a kérdéses szerveződés kirekesztő-e, vagy elvben mindenre kiterjed, aki a perszonális kategóriáknak megfelel. Következő megfontolásunk szerint

2. a jog a társadalmi gyakorlatban alapvetőként felmerülő érdekkonfliktusokat rendező jelenség. Az adott társadalomban funkcióbetöltése igényében is elsőnek kell lennie. Kellően alapvető viszonyokat kell szabályoznia ahhoz, hogy társadalmat létrehozó (például határait megvonó) szerepet betölthessen. Az európai városállami fejlődésben például egy céhszabályzatról akkor mondható ez el, ha társadalmat átfogó általánosságra tesz szert. Ha tehát csupán részvontakozásokra (például a céhen belüli életre vagy a céhtevékenység szempontjából releváns külső kapcsolatok rendjére) szorítkozik, úgy vagy a jogba integráltan, vagy a joggal párhuzamos, ámde eltérő minőségű szabályrendszerként fogható csak fel. Átmeneti helyzetben – államilag szervezett hatalmi berendezkedések felbomlása következtében –

gyakran politikai pártszerveződések jutnak olyan szerephez, hogy a bekövetkezett új kitöltőiként a társadalom alapvető szabályozó tényezőjévé növekedjenek. Végezetül szektaszzerű kizárolagosság-igénnyel rendelkező s az életviszonyok minden területén önnön parancsai érvényesítésére törekvő vallási közösségekben fordul olykor elő, hogy önmagukat önfenntartó társadalomként megszervezve vallási normarendszerükkel mint jogrendszerrel éljenek. Kvéker közösségek például ennek elérését vagy a civilizációból kilépve (mint a XVIII–XIX. századi brit kivándorlók), vagy a civilizáción belül elkülönülve (mint a XIX–XX. századi amerikai telepések) kísérelték meg. Végezetül,

3. a jog az adott társadalmon belül a legfőbb szabályozó és befolyásoló erővel rendelkező jelenség. Amennyiben a társadalomban több normarendszer érvényesül, úgy az minősül joginak közülük, amelynek eljárásához konfliktushelyzetben a biztos siker reményében folyamodhatunk egy végső megoldás kikényszerítése céljából. Az eljárási hatékonyság persze tiszta formában sohasem érvényesül. Vajon a texasi vagy a csuvas jog abból meríti-e jogi jellegét, hogy fölötte amerikai vagy orosz szövetségi jog érvényesül? Miképpen értelmezzük a saját eljárás szupremációját, ha kisebbségi vagy emberi jogi ügyekben ezzel szemben még nemzetközi fórumokhoz fellebbezhetünk? Mi a helyzet akkor, ha bűnszövetkezetek, titkos társaságok, politikai vagy vallási szerveződések olyan módon kísérlik meg saját tekintélyüknek elsőbbséget biztosítani, hogy kényszerítéssel (például gyilkossággal) akadályozzák meg konfliktusaiknak külső fórum döntése elé vitelét?

E három megfontolásnak egymást erősítő halmazként lehet jelentősége. Minél teljesebben mutatkoznak hát és minél erőteljesebben jellemzik a kérdéses jelenséget, annál nagyobb az esélye annak, hogy – legalábbis szociológiai-antropológiai értelemben – jogról beszélhessünk. Mindez persze már csupán módszertanilag is teljes tagadása ПОСПИШ. fogalmi merevségének és szigorúságának.

Ezek a megfontolások ugyanakkor alkalmasak arra, hogy segítségükkel további fogalmi elhatárolásokkal élhessünk. Azok az erkölcsi, vallási vagy szokásjellegű normarendszerek, amelyek felhasználását a jog általában lehetővé teszi, eseti jogi relevanciájuk ellenére sem minősülnek jogrendszernek,

noha magában a jogban normapótló szerepet töltenek be. És csupán a jogi jelleg megléte vagy meg nem léte kérdésében különböznek a szubszidiaritástól, mely fogalom egy összetett jogrendszer alrendszerei közötti viszonyt juttatja kifejezésre. Így szubszidiárius lehet egy átfogó jogrendszer (például a római *ius commune scriptum* az újkori Európában), ha annyiban alkalmazandó csupán, amennyiben a helyi (állami, tartományi vagy városi) rendezés részletesebb szabályozást még nem végzett el. De szubszidiárius lehet egy helyi (például bennszülöttek kultúrájában élő) jogrendszer is, ha akkor és annyiban alkalmazandó csupán, amikor és amennyiben egy átfogó (gyarmatosítói) rendezésnek nem mond ellent. Mindkét esetben olyan rendszerekről van szó, amelyek önmagukban is jogi jellegűek, hódítás vagy hatalmi koncentráció eredményeként azonban úgy alakultak utóbb a körülmények, hogy egy átfogóbb rendszer alrendszereivé lettek szervezve. A jog köréből kihullanak továbbá azok a normarendszerek is, amelyek pusztán valamiféle többletről rendelkeznek (például pártnormák vagy egyesületi szabályok), avagy csupán részben eltérő szabályozásra vagy eljárásra törekszenek (például a zsidó rabbinikus joghagyomány, hiszen üzletemberek is a századelő Magyarországon egymás közti vitáikat gyakorta hitközségeik informális fórumai előtt döntötték el). Ez utóbbiaknak közös jegye, hogy pusztán csoportszinten jelennek meg. Nem versengenek tehát a joggal, miközben a jog érvényesülését nyíltan befolyásolhatják – hiszen a jogérvényesülés társadalmi összetevői körében játszanak aligha elhanyagolhatóan fontos szerepet.<sup>127</sup>

Határhelyzetek adódnak a közelmúltból is. Miképpen értékeljük például EUGEN EHRlich századfordulós élményét a galíciai, boszniai, montenegrói, albán népcsoportok szokásjogi berendezkedésének összetettségéről és az osztrák birodalom peremterületei jogi mozaikjáról, mely évszázadok töretlen hagyományaitól erősítve folyvást újratermelte önmagát mint közössége átfogó, alapvető és végső fokon szabályozó rendszerét – pusztán azért, mert az államhatalom erőtlensége és/vagy érdektelensége folytán csupán politikai meghódítá-

<sup>127</sup> Kulcsár (1978).

sukra került sor, de nem arra, hogy minden egyes népcsoport életét az államhatalom joga alapján vagy ellenőrzése mellett újraszervezzék? Annak egyszerű ténye tehát, hogy Czernowitzban EHRLICH láthatta a Monarchia bíróságait s az elébük vitt ügyekre általuk alkalmazott osztrák polgári törvénykönyvet, kevésnek bizonyult ahhoz, hogy a hivatalos jog tényleges jelenlétéről és érvényesüléséről őt meggyőzze, s néhány pacifikált városi központon túl a sok százezres helyi közösségek valóságos jogi szabályozó rendszereit ne hagyományos berendezkedéseikben keresse. – Avagy miképpen vélekedjünk arról, ha az államhatalom jobbára látszaturalmat gyakorol, tevékenysége pedig egyszerű fantázia-törvények kibocsátásában merül ki? Etiópiában, tudjuk, élnek még állami uralomtól soha nem érintett kőkorszaki törzsek. Ugyanakkor állami berendezkedésük kezdetlegessége, lakosságuk analfabetizmusa, a modernizációt sikerrel gátló vallási és etnikai megosztottságuk folytán az utolsó császár jogreformja is – ez a nemzetközi jogáshírességektől íróasztal mellett kifundált polgári törvénykönyv, mely arra volt büszke, hogy az emberi civilizáció mindenféle jogi értékéből (Babilóniától Kaliforniáig a cárizmuson keresztül) egyaránt merít – csupán a fővárosban érvényesült. Vajon e kódex egyébként is kudarcba fúlt kibocsátása megszüntette volna az egyes törzsek évezredek óta töretlenül érvényesülő szabályrendszereinek jogi jellegét? Vagy éppen ellenkezőleg: azért, mert e vallásban hagyományosult jogrendszerek tovább éltek, Addisz-Abeában a polgári törvénykönyv már nem is lehet jog? – Miképpen vélekedjünk továbbá a cigányságról, mely saját társadalmat alkotónak tudja magát, mások jogáról gyakran nem vesz tudomást, sőt alkalmasint azt sem ismeri el, hogy e jognak egyáltalán címzettje lenne – hiszen a vajda személyében vannak autoritásai, s közösségének vannak fórumai, melyek alkalmasak arra, hogy büntessenek vagy az igazság kiderítésében és érvényre juttatásában segédkezzenek? Az állami jog talajáról indítva fel sem vethetjük értelmesen a kérdést: vajon létezik-e önálló cigányjog? Előfordulhat, hogy még ennél is többről van szó. Jelesül a különállás tudatának s tudatos gyakorlásának előrehaladott fokáról, amikor már nem egyszerűen kivonni igyekeznek magukat az állami jog alól, de pusztán mint számukra

külső s véletlenszerű környezeti összetevőről vesznek róla csupán tudomást: valamiről, ami fenyegeti, sőt kényszerhelyzetbe is sodorhatja őket; ám pontosan úgy, mint környezetük egyéb feltételei, amiket létük élhetése végett meg kell ugyan ismerniök, de nem több vagy kevesebb, csupán annyi azonosulással, mint például a fizika alapvető törvényeit? – Esettanulmányként szolgálhat végül a katonai megszállás problematikája is. Mert miképpen minősítsük is az eredményt, ha egy hadműveletileg egyébként sikeres megszállás erőteljes partizán közösséggel találkozik (vagy hoz létre ellenhatásként), mely léte fenyegető tényével s olykor példát statuáló brutális erőszakgyakorlásával esetleg olyan nyomást gyakorol a lakosságra, hogy az kollaborálástól való félelmében esetleg még legcivilebb ügyeiben sem mer többé a megszálló vagy együttműködő államgépezet hatáságaihoz fordulni?

#### *d) Az antropológiai jogszemlélet szélsőségei*

Az antropológiai jogszemlélet felszabadító erejű, amennyiben a jogi jelenség dinamikájára és funkcióbetöltésére építve nyitottan kísérli meg a jog lényegét megragadni. Nyitottsága azt jelenti, hogy – múltat és jelent érintően egyaránt – minden szerveződést úgy kezel, mint ami előtt akadálytalanul áll az út, hogy a társadalom tényleges formálásáért és saját szabályozási rendszere elsőbbségének kivívásáért versenybe szálljon. E nyitottság persze korántsem zárja ki, hogy miután valamiféle jogiság kiformalódott, az elmélet is megkülönböztesse azt, amit ENGELS „jurisztikus”-nak nevezett. Más szavakkal: a kultúra és jog „állandóan a fokozottabb komplexitás felé haladó” fejlődésében<sup>128</sup> megkülönböztesse azt a szakaszt, amikor a jog állami technikákkal tétélezett saját formális beteljesedési rendszerét kifejleszti, s ennek érdekében hierarchikusan szervezett, fogalmilag kidolgozott, szakapparátus közreműködését feltételező rendszerré válik<sup>129</sup> – annak kifejeződéseként, hogy e jogban előtérbe nyomul a társadalmi tervezés eszközeként történő tudatos felhasználás.

<sup>128</sup> Kulcsár (1960), 160. o.

<sup>129</sup> Vö. a jelen szerzőtől *A jog helye Lukács György világképében* (Budapest: Magvető 1981), VI. fej. [Gyorsuló idő].

lás, és ez hangsúlyossá teszi szabályként kifejezését<sup>130</sup> és formális racionalizálását<sup>131</sup> is.

Sajnálatos, hogy az antropológiai irodalom figyelme mindmáig túlnyomórészt az ősi, valamint primitív társadalmakra terjedt ki, míg az államilag szervezett s jurisztikus értelemben felfogott jogot átengedte a jogászok (és részben szociológusok) kizárólagos érdeklődésének. Pedig a formális jog környezetében is fellelhetők hasonló vizsgálódásra érdemesítő problematikák. Talán éppen előbbi példáink bizonyítják: a jog határainak kérdése a modern állami szervezés peremvidékein sem érdektelenebb. Mindenesetre egyértelmű tanulságnak tetszik: akár ősi vagy primitív, akár modern határhelyzetek értékeléséről legyen is szó, nem rendelkezünk kellő fogalomrendszerrel, mely az összehasonlító tanulmányozást megkönnyíthetné, s ezzel egyfelől a szociológiai és antropológiai, másfelől a jogtudományi megközelítések között a híd szerepét (egy általános társadalomtudományi szemléletbe történő beágyazással egyidejűleg) betölthetné.

POSPÍŠIL szemlélete nem problémamentes. A végletes kifejezést is vállalva, jogfelfogását így summázhatnánk: vagy a nemzetközi jog az egyedüli jog az államok kölcsönös függőségének mai fokán, vagy minden egyes olyan csoport körében, ahol egyáltalán sikeres magatartásbefolyásolás zajlik, jogra kell bukkannunk. POSPÍŠIL mindenképpen helyeslendő eredeti célkitűzése az evolucionizmus és etatizmus dogmáinak meghaladására irányult, ám végső következtetéseiben maga sem lett más, mint ellen-doktriner. Elsődleges szándéka szerint a heurisztikus fogalomalkotás érdekében szólított harcra, ám következtetéseiben mindez pánjurizmusba torkollott. Olyan elméletet dolgozott ki, amely végső soron joggá avat úgyszólván minden magatartásszabályozási rendszert. Világképéből eltűnnek az átmenetek. Szülő és gyermek kapcsolatából éppúgy jogot kreál, mint óriásbirodalmak (államigazgatások és konzern-menedzsmentek) szabályozó rendszeréből (figyelem nélkül arra, hogy ez utóbbiban százazres, milliós nagyságrendben dolgoznak ki előzetes döntési mintákat és készíténeek elő szakembereket,

<sup>130</sup> Kulcsár (1976), 180–187. o.

<sup>131</sup> Varga (1979), X. fej. 1–2. pont.

amik és akik egyaránt szükségesek működtetéséhez). POSPIŠIL-nél fenntartásokkal sem találkozunk. Átmenetek jelzései sem találhatóak művében. Sőt, mire a terepmegfigyeléseket végző antropológusból elméletgyártó társadalomtudós lesz, gondolkodásából már a genezis kutatásának szenvedélye is kiveszik, hiszen – egyetlen példára szorítkozva csupán – a *kapauku* pápuák esetében is hajlandó fogalmilag teljes s egyenértékű jog (és nem pusztán fejlődési átmenet) jelenlétét érzékelni, noha maga bizonyítja, hogy egységes jogrendszerrel itt pár tucatnyi együttélő kisközösség sem rendelkezik.

POŠPIŠIL fogalmi következetessége olykor már-már torzítássá fajul. Például szolgálhat erre az a mód, ahogyan a jog csoportjellegét a kínai közösségek kapcsán elemzi. Hiszen Kínában a birodalmi s a tartományi szint a jog tulajdonképpeni területe. A császári jog a végső egységet, a tartományi jog pedig a provinciális eltéréseket testesítette meg – mindkettő a *fa* alakjában, mely végső biztosítékként kívánt szolgálni, s ezért nem célozta, nem is kívánta megelőlegezni a konfliktusfeloldás mindenkori helyi gyakorlatát. Azért lehetett a család, nagycsalád és falu a *li* birodalma, mert a konfliktusok ezek körében merültek fel, következésképpen feloldásuknak is itt kellett megtörténnie. A *fa* intézményéhez akkor kellett tehát folyamodniok, vagyis a *fa* akkor szankcionált, amikor a *li* szintjén s módján nem nyertek a konfliktusra feloldást. Más szóval kifejezve, egyértelmű hát: a jog éppen azt követelte a kínaiaktól, hogy konfliktusaik a jog formális eszközeinek igénybevétele nélkül nyerjenek megoldást. Ha most viszont POSPIŠIL mindezt bárminemű megkülönböztetés nélkül joginak kezdi nevezni, éppen saját szerűségétől fosztja meg a KONFUCIUS nevével s erkölcsi tanaival jelzett berendezkedést, és értelmetlenné laposítja a távol-keleti hagyomány közös meghatározó jegyét: „nem szeretik a jogot” a kínai, koreai s japán társadalmakban. Mai rekonstrukciókból viszont tudjuk: nem más ez, mint a jog eszményének elutasítása egy szervezesebb rendezőerő, mert erkölcsi életformaként felfogott s ezért hatékony, a formális-elvont kategorizálásokat viszont egyidejűleg elutasító társadalomkép kedvéért. Ez magyarázza, hogy e kultúrákban fel sem merülhetett az *obligatio* képzete, az alanyi jog fogalmát pedig a múlt század utolsó évtizedeiben kellett megalkotniok, midőn az akkori modern európai polgári

törvénykönyvek helyi nyelvre átültetésével kellett bajlódniuk. Évezredes mentalitásuk megszakítatlanságát s törhetetlenségét jelzi, hogy a jog eszménye még évszázaddal európaizálásuk után is élő gyakorlatuktól idegen maradt. Még a nagyvárosokban sem szeretik, s a hagyományos megoldások előnyben részesítése kedvéért lehetőleg elkerülik a jogot e társadalmakban.

## 2. Jogváltozás

Az antropológiai megközelítés abból a szempontból is hasznos a jogász számára, hogy a jogváltozás összetevőit, lehetőségeit, tervezhetőségét, többlethatásait s diszfunkcióit elemzésre alkalmas izolálható területeken tanulmányozza.

### a) A jogfejlődés eszméje

A XIX. században az evolucionista gondolat mellékhatása volt az egyenes irányú fejlődés eszméje. A jogtudományban ezt sem a jogváltozás teoretikusai (MONTESQUIEU és CARL VON SAVIGNY), sem kortárs újragondolói (HOBHOUSE és HOEBEL) nem osztották. A modern jogtudományban az első evolucionista elméletet SIR HENRY MAINE (1861) fogalmazta meg.<sup>132</sup> Ezt követte ENGELS dolgozata *A család, a magántulajdon és az állam eredetéről*<sup>133</sup> (aminek formáció-elméleti megalapozása MARXTÓL, az 50-es évek végétől való). A századvégen HERBERT SPENCER, SIR PAUL VINOGRADOFF és ÉMILE DURKHEIM kutatott hasonló irányban. Az ősi és primitív társadalmak tekintetében ezek az elméletek mind a spontaneitás szerepét hangsúlyozták.<sup>134</sup> DURKHEIM a személyiségtől elvonatkoztat, s bármiféle konkrét meghatározást elvont, megfoghatatlan társadalmi erőkre történő hivatkozással helyettesít.<sup>135</sup> Egységes tipológia –

<sup>132</sup> Sir Sumner Henry Maine *A jog őskora* [1861] ford. Pulszky Ágost (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia 1875).

<sup>133</sup> Engels (1884).

<sup>134</sup> Pospíšil 'A Dynamic View of Law', 237. o.

<sup>135</sup> Leopold J. Pospíšil *Tirolean Peasants of Obernberg* (New York: Wenner-Gren Foundation for Anthropological Research 1975), 18. o. [Burg Wartenstein Symposium Paper 67].

DIAMOND<sup>136</sup> műve erre a példa – egyébként is problematikus,<sup>137</sup> ezért az elmélet legfeljebb olyan állásponttal tud azonosulni, amely szerint „nincsen automatikus kapcsolat bármely jogi intézkedés vagy gépezet és kulturális fejlődési szint között. Legfeljebb általános kapcsolódásokkal vagy irányokkal találkozhatunk.”<sup>138</sup>

A fejlődés eszméje iránti ellenszenvben<sup>139</sup> felfedezhető egy józan módszertani megfontolás is. A fejlődés gyökerei és autochton formái oly sokágúak, a tipizálásukra irányuló kísérletek pedig oly egyszempontúak, hogy célszerű az empiriát konkrétságában érvényesíteni engednünk, kifejtését pedig saját logikája feltárással (s nem előregyártott sémákba beszorítva) megkísérelnünk. Ám amennyire helytelen a korai formák sokaságára bármiféle előregyártott, kész fogalomrendszer szerint tipizáló kategóriákat alkalmaznunk, ugyanannyira helytelen az is, ha az azóta befutott utat főbb formáiban, irányában, eddig ismert lehetőségeiben meg nem különböztetjük.

#### *b) Társadalmi változás és jogváltozás dialektikája*

Az ősi és a primitív mentalitás sajátosságából<sup>140</sup> korántsem következik e társadalmak statikus egyensúlya, amit mai kutatások is gyakran beleolvasnak, s aminek szolgálatában a jog feladatát a fennálló megőrzésében látják – úgy értelmezve, hogy e statikus egyensúlyt bármiféle eltérés csak megzavarhatná, s ezért az ősi és primitív társadalom nem is kedvez az egyéniség kibontakozásának, a tudatos alkotásnak.<sup>141</sup> POSPÍŠIL szerint „a törvényhozó nem egyszerűen paraszt a társadalom életének sakktabláján, kit az emberi szervezés erejét meghaladó ismeretlen társadalmi erők mozgatnak, hanem alkotó lény, ki formálja is a kultúrát és jogot a kultúra által szolgáltatott

<sup>136</sup> A. S. Diamond *Primitive Law Past and Present* (London: Methuen 1971), 117. o.

<sup>137</sup> Leopold J. Pospíšil 'A. S. Diamond: Primitive Law, Past and Present' *American Anthropologist* 77 (September 1975[a]) 3, 632–633. o.

<sup>138</sup> Hoebel (1954), 325. o.

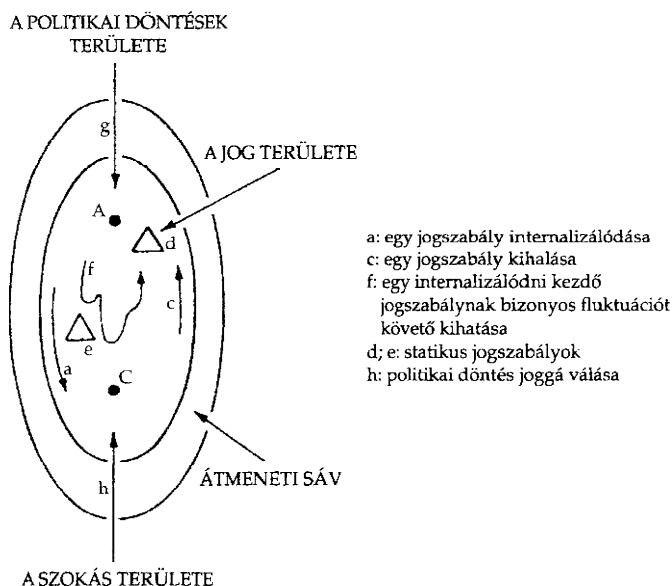
<sup>139</sup> Pospíšil (1971), V. fej.

<sup>140</sup> Leopold J. Pospíšil 'Gods, Totems, and Animals: An Exhibit and Its Themes' *Discovery* 13 (1978[a]) 1.

<sup>141</sup> Pospíšil (1971), X. fej.

eszmék új kombinációival”.<sup>142</sup> Ennélfogva e társadalmakra éppen nem lehet jellemző a „törvényhozói impotencia”.<sup>143</sup>

A jogváltozás folyamatainak érzékeltetésére POSPÍŠIL szerint az alábbi elliptikus vázlat hivatott (5. ábra). A politikum és szokás jegyei itt már a jog mozgásfolyamatának jellemzőivé válnak, amennyiben POSPÍŠIL egyeseket autoritáriusnak, másokat szokásszerűnek nevez.



## 5. ÁBRA

Az autoritárius jog megtalálható a jog legkezdetlesebb és legfejlettebb állapotaiban egyaránt.<sup>144</sup> A jog akkor szokásszerű, „ha a csoport többsége kötelezőnek tekintti”.<sup>145</sup> Számomra azonban ez nem tetszik szerencsés megközelítésnek. Mert az írott joggal szembeállítva lehet a szokás-

<sup>142</sup> I. m., 135. o.

<sup>143</sup> Julius Stone *The Province and Function of Law* (Cambridge [Massachusetts]: Harvard University Press 1950), 444. o.

<sup>144</sup> Pospíšil (1971), 194. o.

<sup>145</sup> I. m., 196. o.

jog kritériuma az, hogy kötelezőként elfogadják, hiszen ekkor a jogként tételezésből kiinduló meghatározással szemben pontosan a csoportgyakorlat normativitására alapozó meghatározással élnek. A másik oldalról közelítve, a kötelezőként elfogadás az autoritárius jogot is jellemezheti. Az autoritáriussal szembeállítva az a jog szokásszerű, amelyet a túlnyomóan önkéntes követés értelmében belsőlegesítenek. POSPÍŠILNĚL az autoritárius, illetőleg a szokásszerű az ellipszis két fókusza (*A*, *C*); ezek körül helyezkednek el a normatív anyagok. Vannak statikus jellegűek (*d*, *e*) is; azonban itt inkább azonban a jogváltozás folyamatai jellemzők. Jogivá válás akkor következik be, ha a csupán autoritárius vagy szokásjellegű a jog megkülönböztető jegyeit is felmutatva immár mint autoritárius, illetőleg szokásszerű jog (*h*, *g*) érvényesül. Jagon belüli mozgás akkor következik be, ha az autoritárius jog internalizálódik (*a*); az, amit eddig szokásszerűen követtek, most már egyre inkább kényszer által fenntartottá válik (*c*); vagy e kettő egymást váltó fluktuáló mozgást mutat (*e*).

A joggá válás ábrázolása a jogból történő kiválás folyamatával együtt lenne érdekes. Annál is inkább, mert a jog POSPÍŠILNĚL elfogadott megkülönböztető ismérvei figyelembevételével nehez lehet ennek értelmezése.

Ugyanakkor a fenti ábra lehetővé teszi összetett változási folyamatok érzékeltetését. A tűzföldi Tierra del Fuegho *yaghan* indiánjai körében a misszionáriusok intézményesítettek új rendet. Egyik napról a másikra tiltottá tették a vérbosszút s a testi sértést. KRISZTUS igéjének hatása néhány év során átalakította a közösségen belüli viszonyokat, sőt kialakította azt is, hogy ezentúl ne kifosszák és legyilkolják a hajótörötteket, hanem – anélkül, hogy bárki is jutalmazná őket ezért – inkább számottevő távolságokat járnak be megmentésükre. Kínában az egyenjogúsító törvények a családi privilégiumok, felelősség és öröklési jog területén hatástalanok maradtak. A nyugati minta morális ereje azonban olyan közvéleményt teremtett az eddig elnyomott nők és gyermekek körében, hogy az atyai hatalom hanyatlani kezdett, sőt a házasságok is egyre inkább közvetítők nélkül szabadon kötöttek meg.<sup>146</sup>

<sup>146</sup> Uo., 207–208. o.

Fegyvertényét a jogantropológia abban látja, hogy kimutatja: jogalkotás útján történő tudatos társadalmi változtatás az ún. primitív rendszerekben is létezik. „A primitív világban az akarattól irányított találékonyság igen ritka dolog. Ekkor még nem időszerű a társadalmi struktúrával vagy az összetevők javíthatásával tudatosan bíbelődni. A primitív találmányok többségükben anélkül jönnek létre, hogy kifejezetten szándékolták volna ezeket.”<sup>147</sup> A kutatóknak mégis sikerült formális szabály-promulgálásra bukkanniok. Példának okáért, a *cheyenne* indiánok főnöke az alábbiakat nyilvánította ki: „Mostantól új szabály lesz. Nem szabad többé lovat kölcsönözni engedély nélkül. Ha bárki kérés nélkül veszi el más dolgait, utánajárunk, és visszaadjuk neki. És amennyiben az, aki elvette, mégis megkísérli, hogy megtartsa, korbácsolás lesz a büntetése.”<sup>148</sup>

A politikai, jogi és erkölcsi tényezők taktikai megtervezésében, mellékhatásokkal együttes tudatos kialakulásában, racionalizálást és legitimálást utólag segítő intézményi reformok kivitelezésében, sőt váratlan diszfunkciók kezelésében is POSPIŠIL alábbi példája a számomra megismertek közül a leginkább meggyőző s megejtően összetett. A *kapauku* pápuáknál a *botukebok* főembere, egy gazdag és számos feleséggel rendelkező fiatal férfiú 1935-ben beleszeretett egyik unokatestvérébe. Tabuszegésről lévén szó, az incesztus halálbüntetést ír elő mindkét félre. Awiitigaaj mégis megtervezte, hogy személyes vágyát miként elégetheti ki lényeges érdeksérelem nélkül, sőt egyenesen úgy, hogy a szükséges jogváltozást egyúttal közérdekként vezesse be. Megszöktette a lányt, s elbujdostak az őserdőbe. Saját rokonai, valamint a lány hozzátartozói is sokáig halálra keresték. Awiitigaaj a következőképpen gondolkozott: az üldözőket majd elfárasztja, végül idegessé teszi a hajsza sikerületlensége. Végző soron a lány apjának üzleti érzéke jut majd győzelemre. Hiszen amennyiben mindkettejüket megöl(et)i, úgy elveszíti lányát, de egyúttal elveszíti a tekintélyes menyasszonyváltásigot is. Ám ha felhagy a hajszával, és menyasszonypénzért folyamodik, ez-

<sup>147</sup> E. Adamson Hoebel *Man in the Primitive World An Introduction to Anthropology* (New York: McGraw-Hill 1949), 470. o.

<sup>148</sup> Llewellyn & Hoebel (1941), 128. o.

zel egyszermind a házasságot is formailag érvényesíti. Nos, az üldözés valóban folytatódott, s mint előrelátható volt, egyre kevesebb reménnyel. Jobbára csak a látszat kedvéért folytatták, becsületből, és egyre inkább ráhangolódva az arra irányuló meggyőzőési kísérletekre, hogy a hajsza úgyszólván hiába való. A lány atyja végül is felhagyott az üldözéssel, s közvetítői útján elhíresztelte, hogy a menyasszonyváltságot is elfogadná. Ekkor jött Awiitigaaj második lépése. Rejtekekből hírül adta, hogy szegény, s ezért a menyasszonyváltságot nem tudja megfizetni. Ezzel pedig azt érte el, hogy fizetési kötelezettségét bátyjaira és apai rokonságára hárította át. Ezek feldühödve visszautasították, s még lázasabban kezdtek kutatni a pár után. A fizetés elszabotálása addig őrlötte a lány apját, míg türelmét veszítve dárdával rá nem támadt az értelmetlen üldözést folytató rokonságra. Ezzel azonban nem ért el mást, mint hogy valójában felmentette Awiitigaajt és rokonságát a menyasszonypénz fizetésének kötelme alól. Mert valaki vagy elfogadja a kártérítést, vagy testi büntetéssel él – ám a kettőt egyidejűleg nem teheti. Hősünk tehát ingyen vett feleséget magának, ráadásul tabutilalom alatt álló közeli rokonságból. Mindez a jog szerint történt. Emelt fővel térhetett hát vissza, sőt *tonowi* minőségében ki is hirdethette: „Bevezetem az új szokást!” Eszerint másodfokú unokatestvérek a jövőben nem esnek már incesztustilalom alá. Két évtizeden belül 58%-nyi támogatója akadt, s hamarosan a házasságok 7%-a, saját falujában pedig éppen 55%-a nyugodott már ilyen kapcsolaton.

Awiitigaaj hamarosan magában a településképben is láthatóvá tette törvényét: a falut két részre osztotta, megkülönböztető nevekkkel látta el, incesztusvonalat vonatott közéjük. Gyors sikere arra készítette, hogy még tovább is lépjen. A falu addig rendezetlen képét kétsoros településsé formálta úgy, hogy az incesztus határsávjának két oldala mögött jelölje ki mindenki kertjét.

Egyidejűleg azonban bekövetkezett egy többlethatás is, amit nem láthatott előre. Az asszonyi státus alárendelt voltát az is magyarázta, hogy az incesztustilalom miatt a közösségbeli férfiaknak leendő nőiket a szomszédos törzsekből kellett hozniok – történetesen olyan törzsek köréből, amelyekkel hajdani településfoglalásuk, az érintett területek csapadék-

mennyisége s más hasonló (főként éghajlati) adottságok okából hadilábon álltak. Nos, az új szokás érvényre jutásától kezdve az asszonyok immár azonos közösségekben maradtak, hozzátartozóiktól bátorítást, támogatást kaphattak, sőt egyenrangú befolyásuk lehetett a családfő ügyeinek vitelére – s mindezt élhető szokásként hamarosan el is fogadták. Az exogámia csökkenése ugyanakkor a törzsek egymás közötti háborúskodását fékezte, hiszen eddigi háborúskodásaik java része abból adódott, hogy a férjét elhagyó s törzséhez visszatérő asszony után nem fizették vissza a menyasszonyváltságdíjat. Ugyanakkor a háborúskodást egyszerűbbé tette, hogy az asszonyok „politikai” hűtlensége – eredeti törzsükhöz, tehát a hajdani ellenfélhez történő visszaszökése – immár egyre ritkábban fordulhatott elő. Egyidejűleg viszont háborúskodásaik hevesességét fokozta, hogy összeházasodásaik csökkenésével lazultak azok az érzelmi szálak, amik közöttük egyáltalán kialakulhattak. Végső soron tehát azt látjuk, hogy a közösség életében széles körű változások mentek végbe egyetlen incesztusszabály módosítása nyomán.<sup>149</sup>

Az 1956-ban megszerzett holland gyarmati uralom első lépése az volt, hogy saját igazgatást és bíraskodást vezettek be. Ennek folytán az eddigi külső konfliktusok – háborúskodás, önségély – belső vitákká váltak. A közös védelem érdekében a faluközösségek közt szervezett politikai konföderáció immár értelmét veszítette. A helyi ellenőrzés érdekében a hollandok falunként főnököt (*kapala*) állítottak. Ez felforgatta a hagyományos törzsi autoritást. Hiszen a *tonowi* informális tekintély volt. Személyesen, tehát személyében, meggyőző ereje révén, különféle lekötelezésekre alapozva gyakorolta hatalmát. Ezzel szemben a *kapala* intézménye hivatali kinevezéstől függő territoriális szervezési formát vezetett be, és ennek immár semmi köze sem volt emberi minőségekhez vagy tényleges teljesítményhez. Megjegyzendő: a holland hatóságok abban a meggyőződésben cselekedtek, hogy csupán a régtől fogva kialakult falusi autoritásokat erősítik meg. Eleinte valóban *tonowik*ből lettek az új *kapalák*, ám hiába: az

<sup>149</sup> Leopold J. Pospíšil 'Social Change and Primitive Law: Consequences of a Papuan Legal Case' *American Anthropologist* 60 (October 1958) 5, 214–232. o.

autoritás új formája végső soron mégis megrázkódtatást eredményezett. Ezt csak fokozta, hogy a közelben repülőteret kezdtek építeni. Az addig hallatlan volumenű közmunka olyan mértékben lekötötte a bennszülött munkaerőt, hogy a falusi gazdálkodás, hitelezés, fogadott fiúvá szegődés régi hagyománya egyszerűen elvesztette értelmét. A *tonowik* presztízse egyszerűen lehanyatlott, a *kapala* autoritása pedig egyszerűen politikai karrierré változott. Noha a jogegységesítés mindenképpen nehéz diónak bizonyult Pápua Új-Guineában (a két-háromszázezerre becsült bennszülött lakosság több ezer néptörzsre oszlik, s ezekben több mint hétszáz beszélt nyelvet különböztetnek meg<sup>150</sup>), a pacifikálást könnyörtelenné tette a holland hatóságok tudatlansága. Példának okáért, a bennszülöttek egymás közti ügyeiben jogi kódex-pótlékká POSPÍŠILnak egyetlen törzs gyakorlatát feldolgozó monográfiáját<sup>151</sup> tették meg. Külön erőfeszítésbe került – hivatalnokok s az antropológus szerző részéről –, hogy a törzsek egymás közti érzékenységét legalább fölöslegesen ne sértsék, és ennek jegyében a kérdéses monográfiát a hivatalnokok csupán lehetséges fogalomtárként kezeljék.

Igazi válsághelyzetek nem is annyira a társadalmi szerkezet brutális megrázkódtatásával, mint inkább a bennszülöttek világképének megsértése nyomán következtek be. A *kapauku* számára a mindenkori Én a test és lélek együttműködése. Sem a testen, sem a lelken nem szabad erőszakot elkövetni, mert bármelyik oldal kényszerítése az együttműködést megakasztja, s ez az Én pusztulásával jár. A büntetés legfeljebb a jövőre irányuló motiváció eszköze lehet; a kikényszerítés gondolata azonban e világréptől teljesen idegen. Nos, civilizációjuk fensőbbisége tudatában a hollandok barbár szokásként eltörölték a bennszülöttek közt ismert gazdasági, fizikai és pszichikai szankciókat egyaránt – és a humánium (saját humániumuk!) nevében bevezették az addig ott hallatlan s számukra sokkot okozó intézményt, a szabadságvesztés-büntetést. „A legrosszabb, ami egy *kapauku*val megeshet, az, hogy Enarotaliban a fehér ember börtönébe vetik. Mi még ellensé-

<sup>150</sup> Hoebel (1974), 1040. o.

<sup>151</sup> Pospíšil (1958).

geinket sem akarnánk odavettetni; gyűlöljük tehát a rendőrséget, hogy ezt teszi. A börtön a legrosszabb dolog. Az embernek elenyészik életképessége, és végül meghal. Mi csak nagyon rossz embereket szoktunk megölni, és most az embert börtönbe küldhetik pusztán azért, mert lopott, vagy háborúskodásban vett részt. Ha valakit lenyilazok, az meghal, ám a börtönben még szenvedni is kell a halál előtt. Az embernek egy helyben kell tartózkodnia, és dolgoznia is kell, noha talán éppen nem szeretne. A börtön tényleg a legrosszabb dolog. Emberi lényeknek nem szabadna így cselekedniök. Ez a legerkölcstelenebb dolog, ami egyáltalán elképzelhető.” A gyarmatosító hatalom ilyen vak értéktiprása ellen valóban be is következett egy lázadás 1956-ban. A hollandok ezt véresen pacifikálták ugyan, egy évtizeddel később mégis újabb lázadás következett. Gyógyírt az egyre mélyülő sebben csak az jelentett, hogy a hollandokat indonézok váltották fel. Ők a közigazgatásban már csupán politikai felügyeletet gyakorolnak, a rend biztosítását pedig a *kapaukuk*nak – kiket egyenruhával azért a civilizáció nevében elláttak – visszaengedték.

A gyarmatosítói tudatlanság és érzéketlenség folytán legalább ennyire szerencsétlenül alakult a közmunkák sorsa is. Hiszen a személyes szabadság kultuszából következően a *kapauku* pápuáknál családok, házastársak, sőt feleségtársak is – kivétel nélkül – külön-külön saját kertjükben, egyedül, magukban dolgoztak. Közös birtoklás vagy munka egyszerűen elképzelhetetlen volt számukra. Ezt tükrözte, hogy egymásközti munkaszerződéseik is mindig elvégzendő munkára és sohasem a munka idejére vagy mikéntjére szóltak. Ezt támogatta a tervezés, beosztás és munka öröme, a kezdeményezés gyönyöre. Nos, az európai civilizáció vívmánya, az időarányos munkaszerződés és bérfizetés a bennszülötteket lassú és megbízhatatlan munkássá tette. A repülőtérhez vezető közút megépítésénél olyan lemaradáshoz vezetett, hogy a munkavezető végül a rendőrséghez fordult segítségért. Nemsokára megbilincselte bennszülötteket vezettek munkára a rendőrök, hogy az elvégzendő munkát kikényszerítsék. POSPIŠIL-nek csak igen nehezen sikerült az illetékeseket erről az örült kényszeralkalmazásról lebeszélnie. Végre szabad kezét kapott, és meggyőzhette a bennszülötteket az építendő út és

csatornarendszer előnyeiről. Munkához is láttak, és saját szakállukra, fizetséget el nem fogadva, a bennük fakadt elgondolások szerint megépítették a közműveket. Az eredményben a *kapauku* mentalitás testesült meg. Az új utat és csatornát mindenki egyedileg birtokolta. Ennek megfelelően a kertjét keresztvező vagy közelébe eső részt mindenki maga építette, egyszersmind gondoskodott is karbantartásáról. Ugyanakkor mindez nyomban közösségivé vált, hiszen jó szándékú használatra mindenkinek egyformán rendelkezésére állott.<sup>152</sup>

A *kapauku* pápua társadalmi változás példája bizonyítja, hogy saját autochton feltételei között a primitív társadalom is magában hordja azokat a mechanizmusokat, amelyek alkalmasak önmaga megreformálására, saját változásainak megtervezésére és végrehajtására. Általánosítva tehát: saját feltételei közt és saját módjának megfelelően – azaz kialakult sajtászerűségeit s közvetítési formáit követve – rugalmas alkalmazkodásra bármely társadalom képes. Saját energiái még fokozódhatnak, amennyiben a közösségben szerves megoldással élnek – vagyis ha a közösségben hagyományosult társadalmi kötelelékre, munkaszervezési formákra, érdekielégítési módokra támaszkodva kísérlik meg életük folytatását a változtatások ellenére is. A szerves megoldás hallatlan előnye, hogy ilyenkor még az esetleges diszfunkciók is a saját társadalmi szerveződés diszfunkcióiként jelentkeznek – ennek megfelelően e szerveződés a sajátjaként fogja elkülöníteni és feldolgozni (vagy magából „kidolgozni”) a nemkívánatos többlethatásokat vagy mellékjelenségeket. Abban az esetben viszont, ha idegen, mesterséges, szervesen megoldást próbálnak a közösségre ráerőltetni, ez rendkívüli befektetéseket igényelhet, sőt robbanáshoz is vezethet. Ráadásul szervesen megoldás esetén nem csupán diszfunkciók jelennek meg, de egymást bővítetten ezek önmagukat újra is termelik. S mindezek szövevénye az adott folyamat összetevőibe oly mélyen ágyazódhat bele, és olyan mértékig meghatározóvá válhat, hogy esetleg még az eredetileg szándékolt funkciókat is csak diszfunkcionálissá torzítva juttathatja kifejeződésre.

<sup>152</sup> Pospíšil (1979).

A fenti példa arra is tanulság, hogy a mindenkori gazdasági feltételek kizárólag és legfeljebb játékterepet kínálnak különféle alternatívák számára. Önmagukban – a kifejezett politikai vagy gazdasági nyomás szélsőségét nem számítva – nem helyettesítik az egyének vagy csoportok tudatos választását. Az incesztusszabály módosítása tágabb – gazdaságilag egyenmű – környezetében deviáns alternatívát jelentett, diszfunkciói ellenére mégis közösségformáló, településfejlesztő, sőt társadalmi státusokat egyenlősítő s a közösség külső kapcsolatait erősítő hatással járt.<sup>153</sup> Ezzel szemben viszont ha társadalmi-politikai nyomás érvényesül, ennek meghatározásai könnyörtelenül juthatnak szerephez. A *tonowi* informális intézménye például a *kapala* formális minőségébe olvadt, mert a gazdálkodás feltételeinek mesterséges megváltoztatásával egyszerűen eltűnt egy hagyományos intézmény hagyományos támasza.

Ugyanakkor nem véletlenül hangsúlyozza POŠPÍŠIL a pacifikáció, akkulturáció és urbanizáció közötti elvi különbséget.<sup>154</sup> A *kapauku* pápua példában döntőnek bizonyult a szándékolt gyarmatosítói befolyás (p a c i f i k á c i ó). Nyomás azonban érvényesülhet anélkül is, hogy bárki szándékolta volna. Például egy olyan helyzet bekövetkezése, amikor egyik kultúra hirtelen egy másik kultúra (a k k u l t u r á c i ó) vagy városias szubkultúra (u r b a n i z á c i ó) befolyása alá kerül, akár véletlen tényezőknél is múlhat.

Ezt követte nyomon POŠPÍŠIL egy tiroli falucska, a 350 lakosú Obernberg am Brenner példájában. Évszázadok óta a külviágtól hegygerincekkel elvágtott, szarvasmarha-tenyésztő gazdálkodáson, politikai értelemben önmagát megtartó („konzervatív”) gyakorlaton, vallási szigorúságon, falusi endogámián, monolitikus társadalmi vezetésen épülő közösség volt. Mindennapjaiban naturálgazdálkodás folyt, vitás ügyeiben a helyi pap s a községi előljáró döntött. Nos, a Brenner-hágón végzett autópálya-építés munkálatainak kiágazásaként 1963-ban kezdtek építeni egy kövezett, minden évszakban járható utat, ami hamarosan az európai kontinentális közlekedési

<sup>153</sup> Pospíšil 'Social Change and Primitive Law', 836. o.

<sup>154</sup> Pospíšil (1979), 129–131. o.

útvonal egyik elágazásához is kapcsolódott. Sok évszázados elszigeteltségéből mindez a falucskát egyszeriben idegenforgalmi látványosságként és turistaparadicsomként Európa szívébe vonta. Hagyományos berendezkedésével szemben mindez nyilvánvaló kihívást jelentett, amire a közösség élete hamarosan válaszolt is. Egyre többen s egyre nagyobb tőkebefektetéssel állottak rá a turizmusiparra. A hagyományos gazdálkodási formák csakhamar eltűntek. A naturálgazdaság nyitott és piacorientált gazdálkodásnak adta át helyét, melyben a készpénzbevétel áll immár első helyen, és saját ellátásában is külső piacok függvénye lett. A turizmus táguló toleranciát hozott magával, a gazdálkodás kereskedelmi jellegűvé lett, s mindez a politikai életben demokratikus versengést eredményezett. Következésképpen a falucskában hamarosan érdekcsoportok és pártok kezdtek nyíltan szerveződni, s mindezzel egyidejűleg az addig városiasnak tekintett bűnözés is megjelent.<sup>155</sup>

A társadalmi és jogváltozás dialektikájának szemszögéből a tiroli példa annál beszédesebb, mivel itt egy teljes változássorozat – sőt, egyenesen váltás – anélkül ment végbe, hogy a hivatalosan érvényesnek tekintett s kétségbe soha nem vont jogban bárminemű módosulás bekövetkezett volna, hiszen mind az *Allgemeines Bürgerliches Gezetzbuch* (1811), mind a *Tiroler Höfegesetz* (1900) gyűjteményei változatlanul érvényesek és irányadók maradtak. A jog gyakorlása az, amiben olyan változás következett be, amelynek irányait, mértékét vagy módját ugyanakkor jogszabályok szövegeiből aligha rekonstruálhatnánk. A község lakosai olyan jogosultságokkal kezdtek élni, amelyek gyakorlását hivatalosan soha senki nem vitatta el tőlük, miközben azt, hogy az ezek által nyújtott lehetőségeket gyakorlatilag is igénybe vegyék, korábban a számukra a jogi jelleg határait meghatározó közösségi és elöljárói gyakorlat nem tette lehetővé. Ezzel ismét határhelyzetre bukkantunk. Hiszen joggal érvelhetünk úgy, amiként a jogászok szoktak: amennyiben közülük egy is felsőbb közigazgatási fórumhoz vagy bírósághoz fordul, bizonyosan az egész Ausztriában általánosan honos gyakorlatnak megfelelő döntést hoz-

<sup>155</sup> Leopold J. Pospíšil 'Change in a Tirolean Village' *Discovery* 4 (Spring 1969) 2; valamint Pošpíšil (1975).

nak s juttatnak érvényre. Ugyanakkor joggal kérdezheti az antropológus: egy adott közösség adott lakója számára lehet-e jog az, aminek hivatalos kinyilvánításáért életveszélyes hágónkon átevickélve megpróbálhat ugyan elérni a legközelebbi városba, de e hivatalos megnyilatkozással a tarsolyában közösségéhez már aligha térhetne vissza, mert e lépése folytán könnyen kockáztatja, hogy további élete ott már ellehetetlenül? És ha feltételezzük is, hogy a közösségi joggyakorlat jottányit sem tért el a törvénytől, vajon szociológusként állíthatná-e bárki is, hogy e falucskában a megelőző évszázadokon keresztül máig nem az osztrák jog valamelyik elgondolható és élhető változata, értelmezési lehetősége, hanem – minden további megkülönböztetés nélkül – maga az osztrák jog érvényesült? A példa, vélném, a társadalmi gyakorlat elsődlegességére utal. Arra, hogy – gyakori jogászai ambíciókkal és téveszmékkel szemben – a társadalmi változási folyamatoknak nem szükségképpen a jog a kiváltója vagy hordozója.

Mindez annak tudatosításához vezethet bennünket, hogy bármely társadalmi változás kapcsán a jog által betöltendő szerep kizárólag konkrét kérdésként vehető fel, hiszen a jog és szerepjátszási lehetősége mindig a kérdéses jognak a társadalmi összkomplexusban elfoglalt helyétől s mindenkori állapotától függ.

#### IV. AZ ANTROPOLÓGIAI JOGELMÉLET HOZADÉKA: ÖSSZEFOGLALÁS

A dolgok jelen állása szerint az antropológiai jogelmélet inkább ígéret, semmint kész, megvalósult eredmény.

Miről is van szó, a jogelmélet felől közelítve? Létezik egy tudomány, a jogtörténet tudománya, melynek elméleti tanulásaiban is általánosított rendszeres ismereteket kellene adnia a jogi intézmények és eszmék fejlődéséről, beágyazva a társadalmi-gazdasági s kulturális fejlődésbe. Létezik másfelől egy másik tudomány, a jogszociológia, melynek módszertanilag megalapozott részvizsgálódások elméleti általánosítása alapján rendszeres ismereteket kellene szolgáltatnia az állami jog

társadalmi összefüggéseiről s a párhuzamosan érvényesülő normarendszerekkel kiépülő kapcsolatáról. Ám harmadiként mindezek mellett létezik a jogantropológia is, melynek módszertanilag meghatározott terepvizsgálatok alapján rendszeres ismereteket kellene nyújtania a jog fejlődési formáiról, mindenekelőtt az ún. primitív társadalmak tanulmányozása alapján, elsősorban a jogi és egyéb társadalmi jelenségek összefüggéseiről, a jogivá válás és jogiból kiválás szakaszairól. Bármelyik diszciplína erőfeszítéseire tekintsünk is, következtetésünk csak egy lehet: kiforrott s a jelenségek értelmes csoportosítására valóban alkalmas fogalomrendszerrel mind-egyikükben legfeljebb csak igényként találkozhatunk. A jogantropológia ezek sorában a legfiatalabb, s ezért gondolhatjuk, hogy napjainkban is zajló formálódása magyarázza olykori végletességét, esetlegességét, szélsőségek taszítása közt habozó bizonytalanságát.

Egyidejűleg azonban vannak határozott eredményei is. Ilyennek tekinthetjük, hogy

a) jogról alkotott felfogásunk egyes elemeit a nyugati civilizációra jellemző „népi felfogásból” eredő abszolutizálásként megkérdőjelezi. Ilyen

b) a jog fejlődési állapotait jelző empirikus anyaga, mely példatára a jogi jelenség formáit és ismérveit illető határhelyzeteknek. Ilyen

c) hatása, mellyel dichotómiákban polarizált kategorikus gondolkodásunk bizonyos elemeit újragondoltatja, esetenként segít azokat leépíteni. Ilyen

d) annak sejtetése, hogy a „primitív” nem annyira „kezdetleges”, mint inkább „kezdeti”. Nem annyira a mai tagadása vagy eltérő minőség, mint inkább fejlődésbeli fokozati különbség. Vagyis a mainak talán elemibb felépítésű és működésű előzménye, mely saját közegében ugyanakkor rendkívül összetettként működhetett. És ilyenek

e) a fejlődés nagy példái, melyek empirikusan bizonyítják vagy cáfolják egyes sejtéseinket, amiket konkrét anyagismeret hiányában aligha mertünk volna megfogalmazni. Ilyenek

f) a változtatás tudatos szándékát kifejező jogi invenciók. Ilyen annak felismerése, hogy

g) saját jogi értékeink kulturálisan kötöttek. Ha tehát abszolutizáljuk, úgy eltérő hagyományú társadalmakra szervesen ráépítjük ezeket. Ebből konfliktus támad, mely szükségképpen a nyugati értékek vereségéhez vagy diszfunkcionálissá torzulásához vezet. És ilyen

h) a hivatalos állami jog összetettségének, kétértelműségének, viszonylagosságának értékelése. Hiszen e jogon belül – formális változás nélkül is – lezajlhatnak olyan folyamatok, amelyek szerkezetükben emlékeztethetik az antropológust egy neolitikus törzsi társadalomnak európai kolonizációs pacifikáció erőszakolt hatása nyomán bekövetkező brutális változásaira.

A jogantropológia legígéretesebb eredménye mégis a jog összetett képe. Paradoxikus megállapításunk szerint ez nem közvetlenül POSPIŠIL törekvéseinek köszönhető. Ám ha újragondoljuk a POSPIŠIL is vezető okfejtési folyamatot, és ennek jegyében a jogiság pecsétjét hordozó írott normaszöveget, a jog nevében végzett hatósági jogalkalmazás állandóságot mutató eredményeit, valamint a közösség joginak tekintett jogiként kikényszerített gyakorlatát egyaránt a jog lehetséges megjelenési formájaként értékeljük, úgy már egy különböző oldalak kölcsönhatásán nyugvó s megszakítatlan dinamizmust feltételező jogfogalomhoz érkezünk. Jellegzetessége, hogy valóban heurisztikus. A jogit nem merev tárgymeghatározásban keresi; nem tárgymeghatározást választ el valamiféle átmeneti sávval egy hasonló merevséggel megfogalmazott nem-jogitól. A jogi jelleget eleve kölcsönhatások kifejeződésének, összetett folyamatnak tekinti, melyben az inkább jogi s kevésbé jogi – és az ilyen vagy olyan nézőpontból jogi – egymást erősítő vagy gyengítő kölcsönhatásaiból formálódik az a mag, amit adott társadalomban adott időpontban *par excellence* jognak tekinthetünk. Bizonyosak lehetünk abban – és ez a valóság dialektikájáról, a fogalmak viszonylagosságáról s redukcionizmusáról a *Filozófiai füzetek* HEGEL-konspetusaiban elmondottak<sup>156</sup> visszavetítése a fogalomal-

<sup>156</sup> V. I. Lenin 'Hegel „A logika tudománya” c. művének konspetusa' [1914] in *Lenin Összes Művei* 38, valamint Lenin 'Hegel „A filozófia története” c. művének konspetusa' [1915] in *LÖM* 38.

kotás módszertanára –, hogy a valóság korántsem kizárólag fogalomalkotásunk szerint besorozódó jelenségeket mutat fel; legalább annyira ezek határeseteit is. A jog tekintetében olyanokat, amelyek csak bizonyos ismérvekkel, ezek többé vagy kevésbé erősen vagy gyengén megnyilvánuló jegyeivel rendelkeznek.

E megfontolások jogpolitikai jelentőséggel is rendelkeznek. Ha a jog eszközének a társadalmi változás szolgálatában történő felhasználására gondolunk, korántsem mindegy, hogy ezt egyesélyű folyamatnak kell-e tekintenünk, melyben ti. a mozgás kulcsa a jogalkotó kezében van, és minden egyéb tényező ennek alárendelt szerepet játszik. Vagy olyan alternatív stratégia lehetősége bontakozik ki előttünk, amelyben választhatjuk ezt az utat is; ám lehetséges az is, hogy a társadalmi változás jogváltozással történő indítását vagy ösztönzését a hatósági jogalkalmazói gyakorlat vagy a jogiként felfogott tényleges társadalmi magatartás alakításával és befolyásolásával kezdjük.

Alternatív stratégia lehetőségét mutatta ki már korábbi kísérletem a jog ontológiai felfogásának megalapozására, mely a textusként felfogott jogot kontextusában – nyelvi és társadalmopolitikai értelmezési környezetében – kísérlete meg elemezni.<sup>157</sup> A jog eszközszerű összetettségének felismerése növeli a joggal élés lehetőségeit. Hiszen azt teszi még nyomatékosabbá, ami az újító szerepet vállaló jogszociológiának<sup>158</sup> és a módszertani újragondolást biztosító ontológiának<sup>159</sup> is legfőbb tanulsága. Nevezetesen: a szakadatlan társadalmi mozgásnak az összkomplexusban a maga részkomplexusait ezek növekvő sajátzerűségeivel és növekvő mértékben egymást kölcsönösen feltételező egymásra hatásaival kibontakoztató folyamatában a tudatos változtatást előkészítő ember teológiai tevékenységének olyan tételezései épülhetnek be a legin-

<sup>157</sup> Varga (1984), 486. o.

<sup>158</sup> Kulcsár Kálmántól 'A társadalmi tervezés és a jogi szabályozás' *Gazdaság- és Jogtudomány X* (1976) 1–2; 'A jogfejlődés és a jog' in Kulcsár Kálmán *Gazdaság, társadalom, jog* (Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1982); 'Társadalmi változások és modernizáció Magyarországon' *Társadalomkutatás I* (1983) 1; *A jogfejlődés sajátosságai A jog mint eszköz* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1984), II. fej.

<sup>159</sup> Lukács (1976).

kább esélyesen és hatékonyan e folyamatokba, amelyek e folyamatoknak a mindenkori társadalmi éppígylében adott sajátzerűséihez, a mindenkori kölcsönhatásban szerepet játszó összetevők konkrét mozgásához (vagyis az eszköztárban adott lehetőségek közül a konkrét mozgás irányához, összetevőihez, az abban éppen túlsúlyos szerepet hordozó részkomplexusok sajátzerű mozgásához) a leginkább alkalmazkodnak; azaz a leginkább szervesen épülnek be az összetett és kölcsönös társadalmi meghatározódás ama folyamatába, amelynek mindenkori eredménye a mindenkori társadalmi lét, melynek mi, emberek, s ezért szerepjátszók, egyszerre alkotói és hordozói vagyunk.

## Kodifikáció\*

---

Elsődleges megközelítés szerint a kodifikáció a jog nyilvánosságra hozatalának, megismerhetővé tételének, írott szöveggé egy áttekinthető könyvben rögzítésének az ősi fejlődéstől kezdve ismert lehetősége.

### 1. Fejlődése

Ókori előfordulásaiban alapvető feladata a jog kétséget kizáró megjelenítése volt – így egyebek közt ősi szokások érvényének az uralkodó érdekekkel megegyező helyreállítása (*Codex Hammurabi*), közös társadalmi játékszabályként történő kinyilvánítása (XII táblás törvény, legalábbis LIVIUS-féle eredetmondája szerint), avagy a korábbi jogfejlődés lezárása (*Codex Justinianus*). A középkorban mindenekelőtt az egyes szokásjogi területek uralkodó szokásainak lejegyzését, rögzítését, továbbá egységes formában megszerkesztett, többnyire egyúttal valamelyest adaptált és aktualizált újraszövegezését (*consolidatio*) végezte el. Az újkorban a városi jogok kinyilvánítása, az elismert szokásjogok ismételt rögzítése (s ezáltal a FRITZ KERN értelmében vett „rég, jó” jog helyreállítása<sup>1</sup>), az uralkodó által alkalmazandónak ítélt jog egyértelműséget szolgáló közzététele, valamint a (gyakran bűjtatott és olykor csupán ideologikusan feltételezett hajdani állapotok visszaállításának [*restauratio*] álcázott) jogreform tartozott a kodifikáció feladatai körébe. E feladatok elvégzéséhez a korábbi időkben

\* Készült az első átfogó angol–amerikai jogfilozófiai enciklopédia felkérésére: 'Codification' in *Philosophy of Law An Encyclopedia*, ed. Christopher B. Gray (Levittown, Pennsylvania: Garland Publishing 1999).

<sup>1</sup> Fritz Kern 'Law' in Fritz Kern *Kingship and Law in the Middle Ages* [1919] trans. S. B. Chrimes (Oxford: Blackwell 1968), 149. és köv. o.

még elégségesnek bizonyult a mindenkori jog adott tömegének adott terjedelemben történő csupasz összefogása – anélkül, hogy bárminemű lényeges szerkezeti újraformálásra akár csak kísérletet tettek volna. Az újkorban az európai kontinensen azonban – amikor a versengő birodalmak és uralkodóházak közt a pusztta túlélés feltételévé immár a feudális széttagoltság felszámolása lett, ennek biztosítására viszont az uralkodónak létre kellett hoznia a sajátjától megkülönböztetett állami hadsereget, finanszírozására a sajátjától megkülönböztetett állami pénzügyeket, mozgatásukra pedig egy mindenre kiterjedően teljes körű szabályozási rendszerrel immár személytelenül működtethető bürokratikus intézményi apparátust – a szabályozások olyan tömegével kellett immár az uralkodónak számolnia, hogy ezek áttekinthető összefogására és naprakész kezelésére a régi módszer már semmiképpen sem bizonyulhatott elégségesnek. A kontinentális jog kulturái körében ezért a joganyag összefogásának pusztán mennyiségi feladatát ettől az időtől kezdve a szabálmegjelenítésnek a minőségét érintő újrastruktúrálás váltotta fel.

## 2. Logikai eszményű megvalósulása

A teljes áttörést – a törvényesség eszménye alapján, a jogoknak jogosultságok és kötelezettségek soraként történő újrafogalmazásával, egyre inkább a burzsoá társadalomképhez közelítve, egyszersmind a jognak (és fogalmi rendszerének) teljes szerkezeti újraépítésével – a felvilágosodás merész újat akarása, a racionalizmus tervezési bátorsága, a természetjognak (ekkor már a feudalizmussal szembefordított) újraalapozása, módszerében pedig az egzakt tudományok (mindenekelőtt a matematika és fizika) axiomatikus eszményének mintául vétele tette lehetővé. Mihelyt a *more geometrico* típusú építkezés uralomra jutott, a hajdan véletlenszerűen egymásra épített kaotikus (mert ellentmondásoktól terhelt, ugyanakkor rendezetlen) szabályhalmazok helyett a jogot immár logikai eszményű rendszerben kezdték el megjeleníteni. Magát a rendszert tehát ettől kezdve úgy konstruálták meg, mint a rendezés alapjául szolgáló általános elvek, a rendezés törzsfeladatát ellátó általános szabályok, az ezt kiegészítő különös szabályok, a pontosság kedvéért meghatározott szabályok

alóli kivételek, végül pedig a teljesség jegyében felsorakoztatott kivételek alóli kivételek rendezett halmazát. A szabályok lefektetése egy törvénykönyvi gyűjtemény többnyire kettős tagolásában történt, amely egyfelől a szabályozás összességére irányadó általános részből, valamint a típushelyzeteket (például a polgári jogban a nevesített szerződésfajtákat, a büntetőjogban pedig az egyes bűncselekményeket meghatározó törvényi tényállásokat) felölelő speciális szabályozásokat tartalmazó különös részből tevődik össze. A fejedelmi abszolútizmus ugyan még kazuisztikus aprólékosságra törekedett (például a porosz *Allgemeines Landrecht*, 1791), ámbar teljes kudarcot eredményezett. A francia forradalmi megújulást betetőző *Code civil* (1804), majd az osztrák (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, 1811), német (*Bürgerliches Gesetzbuch*, 1897) és svájci (*Zivilgesetzbuch*, 1907) polgári törvénykönyvek azonban már egyaránt a jognak az európai kontinensen máig irányadó foglalatait képezték.

A jog megjelenítésében, belső megszervezésében, szerkezeti kiépítésében a kodifikáció kétség kívül merőben új lehetőségeket teremtett. Mindenekelőtt a császári kodifikációkban (JUSZTINIÁNUSZNÁL, majd NAGY FRIGYESNÉL) fogalmazódik meg először (s még csíraformában) a jogpozitívizmus kívánalma: a jognak kizárólag és szigorúan fogalmiasított megjelenítése, fogalmi alapvető osztályozásainak elvégzése s rendszertanának kiépítése, majd mindezekre alapozva – az értelmezés megtiltásával, illetőleg az alkotó döntést kívánó jogesetek megoldásának császári különbizottság elé történő utalásával külön is nyomatékosítottan – a jog [*ius*] fogalmának a formailag tételezett jogtételhez [*lex*] kapcsolása, a jognak formális tételezésére történő kizárólagosító visszavezetése. A XIX. század nagy polgári kódexeinek kezdeti lelkes, merev, exegetikus alkalmazása során pedig gyorsan elfelejtik, hogy a szabályokban történő rendezést minőségi értelemben a csúcstól lefelé lebontott s következetesen kiépített rendszerben a rendezés alapelveinek formális nyilvánításával egyszer már maradéktalanul megalapozták, s így az exegézis jogpozitívizmusa a század végére hamarosan szabálypozitívizmussá, egyenesen törvénypozitívizmussá egyszerűsödött.

### 3. Angol–amerikai változatok

Az angol kodifikációs törekvések eleinte a kontinentális európaival párhuzamosan haladtak. Mivel azonban jogegységük amúgy is biztosított volt, s időközben a jogadaptálás joggyakorlati (jurisprudenciális) útja is intézményesedett, nem maradt a kodifikációnak külön célja, külső hajtóereje; pusztán elvont racionalitása okán pedig a kodifikációs mozgalom sikerre már nem vezethetett. A kodifikáció Amerikában is inkább egy új állami indítás jegyében, a jogátvétel és jogreform eszközeként aratott sikert. A jogot új minőségű rendszerként újrastrukturáló kontinentális mintákkal szemben ezért az angol–amerikai kodifikációs gondolatban mindvégig a joganyagot rendező szándék játszott hangsúlyos szerepet, hiszen a precedensjogi okfejtés természete folytán a döntések elvi megalapozottsága kodifikációs közvetítés nélkül is bírói megfontolás tárgyává lehetett. A voltaképpeni kodifikációt pedig inkább különféle pótlékokkal helyettesítették: ilyen volt a doktrinális kodifikáció (egyfelől *text-book writing*, mint a XIX. századi angol gyarmati jogimport, másfelől a *restatement of the law*, mint az e századi amerikai állami jogegységesítés magánjellegű, ám professzionálisan támogatott eszköze), valamint a törvényrendezés (*consolidation*) és a törvényegységesítés (*uniformization*).

### 4. Kodifikációs típusok, technikák és pótlékok: összefoglalás

Összegezve tehát, a kódex valamely életviszony, problémakör vagy jogi szabályozási terület szabályanyagának egy szövegfoglalatban rendezett összessége. Az ősi mezopotámiai és kínai joggyűjteményektől a skandináv országok általános törvénykönyveii (XVII–XVIII. század) terjedően, történelmileg gyakran a jog csaknem teljes írott foglalataát képezte. A korai abszolutisztikus francia jogrendező kísérletektől máig ívelően viszont már inkább egy-egy jogágon belül viszonylagosan elkülönülő önálló szabályozási terület szabályanyagának a hordozója. Régen szokásfeljegyző vagy kompilációs gyűjteményként, avagy előkészített javaslatként magánmunka is lehetett (például a magyar jogegységet az ország három részre történő szakadása után is megőrizni elősegítő WERBŐCZY-féle *Tripartitum opus juris*, 1514); e funkcióbetöltés jegyeit őrzik egyebek közt az Amerikai Egyesült Államok belső

jogegységesítésére és a precedensjog kodifikálására hivatott *Restatement of the Law* ajánlósszerű mintakódexei is.

A mai kódexek általában törvényhozói (parlamentari) vállalkozás termékei. Modern formájában a kódex az általánostól a különös felé tartó szabályozási szerkezetre törekszik, gyakran a célokat rögzítő preambulummal bevezetve, s mindig az általános elvek lefektetésével megalapozva. A kódexben rögzített elvek nemritkán olyan általános klauzulákként fogalmaztatnak meg, amelyek alapján – szabályozási szükséglet esetén – a joggyakorlat új szabályozásokat, sőt fokról fokra haladva akár új jogintézményeket is megeredeztethet (amely lehetőséggel kiemelkedően például a Német Szövetségi Köztársaságban élnek).

Elnevezésétől függetlenül a kompiláció a hatályos jogszabályok megállapításának és rendezésének olyan módja, amely időrendben, jogforrásonként, esetleg témánként csoportosítva, kéziratossá vagy nyomtatott gyűjteményként, avagy elektronikus adathordozón tárolt információhalmazként jelenik meg. Egészen a modern kódexek elterjedéséig elmondható, hogy az ó-, közép- és újkorban született jogkönyvek többsége valójában csupán a hatályosnak tekintett joganyag összegyűjtése volt – esetenként jobbító szövegmodosításokkal –, amelyek mindenekelőtt esetleges ellentmondásaik kiiktatását, *desuetudo* folytán hatályt veszített részek elhagyását, korábbi másolások során bekövetkezett szövegromlásaik helyrehozását, olykor pedig éppen uralkodó érdekek szerinti „kijavítását” célozták (*revision*). A modern kompiláció már nem dolgozza át, hanem többnyire épen megőrzi a benne feldolgozott egyes jogforrások eredeti szerkezetét. Olykor tartalmazza az egyes törvényeket eredetileg előterjesztő miniszter indoklását, az európai nordikus országokban pedig a mindenekelőtt tudományos és bírói fórumoktól származó ún. előkészítő munkálatok [*travaux préparatoires*] anyagait is.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> A kodifikáció problematikájához általában lásd mindenekelőtt S. A. Bayitch 'Codification in Modern Times' in *Civil Law in the Modern World* ed. A. N. Yiannopoulos (Baton Rouge: Louisiana State University Press 1965); *The Code Napoleon and the Common-law World* ed. B. Schwarz (New York: New York University Press 1956); M. E. Lang *Codification in the British Empire and America* (Amsterdam: H. J. Paris 1924); a jelen összegzés monografikus kifejtésére pedig a szerzőtől *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1977).

# A jogi technika\*

---

## I. A „JOGI TECHNIKA”

A „jogi technika” mint kifejezés – a modern korban valószínűleg SAVIGNY *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814) című műve az első, mely megkülönbözteti a törvényhozás „technikai” és „politikai” elemeit egymástól<sup>1</sup> – először a törvényhozási elméletek szótárában tűnt fel. A terminus és az alapjául szolgáló fogalom tartalmának további kimunkálása a modern formális jog születőfélben lévő ideológiájával kapcsolatban történt meg. A *juristische Technik* elméleti alapjait német tudósok fektették le a XIX. század végén (akik közül különösen JHERING nevét kell kiemelnünk). Jogi technikán a megalkotandó jog kidolgozá-

\*Szájer Józseffel (ELTE Bibó István Szakkollégium) társszerzőségben (tanítványi kutatómunkával s tanári koncepcionálással) készült nemzetközi szakmai enciklopédia felkérésére szövegmunkáként: [rövidítve] 'Technique juridique' in *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit* dir. André-Jean Arnaud (Paris: Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence & Bruxelles: E. Story-Scientia 1988), 412–414. o. és 2e éd. corrigée et augmentée (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1993), 605–607. o., valamint [eredeti változatában] a Nemzetközi Jog- és Társadalomfilozófiai Társaságnak a szerző szervezésében 1987 májusában Balatonkenesén megrendezett osztrák-magyar szimpóziuma előadásaként: 'Legal technique' in *Rechtskultur – Denkkultur Ergebnisse des ungarisch-österreichischen Symposiums der Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* 1987, hrsg. Erhard Mock & Csaba Varga (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1989), 136–147. o. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 35]. Első magyar változatában: *Magyar Jog* 39 (1992) 2, 65–71. o.

<sup>1</sup> Carl Friedrich von Savigny *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Theorie der Rechtswissenschaft* (Halle 1911), 12. o.

sának, illetőleg a jog adaptálásának és módosításának eljárásait, módszereit és eszközeit értették. A *technique juridique* elméletének továbbfejlesztése terén századunkban francia tudósok (s főleg GÉNY) játszottak kiemelkedő szerepet. A terminus jelentése azonban mindmáig meglehetősen többértelmű maradt. „A fogalom jelentése nem csupán azoknál a szerzőknél maradt pontatlan, akik mintegy mellékesen használják, de néha még azoknál is, akik arra vállalkoztak, hogy elméletet építsenek rá.”<sup>2</sup> A legtöbb jogi szakszótárban és lexikonban önálló szócikként még maga a fogalom sem szerepel, sőt olykor a pusztá kifejezést is fenntartással fogadják. „A »technika« szót meghatározott mesterségbeli eljárások számára kell fenntartani, [...] a jog azonban nem csupasz gyakorlat”,<sup>3</sup> avagy: „a feladat kijelölését illetően a »technika« rossz választás”.<sup>4</sup>

1. Tág értelemben a jogi technika a jog működését biztosító módszerek, eljárások, műveletek, megoldások és eszközök összességét felölelő sokrétű és összetett képződmény. Így felfogva széles körű érvényességre tarthat igényt. GÉNY szerint „egymagában úgyszólván csaknem a jog minden területét magába olvaszthatja”.<sup>5</sup>

Ami a terminus történetét illeti, e tekintetben SAVIGNY „az első, aki megpróbálta világosan leírni a jogi technika szerepét”.<sup>6</sup> SAVIGNYnek a jogrendszer kimunkálásában szerepet játszó, a tudatos technikákat és a jog spontán módon zajló kiépülését megkülönböztető nézete a népszellemről alkotott fogalmából következik.<sup>7</sup> Mivel egy jogrendszer szakmai kimunkálása „mindig teljesen technikai feladat, s mint ilyen, a

<sup>2</sup> Jean Dabin *La technique de l'élaboration du droit positif* Spécialement du droit privé (Bruxelles & Paris 1935), 2. o.

<sup>3</sup> Maurice Hauriou *Précis élémentaire de droit Constitutionnel* (Paris 1929), 61–62. o.

<sup>4</sup> Jean Dabin *Théorie générale du droit* 2<sup>e</sup> éd. (Bruxelles 1953), 234–235. o.

<sup>5</sup> Léon Duguit *Traité de droit constitutionnel* I, La règle de droit – le problème de l'État, 3<sup>e</sup> éd. (Paris 1927), 105. o.

<sup>6</sup> Alexandre Angelesco *La technique législative en matière de codification civile* (Paris 1930), 5. o.

<sup>7</sup> Savigny, 12. o.

jogászokra van bízva”, ezért „teljes egészében a jogászi technikára tartozik”.<sup>8</sup>

JHERING felfogásának gyökerei SAVIGNY megfogalmazásához nyúlnak vissza, s szerinte a *juristische Technik* nem más, mint jogi módszertan. A jog anyagát és formáját megkülönböztetve úgy véli, hogy a jogi technika a forma kérdése. A jogi formának a jogi tartalomhoz, nevezetesen a kibontakozóban lévő népi érzületben rejlő hajlamokhoz kell igazodnia, ezeknek kell megfelelnie. A módszertanként felfogott jogi technikának két vonatkozása van – az egyik elméleti, a másik gyakorlati. „A jogi technika valamennyi művelete két fő irányra vagy fő célra vezethető vissza. [...] Az egyik a jog szubjektív uralásának lehetséges megkönnyítése (s az erre szolgáló eszköz a joganyag mennyiségi csökkentése, illetve minőségi leegyszerűsítése); a másik a jogalkalmazás műveletének megkönnyítése (s ez a jogi praktikum).”<sup>9</sup>

DABIN úgy látja, hogy JHERING számára „a gyakorlatiasság eszméjéből [...] egyáltalán nem következik, hogy az azzal való törődésnek meg kellene bénítania az elméleti eszmény – vagyis a környezetből adott lehetőségeket figyelembe vevő s a közjónak megfelelő szabály – kimunkálására irányuló összes erőfeszítéseket”.<sup>10</sup>

A jogi technikát jellemző műveletek JHERING szerint a jogi analízis, a logikai koncentráció és a jogi konstrukció.<sup>11</sup> Mindhárom műveletnek a jogi norma lehető legteljesebb mérvű gyakorlatiasságát kell előmozdítania.

A jogi technikáról alkotott fogalmát GÉNY a jog minden területére ki kívánta terjeszteni. Ennek filozófiai alapjait azzal vetette meg, hogy különbséget tételezett a *le donné* [az adott] és a *le construit* [a megkonstruált] között. Eszerint a jogi technika tárgya nem más, mint *la construction légale* [a törvényi

<sup>8</sup> Savigny, vö. Walther Hug 'Gesetzesflut und Rechtssetzungslehre' in *Gesetzgebungslehre, juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht* Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger, hrsg. U. Klug, Th. Ramm (etc.) (Berlin, Heidelberg & New York: Springer 1978), 8. o.

<sup>9</sup> Rudolf von Jhering *Geist des römischen Rechts Auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 2. Teil (Leipzig 1858), 340. o.

<sup>10</sup> Dabin, 233. o.

<sup>11</sup> Jhering, 358–384. o.

konstrukció]. Hiszen „a pozitív jog egészén belül a technika képviseli az anyaggal szembeni szilárd erőt, s ez a forma lényegében az adottnak egy teljességgel mesterséges konstrukciója”.<sup>12</sup> Annak, ami adott időben *le donnénak* minősül, egy előzetesen adott *donné de l'ordre juridique*-nak [a jogi rend adottságának] kell megfelelnie. Következésképpen „úgy tűnik, hogy a gyakorlati eszközök vagy eljárások olyan készletére van szükség, amely a jogban a művészet vagy mesterség sajátosan jellegzetes részét alkotja; s ez technikának nevezhető”.<sup>13</sup> E technika legelemibb eszközei a formalizálás s a nyilvání-  
tétel, a jogi kategóriák és jogi konstrukciók, valamint a fikció, a vélelem és a jogi nyelv.

GÉNY tételei közül néhányat DABIN gondol újra és vizsgál felül. DABIN felfogása társadalmilag érzékenyebb, s a jogtechnikáról alkotott fogalma – felismerve, hogy „mivel a jognak technikája van, ezért egyszersmind a jog [...] már önmagában is technika”<sup>14</sup> – mind a pozitív jog technikáját, mind a társadalmi technikaként felfogott jogot magában foglalja. Szerinte a technika és a jog szélesebb társadalmi-filozófiai közegben értelmezendő. Túl szegényesnek tartja, hogy a különböző tevékenységformák értékelését pusztán gyakorlati vonatkozásaikra szűkítsék le. Ezt elkerülendő, javaslata szerint különbséget kell tennünk egyfelől „a szabályok tárgyát nyújtó” társadalmi vagy politikai technika, másfelől a tulajdonképpeni s tisztán szabályozó jellegű, az anyagot pozitív szabály formájába öntő jogi technika között.<sup>15</sup> Amíg ugyanis az előbbi „társadalmi és politikai természetű – társadalmi jellegű, minthogy a jog anyaga és szabályozási igénye az államok közötti viszonyokra irányul; és politikai jellegű, mivel ennek a szabályozásnak a belső és a nemzetközi politika keretében és sugalmazásai szerint kell végbemennie”,<sup>16</sup> addig

<sup>12</sup> François Géný *Science et technique en droit privé positif* Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, III (Paris: Sirey 1923), 23. o.

<sup>13</sup> François Géný 'La technique législative dans la Codification civile moderne: A propos du Centenaire du Code Civil' in *Le Code Civil 1804–1904* Livre du Centenaire, II (Paris 1904), 991. o.

<sup>14</sup> Dabin (1935), 7. o.

<sup>15</sup> Dabin (1935), 36. o.

<sup>16</sup> Dabin (1953), 234. o.

„a tulajdonképpeni jogtechnika [...] csak a megvalósítható formára vonatkozik”.<sup>17</sup> Russo is így véli: „a »technika« szónak feltétlenül két jelentése között kell különbséget tennünk, s az egyik az alkalmazott eszközök jellegét minősíti”.<sup>18</sup> Dabin ugyanakkor kitágítja a fogalom jelentéstartományát, hiszen szerinte „bármely legyen is a jogi szabályozás forrása, beleértve a szokásokat is, abban mindenütt tudatos konstrukció rejlik, ez pedig a technika műve”.<sup>19</sup>

A kortárs gondolkodók számára a jogi technika egyszerűs mind a társadalmi gyakorlat tapasztalatainak kifejeződése is. Egy mai magyar meghatározás szerint a jog technikai elemeiben technikai megoldási módozatokká kristályosult társadalmi tartalom rejtőzik.<sup>20</sup>

2. A jogi gyakorlatban a jogtechnikát olyan gyakorlati tevékenységekkel azonosítják, amelyeknek célja a jogi normának a konkrét társadalmi szükségletekhez történő igazítása. A jogi technika ebben az értelemben nem több vagy más, mint a jogi normáknak a társadalomra irányuló, gyakorlati szempontokat szem előtt tartó működtetése. Egy ilyen funkcionális megközelítés főként a jogalkalmazás technikai vonásaira helyezi a hangsúlyt. EHRlich például olyan jogi technikáról beszél, amely „valamely törvényt olyan esetekre is alkalmazhatóvá kíván tenni, amelyekre az semmilyen rendelkezést nem tartalmaz”.<sup>21</sup> Mások hasonlóképpen a jogi technikát olyan gyakorlati tevékenységként fogják fel, amely a tételezett formájában befejezetlen pozitív jog megvalósulását biztosítja. „A jogi technikának, mint minden technikának, az anyag tökéletlenségeit és hiányosságait is orvosolnia kell.”<sup>22</sup> A jogi technika mozgatóereje ennek következtében nem a tiszta

<sup>17</sup> Dabin (1953), 235. o.

<sup>18</sup> François Russo *Réalité juridique et réalité sociale Étude sur les rapports entre le droit et la sociologie et sur le rôle du droit dans la vie sociale* (Paris 1942), 61. o.

<sup>19</sup> Dabin (1935), 234. o.

<sup>20</sup> Kulcsár Kálmán *Politikai és jogszociológia* (Budapest 1981), 186. o.

<sup>21</sup> Ehrlich, Eugen *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (Leipzig 1903), 19. o.

<sup>22</sup> Josef Kohler *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* 2. Aufl. (Berlin & Leipzig 1917), 89. o.

logika, hanem különféle érvényesülő társadalmi érdekek [*Lebensinteressen*]. „Az egyes jogtételek és az élet közötti kapcsolatok alapja éppenséggel nem a szilárd logika. [...] Az érdekvédelmi irányzat szerint a jogi technikának az érdekek kiegyenlítésében kell formálódnia.”<sup>23</sup> Vagyis immár elvi élel is kimondható: „A jogászi logika a valóságos logikához kizárólag a nevében hasonlít. A jogászi logika egyáltalán nem logika, hanem technika.”<sup>24</sup>

Elérkezünk tehát annak megállapításához, hogy a jogtechnika – mivel feladata „a jognak az élet előre nem látható körülményeihez történő igazítása” – úgy definiálandó, mint „az érdekeknek a célokhoz a lehető legteltesebben alkalmazott intézkedésekkel történő kiegyenlítésének a művészete.”<sup>25</sup> Ez pedig sajátos funkcióként magában foglalja „a törvényhozó által kibocsátott szabályok alkalmazási körének valamely különös esetre történő kiterjesztését [...], s az így felfedezett elvek felhasználásával a gyakorlat által felvetett új esetek megoldását”.<sup>26</sup> Egyszerűbben fogalmazva talán így is mondhatjuk: a jogi technika funkciója „a jog legteltesebb mértékű érvényesülésének biztosítása”.<sup>27</sup>

3. A *jogtudományokban* a jogi technikát úgy határozzák meg, mint a jogi normákkal végzett logikai műveleteket, amik a jogi fogalmak és elméletek koherens rendszerének megteremtését célozzák. E fogalmi változat a jogdogmatikát szem előtt tartva jött létre. „A jog [...] – írta már STAMMLER – alkalmas arra, hogy önálló tudományos megismerés tárgya legyen. E feladat megvalósítása a technikai jogtudomány dolga.”<sup>28</sup> E műveletek tárgya a pozitív jog, eredményeinek felhasználója pedig a

<sup>23</sup> Kohler, 89. o.

<sup>24</sup> Eugen Ehrlich *Die juristische Logik* (Tübingen: Mohr 1918), 299. o.

<sup>25</sup> Demogue, R. *Les notions fondamentales du droit* (Paris 1911), 39. o.

<sup>26</sup> Édouard Cuq *Les institutions juridiques des Romains* Envisagées dans leur rapports avec l'État social et avec les progrès de la jurisprudence, *L'ancien Droit* (Paris 1891), 717. o.

<sup>27</sup> Istrate Mișesco *La personnalité morale et l'indivision comme constructions juridiques* [Thèse] (Paris 1907), vö. Angelesco, 3. o.

<sup>28</sup> Rudolf Stammler *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* Eine sozialphilosophische Untersuchung, 3. Aufl. (Leipzig 1914), 155. o.

jogtudomány, noha ez a törvényhozás számára is hasznos lehet. A jogi technikát ezek szerint a tudomány arra használja, hogy a jogot – saját fogalmi rendszerében s keretei között – egységessé, ellentmondásmentessé és koherenssé tegye. HOLTZENDORFF ezen az alapon különíti el a jogfilozófiától azt, amit a jog technikája tudományának nevez, melynek célja a jogfogalmak rendszeres kidolgozása.<sup>29</sup> Hiszen „a rendszer fogalmisága és a jogtudományi pozitivizmus logikai eszménye” a XIX. század német jogtudományában alapvető fontosságú volt, s nélkülük a *Bürgerliches Gesetzbuch*ban megtestesült kodifikációnak még az elméleti előkészítése is elképzelhetetlen lett volna.<sup>30</sup> STAMMLER számára a jogi technika olyan eljárás, amely a jog mint formális jelenség alakítását célozza, tehát „azt a módot, ahogyan a jogi akarat kifelé irányulóan megjelenik”.<sup>31</sup> Ugyanakkor maga is megjegyzi: a jog formálása határozott társadalmi megfontolások tekintetbevételével, azokon keresztül történik.

„A logikai szerkezet megalkotása teszi lehetővé a jogszabályok olyan viszonyát, illetve azok olyan hatékony és lényegre törő szövegezését, hogy érthetőbbek, könnyebben alkalmazhatók és továbbfejleszthetők legyenek.”<sup>32</sup> Ez vonja maga után azt, hogy a jognak a társadalmi érdekeket a pozitív jog rendszerszerű kimunkálásával kell szolgálnia. Ezt pedig „a szabályok logikai jellegű meghatározása, összefoglalása és rendszerezése révén kell elérni, ami a jog kettős – minőségileg a szabályok tartalmában, mennyiségileg pedig számukban megjelenő – egyszerűsödéséhez vezet”.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Franz von Holtzendorff *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung* I. Aufl., hrsg. Josef Kohler (München, Leipzig & Berlin 1913), 16. o.

<sup>30</sup> Hug, 10. o.

<sup>31</sup> Rudolf Stammler *Theorie der Rechtswissenschaft* (Halle 1911), 563. o.

<sup>32</sup> George Whitecross Paton *A Text-book of Jurisprudence* 3rd ed. D. P. Perham (Oxford 1964), 235. o.

<sup>33</sup> Dabin (1935), 231. o.

4. A sajátos technikaként felfogott jog a jogi technika legtágabb értelemben vett fogalma. Eszerint a jogi technika az emberi magatartás befolyásolásának eszközeként írható le. E nézet legradikálisabb változatát Kelsen képviseli, aki a jogot sajátos jogi technikaként írja le. „A jog sajátos technikája azt jelenti, hogy bizonyos feltételekhez azok következményeként bizonyos szankciókat kapcsol.”<sup>34</sup> Más szavakkal ezt mondhatnók: amennyiben magát a jogot technikaként fogják fel, úgy a jogi technika nem más, mint maga a gyakorlati működésében szemlélt jog. Általában véve a jog olyan társadalmi technika, amely az alanyaitól „megkívánt társadalmi magatartást az ellentétes magatartáshoz kapcsolt kényszer fenyegető ereje révén éri el”.<sup>35</sup>

Egyidejűleg azonban a jogi technika sajátos technikák összessége is. „A büntetőjogi technika valamely magatartást tesz az elkövetővel szemben alkalmazandó szankció feltételévé. A közigazgatási technika azt határozza meg, hogy valamely konkrét cselekvés híján is kényszereszközt kell alkalmazni azon személy ellen, akire a kényszeralkalmazás feltételeként megállapított közigazgatási döntések vonatkoznak. A polgári jogi technika pedig a kényszerintézkedés feltételeit a vétkes magatartásban és valamely érintett fél keresetindítási döntésében határozza meg.”<sup>36</sup>

## II. A JOGI TECHNIKÁRÓL

### 1. A jogi technika meghatározása és funkciója

A jogi technika leglényegesebb jellemzője, hogy történelmi termék, mely a jog adott fejlettségi szintjével szoros kapcsolatot mutat. E technika a konkrét társadalom jogi viszonyainak egyik legbensőbb összetevője, mely mind eszközrendszerét,

<sup>34</sup> Hans Kelsen 'The Law as Specific Social Technique' in Hans Kelsen *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays* (Berkeley, Los Angeles & London 1971), 231. és köv. o., 244. o. [magyar fordításban lásd in *Modern polgári jogelméleti tanulmányok* szerk. Varga Csaba (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogi Tudományi Intézete 1977), 1. és köv. o.].

<sup>35</sup> Kelsen, 236. o.

<sup>36</sup> James William Harris *Legal Philosophies* (London 1980), 61. o.

mind pedig jogászi kultúráját egyaránt minősíti. A jogi technika már önmagában véve is összetett és sokrétű jelenség, s funkcionálisan összetartozó műveletek, módszerek, megoldások és eljárások összességéből tevődik össze. Eszköz szerepében e technikát azért hozták létre, hogy általa a jog társadalmilag kívánatos működését – helyes normaképzés, továbbá e normák helyes gyakorlatba ültetése révén – lehetővé tegyék. Mivel a jog zavarok nélküli működése mind a jog tételezésének, mind a benne foglalt kifejezéseknek és fogalmaknak bizonyos fokú formális racionalizációját s logikai rendezettségét feltételezi, ezért a jogi technika egyik minősített feladata éppen az, hogy a jogszabályok összességét valóban minőségi jogrendszerre kovácsolja.

Így is fogalmazhatnánk: a jogi technika teremti a kapcsolatot a jogpolitika és a jog között. Hiszen a jogpolitika azt határozza meg, hogy mi is a teendő; a jogi technika pedig azt nevesíti, hogy miként is lehetséges vagy szükséges ezt megcselekedni; végül pedig a jog maga azt a közeget biztosítja, amelyben s amelyre tekintettel mindez megtörténik. Mivel a modern formális jogi kultúrákban a jogot a jogszabály szövegével (tehát a norma-struktúrákat hordozó, jelentéssel bíró nyelvi jelek összességével) azonosítják, ezért a jogi technika nem több és nem más, mint konceptualizálás, vagyis a jogot alkotó szövegek fogalmi létrehozatala és működtetése.

Általánosított tételként megállapíthatjuk tehát: a jog – minden egyes fejlődési szakaszában – voltaképpen a jogi technika terméke. Másként fogalmazva: a jogi technika a jog dinamikájának egyik tényezője, egyszersmind közege is. Hiszen a jogi technika az a köztes mező, amely minden olyan ideális vagy materiális, elméleti vagy gyakorlati, érték- vagy akarati jellegű alakító erőt átszűr magán, amely a jog fejlődésére egyáltalán hatást gyakorol. Ennek következtében a jogi technika a jog gyakorlati létének (alakításának, formai elrendezésének, sőt átalakításának is) rövid és hosszú távon egyaránt az egyik elsődleges tényezője. A jogi technika s a jog már visszamenőlegesen sem választható szét egymástól, hiszen az előbbi hozadéka folyamatosan beépül az utóbbiba. A jövőt illetően azonban a jogtechnika és a jog viszonya egymással versengő alternatívákat hordoz, s a közöttük zajló kölcsönös egy-

másrahatási folyamat minden egyes fejlődési szinten kívülről új szelekciós közeggel egészül ki. Mindent összevetve, a jogi technikán belüli kedvező hagyományok s a kellő eszközök használata – a jognak a körülményekhez történő igazítása és alkalmazódása révén – még a „rossz” törvényeket is némiképpen „feljavitja”, a „jó” törvényeket pedig megóvhatja attól, hogy az esetleges kedvezőtlen hagyományok ronthassanak rajtuk. Összegezve: a jogi technika a normák gyakorlati és doktrinális kezelésének a közege. S bár e technika végterméke mindig csupán logikailag igazolható (hiszen elméletileg kizárólag a logika az az eszköz, amellyel a jogi textus értelméhez hozzáférközhethünk) – mégis, mind a jogi normák tényleges működtetése, mind pedig doktrinális feldolgozása és alakítása teljességgel a gyakorlathoz kötött. Ebből következik a következetes és szigorú értelemben vett jogkövetés s a társadalmi várakozások optimális teljesülése között szükségképpen szakadatlanul keletkező ellentmondás.

Azért van ez így, mert „a jogi technika maga is elősegítheti vagy akadályozhatja a fejlődést. E jogi technika kihat a társadalom életének minden vonatkozására: az igazságszolgáltatási szervezet előtt álló lehetőségek, az eljárási formák és a jogintézmények jellege kihat a gazdasági vállalkozások szervezetére, elősegíti vagy éppen akadályozza a cserét, megmeregíti a társadalmi struktúrákat, vagy felgyorsítja azok átalakulását.”<sup>37</sup>

Vélhetjük ezért, hogy a formális tételezés olyannyira egybefonódik a tételezés társadalmi összefüggésrendszerével, olyannyira szinte egészében annak szűrőmechanizmusán keresztül érvényesül, hogy ez utóbbi elkerülhetetlenül rajta hagyja nyomát az előbbin. Ezért mondhatjuk el, hogy az önmagában álló szöveg csupán holt betű. A jogi folyamat logikájára tekintettel úgy is mondhatjuk, hogy a jog nem a jogszabály szükségszerű folyománya, hanem valami olyasmi, ami mindenkor megújulóan a jogszabályból – annak eszköztárán keresztül – létesítődik. Pontosabban: létesíttetik. A jogszabály kizárólag az általa hordozott jelentés hatásmechanizmusában nyomon követhető társadalmi léttel rendelkezik, mely ugyan-

<sup>37</sup> Édouard Lambert *Introduction: La fonction du droit civil comparé I* (Paris 1903), 179. o.

akkor csakis nyelvi és társadalmi közegben és összefüggésrendszerben fejeződik ki.<sup>38</sup>

A jogi technika teremt alkalmat arra, hogy a társadalmi elvárásoknak a joggyakorlat útján történő kielégítésére irányuló szükséglet s a jog megvalósításának ezzel egyidejű követelménye között visszatérően megjelenő ütközéseket feloldják. Hiszen e szükségleteknek a jog közege általi közvetítése nem más, mint egy formális rendszer kiteljesedésének folyamatos megvalósulása. WEBER szavaival élve: a jogászok dolga „annak rögzítése, amit a tipikus módon zajló közösségi vagy egyetértő cselekvéshez jogilag hozzárendelnek, tehát annak megállapítása, aminek jogviszonyként kell elgondolhatónak lennie”.<sup>39</sup> Vagyis olyan feladat ez, amit csupán akkor teljesíthetünk, ha a jog megszakítások nélküli adaptatív kezelésében ismerjük fel a jog gyakorlati létét. Ezért mondja LAMBERT: „A jogi technika szükségképpen konzervatív, hiszen egyfelől az ellentmondásos változásokból, másfelől a biztonságból eredő szükségletek között kell kapcsolatot teremtenie.”<sup>40</sup>

## 2. Jogi technika és a jogi kultúrák

A jogi technika funkciójának elemzése hozzájárul a jogi kultúrával kapcsolatos – s arra hatva a jog gyakorlati megvalósulásának egészét meghatározó – álláspontunk megalapozásához is. Hiszen a jogi kultúra – mivel a jogi technika a hagyomány továbbfejlesztésében s megerősítésében egyaránt alapvető szerepet játszik – a fenti összefüggésben nem más, mint az adott kultúrát jellemző jogtechnikai eszközök (minták stb.) rendezett összességének egyfajta gyakorlati megnyilatkozása.

A jogi technika ugyanakkor nyilvánvalóan mindig tényleges gyakorlathoz kötődik. A jogtechnikai rendszerek a hely és történelmi idő függvényében különböznek egymástól, ezek

<sup>38</sup> Vö. a szerzőtől 'Modern államiság és modern formális jog' *Állam és Igazgatás* XXXII (1982) 5, 418. és köv. o., 464. és köv. o.

<sup>39</sup> Max Weber *Rechtssoziologie* hrsg. Johannes Winckelmann (Neuwied: Luchterhand 1960), 101. o. [Soziologische Texte] [magyar fordításban lásd in *Jog és filozófia* Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből, szerk. Varga Csaba (Budapest: Akadémiai Kiadó 1981), 141. és köv. o.]

<sup>40</sup> Lambert, 179. o.

alrendszerei pedig valamely konkrét jogrendszeren belül jogágak szerint is elkülönülhetnek. A jogi kultúra tehát az az alapvető egység, amelyen belül a jogi technika értelmes módon meghatározható. A jogi kultúra pozitív jogból, működését végző szakemberekből s általuk alkalmazott jogi technikákból áll. Egyebek mellett a jogi normarendszer rugalmasságát, érzékenységét, kihívásokra történő válaszadási képességét is főként a jogi technika rendelkezésre álló eszközei határozzák meg. Ez magyarázza azt is, hogy egy adott jogi kultúra minősége miért oly nagy mértékben a kultúra jogi technikájának függvénye. Valamely konkrét jogi technika általános vonásai nagyvonalakban egy egész jogi kultúrát jellemezhetnek. A római jogot például „fogalmiság jellemzi, s a materiális normarendszer eszméje teljesen idegen tőle”.<sup>41</sup> A keleti jogok ezzel szemben inkább emberek saját személyes válaszait vezérlik ahelyett, hogy közvetlenül magatartásukat szabályoznák.

Az a jogi technika, ami egy adott jogrendszeren konkrét időpontban jellemez, mindig egy teljes ívű történelmi fejlődés terméke. Kifejlődésében és változásában olyan tényezők játszhatnak szerepet, mint a társadalomban uralkodó gondolkodási formák, a jogászok gyakorlati tapasztalatai, illetőleg egy elmúlt vagy külső világ mintái (saját régebbi vagy mások tapasztalatai). Azt is számításba kell vennünk, hogy az eszközjellegű jelenségek többfunkciójúak. Ennek következtében a civilizációs fejlődésben eljárások vagy formák bármilyen változatára bukkanjunk is valahol, rögtön nyilvánvalóvá válik, hogy más körülmények között ugyanez bármely olyan (más, eltérő vagy új) társadalmi funkciót képes teljesíteni, amelynek a jog bármikor is szolgálatában állhatott. Tehát bármely jogi technika kialakulása történelmi meghatározódási folyamat eredménye, s arra e folyamatnak minden egyes tényezője hatást gyakorolhatott – beleértve a véletlenszerű, esetleges befolyásokat is.

A jogi technika végtelen számú alkotóelemből állhat, s ezek viszonya végtelenül sokféle lehet. Ugyanakkor persze semmi-

<sup>41</sup> Niklas Luhmann *Rechtssoziologie* 2. Aufl. (Opladen 1983), 179. o.

féle jogi technikát sem örök időkre hoznak létre, s mint a társadalmi világnak és a „jog” néven ismert vállalkozásnak egyik vonatkozása, ez is állandóan alakul, változik – új és új formákat öltve magára. Mivel a jogi technika a gyakorlat mindig megújuló szükségleteinek és kihívásainak függvénye, ezért néhány eleme elkerülhetetlenül előtérbe kerül, s azokból a szó szoros értelmében (a többiektől függetlenül, de mindenképpen azokra is kiható jelentőségre jutva) intézmény lesz, míg más elemek háttérbe szorulnak, vagy éppen egyszerűen lehetséges alternatívát jelentenek majd csupán – s az ilyen hangsúlyeltolódások végső soron szükségszerűen a jogi technika és a jogi kultúra jellemzőinek hosszú távon bekövetkező változásaiban összegződnek. Másként fogalmazva: annak köszönhetően, hogy a társadalmi meghatározódás, a társadalmi létben zajló kölcsönfolyamatok végtelen sorozatán keresztül meghatározottá válás folyamata – vagyis az újratermelődés – a társadalmi gyakorlatban az azonosság és nem azonosság szilárd egységét hozza létre, a kihívásokra válaszolva a rendszer elemei különböző mértékben aktiválódnak. Az újratermelődési folyamatban ez szükségszerűen változásokat, módosulásokat is előidéz. Valamely változás és módosulás pedig vagy egy ekkor és ott érvényesülő fejlődési tendencia megőrzéséhez és megerősítéséhez járul hozzá, vagy az attól eltérő egyirányú mozgások folyamatos egymásra halmozódásukkal irányváltásban összegződnek.

A pusztán jogi technika eredményeként előálló és semmilyen jogintézmény által nem támogatott ilyen hangsúlyeltolódások végső fokon a jog valóságos módosulásához vezethetnek, mintegy jogforrásként játszva tényleges szerepet. Ilyenek a jogtudományból származó (például a német *Bürgerliches Gesetzbuch*-ra történő hivatkozással kifejlesztett) tételek; a politikai (például a német alkotmány, azaz a bonni *Grundgesetz* preambulumban tétélezett) értékelések a maguk folyamatos újraértelmezésében; valamint az ún. alkotmányossági hivatkozás, amikor is részletes szabályozás hiányában az általános (például alkotmányi) rendelkezésekből származó tartalmi rendelkezéseket gyakorlati szempontoktól vezérelve újraértékelik.

A jogi technika sokféleségének – mivel a gyakorlati hatékonyság az egyetlen mérce, aminek alapján egyáltalán meg-

ítélhető – úgyszólván semmi sem szab határt. Figyelembe kell vennünk, hogy a jogi építmény egészének érzékenysége s kihívásokra történő válaszadási képessége nagymértékben a jogi technika függvénye. A jogi technika ennek következtében abban a – mondhatnók: kivételes – helyzetben van, hogy képes nyitni is, torlaszolni is a további fejlődés bármely adott útját. Az egyedi jogrendszerek fejlődési lehetőségei távolról sem korlátlanok. E lehetőségeket gyakorlatilag minden egyes konkrét rendszer számára azok a jogtechnikai eszközök biztosítják, amelyek történelmileg nagyobb részét már kialakultak, kiállották a gyakorlat próbáját, s amiket a kérdéses rendszer ezért befogadott. A megújítási kísérleteket a célszerűség s a hagyomány ellenőrzi; a sikereseket is ez válogatja ki ezek közül.

A jogrendszer jogi technikájának eszközeit jellemző sajátosságok (állandóság, egyetemes felhasználhatóság stb.) a kérdéses jogrendszer fejlődése és történelmi sorsa szempontjából döntő jelentőségűek lehetnek. Távolról sem közömbös, hogy a jogi technika eszközei milyen mértékben képesek katalizáló hatást kifejteni. Általában ennyi mondható el: „a technika gyakran roppant hasznos segítséget nyújt a jog teljes kibontakozásához és pontos alkalmazásához”.<sup>42</sup> Más így fogalmaz: „Mivel a jog saját fogalmisága révén működik, a jogi technika óhatatlanul rajta hagyja nyomát a közösség életén.”<sup>43</sup> Az antik Róma jogi technikájának köszönhetően például joga megvalósította azt az eszményt, amit jog egyáltalán megvalósíthat: nevezetesen, „a társadalmilag lényegbevágó konfliktusok olyan rendszerben történő elrendezését, meghatározását, szisztematizálását stb., amely szavatolhatja e konfliktusok végigvitele számára az adott formáció mindenkori fejlődési szintjének megfelelő viszonylagos optimumot”<sup>44</sup> – s ezzel a római jogi kultúra összehasonlíthatatlanul magas szintre fejlődött. „Azért van ez, mert a római jog felfedezte és bámulatos

<sup>42</sup> Gény, IV, 29. o.

<sup>43</sup> Walter J. Jones *Historical Introduction to the Theory of Law* 2nd ed. (Oxford 1965), 266. o.

<sup>44</sup> Lukács György *A társadalmi lét ontológiájáról II: Szisztematikus fejezetek* (Budapest: Gondolat 1976), 484. o.

módon alkalmazta a jogi pontosítás – vagy inkább jogi áttemelés – ezen eszközeit, a tényeket ilyen módon helyezve át a jog birodalmába.”<sup>45</sup>

Minden egyes jogrendszerben – s a jogi rendszerek minden egyes fejlettségi szintjén –, mindig vannak nyitott alternatívák. Márpedig egymással versengő alternatívák esetén nyitott a kérdés, hogy a hagyomány szövetének mely elemei is aktivizálódnak a változás ösztönző erejeként, a változást jogi változásként kivitelező jogtechnikai eszközök készletéből mit használnak fel, s mindezek következményeként végül milyen formális változások mennek végbe a jogban. Természetesen semmi sem történik teljesen véletlenül. Nagyon is meghatározott társadalmi kihívások, várakozások és szükségletek állnak tényezőkként a nyilvánvaló alternatívák mögött. Attól a pillanattól kezdve azonban, hogy bármelyik alternatíva megvalósulni kezd, a hagyomány részévé válva rögvest maga is a további fejlődés egyik tényezője lesz.

Meghatározott tényezőknek meghatározó tényezőkké válása különösen a jogi technika fejlődésének olyan irányváltásai során tűnik szembe, amik később vízválasztónak bizonyulnak. Olyan irányváltásokra gondolhatunk, mint amik valaha a jog differenciálódásának s a jogcsaládok kifejlődésének meghatározó tényezői voltak. Hiszen amint amúgy is közzismert, a jog fogalmiasítása először Rómában, a köztársasági korszak lezárultával, azáltal valósult meg, hogy az okfejtések nyelvi közvetítődéseit – minden későbbi jogi következtetés és hivatkozás egyértelmű alapjaként történő jövőendő felhasználhatóságuk érdekében – formalizálták. Ami pedig a hosszú távra kiható jogi és történeti jelentőségű átrendeződések révén történő változást illeti, arra a római jogtudományban a SZABINIÁNUSOK és a PROKULIÁNUSOK, a *talmudi* jogtudományban pedig a SHAMAI és HILLEL közötti híres viták szolgáltattak példát. Az előbbi azzal a dilemmával állott kapcsolatban, vajon a jogot az *aequitas* [méltányosság] megtestesüléseként kell-e értelmeznünk, s ebből adódó-

<sup>45</sup> Raymond Saleilles 'La réforme de la licence en droit' *Revue internationale de l'Enseignement* 47 (1904), 320. és köv. o., 331. o.

an a társadalmi konfliktusok megoldásában pusztán irányító szerepet kell-e tulajdonítanunk neki, vagy – szöges ellentétben – éppen a fogalmak és szabályok racionális rendszereként, a konfliktusok megoldásának egyedüli normatív alapjaként és mértékeként kell-e felfognunk, s magát a jogot puszta tételezésre (mint az államtól szabadon felhasználható eszközre) kell-e visszavezetnünk.<sup>46</sup> A másik vita történelmi szerepe annak eldöntése volt, vajon a törvényeket kizárólag szigorúan és megszorítóan szabad-e értelmeznünk, vagy értelmezésük során a társadalmi érdekeket is lehet-e mérlegelnünk. HILLEL álláspontjának győzelmével a rugalmas értelmezés, a döntés ebből következő alternatívitása is elfogadásra lelt, noha e győzelem a gyakorlatban magában nem sokat ért. Hiszen az eltérő álláspontok közötti nyílt konfliktus ellenére a *talmudi* hagyománynak a jogi technika mindkét iránya szerves része maradt.<sup>47</sup>

3. *A jogi technika posztulátumai a modern formális jogi kultúrákban*  
Egy konkrét jogi rendelkezés jogpolitikai jellege akkor eszközértékű, ha az elfogadott értékeknek a jog eszközrendszerével történő megvalósítása során hatékonynak bizonyul. Mivel működése során a jogi technika a jogpolitika és az előbbi konkretizálódásaként felfogott jogi szöveg közé ékelődik, ezért minősítő ismérvei a jogpolitika sajátos jellemzőiből is következnek. Azaz: a jogi technika a jogpolitika szolgáltatásban álló s a jogpolitikát a jog eszköztárán keresztül előmozdító technika. Azok a határok, amelyekben belül „a jog eszköztárán keresztül” kifejezés értelmezendő, főleg a pozitív jogtól megszabottak. A pozitív jogtól meghatározott fogalmi tartalmat ugyanakkor kiegészítik az adott kultúrában nyilvánvalóan jelen lévő, de csak a jogdogmatikában véghezvitt

<sup>46</sup> Tony Honoré *Gaius* (Oxford 1962), 39. o.

<sup>47</sup> Chaïm Perelman 'Désaccord et rationalité des décisions' in Chaïm Perelman *Droit, morale et philosophie* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1968), 103. és köv. o., 105–106. o.

<sup>48</sup> Leszek Nowak 'De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique' in *Etudes de logique juridique III: Contributions polonaises à la théorie du droit et de l'interprétation juridique*, publ. Ch. Perelman (Bruxelles: Bruylant 1969), 65. és köv. o.

logikai rekonstrukció eredményeként tisztázott,<sup>48</sup> valamint a jogi kultúrában s a jogászai ideológiában gyökerező, esetleg a joggyakorlatból, annak tapasztalataként levont előfeltevések is. Mindezen posztulátumokat és előfeltevéseket a kultúra újratermelődése során újra és újra megerősítik és újratételezik. Csupán kivétel, amikor ezeket a jog pozitíve is megfogalmazza, vagy amikor a dogmatika formailag is definiálja. A modern formális jog az e jogra jellemző jogi technikának legalább négy, egymással szoros kapcsolatban álló alapvető posztulátummal rendelkezik:

*a) A következetesség elve.* A modern formális jogi kultúrákban a bírói és az igazgatási döntési folyamatot a jogászai ideológia olyan logikai műveletként fogja fel, amelynek során a szóban forgó esetet néhány, az érvényes jog előzetesen tételezett szövegeinek összességéből kiemelt általános norma alá rendelik, s a meghozandó döntést e normákból következtetik. A jogi döntést ennek megfelelően a pozitív jogból egyszerűen levezetettnek tartják. A gyakorlatban mindazonáltal a következetesség [konzekvencialitás] logikai elve elkerülhetetlenül sérelmeket szenved. Akármilyen gyakorlati kompromisszumok is köttetnek azonban a maguk helyén, az elvnek – a döntéshozatali folyamat hivatkozási, illetőleg legitimációs és igazolási alapjaként – igen fontos szerepe van mind a jogi gyakorlat irányításában, mind pedig e gyakorlat fejlődési irányainak és útjainak a körülhatárolásában.

*b) Az összefüggés elve.* A jogi technika eszközeivel működtetett eljárások egyik sajátos funkciója az, hogy a jog viszonylagos teljességre, zártságra és ellentmondásmentességre irányuló törekvését összeegyeztessék az ezen összhangot újra és újra megzavaró szükségletek kielégítésével – azért, hogy e szükségletek egyedi kielégítését (a rendszer belső összhangjának, teljességének, zártságának és összefüggésének megszüntetve megőrzése és mindenkor újratételezése révén) intézményesen biztosítsák. Az elméleti rekonstrukció szempontjából a jogrendszereket nem tekinthetjük zárt rendszereknek. A jogászok azonban csak akkor tudják egyáltalán működtetni, ha a

gyakorlatban úgy kezelik, mintha viszonylag teljes és zárt rendszer lenne; s mind a normaértelmezés, mind a joghézagok kitöltése egy ilyen mesterséges előfeltevés függvénye. Létezik ugyanakkor egy meglehetősen pragmatikus szükséglet is, mely a formális racionalizáció mellett szól. Egyértelmű, gyakorlatias és (végeredményüket illetően) előre jelezhető jogalkalmazási műveletek ugyanis csak abban az esetben képzelhetők el, ha – bármilyen kompromisszumok árán is – az összefüggés (vagyis koherencia) elve érvényesül. S a jogász csakis abban az esetben vállalkozhat a történelmileg felhalmozódott (s nem mindig egyértelmű, de roppant mennyiségű) jogi szövegek gyakorlati kezelésére és feldolgozására, ha a pozitív jog rendszerét a jogászok fokozatosan és folyamatosan, mindenkor visszatérően és megújulóan egymással összefüggő fogalmak és rendelkezések szervezett rendszerévé alakítják.

*c) A fogalmi ökonómia elve.* A fogalmakkal történő gazdaságos bánásmód a voltaképpen egyedüli gyógy mód annak elkerülésére, hogy a jogi szabályozás kezelhetetlenül sok részelemre essék szét. Nos, a fogalmi ökonómia elve azt követeli, hogy az alapstruktúrákat mind a jogi szabályozásban (vagyis a szabályozás formális megjelenítésében és doktrinális rendezésében), mind pedig bírói konkretizálásában és továbbfejlesztésében alaposan kimunkálják. Amennyiben csak lehetséges, minden további szerkezeti megoldást ilyen rendelkezésre álló alapstruktúrára kell ráépíteni, ilyen alapstruktúrába kell beépíteni (mint olyat, amihez kapcsolódik mint annak kiágazása vagy kivétele, analógiája, ráépülő vélelem, és így tovább). A fogalmi takarékoság – mintegy kiegészítő elemként – feltételezi, hogy a szabályozás során egyértelműen és lényegre törően fogalmazzanak, a jog szövegei pedig jól szerkesztett, világos konstrukciókat alkalmazzanak.

*d) A többlétszabályozás elkerülésének elve.* A többlétszabályozás a fogalmi takarékoság hiánya, amikor is több szöveg ugyanazt az üzenetet hordozza. Ez az, amit az információelmélet redundanciának nevez. A modern jog olyannyira

formális jellegű, hogy a tételezett normaszöveget az érvényesség hordozójának, egyenesen megtestesítőjének tekinti. A jog normatív tartalmát illetően minden jogi intézkedést a szövegnek kell meghatározni. Ami pedig a normatív formát (vagyis a szövegezést) illeti, az ilyen intézkedéseket kizárólag a tételezett szöveg igazolhatja. Ebből is akadóan minden többszabályozás – legyen ez valamely szöveg többszöri előfordulása (például egy törvény rendelkező részében és preambulumában), akár egyes szövegek egymást átfedése (például több törvényben) – az értelmezés és normaérvényesítés eltérő lehetőségeinek ad teret. Különböző szövegekörnyezetekben még ugyanazon szöveg ismétlése is azzal a veszéllyel jár, hogy eltérő értelmezésre ad alapot. A modern formális jogi kultúrákban a jogi technika igazán jellemző funkciója az, hogy közvetítsen a jogpolitika és a jogi szöveg között. Jogpolitikáról, jogi technikáról és jogról egyaránt bebizonyosodhat persze, hogy alkalmatlan a társadalmi szükségletek kielégítésére. Amennyiben ez az eset áll fenn, úgy vagy ezek kielégítése szenved majd hiányt, vagy a valóságos szükségletek törnek majd utat maguknak, túlgázolva magán a jogen. Az ilyen kihívásokra a leggyakrabban azok a változatos formát öltő kompromisszumos megoldások jelenthetnek választ, amelyek a jogi technikát arra használják, hogy a jog általi legitimáció látszatát megteremtsék, miközben e legitimációs formával visszaélve azt valójában a következetes és szigorú elvekhez igazodó jogkövetéstől történő eltérés igazolására hasznosítják. (Azt is meg kell ugyanakkor jegyeznünk, hogy az ilyen és hasonló félutas kompromisszumok gyakoribbak, semmint ez elvileg kívánatos vagy igazolható lenne.)

Gyakorlati jellegű visszaélések esetén a jogtechnika elsődleges feladata, hogy a jog valamennyi alkotóelemét egy még működőképes – s amennyire csak lehetséges, következetes, összefüggő, fogalmilag ökonomikus és redundanciát kerülő – egységbe integrálja. Ugyanakkor azonban arra is tekintettel kell lennünk, hogy a jogi technika elszigetelheti és semlegesítheti ugyan a fenti elveken esett részleges sérelmeket, de a súlyos, ismételten visszatérő sérelmek végső soron szétbom-

laszthatják a jog rendszerét, s ezzel megkérdőjelezhetik az egész jogi kultúra minőségét is.

Végző következtetésként ezért megállapíthatjuk: a jogi technika sajátos funkciója annak biztosítása, hogy bármely jogilag fontos anyagi cél csakis a jog eszközszerén keresztül valósuljon meg, tehát az alapvető célok valóra váltását azon többletértékek és többlethatások egészítsék ki, amelyekre szert kizárólag e célok sajátos jogi közvetítésével tehetünk szert.

## Vélelem és fikció mint a jogtechnika eszközei\*

---

A jogtechnika a jogi eljárásokkal kapcsolatos különböző készségek, módszerek, utak és cselekvési formák működőképes egységge szervezett összessége. Instrumentumok tárháza. Eszközöké tehát, melyeknek a jog kellő alakítása és gyakorlati felhasználása érdekében történő alkalmazása teszi egyáltalán lehetővé azt, hogy az arra hivatottak a jogot társadalmilag éppen akkor és ott kívánatos módon működtethessék. Mindezekelőtt a jogtechnika eszközeinek köszönhető, hogy segítségükkel jogon kívüli megfontolásokat a jogon belülré vihetünk – technikailag olyanná alakítva át, mintha eleve csupán a jog beépített elemeiről lenne szó. A jogtechnika tehát elsődlegesen egyfajta közegként játszik szerepet, melynek igénybevételel bármiféle elméleti és gyakorlati (értékelő vagy akarati) megfontolást átszűrhetünk a jogon keresztül – tudva ugyanakkor azt, hogy e különféle megfontolások jogon belülivé tétele révén egyszersmind a jog fejlődésére is úgyszólván tetszőleges irányban hatást gyakorolhatunk.<sup>1</sup>

\*Szájer Józseffel (ELTE Bibó István Szakkollégium) társszerzőségben (tanítványi kutatómunkával s tanári koncepcionálással) készült nemzetközi szakmai enciklopédia felkérésére szömonográfiaként: [rövidítve] 'Fiction' és 'Présomption' in *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit sous la dir. André-Jean Arnaud* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence; Bruxelles: E. Story-Scientia 1988), 157–160, illetőleg 313–315. o. és 2<sup>e</sup> éd. corrigée et augmentée (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1993), 259–261, illetőleg 470–472. o., valamint [eredeti változatában] 'Presumption and Fiction: Means of Legal Technique' *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXXIV (1988) 2, 168–184. o. Eredeti magyar változatában: *Állam- és Jogtudomány* XXXVII (1995) 3–4, 275–301. o.

<sup>1</sup>Összegző kifejtésben lásd Varga Csaba, Szájer József 'A jogi technika' *Magyar Jog* 39 (1992) 2, 65–71. o.

Túlzás nélkül állíthatjuk ezért, hogy végső soron a jogra jellegzetes sajátos szellemiséget a jogtechnika hordozza. Mert a jogtechnikában mindazokat a jellemvonásokat felfedezhetjük, amik a jogrendszert a formaiságok halmazait létrehozó emberi gyakorlatban mesterségesen képzett konvencionizált rendszerré teszik. Nos, bizonyára ez a körülmény ad magyarázatot arra is, hogy a vélelmet és fikciót többnyire úgy szokták jellemezni, mint *par excellence* jogtechnikai szolgálatban álló eszközöket, vagyis a jogi találékonyság elsősorban említendő példáit. Mesterséges eszközjellegük olyannyira szembeszökő, hogy ehhez képest gyakran még egymásközi lényegi különbözőségeik sora is elhalványul. Amennyiben tehát mesterséges jellegük alapulvételével adnánk közös jellemzést róluk, ez könnyen félreértésbe torkollhatna. Alább következő fejtegetéseinkben ezért éppen azt kíséreljük meg bizonyítani, hogy a vélelem és a fikció egymástól lényegi vonásokban eltérő eszközöket testesítenek meg.

A legkülönbébb területekről jól ismert jelenség, hogy az emberi gyakorlat technikai eszközei (sőt, a gyakorlatban alkalmazott fogalmi konstrukciók és ideologikus kifejezések is) történelmileg közös nevet hordoznak annak ellenére, hogy esetleg csupán eredetüket tekintve kapcsolódnak valamelyest egymáshoz, miközben voltaképpen szerkezetükben s működésükben lényegesen eltérnek egymástól. Valóságos közösségük hiányát időlegesen persze az is leplezheti, ha elméleti leírásukat egyetlen vonás kiemelésével adjuk meg – például egy olyan kiemelt tulajdonság köré történő csoportosításuk révén, amelyik valójában kizárólag egyetlen történelmi megnyilvánulásuknak volt a sajátja, noha a kérdéses leírás e tulajdonságot a jelenség egyetemes sajátosságaként tünteti fel. Dolgozatunkban ezért megkíséreljük azt is bemutatni, hogy a vélelem és fikció még saját fogalmi körükön belül is egymástól elütő jelenségeket testesítenek meg, történelmi megnyilvánulásaikban s megvalósulásaikban egyaránt.

## I. VÉLELEM

### A) A vélelem felfogásai

Eredeti jelentése szerint a vélelem<sup>2</sup> nem más, mint „'előzetes feltevés', egy tény valóságának feltevése”.<sup>3</sup> Logikai rekonstrukciója ugyanakkor azt mutatja: „valószínűségi következtetés” ez<sup>4</sup> – nem más tehát, mint „*argumentatio probabilis 'posita in communi omnium intellectu'*”.<sup>5</sup> Még általánosabb megfogalmazásban ezért így fogalmazhatunk: „Előfeltevés, ám teljes bizonyítás nélkül”.<sup>6</sup> Vagyis: „egy tényre vonatkozó megállapítás helyettesítése olyan elemekből levont következtetéssel, amelyek e tényt csak közvetve érintik”<sup>7</sup> – végső következményeiben szemlélve ezért „olyasminek a megelőzése, amit nem bizonyítottak”.<sup>8</sup>

Sajátos jogi jelentése szerint a vélelem nem más, mint tények megalkotásának technikája bizonyos meghatározott jogeset megvalósultsága bizonyíthatóságának érdekében. Amikor tehát vélelemmel élünk, vélelmünk erejénél fogva bizonyos normatív kiválasztott s meghatározott tényeket elegendőnek fogadunk el ahhoz, hogy adott tényállást egy bizonyos másik – egyébként nem igazolható – tényállás megvalósultsága bizonyítékeként elfogadhassunk.

<sup>2</sup> További problémafelvetésekhez még vö. Patrick Day 'Presumptions' in *Proceedings of the XIVth International Congress of Philosophy* [Vienna 1968] (Vienna: Herder 1970), 137–143. o. és A. T. Denning 'Presumptions and Burdens' *The Law Quarterly Review* 61 (October 1945), 379–383. o.

<sup>3</sup> Emil Seckel *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* 9. Aufl. (Jena: Fischer 1907), 454. o.

<sup>4</sup> Joseph Unger *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* II, 3. Aufl. (Leipzig: Breitkopf und Härtel 1868), 579. o.

<sup>5</sup> Quintilianus *Inst. Or.* 5. 10. 18, id. Virgilio Andrioli 'Presunzioni' in *Novissimo Digesto Italiano* 13, dir. Antonio Azara & Ernesto Eule (Torino: Editrice Torinese 1968), 765. o.

<sup>6</sup> Ernst Rudolf Bierling 'Rechtsvermutungen' in *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* III, hrsg. Franz von Holtzendorff, 3. Aufl. (Leipzig: Duncker & Humblot 1881), 301. o.

<sup>7</sup> François Russo *Réalité juridique et réalité sociale Etude sur les rapports entre le droit et la sociologie et sur le rôle du droit dans la vie sociale* (Paris: Sirey 1942), 103. o.

<sup>8</sup> André Lalande *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* 5<sup>e</sup> éd. (Paris: Presses Universitaires de France 1947), 802. o.

A vélelmet mint sajátos jogi konstrukciót és egyben a jogi normák kifejezése sajátos módját ismerték már a klasszikus római jogban, és azóta széleskörűen elterjedt. Normatív meghatározását adva, a francia *Code civil* például ilyen megfogalmazással él: „A vélelmek következtetések, amiket a törvény vagy a bíróság von le ismert tényből egy ismeretlen tényre nézve.”<sup>9</sup>

A vélelemnek két fajtáját ismerjük: egyik az ún. kognitív („bizonyos személyek által megvalósított vélelem”), másik a normatív („a jogrend által megparancsolt vélelem”) használata.<sup>10</sup> Ezen belül további megkülönböztetéseket immár a *Digestáknak* a középkorban korán interpolált változatai ejtettek meg. A normatív használaton belül például további fogalmi különbségtételt a római és kánonjogi specialisták – mindenekelőtt ALCIATUS – javasoltak. Eszerint: „*Dispositio legis, aliquid praesumentis et super praesumpto o tamquam sibi comparto stautentis. Juris, quia a lege introducta est, et de jure, quia super tali praesumptione lex inducit firmum ius et habet eam pro veritate.*”<sup>11</sup>

### 1. Vélelem a bírósági ténymegállapítás folyamatában [*praesumptio homini vel facti*]

A bírósági ténymegállapítás folyamatában alkalmazott vélelmet többnyire jelzős szerkezet nélkül nevezzük meg, egyszerűen ezt mondva: ‘vélelem’ [*praesumptio, presumption, présomtion, presunzione, presuncion, Vermutung*]. Esetleg valamiféle nem minősítő célzatú jelzős szerkezettel élve azt mondják: ‘közönséges vélelem’,<sup>12</sup> ‘egyszerű vélelem’,<sup>13</sup> vagy – pontosító jelzővel –: ‘egyszerű bírói vagy ténybeli vélelem’.<sup>14</sup>

A fenti értelemben tehát a vélelem „olyan okfejtés, amelynek során valószínű, bár bizonytalan következtetésre jutunk”.<sup>15</sup> Mindez megismerő jellegű, hiszen határozott mérték-

<sup>9</sup> *Code civil*, 1349. §: „Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.”

<sup>10</sup> Seckel, uo.

<sup>11</sup> Alciatus *De Praesumptionibus*. Id. Aleksander Kunicki *Domniemanian w prawie praczowym* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1969), 18. o.

<sup>12</sup> Unger, 580. o.: ‘gemeine Vermutung’.

<sup>13</sup> Lalande, uo.: ‘présomption simple’.

<sup>14</sup> Bierling, 301. o.: ‘einfache richterliche oder faktische Vermutung’.

<sup>15</sup> Lalande, uo.

ben olyan közvetett bizonyítékkal szolgál, amely a jogi folyamatban a tényleges bizonyítást helyettesíti. Ezért tehát immár ezt is elmondhatjuk: „Vélelmezni [...] annyit tesz, mint minden egyes esetre nézve előzetesen igaznak állítani azt, ami általában talán igaz, de minden egyes konkrét esetre vetítve csak valószínű, vagy egyszerűen csupán lehetséges.”<sup>16</sup> Még pontosabban ezt mondhatjuk: a vélelem „egy olyan ténynek bizonyítottként történő elismerése, amely a tapasztalat szabályai szerint fennállott – azért, mert pozitív bizonyítékaink szerint egy bizonyos másik tény fennállott.”<sup>17</sup> Egyfelől nyilvánvaló, hogy a vélelmet normatív is tétélezhetjük és alakíthatjuk (amint például a francia *Code civil* 1353. §-a így rendelkezik: „Azok a vélelmek, amiket nem a törvény ír elő, a bíróság értelmére és bölcsességére hagyattnak, s ez nem engedhet mást, mint kizárólag komoly, pontos és egybehangzó vélelmeket [...]”) Másfelől összegezőként mégis azt kell mondanunk, hogy a vélelem nem más, mint induktív következtetési formulával élő megismerési eljárás. Hiszen éppen a megismerő folyamat sajátossága fejeződik ki abban, hogy az ún. „bizonyítást” itt „belső meggyőződéssel” helyettesítik – amint ezt például a belga *Cour de cassation* elvi indokolása is megállapítja: „Mivel ez a bizonyíték közvetett és indukción útján nyerték, természeténél fogva elegendőnek kell bizonyulnia ahhoz, hogy a bíró lelkiismeretét megnyugtathassa s a bíróság döntését eztán kimondhassa.”<sup>18</sup>

2. Vélelem azon tények meghatározásában, amelyek megállapítása – ellenbizonyítás híján – jogesetet hoz létre [*praesumptio juris tantum*] „Nem végleges, tehát megtámadható az adott tényekből eredő következtetés, amennyiben e tényeket mindaddig véglegesnek kell tekintenünk, ameddig ellenkező bizonyíték foly-

<sup>16</sup> Jean Dabin *La technique de l'élaboration du droit positif* Spécialement du droit privé (Bruxelles & Paris: Bruylant & Sirey 1935), 235. o.

<sup>17</sup> Jerzy Wróblewski 'Structure et fonctions des présomptions juridiques' in *Les présomptions et les fictions en droit publ.* Ch. Perelman & P. Forières (Bruxelles: Bruylant 1974), 66. o.

<sup>18</sup> *Cass.*, 23 avril 1914, 192. o., 1\*\* colonne. Id. Paul Forières 'Présomptions et fictions' in *Les présomptions et les fictions en droit*, 10. o.

tán meg nem kérdőjelezzük.”<sup>19</sup> Következésképpen elmondható: „Törvényi vélelem az, amit speciális törvény kapcsol bizonyos tényekhez [...]. A törvényi vélelem minden bizonyítás alól felmenti azt a tényt, amelynek számára vélelmezik.”<sup>20</sup> A második fogalom tehát ez: ‘törvényi vélelem’<sup>21</sup> vagy ‘jogvélelem’<sup>22</sup>. Fogalmi elkülönítéséről szólva az irodalomban hangsúlyozni szokták, hogy „a vélelem törvényi parancs”.<sup>23</sup> Ennek folytán immár ezt is kijelenthetjük: végső soron e vélelem maga sem egyéb, mint „jogi norma”.<sup>24</sup> Pontosabb meghatározása ezért így szól: „Minden vélelem a jogi nyelv konstrukciója, és egyben olyan törvényhozói döntés eredménye, amely a vélelem premisszáit az azokból levont következtetésekkel összekapcsolja.”<sup>25</sup>

Egyes szerzők szerint ugyanakkor a bírói gyakorlat elemzése arra utal, hogy a vélelmezéshez történő folyamodás elsődlegesen a joggyakorlat kényszerítő helyzeteiből adódik, és szükségleteinek megfelelően formálódik. Következésképpen az ún. ‘joggyakorlati eredetű vélelem’ a vélelmezés legfontosabb előfordulása, átfogva a *praesumptio juris tantum* és a *praesumptio juris et de jure* köreit egyaránt.<sup>26</sup>

### 3. Vélelem azon tények meghatározásában, amelyek megállapítása – a jog betűjénél és erejénél fogva – jogesetet hoz létre [*praesumptio juris et de jure*]

Olykor ezt a vélelmet ‘erőszakos vélelemnek’<sup>27</sup> is szokták nevezni. Irodalmi meghatározása szerint: „A megtámadhatatlan vagy végleges vélelmek nem egyebek a jog által létrehozott abszolút erejű következtetésekénél.”<sup>28</sup> E vélelemfajta ter-

<sup>19</sup> Earl Jowitt *A Dictionary of English Law* 2nd ed. Clifford Walsh (London: Sweet & Maxwell 1959), 1398. o.

<sup>20</sup> *Code civil*, art. 1350 és 1352.

<sup>21</sup> Unger, uo.: ‘gesetzliche Vermutung’.

<sup>22</sup> Bierling, uo., 304. o.: ‘Rechtsvermutung’.

<sup>23</sup> Kunicki, uo., 187. o.

<sup>24</sup> Guido Donatuti ‘Le *praesumptiones iuris* in diritto romano’ in Guido Donatuti *Studi in diritto romano* 1, ed. Roberto Reggi (Milano: Giuffrè 1976), 421. o.

<sup>25</sup> Wróblewski, 51. o.

<sup>26</sup> Chaïm Perelman *Logique juridique Nouvelle rhétorique* (Paris: Dalloz 1976), 61. o.

<sup>27</sup> William Blackstone *Commentaries on the Laws of England* 3, 6th ed. (London: Print Straham-Cadell-Prince 1774), 372. o.: ‘violent’.

<sup>28</sup> Jowitt, uo.

mészetét illetően nyilvánvalóan teljességgel mesterséges jogi konstrukcióra kell gondolnunk, amit kizárólag normatív összefüggésben szabad felfognunk és értelmeznünk. Ennek felel meg az alábbi megállapítás is: „E vélelem szerkezete egyszerű. Azokat a feltételeket rögzíti, amelyek alapján bizonyos jogi következtetéseket el kell ismernünk. Elemi formában ezért ez a vélelem a jogi normával megegyezik.”<sup>29</sup>

#### 4. A vélelem rekonstrukciója

Egy lehetséges elméleti leírás jegyében a jog területén megnyilvánuló különféle vélelemtípusokra jellemző megközelítéseket és felfogásokat az alábbi két fő csoportba sorolhatjuk.

Egyfelől vannak

a) vélelmek, amiket ismeretelméleti megfontolások irányítanak és

aa) annak pusztán valószínűségén alapulnak, hogy a vélelmező tények logikailag szükségszerű kapcsolatban állnak a vélelmezett tényekkel. Láthatjuk, hogy a vélelem itt ismeretelméleti összefüggésben szerepel. Ezért e kapcsolat fennállása egyszersmind bármiféle hamis azonosítás, illetőleg következtetéslevonás elkerülésének *sine qua non* előfeltétele. Közkeletű irodalmi állásfoglalás szerint: „A vélelem racionális igazolásához szükséges az is, hogy valószínűségekre támaszkodjunk. A törvény még abban az esetben is, amikor az ellenbizonyítás lehetőségét fenntartja, csak a rendszerint bekövetkezőt vélelmezheti, különben merő fikciónak degradálódik.”<sup>30</sup> Van olyan szerző, aki a nyomatékosítás végett kifejezetten megjegyzi: a törvényhozó nem is tehetne másként, hiszen „a vélelem csupán tapasztalat és közfelfogás által már igazoltnak tekintett következtetést hoz létre, vagyis a társadalmi lét tényén alapszik”,<sup>31</sup>

ab) a bizonyítási technikának a bizonyítási terhet elosztó egyik fajaként fogják fel. A tények manipulálásának eszközeként az irodalom korábban leginkább még az indukcióra és a következtetésre hívta fel a figyelmet. Mind-

<sup>29</sup> Wróblewski, 69. o.

<sup>30</sup> Jean Dabin *Théorie générale du droit* 2<sup>e</sup> éd. (Bruxelles: Bruylant 1953), 227. o.

<sup>31</sup> Lon L. Fuller *Legal Fictions* (Stanford: Stanford University Press 1967), 43. o.

ebben szerepet játszhatott a francia *Code civil* megoldása, mely külön rendelkezést írt elő azokról „a vélelmekről, amiket nem a törvény ír elő” (III. 2), és külön szakaszban (1349. §) még általános meghatározást is adott róluk, miszerint „a vélelmek olyan következtetések, amelyeket a törvény vagy a bíróság von le ismert tényből egy ismeretlen tényre nézve”. Számos szerző szintén hasonló következtetésre jutott. Egyikük megfogalmazta: „Az a törvény, amelyik jogvédelmet állít fel a bírónak, nem pusztán valószínűként ír elő egy állítást, de egyszersmind olyanként, amit a bírónak igaznak (azaz bizonyosnak) is kell tekintenie attól a pillanattól kezdve, hogy egy másik állítás bebizonyosodik (vagyis biztossá válik).”<sup>32</sup> Egy másik szerző pedig így vélekedett: e vélelemnél „valamiféle tényt igaznak tekintenek bármiféle olyan igazolási eljáráson kívül, amelyet a bizonyítással egyenértékűként fogadhatnánk el”.<sup>33</sup> Ez a vélekedés meglehetősen általánosnak mondható. Hatott még a napjainkra jellemző modern logikai rekonstrukciós kísérletekre is. A jogi vélelem általános elméleti magyarázatok olykor utalnak például a történelmi előzményekre, kérdést téve fel az iránt, vajon az eredeti vélelmező normát vajon miért is tételezték annak idején? (Ilyen indokként gyakran szolgál például „a nehéz bizonyítás”, a szabályozó normatív kívánalma, hogy „adott módon rögzítsék a bizonyítási terhet”, avagy annak megfontolása, hogy „a vélelmező norma meghatározza a döntés irányát”).<sup>34</sup>

Másfelől vannak

b) vélelmek, amik elsődlegesen a gyakorlati célszerűség szempontjaitól befolyásoltan pusztán jogtechnikai eszközként szolgálnak, és

ba) a jog technikai vonásaira – leegyszerűsített kifejezéssel élve – úgy tekintenek, mint amiket teljességgel kívülről, külsőleg aggattak a jogban már eredetileg is benn rejlő összetevőkre, egyúttal tehát meg is kettőzve ezeket. Van

<sup>32</sup> Unger, uo.

<sup>33</sup> Dabin *La technique de l'élaboration*, 238. o.

<sup>34</sup> Wróblewski, 56. o.

például állásfoglalás, mely így okoskodik: „A bíróságok néha kénytelenek elfogadni bizonyos megfelelően kialakított jogi vélelmeket és mesterséges jogi tényeket a valóságos, megállapítható tények helyett.”<sup>35</sup> Úgy hangzik mindez, mintha fennállhatnának megismerhető jogi tények csupasz tényekként is – anélkül, hogy előzetesen a jogba át kellene írni őket, anélkül tehát, hogy megelőzően a jog saját fogalmi rendszerébe átalakítanák és ezzel a jogi közeghez egyneműsíténék ezeket;

*bb)* egyidejűleg következetesen feltételezik, egyszersmind magukban ki is fejlesztik a modern jog formális közegét. Hiszen e körben úgy vélik: a vélelmek „[l]ogikai oldalról a könnyű és gyors alkalmazhatóságot segítik elő azáltal, hogy érthető és szemléletes ismertetőjelek lépnek a nehezen kideríthető helyzetek helyébe.”<sup>36</sup> Nos, egy ilyen gondolat már úgy hangzik, mint a modern formális jog eszményének és kritériumának korai megfogalmazása. A klasszikus meghatározás szerint ugyanis, mint ismeretes, „annyiban ‘formális’ egy jog, amennyiben anyagi és eljárásjogilag kizárólag egyértelműen általános tényállásjegyeket vesznek figyelembe”. E formalizmuson belül viszont „a jogilag releváns jegyeknek egyfelől érzékelhető jellege lehet. A jogi formalizmus legszigorúbb fajtáját jelenti az ilyen külsőleges jegyeknek való megfelelés [..]. Az alakosság másik fajtájánál a jogilag releváns jegyeket logikai értelmezéssel tárják fel, ennek során szilárd jogi fogalmakat alakítanak ki és alkalmaznak szigorúan absztrakt szabályok között.”<sup>37</sup>

Amennyiben a jogesetet alkotó tényeket kizárólag a jog határozza meg, úgy a vélelmet aligha tekinthetjük másnak, mint a jogi norma megformálása egyik lehetséges módjának. Összefoglalva tehát, a törvényi vélelem „tulajdonképpen csak a törvényes tényálladék megállapításának különös alakja”, mely-

<sup>35</sup> Paul Vinogradoff *Common-Sense in Law* [1913] (London: Butterworth 1931), 94. o.

<sup>36</sup> Adolf Trendelenburg *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik* 2. Aufl. (Leipzig: Hirzel 1868), 173. o.

<sup>37</sup> Max Weber 'Jogszociológia' in *Jog és filozófia* szerk. Varga Csaba (Budapest: Akadémiai Kiadó 1981), 146. o.

ben – legalábbis elvi szempontból – egy „megkettőzött tényállást” tudunk kialakítani: az egyik tényállás az „eredeti”, amit a jogi norma vélelmez, a másik pedig a „gyakorlati tényállás”, amelynek segítségével a jogi norma vélelmez. A *praesumptio juris tantum* esetében a vélelmező tények szükségképpen gyengülnek, amennyiben „a törvény az ideális tényállás javára kivételt enged meg”, a *praesumptio juris et de jure* esetében viszont „egyenlő erők” (ha éppen teljességgel egybe nem esnek egymással).<sup>38</sup>

## B) A vélelemről

A vélelem irodalmi feldolgozásai többnyire figyelembe veszik a *praesumptio homini vel facti* eshetőleges előfordulását is a jogban. A szerzők többségükben mégis úgy vélik: a jogi vélelmeket olyannyira átszövik technikai elemek, hogy a *praesumptio homini vel facti* előfordulásai óhatatlanul külön csoportot képeznek, s ezért elkülönült elemzésre tartanak igényt.

### 1. A vélelem funkciója

A fogalmi egyszerűség jegyében általában úgy közelítenek a jogi vélelmekhez, mintha ezek is közönséges vélelmek lennének, amiket pusztán alkalmaznak valamely sajátos területre.

Nekünk viszont fel kell tennünk itt a kérdést: voltaképpen mit is tesz a jog akkor, amikor vélelmekkel él? Nos, azzal, hogy tényeket vélelmezett tényekként kiválaszt és meghatároz, nemcsak mesterségesen kiemelt tényeket épít be a jogi folyamatba, de ezekhez (amennyiben fennálltukat bírói eljárás során is megállapítják) egyszerismind jogkövetkezményeket is kapcsol. Márpedig annak érdekében, hogy jogi következményeket kapcsolhasson tényekhez a bírói folyamatban, szükség mutatkozhat olyan tények olyan kiválasztására is, amelyeknek tényként történő megállapítása viszont bizonyítási nehézségekbe ütközhet. Itt és ezzel érkezünk el a vélelmek tulajdonképpeni problematikájához.

<sup>38</sup> Plósz Sándor 'A törvényes vélelem természete' in Plósz Sándor *Összegyűjtött dolgozatai* (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia 1927), 168. és 183. o.

„Pozitív bizonyítékra mindig szükség van ott, ahol az eset természetéből fakadóan úgy tűnik, hogy lehetséges azt megszerezni. Közvetlenül a pozitív bizonyíték után azonban – írja BLACKSTONE, aki a bírói megismerés és az erre következő döntés nézőpontjából indulva közelített a kérdéshez – a vélelmek tanában rejlő közvetett bizonyítéknak kell következnie; mert amennyiben a tényeket nem lehetséges nyilvánvaló módon bizonyítani, úgy a ténybizonyításhoz leginkább közel azon körülmények bizonyítása esik, amelyek vagy szükségszerűen, vagy pedig szokásszerűen együtt járnak az ilyen tényekkel; és azokat nevezzük ezek közül vélelmeknek, amelyekre addig kell támaszkodnunk, ameddig ennek ellenkezőjét valaki ténylegesen be nem bizonyítja. *Stabitur praesumptioni donec probetur in contrarium.*”<sup>39</sup>

Mindez annyit jelent, hogy a vélelem normatív jellegű (és ilyen értelemben: önkényes) beavatkozás az induktív jellegű okfejtésbe. Hiszen alapvető természete éppen az, hogy „bármilyen lehetőséghez a bizonyosság olyan fokát kapcsolja, amelynek egyébként nem lenne jogosultsága. Az elégtelen bizonyítéknak kölcsönöz olyan értéket, amellyel pedig csak elegendő bizonyíték rendelkezhetne.”<sup>40</sup> Mindaddig pedig, amíg a vélelmezés gyakorlata megőrzi megismerő jellegű háttérét, mindez érinti a valóságot s a valóságról alkotott elméleti képet is, hiszen a valóság valós összetettségét s folyamatszerűségét valamiféle elemi felállást s állapotot is feltételező jelzőpontok sorára bontja szét. „A vélelmek használatával a jog a tényeknek olyan világosságot biztosít, ami a természetben nem létezik. Ezzel az összefonódó események kusza halmazába a vélelem könnyen kezelhető egyszerűséget visz.”<sup>41</sup> Nem kizárt persze az sem, hogy egyidejűleg éppen ellenkező irányú megfogalmazással is élhessünk. Eszerint elmondhatjuk: a vélelem végső soron „az önkényességet valami racionális előítéletszerűséggel helyettesíti”. Hiszen a vélelem „megkönnyíti a bizonyítás folyamatát, mivel tudato-

<sup>39</sup> Blackstone, 371. o.

<sup>40</sup> Pierre de Tourtoulon *Philosophy in the Development of Law* [1922] (New York: Rothman Reprints 1969), 398. o.

<sup>41</sup> Fuller, 108. o., továbbá Edna Ullmann-Margalit 'On Presumption' *The Journal of Philosophy* 80 (1983), 156. o.

san átformálja a megragadhatatlan valóságélemeket akkor, amikor zárt keretekbe vezeti vissza ezeket”.<sup>42</sup> Összegezés gyanánt ezért elmondhatjuk: „a jogi vélelmek elismert jogtételek, amik a bizonyítékok szabad mérlegelését korlátozzák: vélelem esetén a bíró egy vitás ügyben felmerült tényt akkor is adottnak tekint, amikor ő maga nem ezt a tényt bizonyította, hanem egy másik, jóval egyszerűbb és könnyebben bizonyítható tényállást, amely utóbbi tényállás viszont általános élettapasztalat szerint a jogilag jelentős ténnyel összetartozik.”<sup>43</sup>

Mindez a jellemzés abban az esetben bizonyulhat persze csak igaznak, ha és amennyiben a vélelem szabadon felhasználható eszköz arra, hogy általa a bíró az eset bizonyítását lerövidíthesse és leegyszerűsíthesse. Ám attól a pillanattól kezdve, hogy a vélelmezés aktusát normatívvá teszik (vagyis azáltal, hogy a vélelmezést normatív következménylevonásra irányuló feljogosítással a jog formális előírásai közé iktatják), maguk a vélelmező tények is olyan tényekké alakulnak át, amelyek immár (a jog által kiválasztott és meghatározott módon) jogesetet alkotnak. Eszerint tehát a vélelmező tények pontosan úgy és annyiban válnak tényekké, mint azok a tények, amelyek bíróilag vélelmezhetőek lettek volna, amennyiben ezeket megállapításuk helyett az eljáró bíró vélelmezte volna.

## 2. Vélelem és fikció

A normatív szabályozás síkján – amikor is a jog sajátos technikája bármely megismerő természetű összetevőt legfeljebb a normatív szabályozás pusztá előzményeként ismerhet csupán el – bármilyen ismeretelméleti jellegű megfontolás (következésképpen bármilyen valószínűségekkkel kapcsolatos spekuláció is) csak félrevezető lehet, és szükségképpen félre is érti a helyzetet. Hiszen gondoljuk csak végig: voltaképpen mi történik akkor, amikor a jogi vélelmezéssel az esetet alkotó tények megállapítását olyan tények bizonyításához kapcsol-

<sup>42</sup> René Dekkers *La fiction juridique Etude du droit romain et de droit comparé* (Paris: Sirey 1935), 25. o.

<sup>43</sup> Max Kaser 'Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozess' *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 71 (1954), 231. o.

jük, amely tények fennállta valószínűleg nem vezet el a tulajdonképpeni esetet alkotó tényekhez? Mi a helyzet tehát akkor, ha a jogi vélelem nem felel meg azoknak a követelményeknek, amiket még FULLER állított fel annak érdekében, hogy a vélelem „megmeneküljön a 'fikció' vádjától”? Vagyis a vélelmezés „1. a közösségi tapasztalat által igazolt következtetésen alapuljon, 2. szabadon megdönthető legyen, és nem utolsósorban 3. valószerű módon legyen megfogalmazott”<sup>44</sup>

Fikción itt olyan műveletet kell értenünk, amely legalább két fogalom terjedelmét eleve érinti. Hiszen a fikció lényege abban rejlik, hogy eredetileg különböző tartalmú fogalmak terjedelmét átalakítja, mert – legalább részben – egymást átfedőnek nyilvánítja e fogalmakat.

Ezzel szemben a vélelemnél a fogalmi azonosság kérdése fel sem merül. Nem is merülhet fel, mivel a vélelmezés egyáltalán nem működtet fogalmakat. A vélelmezés aktusa mindössze ennyit tesz: valamiféle eljárási módot rögzít arra nézve, hogy mely tények bizonyítását kell elegendőnek tekintenünk a jogesetét alkotó tények fennálltának megállapításához.

### *3. Az ismeretelméleti jellegű megalapozás érdektelensége a normatív szférában*

Figyelemmel a vélelem és a fikció alapvető szerkezeti különbségére, bármiféle ismeretelméleti megalapozás akkor is utat téveszt, ha tekintetbe vesszük, hogy bizonyos valószínűségi kapcsolatoknak lehetett valamelyes szerepük a vélelmezési gyakorlat megszületésében és adott módon történő alakulásában. Következtetésünknek mégis azt kell sugallnia, hogy bármiféle ilyesfajta esetleges ismeretelméleti természetű háttér legfeljebb véletlen történelmi indíték vagy színező körülmény lehetett.

Hiszen normatív viszonyok és kapcsolatrendszer esetén kizárólag két körülmény számíthat: egyfelől a tények normatív minősítése, másfelől pedig ilyen minősítés eredményeként az a körülmény, hogy a normatív meghatározott következményeket normatív módon e normatív kiválasztott és meg-

<sup>44</sup> Fuller, 45. o.

határozott tényeknek tudjuk be. Már pedig tisztában kell lennünk azzal, hogy bármiféle normatív beszámítás esetében kizárólag gyakorlati megfontolások (pontosabban: gyakorlati megfontolásoknak normatív összefüggésben igazolható megfogalmazása) számítanak elsőlegesnek; és bárminemű elméleti megfontolás csakis az előbbieken keresztül és közvetítésével érvényesülhet.

Következésképpen a jogi vélelmek ismeretelméleti megfontolásokra alapozott osztályozása normatív összefüggésben egyszerűen értelmetlennek minősül. Nem védhetjük ezért azt a véleményt, amelyik például „a vélelem normája által intézményesített normatív viszony” szerint különböztet „'antiempirikus', 'nem empirikus' és 'paraempirikus' viszonyok” között, sem pedig azt, amelyik „'ténybeli' és 'jogi' vélelem”, illetőleg – más összefüggésben – „'formális' és 'materiális' vélelem”<sup>45</sup> között tesz különbséget. Hiszen megfeledezni látszanak egy alapvető körülményről, nevezetesen arról, hogy a jog számára csakis annyiban állhat fenn tény, amennyiben jogilag relevánsan bevihető a jogba, és lehet is rá hivatkozni a jogban. Jogilag releváns pedig bármely tény kizárólag annyiban lehet, amennyiben fennálltának állítása jogi következménnyel jár. Márpedig jogi következmény megállapítását a tényállítás kizárólag jogi előírás folytán, tehát annak közvetítésével érheti el, hogy valamilyen előírás normatív adottságát követelményt fűz az adott tényhez.

#### 4. A vélelem technikája

Az elméleti irodalom különbséget tesz 'eljárási vélelem' és 'anyag vélelem',<sup>46</sup> 'szűkebb értelmű vélelem' és 'tágabb értelmű vélelem'<sup>47</sup> – azaz 'vélelmi bizonyítás' és 'vélelmi fogalom'<sup>48</sup> – között. Az előbbieken általában azon vélelmet értik, amelyiknél olyan esetet alkotó tényeket vélelmeznek a kiválasztott tények, amely tényeket egyébként és elvileg lehetséges lenne más eszközökkel is megállapítanunk. (Ilyen például az

<sup>45</sup> Wróblewski, 59., 46., 49–50. és 52–55. o.

<sup>46</sup> H. Burckhard *Die civilistischen Präsumtionen* (Weimar 1868).

<sup>47</sup> François Gény *Science et technique en droit privé positif Nouvelle contribution à la méthode juridique*, 3 (Paris: Sirey 1921), 264–270. és 334–341. o.

<sup>48</sup> Dabin *La technique de l'élaboration*, 240–241. o.

apaság.) Ezzel szemben az utóbbiak esetében magának a vélelmező ténynek tudják be a jogkövetkezményt. (Ilyen például „az elutasítás megkérdőjelezhetetlen véelme” a francia közigazgatásban a közigazgatás négy hónapot elérő hallgatása esetén.<sup>49)</sup>

Valóban fellelhető különbség a vélelmek között, mindenekelőtt azon tényhalmazok törvényi megkonstruálása nézőpontjából, amiket bizonyítanunk szükséges ahhoz, hogy a kérdéses eset tényeinek fennállása megállapíthatóvá váljék. Ugyanakkor minden vélelem közösnek bizonyul alapszerkezetét illetően, abban tehát, hogy bizonyos tények meghatározása és kiválasztása útján alakítják ki a törvényi tényállást, következésképpen az így mesterségesen kiválasztott és meghatározott tények bizonyítását (ellenbizonyítás megengedésével vagy éppen kizárásával) elegendőnek fogadják el a szóban forgó tényállás fennálltának hivatalos megállapításához. Ez annyit jelent, hogy szakítanak a jogban s a mindennapi életben fősabálynak számító általánosan elterjedt megoldással, amikor is a jogesetet alkotó tényeket közvetlenül alakítják ki, és a bizonyítékok szabad bírói mérlegelésére bízzák annak megítélését, vajon milyen érveket engednek felhozni az eset fennálltának (hivatalos megállapításának) elfogadása mellett és ellen.

Az ellenbizonyítás megengedése vagy kizárása a különféle megoldások sorában ugyanakkor csak az elméletileg elképzelhető két szélső határhelyzetet jelöli. A tényleges szabályozási gyakorlatban előforduló lehetséges esetek valójában széles skáláján mozognak, a bizonyítási korlátozásoktól (például *praesumptio juris tantum* esetében) kezdve egészen addig, hogy ellenbizonyításra csak kivételképpen adnak lehetőséget (például *praesumptio juris et de jure* esetében).<sup>50</sup>

A vélelem persze nem egyedül rendelkezésre álló eszköz egyébként általa is szolgálendő célok eléréséhez. Mint bármely technika, ez is helyettesíthető. Például a leszármazás jogi meghatározása ugyanúgy elérhető az 'apaság' pozitív bizonyításával, mint a 'szülői státusz' vélelmezendő konstrukciójá-

<sup>49</sup>Jean Rivero 'Fictions et présomptions en droit public français' in *Les présomptions et les fictions en droit*, 102–103. o.

<sup>50</sup>Plósz, *passim*.

val vagy azzal, hogy általános szabályt alkotunk az adott gyakorlati összefüggésben kizárólag releváns néhány jog és kötelezettség biztosításának feltételéről, valamint az ezek alól megállapítható kivételek taxonomikusan (azaz teljeskörűen) felsorolt lehetőségeiről.

## II. FIKCIÓ

### A) A fikció felfogásai

A fikció<sup>51</sup> konstrukciós technikáját a jog a római császárkor óta ismeri. Használata különösen a fogalmiasítás és formalizálás terén fejlett fokot elérő jogi kultúrákban terjedt el. Filozófiai-lag a fikciót többnyire így írják körül: „Általában a szellem koholmánya vagy kitalálása”,<sup>52</sup> vagy – szintén filozófiai értelemben – „olyan feltételezett közismerten hamis tény, amivel kapcsolatban úgy érvelnek, mintha igaz lenne”.<sup>53</sup> Tehát – immár közelítve a joghoz – „Koholása vagy feltételezése annak, »hogy valami, ami nyilvánvalóan létezik, nem

<sup>51</sup> További problémafelvetésekhez még – római jogi összefüggésekben – vö. Peter Birks 'Fictions Ancient and Modern' in *Essays for Tony Honoré* ed. Neil MacCormick & Peter Birks (Oxford: Clarendon Press 1986), 83–101. o.; – angol eszmetörténeti összefüggésben – C. K. Ogden *Bentham's Theory of Fictions* (Paterson, New Jersey: Littlefeld, Adams & Co. 1959), különösen xvii–xix., cxiii–cxxxv. és 118–150. o.; Gerald J. Postema 'Facts, Fictions, and Law: Bentham on the Foundations of Evidence' in *Facts in Law* ed. William Twining (Wiesbaden: Steiner 1983), 37–64. o. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft Nr. 16], valamint József Szájer 'The Concept of Fiction in *The Ancient Law* of H. S. Maine' *Helikon* Rivista di tradizione e cultura classica dell'Università di Messina, XXVIII (1988), 355–361. o.; végül pedig J. F. Davison 'Fictions in Systems of Law' *The China Law Review* [Shanghai], II (1924–26), 54–109. o.; – további kérdéseket illetően pedig – Georges Ripert *Les forces créatrices du droit* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1955), különösen 351–353. o. és John G. William 'Legal Fictions—A Critical Analysis' *Victoria University of Wellington Law Review* 8 (1975–77), 452–469. o., valamint a legújabb magyar irodalomból Szabó Miklós *A jogdogmatika előkérdéseiről* (Miskolc 1996), IX. C. fej.: „Tényhézagok – fictio, praesumptio”, 213. és köv. o. [Prudentia Iuris 6].

<sup>52</sup> Lalande, 355. o.

<sup>53</sup> Jeremy Bentham *Theory of Legislation* [1759] ed. Ogden (London: 1931). Id. Pierre J. J. Olivier *Legal Fictions In Practice and Legal Science* (Rotterdam: Rotterdam University Press 1975), 32. o.

létezik; vagy valami, ami nyilvánvalóan nem létezik, létezik «".<sup>54</sup> Vagyis lényege szerint a fikció „minden tudatos, célszerű, de hamis feltevés”<sup>55</sup> – és ennyiben nem egyéb, mint „a konkrét valóság gondolati módosítása és korrekciója”.<sup>56</sup>

Meglepően hangozhat talán, de a jogi kultúrák összehasonlító szemlélete talajáról nézve korántsem véletlenszerű, hogy fogalmának használati módjai eltérnek a római, a kontinentális s az angol–amerikai jog hagyományai szerinti rendszerekben. Ezért sem a fikció meghatározását, sem pedig elméleti felfogását nem illeszthetjük bele az egyetemes jogfejlődés valamiféle történelmi folyamatosságába. A jelen dolgozatban is jobbra csak elsődleges alkalmazási formáit és tipikus megnyilvánulásait jelezhetjük.

### 1. Fikció a jogi normák nyelvi megformálásában

A fikciót többnyire jelző nélküli szerkezetben használják: *fictio*, *fiction*, *finzione*, *ficción*, *Fiktion*. A XIX. századtól kezdve azonban már gyakrabban szerepel megkülönböztető jelzővel: 'törvényfikció',<sup>57</sup> 'törvényhozói fikció',<sup>58</sup> 'törvényi fikció',<sup>59</sup> vagy 'jogszabályi fikció'.<sup>60</sup> Néha minősített megkülönböztetéssel élve így jelölik: 'legitim jogi fikció'.<sup>61</sup> Olykor használják melléknévvel ellátottan is, mikor éppen megkér-

<sup>54</sup> John Austin *Lectures on Jurisprudence Or Philosophy of Positive Law*, 4th ed. Campbell (London: Murray 1873), 629. o.

<sup>55</sup> Hans Vaihinger *Die Philosophie des Als Ob System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus* (Berlin: Reuther & Reichard 1911), 130. o.

<sup>56</sup> Vincenzo Colacino 'Fictio iuris' in *Novissimo Digesto Italiano* 7, 270. o.

<sup>57</sup> Josef Esser *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts (Frankfurt am Main: Klostermann 1940), 29. o. és Dieter Meurer 'Fiktion als Gegenstand der Gesetzgebungslehre' in *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung* hrsg. Jürgen Rödig (Berlin, Heidelberg & New York: Springer 1976), 24. o.: 'Gesetzesfiktion'.

<sup>58</sup> Olivier, 95. o.: 'legislative fiction'.

<sup>59</sup> Bülow 'Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten' *Archiv für die civilistische Praxis* 62 (1879), 3. o.: 'gesetzliche Fiktion'.

<sup>60</sup> Fuller, 90. o.: 'statutory fiction'.

<sup>61</sup> Jerome Frank *Law and the Modern Mind* [1930] (New York: Doubleday 1963), 348. o.: 'legitimate legal fiction'.

dőjelezik saját önminősítését, ilyen például az 'ügynevezett jogi fikció'.<sup>62</sup>

A jogi fikciót leggyakrabban úgy határozzák meg, mint „'pusztán normatív' azonosítást”,<sup>63</sup> amit „a törvényhozó alkalmaz, rendel el vagy engedélyez jogszabályi rendelkezéseiben”.<sup>64</sup> Ennek megfelelően a fikciós jogalkalmazás voltaképeni folyamatát többnyire abban látják, hogy „olyan jogkövetkezményt kapcsol egy jogtételhez, amely pedig egy másik jogtételből ered”.<sup>65</sup> Következésképpen a jogi fikció nem más, mint „rövidítő kifejezésmód [...], amikor is a törvény ugyanazt rendel el egyik esetre, amit elrendel egy másik esetre”.<sup>66</sup> A nyelvi megformálás oldaláról közelítve pedig úgy vélik: olyankor beszélhetünk fikcióról, „amikor a természetes valóság a jogot alkotó jogász részéről tudatos tagadást vagy változtatást szenved”,<sup>67</sup> illetőleg, amikor „olyan szóval jelölnek meg valamit, amely szóval a közbeszéd vagy maga a jog is egyébként valamely egészen más fogalmat szokott megjelölni”.<sup>68</sup>

## 2. Fikció a jogi normák bírói alkalmazásában

A római joganyag forrásaiban<sup>69</sup> s az angolszász irodalomban a fikció többnyire jelző nélkül fordul elő, és csak ritkábban találkozunk minősítő jelzővel: például 'tipikus jogi fikció'<sup>70</sup> – ezzel is sugalmazva példaszerűségét. Néha megkülönböztető jelzővel használják, például 'történeti fikció',<sup>71</sup> 'bírói fikció',<sup>72</sup> 'igazságszolgáltatási fikció',<sup>73</sup> 'sajátos' vagy 'eljárási' fikció,<sup>74</sup>

<sup>62</sup> Rudolf Stammler *Theorie der Rechtswissenschaft* (Halle: Waisenhaus 1911), 328. o.: 'sogennante juristische Fiktion'.

<sup>63</sup> Esser, 29. o.

<sup>64</sup> Olivier, uo.

<sup>65</sup> Meurer, 284–285. o.

<sup>66</sup> Hans Kelsen 'Zur Theorie der juristischen Fiktionen' in *Annalen der Philosophie* 1 (1919), 640. o.

<sup>67</sup> Dabin *La technique de l'élaboration*, 321. o.

<sup>68</sup> Moór Gyula *A logikum a jogban* (Budapest: Királyi Magyar Egyetemi Nyomda 1928), 9. o. [Filozófiai Értekezések 1].

<sup>69</sup> Seckel, 216. o.

<sup>70</sup> Fuller, 5. o.: 'typical legal fiction'.

<sup>71</sup> Fuller, 56. o.: 'historical fiction'.

<sup>72</sup> Olivier, 115. o.: 'judicial fiction'.

<sup>73</sup> Foriers, 27. o.: 'fiction jurisprudentielle'.

<sup>74</sup> Roscoe Pound *Jurisprudence* III (St. Paul: West 1959), 450. o.: 'particular and procedural fiction'.

avagy – tekintettel most már logikai funkcionális rekonstrukciójára is – ‘alapozó fikció’. A szóhasználatban s a fogalmi tisztázásban egyaránt zavarónak tetszhet, hogy az európai kontinensen a jogi szövegekben néha általános értelemben beszélnek fikcióról, miközben valójában csak utóbbi különös esetét tartják szem előtt.<sup>75</sup>

Van olyan szerző, aki számára pusztán technikai folyamatról van szó. Ennek lényege „abban rejlik, hogy gondolatilag egy tényt, dolgot vagy személyt tudatosan nem megfelelő jogi kategóriába sorolnak azért, hogy előnyhöz jussanak ezáltal – éppen azon gyakorlati következmény révén, amit a fenti nem megfelelő kategóriába történő sorolással érhetnek el”.<sup>76</sup> Van olyan szerző is, akinek számára a fikció éppenséggel egyértelműen „jogtechnikai eljárás, melynek során a valóságostól eltérő tényt vagy helyzetet azért feltételeznek, hogy belőle aztán jogi következtetéseket vonhassanak le”.<sup>77</sup>

Középkori meghatározása így szólott: „*fictio est in re certa eius quod possibile contra veritatem pro veritate a fure facta assumptio.*”<sup>78</sup>

Az angolszász gyökerű megközelítések a fikció azon jellemvonását hangsúlyozzák, hogy elősegítheti a jog rejtett, leplezett megújítását. Ez pedig a fikció „szándékos hamissága, melynek célja a jogalkotó hatalom elorzása olyan kezek révén vagy számára, amelyek nem tudnák vagy mernék e hatalmat nyíltan igényelni”,<sup>79</sup> és formailag ezt olyan módon kivitelezik, hogy „saját feltevése szerint elrejtí – vagy el kívánja rejtteni – azt a tényt, hogy valamilyen jogszabály általa módosulást szenvedett, tehát betűjének változatlanul hagyása mellett módosította annak hatályát”.<sup>80</sup> Röviden szólva tehát: a fikció

<sup>75</sup> Dieter Meurer *Fiktion und Strafurteil* Untersuchungen einer Denk- und Sprachform in der Rechtsanwendung (Berlin & New York: Gruyter 1973): ‘Begründungsfiktion’; a kontinentális félreértelmezésről ld. Salvatore Pugliatti ‘Finzione’ in *Enciclopedia del diritto* XVII (Milano: Giuffrè 1968), 658. és köv. o.

<sup>76</sup> Dekkers, 86. o.

<sup>77</sup> *Vocabulaire juridique* réd. Henri Capitant (Paris: Presses Universitaires de France 1936), 253. o.

<sup>78</sup> Bartolus de Saxoferrato *Commentaria* (Venice 1596), No. 21. ad. D. 41. 3. 15. pr. ld. Olivier, 16. o.

<sup>79</sup> Jeremy Bentham *Works* I, ed. Bowring (Edinburgh: Tait 1843), 243. o.

<sup>80</sup> Maine Summer Henrik *A jog őskora* Összeköttetése a társadalom alakulásának történetével, s viszonya az újkori eszmékhez, ford. Pulszky Ágost (Budapest: MTA Könyvkiadó-Hivatala 1875), 22. o.

olyan „eljárási fogás, amelynek segítségével a jogszabály megváltoztatható”,<sup>81</sup> s aminek használatához „a bíró olyankor folyamodik, amikor nyilvánvalóan pontatlan, de szükséges hasonítást kíván elvégezni annak érdekében, hogy egy kívánatos eredmény elérése beállhasson”.<sup>82</sup> Hiszen „[a]mikor [...] újonnan merülnek fel érdekek és ezek nyomása változást követel, akkor a jogért felelősök arra törekszenek, hogy e változást a lehető legenyhébbé tegyék”.<sup>83</sup>

Logikai szerkezetét illetően ezért a fikciók „egyedi normatív utaló tételek, melyek azon lehetetlen feltevés segítségével, amely szerint egy adott tényállás egy vele nem azonos másik tényállással azonos lenne, jogkövetkezményt kapcsolnak az elsőként említett tényálláshoz”.<sup>84</sup>

Általános következtetésünk ilyen módon csak egy lehet – s ennek megfelelően valamennyi fenti meghatározás lényegileg azon eredendő állásfoglalásra vezethető vissza –, amely szerint a fikció nem más, mint „a tények hamis minősítése”.<sup>85</sup>

### 3. Fikció a jogi normák dogmatikai feldolgozásában

Az esetek többségében az ilyen fikciót ‘dogmatikai’ fikcióként, olykor pedig ‘elméleti’ fikcióként említik.<sup>86</sup> Esetenként ‘jogtudományi’ fikcióként adnak róla számot.<sup>87</sup> Úgy beszélnek róla, mint amit ‘szemléltető eszközként’<sup>88</sup> „fejlesztettek ki a jogtudományban, vagyis a pozitív jog magyarázata vagy rendszerezése során”.<sup>89</sup>

POUND szerint „a fikciókat az igazságszolgáltatás során gondolatilag dolgozták ki annak érdekében, hogy ezáltal bizonyos fennálló döntési szabályoknak fogalmi kifejezést adjanak, vagy ezt legalább megkíséreljék [...]. Bármely jog-

<sup>81</sup> Fuller, 5. o.

<sup>82</sup> Friers, 23. o.

<sup>83</sup> Pound, 461. o.

<sup>84</sup> Meurer *Fiktion und Strafurteil*, 74. o.

<sup>85</sup> Perelman, 146. o.

<sup>86</sup> Joseph Unger ‘Die Verträge zu gunsten Dritter’ in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 10 (1871), 9. o.: ‘theoretische fiktion’.

<sup>87</sup> Stammler, 332. o.: ‘rechtswissenschaftliche Fiktion’.

<sup>88</sup> Eduard Hölder ‘Die Einheit der Correalobligation und die Bedeutung juristischer Fiktionen’ *Archiv für die civilistische Praxis* 69 (1886), 223. o.

<sup>89</sup> Olivier, 87. o.

rendszerben a fikciók jelentik az első kísérletet az osztályozásra és az általánosításra.”<sup>90</sup>

E fikciók viszonya az érvényes joghoz *de lege lata* – és nem *de lege ferenda* – jellegű, azaz jogon belüli nézőpontból, a jog leírásának szándékával szólnak a jogról. És mindez nem tárgyuk vagy az általuk végrehajtott elméleti művelet természetete folytán van így, hanem azért, mert egyszerűen „nincsen hatásuk: mindössze összehasonlítás segítségével értelmeznek és ezáltal megkönnyítik az érvényes jog tartalmának kifejtését”.<sup>91</sup> Következésképpen fel sem vetődhet itt a tények megítéléssel vagy beszámítással történő alárendelésének kérdése. Fikciók igénybevétele esetén a normákat pusztán doktrinálisan rendezik – olyan módon, hogy viszonyait leegyszerűsítik. Ezt pedig azáltal teszik, hogy mesterséges-kapcsolódásokat és közös nevezőket építenek rendszerükbe annak érdekében, hogy ilyen módon fogalmi lebontásukat és/vagy egy már ismert fogalomra történő visszavezetésüket lehetővé tegyék.

#### 4. Fikció a jogi normák elméleti rekonstrukciójában

LALANDE írja a 'reprezentatív fikció'-ról, mely az elméleti rekonstrukcióra történő felhasználás teoretikus modelljeként szolgált: „Hasznos hipotézis ez egy jelenség törvényének vagy mechanizmusának szemléltetésére, amihez azonban anélkül folyamodnak, hogy egyszersmind objektív valóságát is állítanák.”<sup>92</sup> Ilyen értelemben a fikció a filozófiai meghatározások szokásos tárgya, például: „(tudományos) fikciónak nevezzük azokat a feltevéseket, amelyeket heurisztikus céllal fogadunk el.”<sup>93</sup> E minta nyomán számos jogelméleti irányzat pusztán fikciónak minősíti magukat a jogi normákat is. Elmondják például: „Bizonyos értelemben minden jogi szabály, elv, rendelkezés, fogalom vagy mérték – azaz minden általános értelmű jogi kijelentés – nem más, mint fikció. Bármely pontos tényállásra csakis tisztán 'operacionális' jellegük ki

<sup>90</sup> Pound, 450. és 462. o.

<sup>91</sup> Unger 'Die Verträge', 9. o.

<sup>92</sup> Lalande, 91. o. és Rudolf Eisler *Wörterbuch der juristischen Begriffe* I, 3. Aufl. (Berlin: Mittler 1910), 369. o.

<sup>93</sup> Eisler, uo.

nem fejezett minőségének tudatosításával alkalmazhatók. Ezért ártalmas dogmákká válhatnak, amennyiben mesterséges voltak egyidejű tudatosítása nélkül kísérelnénk meg hasznosításukat.”<sup>94</sup>

Vannak olyan elméleti irányzatok, amelyek a jogi fogalmaknak fikciókban gyökerező voltát a szabályozás szüksége és óhaja által meghatározott eszközjellegükre figyelemmel állítják. Úgy vélik, hogy a fikciók éppen eszközjellegük okán teljességgel függetlenek bármiféle valóságképpel kapcsolatos bárminemű ismeretelméleti megfontolástól. „Ebből a szempontból azonban minden jogszabály fikciót tartalmazna, mert hiszen az általános jogi fogalmak [...] a valóságban sohasem teljesen egyforma dolgokat foglalnak össze és vonnak egyforma jogi konzekvenciák alá.”<sup>95</sup> Más megfogalmazásban tehát teljes joggal akár ezt is mondhatnók: „A jogi fogalmak és kategóriák pedig fikciók – elvont, analogikus (stb.) fikciók –, amik tudatosan és célirányosan elrugaszkodnak a valóságtól, azaz a jog tényleges tárgyaitól.”<sup>96</sup>

Egyéb elméleti irányzatok az ún. jogi konstrukciókat magyarázzák instrumentális funkciójú fikciókként. Ennek legismertebb példája az, amikor a ‘jogosultság’ fogalmi konstrukcióját fejtik ki úgy, mintha fikcióként adhatnának kielégítő leírást ennek összetettségéről. A klasszikus állásfoglalást erről BENTHAM meghatározásának köszönhetjük: „A ‘jogosultság’ [right] szó nem egyéb, mint valamilyen fiktív entitás neve. Olyasféle dolog ez, aminek létét maga a jogról szóló párbeszéd érdekében ötvölték ki egy olyannyira elengedhetetlen fikció révén, hogy enélkül immár nem is folytathatnánk emberi párbeszédet. Azt állítják a fikcióról, hogy az embernek lehetséges olyasféle dolga, mint a fikció: megtartja, birtokolja, megszerzi vagy elveszti ezt a dolgot. Úgy beszélnek róla hát, mint az anyagi világ valamiféle darabkájáról, amit az ember kézbe vehet, egy ideig kezében tarthatja, majd akár el is eresztheti.”<sup>97</sup> Ilyen összefüggésben olykor éppen állítólagos

<sup>94</sup> Frank, 179. o.

<sup>95</sup> Moór, 22. o.

<sup>96</sup> Karl Baumhoer *Die Fiktion im Straf- und Prozessrecht* (Berlin: Grünwald 1930), 22. o. [Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Beiheft No. 24.].

<sup>97</sup> Bentham *Works* III, 217. o.

fiktivitására tekintettel mutatnak be olyan további fogalmakat, mint a 'jogi személy' vagy a 'korporáció'.<sup>98</sup>

Végezetül ismerünk néhány jogfilozófiai irányzatot is – például VAIHINGER,<sup>99</sup> OLIVECRONA<sup>100</sup> vagy ROSS<sup>101</sup> munkásságában megtestesülten –, amik saját okfejtésüket egy tényből eredő belső ellentmondás alapulvételéből indítják. Ez pedig abban áll, hogy a jog egyfelől mesterséges fogalmi kifejezés, másfelől viszont a gyakorlatban szükségképpen úgy működtek, mintha mégis valamiféle tényszerű dolog, vagy legalábbis az emberi gyakorlatban lezajló tényszerű folyamatok és események valamiféle elvonatkoztatása lenne. Ennek megfelelően „[a] viszonyoknak úgy kell igazodniuk a joghoz, mintha a jog valami ténybeli dolog lenne – olyasmira, ami valóságosan is adott.”<sup>102</sup>

### 5. A fikció elméleti rekonstrukciója

Végső soron a jog területén megnyilvánuló fikciók egyes fajtáira jellemző megközelítéseket és felfogásokat két fő csoportra bonthatjuk.

Vannak olyan elméletek, amelyek szerint

a) a jogban található fikciók valódi fikciók, amikről elmondható, hogy

aa) ismeretelméleti értelemben véve „hamisságuk teljes tudatossága”<sup>103</sup> jellemzi őket. Ez a fikció történetileg ismert első fogalma, amit a római császárkorbéli jogtudósok (például GAJUS), majd a középkorban a glossátorok (például BARTOLUS) használtak, az alábbiak szerint fogalmazva meg kritériumait: *assumptio; contra veritatem; pro veritate; és in re certa*.<sup>104</sup> Ez volt

<sup>98</sup> Lásd egyfelől Moór Gyula *A jogi személyek elmélete* (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia 1931) a kontinentális jog, másfelől Vera Bolgár 'The Fiction of Corporate Fiction: From Pope Innocent IV to the Pinto Case' in *Festschrift für Imre Zajtay* hrsg. R. H. Graveson, K. Kreuzer, A. Tunc & K. Zweigert (Tübingen: Mohr 1982) a *common law* tekintetében.

<sup>99</sup> Vaihinger, i. m.

<sup>100</sup> Karl Olivecrona *Law as Fact* (Copenhagen & London 1939).

<sup>101</sup> Alf Ross 'Tü-tü' *Scandinavian Studies in Law* 1 (1957), 137–153. o.

<sup>102</sup> Walter Strauch *Der Philosophie des „Als-Ob“ und die hauptsächlichsten Probleme der Rechtswissenschaft* (München: Rösl 1923), 17. o.

<sup>103</sup> Fuller, 9–10. o.

<sup>104</sup> Id. Olivier, 8–14. és 64–69. o.

az a fogalom, amit utóbb – korábban már felismert igazságok természetszerű folyományának érezve – kiterjesztettek minden egyes jogi összefüggésben használt fikcióra. Így vélekedtek aztán a fikcióról: „Hamis állítás [...], melynek hamissága elismert, mégis úgy érvelnek és úgy tesznek akkor, amidőn használják, mintha igaz lenne.”<sup>105</sup> Azt is állították az ilyen fikciófogalomról, hogy „nem más, mint a jogszabály által tartalmazott [...] hamis tényfeltevés”,<sup>106</sup> vagyis egyszerűen „hamis azonosítás”, de legalábbis „hamis analógia” adja a fikció lényegét;<sup>107</sup>

ab) csakis annyiban minősülnek sajátosnak, amennyiben ellentmondanak a korábbi jognak, miközben persze nem mondanak ellent a valóságnak. E felismerést olykor határozottan le is szögezik: „A fikciók ahelyett, hogy a valóságnak mondanának ellent – amiként ez fogalmában rejlik –, csakis az addig ismert joghoz képest tartalmaznak ellentmondást, hiszen a korábbi jog a bennük rejlő újítás révén módosult.”<sup>108</sup> Rejtetten ilyen tendencia rejlik abban a látszatra jóval kifinomultabb vélekedésben is, amelyik eleve kizárja a fikciókat az úgynevezett jogi valóságot eredeti és szuverén módon alkotó és alakító tényezőként felfogott jogi tételezésből, mert arra hivatkozik, hogy „a tények minősítése mindig ellentétes a jogi valósággal”;<sup>109</sup>

ac) kizárólag annyiban sajátosak, amennyiben bennük „a tények két különböző osztályozásban [azaz – tesszük mi hozzá – a ‘természetes’ és a ‘jogi’ tényekre történő csoportosításban] térnek el egymástól” – ahelyett, hogy például „szabályokat és tényeket” különböztetnének meg bennük.<sup>110</sup>

Vannak eltérő alapállású elméletek is. Ezek szerint

b) az ún. fikciók a jogban eleve és egyáltalán nem minősülhetnek fikcióknak, hiszen

<sup>105</sup> Bentham *Works*, IX, 77. o.

<sup>106</sup> Olivier, 4. o.

<sup>107</sup> Peschka Vilmos 'A fikció a jogban és a jogelméletben' *Állam- és Jogtudomány* IX (1966), 53. o.

<sup>108</sup> Hölder, uo.

<sup>109</sup> Perelman, 62. o.

<sup>110</sup> Kenneth Campbell 'Fuller on Legal Fictions' *Law and Philosophy* 3 (1983), 360. és 369. o.

ba) tényleges eredményük „a jogi jelenségek szinonimáiként” tényleges valósággá avatja őket, már pedig „ebben egyáltalán nem rejlik fikció [...]. Mindez inkább jogi valóság a szó tágabb értelmében, hiszen tökéletesen valóságos jogi hatás lesz majd az, ami ennek eredményeként bekövetkezik”;<sup>111</sup>

bb) már csak szerkezeténél fogva is a fikció nem más, mint „jelölési forma, a jogi terminológia eszköze”, vagyis „sajátos kifejeződésű jogszabály”,<sup>112</sup> azaz „az alkalmazandó jogi alaptételek tartalmának rövidített formája, tehát utalás”.<sup>113</sup> Mindezt egyszerűbben is kifejezhetjük. Eszerint a fikció olyan fogalmak közötti eltérés eredménye, amelyeknek a szabályozás érdekében bizonyos tekintetben mindazonáltal azonos jelentésűeknek kell lenniök, és annak érdekében, hogy ezt elérjék, olyan meghatározást kell adniok, amely normatíván egyenlővé avatja őket. Ez okból viszont a fikciók maguk sem egyebek, mint „szövegbeli ellentmondások, a kifejezésmód eltérései csupán”;<sup>114</sup>

bc) figyelemmel arra, hogy a jogban nincsenek ‘kijelentések’, ezért nincsenek ‘tulajdonképpeni’ vagy ‘eredeti’ jogi fikciók sem”,<sup>115</sup> hanem csakis ‘rendelkező s meghatározó tételek’, továbbá – ezek gazdaságos és kellő pontossággal és egyértelműséggel felfogható megfogalmazásának módozataiként – „kizárólag nyelvi metaforák, szófordulatok vagy terminológiai kényelmességek”;<sup>116</sup>

bd) mind a gondolkodásban, mind pedig a szakmai kommunikációban a nyelvi kifejezés – beleértve a normákat s általában a fogalmi nyelv egyéb kifejezéseit is – eleve „nem más, mint mindazok sora, amiket lélektani emeltyűknek, lelki emelőknek, gondolati hidaknak vagy létráknak, tájékozódási eszközöknek, tükröződési módoknak, ‘mint-

<sup>111</sup> Raymond Saleilles *De la personnalité juridique Histoire et théories*, 2<sup>e</sup> éd. (Paris: Rousseau 1922), 612–613. o.

<sup>112</sup> Gustav Demelius *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung Eine juristische Untersuchung* (Weimar: Böhlau 1858), 79. és 92. o.

<sup>113</sup> Rudolf von Jhering *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* 2. Teil (Leipzig: Breitkopf & Härtel 1858), 289. o.

<sup>114</sup> Moór *A logikum a jogban*, 9. o.

<sup>115</sup> Esser, 26. o.

<sup>116</sup> Felix Somló *Juristische Grundlehre* (Leipzig: Meiner 1917), 526. és 527. o.

ha-formuláknak', kényelmes kivetítéseknek, átmeneti megfogalmazásoknak, útjelzéseknek vagy éppen vezetőknek nevezhetnék".<sup>117</sup>

## B) A fikcióról

A 'fictio' szót először QUINTILLIANUS használta *Institutio oratoria* című munkájában, s feltehetően a szót magát is ő alkotta meg a fentiekben adott értelemben.<sup>118</sup>

### 1. A fikció történeti előfordulása és eltérő felfogásai

Általános vélekedés szerint a fikciós gondolkodás abban az ősi gyakorlatban gyökerezik, amely az emberáldozatot először fokozatosan állatok feláldozásával váltotta fel, majd tovább egyszerűsítve a folyamatot, magát az áldozatot is pusztán szimbólummá fokozta le.<sup>119</sup> Más szerzők azonban hajlanak arra, hogy közvetlen fejlődési vonalat lássanak a római (főként a *mancipatio* rituális formalizmusaiban megtestesülő) szimbólum és az ún. 'nyílt fikció' között. E két eltérő megközelítés közt egyfajta közvetítő s ugyanakkor közbenső fejlődési állomást példáz az ún. 'eltakaró fikció' feltételezése. Ennek alappéldáját PRINGSHEIM a görög jogban mutatta ki, ahol is az adóst visszatérően – annak érdekében, hogy az esetleges végrehajtási eljárás során a felperesi oldalról az átlagosnál erősebb pozícióból léphessenek fel ellene – perzsának minősítették.<sup>120</sup>

Önmagában azonban korántsem tekinthetjük bizonyosnak, hogy az istentisztelet áldozati formáit értelmezhetjük-e egyáltalán jogi szempontból, és ha igen, úgy – a szimbolikus aktusokkal együtt – nem a meg-nem-dönthető vélelmek kategóriájába kell-e sorolnunk inkább. Az áldozat esetében példá-

<sup>117</sup> Frank, 179–180. o.

<sup>118</sup> *Inst. Or.* 6. 3. 61. Id. A. Ernout & A. Meillet *Dictionnaire étymologique de la langue latine Histoire des mots* (Paris: Klincksieck 1939), 362. o.

<sup>119</sup> Demelius, 8.o.

<sup>120</sup> Fritz Pringsheim 'Symbol und Fiktion in antiken Rechten' in Fritz Pringsheim *Gesammelte Abhandlungen* II (Heidelberg: Winter 1961), 386. és köv. o.

ul arról van szó, hogy egy tudatosan csökkentett mennyiségű és értékű teljesítést szintén elegendőnek fogadunk el emberi alárendelődésünk és szolgálatkészségünk bizonyítása gyanánt. Szimbólumhoz folyamodva pedig azért folytatjuk le a ceremóniát szigorúan formalizáltan eljárva, hogy mentesítsük magunkat annak terhétől, hogy áldozatunk tényleges tartalmát illető anyagi bizonyítással kelljen élnünk. Amiként SIR HENRY MAINE *The Ancient Law* című klasszikus művének egykori kommentátora, PULSZKY ÁGOST, a fordítását kísérő tanulmányában megjegyezte: „a jogképzelmek papi joggal való összeköttetésének [...] ez elmélete [...] nem igazolható [...]. Mindenütt, ahol bizonyos jogrendszer már megalakult, s tekintéllyel, szentséggel bír, az új szükségletek felmerülése alkalmul szolgál terjesztő magyarázatra még ott is, ahol a szokásjog szaka áll még fenn, mihelyt az egyszer zárt rendszerré átalakult. A létező szabályok öntudatlanul is kiterjeszkednek, hogy az új esetek elintéztessenek.”<sup>121</sup>

A különféle korai jogi képződményeknek ez a vonása pedig – tudnunk kell – „nem pusztán a szigorú jogszerűségek szélsőséges formalizmusának terméke, de egyúttal hozzájárult ahhoz is, hogy létrejöjjön a formalizmus egyik első oldója, nevezetesen a fikció”.<sup>122</sup>

Az angol historikus jogtudomány szárnybontásával egyidejűleg a német JHERING annak érdekében, hogy osztályozza „azokat a mesterséges eszközöket, amik a jogászok ökonomia céljait szolgálják”, különbséget tett „konstrukciós cselekmények, látszatügyletek és fikciók” között.<sup>123</sup> Valóban igazolhatóan kimutathatunk bizonyos logikai következési sort az instrumentális fejlődés egymásutánjában. Mégis, a felsorolt három jogtechnikai eljárás mód közül az első kettőt legalább ugyanennyi joggal nevezhetnénk jogi hazugságnak (a kifejezés JEROME FRANK által adott értelmében<sup>124</sup>) vagy éppen vélelmeknek, miközben szintén tudnunk kell, hogy a jogi hazugságnak egyébként semmi köze sincs a (szintén JEROME

<sup>121</sup> Pulszky Ágost 'Jegyzetek Maine: A jog őskora c. műhöz' in Maine *A jog őskora*, 361. o.

<sup>122</sup> Pound, 461. o.

<sup>123</sup> Jhering, 260–261. o.

<sup>124</sup> Frank, 348. o.

FRANK terminológiája szerint értelmezett<sup>125</sup>) ún. legitim jogi fikcióhoz.

Tisztáznunk kell tehát: az a körülmény önmagában, hogy egy normában (normatív beszámításban) testet öltő ténybeli feltevés szándékoltan hamisnak bizonyul, még nem feltétlenül utal jogi fikció jelenlétére. Más kérdés, hogy a fejlődés logikájának keresése minden korban kihívást jelentett a gondolkodók számára, s jobb híján olykor az utókor szemében már bizarrnak tetsző feltevésekkel is éltek. Csupán egyetlen figyelmet érdemlő példát említve: miután áttekintette mindazon „tényezőket, amelyek segítségével a jogot a társadalmi összhangba hozták”, MAINE ezek eszközéül a „jogi fikciókat, a méltányosságot és a törvényhozást” sorolja fel.<sup>126</sup> Nos, mint kifejtéséből utóbb megtudjuk, e három eljárási mód annyiban közös MAINE számára, hogy „mindegyikük [...] jogalkotást foglal magában”;<sup>127</sup> annyiban pedig különböznek egymástól, hogy ezek közül csupán az utolsó, a törvényhozás jelent „nyílt jogalkotást”.<sup>128</sup>

Mégis: maga az alapgondolat révén, hogy többet kívánnak, miközben kevesebbet teljesítenek – vagyis azon funkcionális megtakarítás révén, amely a fokozatosan pusztán szimbolikus váló áldozati rítusok fejlődésében s a tényleges változás formális körülcövekelésére és bizonyítására szolgáló ceremóniák kitalálásában megnyilvánult –, végső soron olyan elemeket sikerült beépíteniük a jogfejlődés folyamatába, amelyek elősegítették a valóságos jogi fikció korai formáinak kialakulását. Egyebek közt ilyen volt egy második valóság fikciós feltételezése is – azzal a céllal, hogy az e valóságra történő utalással (bár jogi hazugság révén) a jog saját osztályozási rendszerén belül a szokásostól és egyébként megilletőtől eltérő minősítést érhessenek el. Nos, pontosan itt áll az a döntő küszöbvonal, amelynek átlépésével fikció a jogban helyett valódi jogi fikcióról kezdhetünk el beszélni. Paradoxikus módon ugyanakkor ez az a pont, amelynek

<sup>125</sup> Uo.

<sup>126</sup> Maine, 21. o.

<sup>127</sup> Uo.

<sup>128</sup> Peter Stein *Legal Evolution The Story of an Idea* (Cambridge: Cambridge University Press 1980), 94. o.

elérésével az állítólagos valódi jogi fikció egyszersmind megszűnik egyáltalán fikció lenni. Hiszen gondoljunk akár a római *responsa prudentium* gyakorlatára, akár az angol esetjogra, a bírói jogalkalmazásban sem az esetet alkotó tények manipulált megállapítása, sem a jogszabályok kiterjesztő értelmezése – mint a bírói fikció létrejöttének két lehetséges esete – alapvetően nem egyéb, mint egyazon aktus eltérő vetületei; tehát voltaképpen annyiban különböznek csupán egymástól, hogy honnan, mely nézőpontból közelítünk hozzájuk. Egy korábbi jogi ontológiai leírásra irányuló kísérletben már magam is az alábbi következtetésre jutottam: „Logikailag is, ideológiailag is megengedhető ugyan annak indokoltságán tűnődni, hogy e kapcsolatban [azaz a normaértelmezés és tényminősítés kérdésében – V. Cs.] valamiféle elsőbbségről beszéljünk. Mégis, csupán elkülönített tárgyalásuk is legfeljebb a részletelemzés szintjén s keretei közt lehet indokolt. Mert társadalmilag – tulajdonképpen, specifikus lényegiségét tekintve – az egész folyamat *punctum salientis* a tényminősítés. Ekkor és ebben történik valójában a közvetítődés, az egymásra vetítődés. Ekkor és ebben válik az eldöntendő ügy (a maga konkrét egyediségű tényeivel együtt) új minőségűvé; a döntési mintaként alkalmazandó jogi norma-struktúra alá rendelt kategóriáivá.”<sup>129</sup>

A fikció első ismert megjelenési formájának, a bírói fikciónak (mely közismerten uralta az ősi, a római, az angol-szász, sőt nem csekély részben a kontinentális jogi fejlődést is) pontosan ilyen kettős gyökérzete magyarázza, hogy a jogi fikciónak ismeretelméleti alapról történő felfogása és módszertani megvilágítása – történetileg a mából visszatekintve (s emlékezve a szimbolikus aktusokra, valamint a jogesetet alkotó tények bírói manipulációval történő megállapítására is) – miért lehetett teljességgel jogosult. Ugyanakkor ez a megközelítés a legkevésbé sem mond ellent annak a másik lehetséges rekonstrukciónak, amelyik a bírói fikciót (esetleg az előbbivel egyidejűleg) úgy jellemzi, mint ami alapszerkezetében a jogalkotói fikcióval közös vonásokat hordoz. Hiszen ez utóbbi a jogalkotói

<sup>129</sup> Varga Csaba 'A jogalkalmazás elméleti felfogásának alapjai' *Állam- és Jogtudomány* XXI (1978), 345–346. o.

fikció elemzéséből kiindulva olyan módon fogalmiasít, hogy a kiterjesztett előírást veti egybe azzal az előírással, amit a fikciónak bizonyuló normatív értelmezés útján terjesztettek ki.

A jogi fikció funkcióját már az ősi Mezopotámia jogában is fellelhetjük, noha ekkoriban még aligha ismerhettek voltaképeni fikciót. „Láthatjuk [...] a jog kialakítására irányuló bátor-talan erőfeszítések jeleit. [...] Az analogikus kifejtés például, mely a *formulárek szerkesztőit* arra készítette, hogy újításukat irreális hipotézisekre alapozzák, egy arra irányuló műgondot takart, hogy alkotásaikat egyáltalán racionálisan igazolják.”<sup>130</sup> Úgy tetszik hát: „a fejlődésben megnyilvánuló folyamatos-ság”<sup>131</sup> biztosítása volt a leginkább hangsúlyos feladat, s bármiféle körülmények közt ennek akartak eleget tenni.

„A fikció célja abban rejlik, hogy könnyítsen azokon a nehézségeken, amik az új (és többé-kevésbé lényeges) jogtétel-ek kidolgozásával kapcsolatban merülnek fel, nevezetesen, hogy lehetővé tegye a hagyományos tannak formális néző-pontból teljességgel régi alakjában történő megőrzését – ám anélkül, hogy új hatását ezáltal gyakorlatilag bármennyire is gyengíthetné.”<sup>132</sup> Avagy, figyelemmel a lehetséges közvetett hatásokra is, megállapíthatjuk, hogy a fikciók „éppen ezáltal [a jog organikus kiterjesztése által – V. Cs.] biztosítják a réginek az újjal történő belső összhangját, s ezáltal tartják fenn az egész jog rendszeres egységét”.<sup>133</sup>

Annak pusztán fikatív feltételezésével viszont, hogy egyfelől fennállana – úgymond – valamiféle „általános időtlen szokás [...], amit időről időre kinyilvánítanak a bíróságok”, másfelől pedig a fikció „megfelelő működtetésével lehetséges a jog általános szabályából származható kárt megelőz-nünk vagy valamiféle hátrányt orvosolnunk”,<sup>134</sup> – nos, mind-ezek feltevésével gyakorlatilag ugyanazt állíthatjuk a bírói fikcióról az angol jogban, mint amit az imént a német fikciófel-

<sup>130</sup> Georges Boyer 'Sur quelques emplois de la fiction dans l'ancien droit oriental' *Revue internationale des Droits de l'Antiquité* 3<sup>e</sup> série, 1 (1954), 99. o.

<sup>131</sup> Dekkers, 234. o.

<sup>132</sup> Jhering, 337. o.

<sup>133</sup> Carl Friedrich von Savigny *System des heutigen römischen Rechts* I (Berlin: Veit & Compf 1840), 295. o.

<sup>134</sup> Blackstone, I, 73. o. és III, 43. o. – Blackstone kiemelése.

fogás kapcsán már megállapítottunk. Egyidejűleg célszerű megjegyeznünk azonban, hogy BLACKSTONE korától kezdve már Angliában is felismerik, hogy „kínos csúsztatások, szubtilis túlfinomítások és furcsa okfejtés” észlelhető a bírói jogfejlesztés ilyen útjában, s ugyanebből a megfontolásból már maga BLACKSTONE elítélte a társadalmi szerződés gondolatának csupasz eszmei feltevését, ami ugyan kora társadalomelméleteinek alapköve volt – ám szerinte, amint ezt teljes joggal kifejtette, csupán fiktív megalapozású. BLACKSTONE ugyanis nyíltan erre a következtetésre jutott: „Bár tapsolhatunk a célnak, de a hozzá vezető eszközöknek nem örülhetünk”.<sup>135</sup>

Megjegyezhetjük persze, hogy bár BENTHAM szintén kárhóztatta „a fikció pestises kigőzölgését, mely minden eszközt megmérgez, aminek csak közelébe kerül”, és büszkén hirdette, hogy „a fikció korszaka mára már végre véget ért”<sup>136</sup> – mindezt kizárólag a fenti összefüggésben vallotta. Egyébként pedig természetesnek tartotta: a fikció „éppen annyira támogathat hasznos szabályt és intézményt, mint amennyire kártékonyat is”, és saját korában elismert vélekedésként adott hangot ama meggyőződésnek, hogy „egy hasznos intézmény előnyeit nem rombolhatja le semmiféle hazugság vagy éppen hazugságsorozat, ami kialakulását egykor esetleg kísérhette”.<sup>137</sup>

## 2. A fikció osztályozása

Különösen a német irodalomban szokásos a fikciókat két csoportra bontani. Ennek megfelelően ‘gyakorlati’ és ‘dogmatikai’ (JHERING), illetőleg – az utóbbinak más elnevezésében – ‘elméleti’ (UNGER);<sup>138</sup> avagy – az előbbi kettősséget más terminológiával jelezve – ‘jogi’ és ‘jogtudományi’<sup>139</sup> fikciók között tehetünk különbséget. Ebből világosan rajzolódik ki a megkülönböztetés jogon belüli és a jogra kívülről irányuló fikciók között, mely utóbbi persze lehet releváns vagy irreleváns (és a

<sup>135</sup> Blackstone, II, 360. o.

<sup>136</sup> Bentham *Works* I, 235. és 269. o.

<sup>137</sup> Bentham *Works* VII, 287. o.

<sup>138</sup> Unger ‘Die Verträge’, 9. o.: ‘theoretische Fiktion’.

<sup>139</sup> Stammler *Theorie der Rechtswissenschaft*, 332. o.: ‘juristische, rechtswissenschaftliche Fiktion’.

fentiekben belül inkább vagy kevésbé releváns) jogi nézőpontból. A németországi jogtudomány mai képviselőjében ESSER szintén a 'jogalkotói' és 'bírói' fikciók közt tesz különbséget, és alfajtákként az 'ökonómikus', 'történeti', 'dogmatikai' és 'definíciós' fikciókat sorolja fel.

Bár könnyen beláthatjuk, hogy fikcióhoz folyamodásunk technikai jellegű a jogalkotói fikció, és ideologikus jellegű a bírói fikció esetében, nos, ezt az eredeti indítékban rejtő különbséget szerkezeti hasonlóságuk nagymértékben ellensúlyozza. A bírói fikció egyértelmű célja ugyanis a működő jogi norma kiterjesztése, és ezt vagy a tények, vagy a normák manipulálásával éri el. A tények manipulálásakor azzal éri el célját, hogy a jogesetet alkotó tényeket hamisan állapítja meg; a normák manipulálásakor pedig azzal, hogy hamisan újratételezi az érintett szabályt, és ezáltal az újratételezett szabállyal fedí le a kérdéses eset tényeit is. Láthatjuk tehát, hogy az első esetben a bírói önkényességtől csakis sajátos célja különbözteti meg, és ezért az önkénytől való különbözése viszonylagos: nem az eljárásban magában, hanem jóváhagyó elismerésükben rejlik. A második esetben viszont – alanyától s megformálása konkrét eljárásától eltekintve – ugyanazon tulajdonságokkal rendelkezik, mint a jogalkotói fikció.

Végezetül dilemmaként felvetődik az eltérő funkciók egymásba történő átmenetelének, egybeesésének kérdése is. Több szerző – egyebek közt DEMELIUS<sup>140</sup> és GÉNY<sup>141</sup> – megfigyelte, hogy többnyire ugyanazok a fikciók töltenek be történeti és dogmatikai szerepet. Pontosabban: „A fikció mindig szükségképpen betölt történeti és dogmatikai funkciót egyaránt.”<sup>142</sup> Nem gondolhatunk egyébre, mint arra, hogy az alapvető funkciók dialektikus kölcsönhatásáról, egymásba fonódásáról van itt szó – abban az értelemben, hogy „több fikció, melynek eredetileg külön-külön történeti célja volt, végül is csak leíró erejének erejénél fogva maradt fenn”<sup>143</sup> – és egy ilyen összefüggés persze igaznak bizonyulhat fordított értelemben is.

<sup>140</sup> Demelius, 86. o.

<sup>141</sup> Gény, 377. o.

<sup>142</sup> Franco Todescan *Diritto e realtà Storia e teorie della fictio iuris* (Padova: Università 1979).

<sup>143</sup> Fuller, 8. o.

Persze a funkciók egymásba áttűnő voltának nem kell egyszerűsíteni szerkezeti közösséget is jelentenie, akár a bírói fikció mint deklaratív (azaz normatív, tehát jogon belüli) művelet, akár a dogmatikai fikció mint magyarázó (azaz elméleti, tehát jogon kívüli, bár a jogra tekintettel végzett) művelet között.

### 3. *A jog mint fikció*

Láttuk már, hogy a jogi norma lényegének elméleti rekonstrukciója során számos szerző és irányzat a fikciók szemléleti képét s alapszerkezetét használja fel. Nos, elméleti általánosságban a jog fikcióként felfogásának kérdése három szinten fogalmazódik meg:

1. vannak sajátosan jogi fogalmak, melyek eleve fikciós jellegűek. Ilyenek például a jogi 'jogosultságok' és 'kötelezettségek', melyeknek léte és terjedelme egyaránt szabályhoz kötött. Sőt, nem is egyszerűen és kizárólag arról van szó, hogy szabályok határozzák meg a jogi jogosultságokat és kötelezettségeket, hanem egyenesen arról, hogy valóságos létük és terjedelmük voltaképpen csakis olyan jogszabályokkal összefüggésben mutatkozhat meg, amelyekre a tényleges joggyakorlatban rendszeresen visszatérően hivatkoznak, és e hivatkozás során ténylegesen beszámításra is kerülnek;

2. a jog nyelvében minden egyes fogalom sajátos, a jellegében fikciós lehet. Hiszen előzetesen egyszerűen nem áll módunkban meghatározni, hogy egyáltalán mi maradhat meg – úgymond – eredeti jelentésében, és milyen mértékben. Mindössze ennyit tudunk: a jog tényleges jelentését többnyire és legfeljebb egy utólagos teoretikus rekonstrukció nyomán állapíthatjuk meg. És a jelentésalakulás kapcsán mindenféle történés valódi indítékait kizárólag a nyelven túl kereshetjük, hiszen a jog tényleges jelentése alakulásának indítéka és mindenfajta tényezője a rendelkezés elvi kibocsátásának és konkrét eseti kikényszerítésének társadalmi-politikai közegében rejlik;

3. mind a jogi nyelv, mind a jog gyakorlati felhasználásának módja alapvető meghatározásukban eredendően fikciós jellegűek.

És valóban: tudományfilozófiai megfontolásokból ma már

tudhatjuk, hogy alapvető inkongruencia áll fenn egy – történetesen igaz vagy hamis – fogalmi leírás, valamint egy normák tételezésével gyakorlati befolyásolásra irányuló törekvés között. Ez utóbbi fogalmi rendszerének ugyanis nem lehet semmiféle más célja, mint – pusztán fogalmi-logikai értelemben – következetesség biztosítása; és ezt sem önmagáért vagy valamiféle logikai eszmény beteljesítéséért, hanem kizárólag egy hosszú távon értelmezett hatékonyság kedvéért tűzi maga elé. Ezért téved JONES, amikor így vélekedik: akkor, „amikor idő múltán a fogalmat a tényekhez való viszonyában normálisnak kezdik tartani, maga a fikció valósággá válik”.<sup>144</sup> Téved, hiszen tényekhez fűződő viszonyának „normalizálódása” legfeljebb (konkrét egyedi állapotában) erőteljesebben igazoltta teheti a fikciót – ám semmiképpen sem teheti kongruenssé. A kongruencia kérdése fel sem vetődhet itt, ugyanis a jogban a nyelvi kifejezés, terminológiai választás és fogalmi alakítás kizárólag normatételezés függvénye – egyenesen és közvetlenül. Maga a normatételezés pedig végső soron gyakorlati megfontolások függvénye, ezek pedig bármiféle ismeretelméleti szempontot a tiszta célirányosságnak rendelnek alá. Ugyanez a helyzet akkor, ha a jogi jelentés eltér a közönségestől (miben?, milyen irányban?, milyen mértékben?); de akkor is, ha a jogi jelentés egybevágó a mindennapi jelentéssel (még ha pillanatnyilag vagy csak részben is). Normatételezéskor ugyanis nem lehet szó arról, hogy valamiféle különleges normaszabás („normalizáció”) indokolhatna a köznyelv s a jogi nyelv között bármiféle egybeesést. Mert egybeesés elvileg annyiban és olyan mértékben fordulhat csak elő, amennyiben és amilyen mértékben gyakorlati okokból ezt normatíve elrendelték. Hiszen már csak alapmeghatározottságuk folytán is a jogi fogalmak eleve pragmatikus természetűek, és lépésről lépésre haladva mind messzebb kerülnek attól a ponttól, ahol ismeretelméletileg még egyáltalán érdemben vallatóra lehetne fogni őket.

Mindez persze nem zárja ki, hogy valóságelemek és a valóságban fellelhető kölcsönkapcsolatok is tükröződjenek fejlő-

<sup>144</sup> J. Walter Jones *Historical Introduction to the Theory of Law* 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press 1965), 185. o.

désükben. De az ilyen valóságvonatkozások talaján kifejlesztett fogalmak tartalmát és terjedelmét végső soron immár nem a valóság tükrözése vagy másolása, hanem tisztán gyakorlati megfontolások, valamint elérhető szabályozási technikák fogják meghatározni. Hadd folytassam itt egy korábbi kifejtésem megidézésével: „A valóságtól való ilyenfajta eltávolodás természetesen nem öncélú folyamat, igazi célja, hogy a jogi fogalmak képében a jogi komplexus célszerű működéséhez megfelelő eszközt biztosítson. Ez viszont a maga részéről sajátossá, különművé teszi azt a folyamatot, ami a jogi visszatükröződés; és ez kisebb-nagyobb mértékben kifejeződik a jogi fogalmak csupán eszközként való kezelésében is. Ahogy LUKÁCS kifejezte: az ismeretszerűen objektív azonosság vagy konvergencia semmiképp sem lehet a kiválasztás vagy elutasítás döntő indítéka; az dönt, hogy a konkrét társadalmi érdekek harcában részt vevő egyik eredő nézőpontjából a konkrét meglévő eredmények között mi alkalmazható időszerrűen.”<sup>145</sup>

Összefoglalva, íme, változatlanul ez az alapkérdés: vajon eleve fikatív jellegűek-e jogi fogalmaink?

KELSEN imigyen figyelmeztet: „A fikció nem egy másik tényből mint valóságos tényből levont fogalom létében rejlik, hanem abban a hamis ítéletben, hogy ez a fogalom egy valóságos tény tartalmaz; vagyis valami a lét világához tartozik, ami pedig a valóságban nem létezik. Ebben a szellemi folyamatban ezért elvetendő az a logikai ellentmondás, amely abban áll, hogy valami, ami a valóságban nincs, valóságosként adott; az a módszertani hiba tehát, hogy egy fogalomban, amit nem a lét világából vonatkoztattak el, valamiféle létezőt keresnek.” S ugyanez KELSEN mondanivalója a jogi konstrukcióról is. Hiszen szerinte a jogi konstrukció nem más, mint „a normatív szemléletből teljes meghatározottsággal fakadó, magán az absztrahálандón belül lezajló gondolati eljárás eredménye. Így például a beszámítás fogalma sem olyan tényekből származó elvonatkoztatás, amelyek a beszá-

<sup>145</sup> Varga Csaba *A jog helye Lukács György világképében* (Budapest: Magvető 1981), 221. o. [Gyorsuló Idő]. Vö. Lukács György *A társadalmi lét ontológiájáról I* (Budapest: Magvető 1976), 390. o.

mítandón kívül vagy annak közvetlen tapasztalati vagy akaratilag világában adottak, hanem e fogalom magának az absztraháló sajátos gondolati eljárásnak (ítéletnek) az absztraháló összefoglalásán keresztül jön létre, melynek során a külvilág egyes érzékelt tényeit meghatározott személyekkel kapcsolják össze.”<sup>146</sup>

Következésképpen a jogi fogalom Kelsen számára távolról sem fikció; sőt igazi értelmében a jogalkotói fikció sem az. S ha mégis valamilyen korlátozott jelképes értelemben fikciónak tartanánk is, jellegzetességeit általánosító módon úgy értelmezhetjük, mint egyszersmind a jogi fogalmak jellegzetes vonásait. Nos, ugyanezt és ugyanígy mondhatjuk el a jogi konstrukcióról is. Ez eleve nem fikció. Csakis hibás gyakorlat vagy hibás gyakorlat ideológiája torzíthatja fikcióvá. Végző soron ilyen módon ahhoz a következtetéshez kell elérkeznünk, hogy szigorúan fiktív jelenségek – a (Jerome Frank kifejezésének értelmében vett) jogi hazugságokon és mítoszokon túl,<sup>147</sup> valamint az ideáltípusokban is testet öltő ún. reprezentatív fikciókat szintén magukban foglaló elméleti fikciókon kívül – voltaképpen nincsenek.

#### 4. Vélelem és fikció

Bármiféle megjelenési formáját, használati módját vagy felfogását vegyük is szemügyre, a 'fikció' végző soron nem egyéb annál, mint hogy fogalmaknak bizonyos tartalmat (vonásokat) tulajdonítunk. A fikciók és vélelmek látszólag egymással határos, sok esetben egyenesen egymástól elválaszthatatlan jelenségek. Mégis, a fikcióval szembeítve a vélelmet kizárólag úgy foghatjuk fel, mint olyan tényeknek jogi norma által történő meghatározását, amelyeknek bizonyítása e normatív meghatározás ereje folytán immár elégségesnek vagy megtámadhatatlanul véglegesnek tekinthető ahhoz, hogy egy jogeset tényeinek fennállását megállapíthassuk.

A ténylegesen bizonyított tények és a normatív bizonyítottak tekintendő jogi tények közötti kapcsolatra figyelemmel az ismeretelméleti jellegű megközelítések azt hang-

<sup>146</sup> Kelsen, 180. és 181. o.

<sup>147</sup> Frank, 348. o.

súlyozzák, hogy a fikció „*assumptio contra veritatem in re certa*”, míg a vélelem „*assumptio pro veritate in re dubio*”<sup>148</sup> – vagyis a fikció „szándékos, tudatos kitalálás”, míg a vélelem inkább „feltevés”.<sup>149</sup> Ezzel szemben a jogi fikció konstitutív jellegét emeli ki az a megkülönböztetés, amely a fikciónak „deontológiai érvényességet” (azaz „az igaz és hamis azonosítását”), míg a vélelemnek „ontológiai érvényességet” (azaz „az igaz és valószínű azonosítását”) tulajdonít.<sup>150</sup> Ugyanilyen következtetést foglal magában DEMELIUS meghatározása is, mely szerint „a fikció sajátos kifejező és ű, míg a vélelem sajátos tartalmú jogszabály”.<sup>151</sup>

A fikció ismeretelméleti megközelítésének irrelevanciáját MEURER érzekelte leginkább, amikor az analógiát mint „indukcióval nyert [...] főtétele”, a fikciót pedig olyan eljárásnak jellemezte, amelyben logikailag „önkényes” művelet megy végbe.<sup>152</sup> A mi esetünkben ezzel csupán megerősítette a dolgozatunkban már elmondottakat. Hiszen a jog többi technikai vonatkozásával együtt ez a logika irrelevanciájára utaló vonás is a fikció alapvetően gyakorlati természetére és meghatározottságára utal – arra, hogy a fikció szintén „lényegében operatív eszköz, nem pedig elvont okoskodások tárgya”.<sup>153</sup>

<sup>148</sup> Olivier, 73. o.

<sup>149</sup> Vaihinger, 48. o.

<sup>150</sup> Todescan, 8–9. o.

<sup>151</sup> Demelius, 92. o.

<sup>152</sup> Meurer *Fiktion und Strafurteil*, 26. o.

<sup>153</sup> Todescan, 22. o.

# A JOGALKALMAZÁS KÉRDŐJELEI

## Kelsen jogalkalmazástana\*

(FEJLŐDÉS, TÖBBÉRTELMŰSÉGEK, MEGOLDATLANSÁGOK)<sup>†</sup>

Első elméleti írásaitól kezdve KELSEN átfogó nagy elmélet körvonalazásának igényével lép fel. Gondolkodása saját útján halad, műve problematikáját ugyanakkor a munkásságát kezdetektől végigkísérő állandó problémák is befolyásolják. Nagyszámú könyvén túl így hallatlanul szerteágazó tanulmányokból s kritikai reflexiókból, újragondolásokból tevődik össze

\* Készült eredetileg OTA WEINBERGER professzor (Graz) kezdeményezésére a Tiszta Jogtan problematikájának MARXISTA kritikájaként a *Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts* egy elgondolt kötete (Wien: Manz) számára, ám a kritikai reflexió logikája végül ellenállt, s a töprengés immanens bírálatot eredményezett. Első változatában: *Állam- és Jogtudomány* XXIX (1986) 4, 569–591. o. Idegen megjelenéseiben: 'Wechselverhältnis von prozessualen und materiellrechtlichen Regelungen im Recht – eine marxistische Revision von Hans Kelsen' in *Die Wechselwirkung zwischen verfahrens- und materiellrechtlichen Regelungen des Effektivitätskomponente des sozialistischen Rechts* Materialien des VII. BRS, II, hrsg. Karl A. Mollnau (Berlin 1988), 204–210. o. [Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR, Konferenzmaterialien II] és 'Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre: Entwicklung, Mehrdeutigkeiten, offene Probleme, Perspektiven' *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXXVI (1990) 3, 348–366. o., valamint 'Kelsen's Theory of Law-application' *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 36 (1994) 1–2, 3–27. o.

<sup>†</sup> Források Hans Kelsen művéből: HS = *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt ans der Lehre vom Rechtssätze* (Tübingen: Mohr 1911); AS = *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Springer 1925); AA = *Az államelmélet alapvonalai* [*Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates* (Wien: Als Manuskript gedruckt 1926)] ford. Moór Gyula (Szeged: Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt. 1927); RR = *Reine Rechtslehre* Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Leipzig & Wien: Deuticke 1934); GTLS = *General Theory of Law and State* trans. by Anders Wedberg (Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1946); RR II = *Reine Rechtslehre* [1960] zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage (Wien: Deuticke 1983); PTL = *Pure Theory of Law* trans. from the 2nd ed. Max-Knight (Berkeley etc.: University of California Press 1967); ATN = *Allgemeine Theorie der Normen* hrsg. Kurt Ringhofer & Robert Walter (Wien: Manz 1979).

életműve. És ennek a nagyelméletnek úgyszólván nincs jogalkalmazástana. A KELSENT bíráló, értékelő vagy továbbgondoló hatalmas irodalom látszólag helyesen tükrözi a fennálló helyzetet: jogalkalmazástan igénye hangsúlyos kérdésként nem is vetődik fel.

Az alábbi írás a mégis meglévő jogalkalmazástani koncepciót kísérli meg kibontani 1911-től az 1960-as évekig. A Tiszta Jogtan és általában az elméleti jogi gondolkodás összetevőjeként ez önmagában is hordozhat tanulságokat; legalább ennyire érdekes lehet azonban módszertani szempontból, a teóriaépítés szigorú fegyelmének és következetességének, ugyanakkor – a nyitva hagyott kérdésekből adódóan – a belső fejlődési lehetőségeknek és dilemmáknak, zavaró vagy ösztönző kétértelműségeknek, saját gondolati alapjait s irányait megkérdőjelező ellentmondásos következtetések kínálásának a kérdéseként is. KELSEN posztumusz normaelméletének jogalkalmazástana nagyrészt önálló problematikát takar. Ezért jogalkalmazástani feldolgozása leginkább külön tanulmány tárgyát érdemli.

### 1. „Az államjogtan alaproblémái”

KELSEN első jogelméleti vállalkozása, a *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze* (1911) több elemében előlegezi a későbbi problematikát. Jellemzője, hogy lényeges ellentmondások és törés nélkül teszi lehetővé a majdani továbbfejlesztést. Erre az alkotói időszakra jellemző álláspontja egyébként is túlnyomórészt problémalátásának tudatos lehatárolásából, hallgatásából következtethető ki. Ugyanakkor rendszere meglehetősen feszes és zárt; a jogalkalmazásról vallott felfogása lényegében a jogtudományt illető eszményéből és a normatív szféra központiként felfogott kategóriája, a beszámítás leszűkítő értelmezéséből egyaránt következik. Nevezetesen: a jogtudomány a formai megjelenés geometriája; a beszámítás kizárólagos tényezője a norma; ennek megfelelően a jogalkalmazás mellőzhetetlen, de csupán járulékos, a jogi folyamatban nem alkotó tényező.

A „norma ’alkalmazásáról’” a fentiekből adódóan kevés a

mondanivalója. Az első: éles különbségtétel aközött, hogy a normát csupasz összehasonlításra, viszonyítási alapként hasznosítjuk-e, vagy normatív összefüggésben és következménnyel alkalmazzuk.<sup>1</sup> Ám akár alkalmilag kínálkozó mértékként hasznosítjuk, akár – esetleg létfontosságú következményre vezető – normatív következtetést vonunk le a norma alapján, különbséget, további vizsgálódásra érdemesítő specifikumot Kelsen nem lát.<sup>2</sup> A második: a jogtétel egyedi esetekre történő alkalmazhatóságának,<sup>3</sup> a harmadik pedig: az intézményes bírói

<sup>1</sup> HS, 15–17. o. Amikor arra szorítkozunk, hogy „egy végrehajtott cselekvést egy normával csupán összehasonlítsunk, összhangját egy normával objektíve bizonyítsuk”, a norma „csak összehasonlítás közömbös tárgyaként” szolgál, „csupán annak megítélése mértékeként, ami már megtörtént”. Márpedig itt nyilvánvalóan semmiféle „akarati viszony” nem jelenik meg. „Annak megítélése alapjául, hogy egy hegy magas vagy alacsony, avagy egy mozgás gyors vagy lassú, olyan szabályok szolgálnak, amelyek normaalkotó jelentéssel semmiképpen sem rendelkeznek” (15. o.). Ám adódhat ettől eltérő helyzet. „Az az ítélet, amely egy cselekvésnek egy normával való összhangját vagy összhanghiányát kimondja, összekapcsolódhat e cselekvésnek az ítéletet alkotó által történő helyeslésével vagy helytelenítésével” (16. o.). Ez a normatív normaalkalmazás területe.

<sup>2</sup> Sőt, mint azonnal kiderül, csupán a megkülönböztetésre van szüksége – arra, hogy a norma mint olyan fennállásának kritériumát a normatív felhasználáshoz, pontosabban s ezáltal is közvetítve az elemi normaegységben is fellelhető legyen-összetevőhöz kapcsolja. „A normának nem az a lényege, hogy a megítélés szabálya, hanem hogy a megítélésének olyan szabálya legyen, amelyet a megítélt helyeslő vagy helytelenítő ítéletként fog fel.” HS, 17. o. Ez pedig a norma kritériumát a nyelvi jelentéstől a nyelvhasználatban rejlő körülményekhez tolja át. Szerkezetileg ugyanolyan, mint amikor – később – az érvényességnek a normafogalom előfeltételeként történő kezelése mellett foglal állást: „Az ‘érvényesség’ szóval a norma specifikus létét jelöljük.” RR II, 9. o. Ezzel pedig – tudjuk – önmagát is ellentmondásokba (norma-e az, amit nem normatíve alkalmaznak? milyen változás áll be a normában érvényesség szerzésekor és elvesztésekor, illetőleg egy meghatározott érvényességnek más érvényességgel történő felváltásakor?), továbbá mesterkéltné magyarázatok (például a konkrét, fenntartó emberi akarathoz történő kapcsolás) szükségébe sodorja. A norma kritériumát az előírás emberi aktusában kereső ún. expresszivisták felfogás és a modern normaelméletekben elfogadott s a kritériumot a norma fogalmi jelentésében (a leíró tételt előíró tétellel átalakító operátorban) kereső ún. hyletikus felfogás szembeállítására lásd E. Bulygin: ‘Norms and Logic (Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms)’ *Law and Philosophy* 4 (1985) 2.

<sup>3</sup> „A szokásjogi jogtétel főként abban különbözik az erkölcsi törvénytől, hogy az egyes esetre alkalmazzák akkor is, amikor nem követik, pontosabban éppen akkor, amikor nem követik.” HS, 35. o.

alkalmazás lehetőségének<sup>4</sup> a jog lényegi jegyeként való feltüntetése. Következésképpen a bírói jogalkalmazásnak csupán csupasz tényszerű lehetősége a szükséges; valóságos folyamata, mikéntje és eredménye lényegi többlettel nem járul a joghoz.

Elmélete összefüggéseiben persze mást nem is állíthatna Kelsen. Hiszen a beszámítást egyedül a normával mint egyetlen meghatározóval hozta kapcsolatba.<sup>5</sup> És egyébként is: már állást foglalt amellett, hogy a jogtudomány – „mint a teljes jogi jelenség geometriája” – a jogot formális kategóriaként kezeli,<sup>6</sup> megjelenéseit tehát csakis formája oldaláról, formai vonatkozásban vizsgálja, egyéb tudományokra bízva ezek konkrét tartalma alakulásának feltárását.<sup>7</sup> Az elméleti következetesség szempontjából kétségkívül igaza van. Hiszen ha a jog mozgását formai megjelenése felől nézem, a jogalkalmazás csak a már kész, befejezett jognak egyedi esetre történő vonatkoztatása. A jogtételen tehát mit sem változtat; sőt, épp egy egyedi helyzetben érvényre juttatja, és ezzel újra megerősíti. Formailag a jog maga vall így önmagáról; s a modern formális jog egész berendezkedése, intézményrendszere és ideológiája ezt sugallja.<sup>8</sup> És a másik oldal felől közelítve is: bármilyen tartalmi jogalakítás menne (vagy megy) is végbe ezekben a folyamatokban, ez nem mutatkozik meg formailag, következésképpen a formai megjelenítés nem is vehet erről tudomást. Hiszen joggal állíthatja bármiféle tartalom: az, ami a forma homlokzata mögött rejlik, formai lecsapódás nélkül

<sup>4</sup> „A bíróság mint külső szervezet szimbóluma a jog számára oly lényeges, hogy mindama normákból, melyek uralma alatt egy jogi közösség áll s amiket a közösség tagjai követnek, jogi normákként az ember csak azokat ismerheti el, amelyek a bíróságok által (illetőleg egy összetettebb államiságban egyéb állami szervek által is) alkalmazásra kerülnek.” *HS*, 236. o.

<sup>5</sup> „[A] beszámítás egyedül és kizárólag a *Sollen*en, a normán nyugszik.” *HS*, 75. o.

<sup>6</sup> „Formális jellegére tekintettel a jogtudomány is – egy persze nem minden pontban találó hasonlattal élve – úgy jelölhető meg, mint a totális jogi jelenség geometriája.” *HS*, 93. o.

<sup>7</sup> „[A] jogtudomány egy olyan jelenségnek csakis formájára van figyelemmel, amelynek a tartalmával a szociológiának, a történelmi és politikai tudományoknak kell foglalkoznia. [...] Specifikus megismerési eszközeivel a 'jog' tudomány a 'jogi' jelenségnek csakis egyik oldalát közelítheti meg.” *HS*, 92. o.

<sup>8</sup> Vö. a szerzőtől 'A bírói tevékenység és logikája: Ellentmondás az eszmények, a valóság s a távlatok között' *Állam- és jogtudomány* 25 (1982), 2. pont, 470. és köv. o.

egyszerűen érdektelen, mint ahogyan például a gömb meghatározása sem számolhat azzal, ami csupán benne van.<sup>9</sup>

Ilyen módon a jog és intézményi-ideológiai berendezkedése által feltételezett, normatív is tételezett felfogás ez, mely szerint a jogalkalmazás nem több és nem más, mint a jogtétel újraállítása az egyes esetre vonatkoztatva, az egyes eset tükrében. Ha bármilyen okból ilyen felfogás szükséges, formailag lehet ilyet konstruálni, bárminő konkrét tartalom rejtezzék is emögött. Hiszen emlékezzünk csak: maga KELSEN ugyanekkor s ugyanitt rámutatott olyan érintkezési pontokra, amelyeknél a társadalmi nyomásból jog alakult; olyan átmenetekre, amelyeknél a lét elemeiből legyen formálódott. Ezeket azonban – gondolatrendszere következetességének biztosítása érdekében – kívülről, külső adottságként kellett a jog rendszerébe építenie: hangsúlyozva, hogy a jogon belül, saját konstrukciói segítségével ez nem ragadható meg, nem is magyarázható vagy igazolható.<sup>10</sup>

## 2. „Általános államtan”

Másfél évtizeddel később, az *Allgemeine Staatslehre* (1925) összegzésekor KELSEN már összetettebb kifejtésre kényszerül. A tematikai bővülésnek köszönhetően az igazgatás immár nem egyszerűen az állam kötelességeinek egyike,<sup>11</sup> hanem

<sup>9</sup> „[A]nálóg módszertani hiba lenne a gömb meghatározásában azon anyag figyelembevétele, amit a gömbforma a konkrét esetben hordoz.” *HS*, 93. o.

<sup>10</sup> „Az, hogy egy tartósan nem alkalmazott jogtétel miképp szűnik meg normának lenni, egy kötelezettség sok éven át tartó megszűnése miképpen vezet fokként jellegének megszűnéséhez, vagyis egy legyen miként rombolódik szét a létnek köszönhetően, vagy a létből miképp válik legyen – mindez [...] jogászai konstrukcióval meg nem ragadható tényállás, vagyis jogilag: misztérium.” *HS*, 334. o. „Kell lennie egy pontnak, amelynél a társadalmi élet folyama az államtestbe mindenkor visszatérően benyomul, egy átmeneti helynek, ahol a társadalom amorf elemei az állam és a jog szilárd formába mennek át. Ez az a hely, ahol szokás és erkölcs, gazdasági és vallási érdekek jogtétélekké, állami akarat tartalmává válnak, és ez a törvényhozási aktus. [...] Ez a jog és az állam nagy misztériuma.” *HS*, 411. o.

<sup>11</sup> A *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* „az állami szervek jogi kötelezettségei” áttekintésén belül – az igazságszolgáltatást s a tulajdonképpeni jogalkalmazást nem is érintve – tárgyalja az igazgatás (s benne a szabad mérlegelés) kérdéskörét (*HS*, XIX. fej.).

szigorúan jogi-jogászi folyamatnak bizonyuló tevékenység.<sup>12</sup> Következésképpen az igazgatási szabad mérlegelés is a jogalkalmazás mint ilyen elvi kérdéseként vetődik fel. Végeredményben az elméleti összképben a jogalkalmazás önálló jelentőséget és tartalmat hordozó művelet lesz. A kifejtés formalitása ugyanakkor marad. Korábban a jogalkalmazást norma alapon történő beszámítás közegeként, kizárólag a kérdéses norma függvényeként fogta fel. Most maga a jogalkalmazás válik jogalkotássá. Ezzel nem adja fel sem a formális megközelítést, sem a normatív beszámítás szemléleti keretét; csupán a beszámítás norma-alapját, ami idáig kizárólag a jogalkotás műve volt, a jogalkalmazás aktusával kibővíti.

Állásfoglalása az alábbi néhány tételben foglalható össze. Először is, a jogalkalmazás az a közeg, amelyben az általános elvont norma egyedi konkrét formát ölt.<sup>13</sup> Másodsor, a jogalkalmazás ilyen módon nem egyszerűen alkalmazás, hanem az általános norma alapján egyedi norma alkotása.<sup>14</sup> Harmadszor, mindez nem csupán már tételezett jognak pusztá deklarálása, hanem egyúttal valami többletnek is a konstituálása.<sup>15</sup> Negyedszer, az úgynevezett szabad mérlegelés – vagyis a diszkréciónak a döntési folyamatban szükségképpen adódó bizonyos mérvű lehetősége – ezért nem az igazgatási tevékenység elfajulása, nem is annak sajátossága, hanem a jogalkalmazás mint olyan elvileg minden esetben jelen lévő tulajdonsága.<sup>16; 17</sup> És ötödször, mivel a jogalkotás teljes, tartalmilag

<sup>12</sup> Az *Allgemeine Staatslehre* „az államrend létrehozatala” áttekintésén belül tárgyalja az „igazgatás mint jogalkalmazás” (AS, 35. §. C. pont) és a „törvényhozás és jogalkalmazás: a jog létrehozatali folyamatának két foka” (33. §. F. pont) kérdéskörét egyaránt.

<sup>13</sup> „Ítélet nélkül az absztrakt jog nem ölthetne konkrét alakot.” AS, 233. o.

<sup>14</sup> „Ezért az ítélet [...] nem egyéb, mint individuális jogi norma, az általános vagy absztrakt jogi norma individualizálása vagy konkretizálása.” AS, 233. o. „És ezért a jogalkalmazási aktus éppen úgy jogi tételezés, jogalkotás, jog létrehozása, mint a törvényhozási aktus, és mindkettő a jog létrehozatali folyamatának csupán két foka.” 233–234. o.

<sup>15</sup> „A bírósági ítéletet [...] ’a jog kimondásának’, jogi ítéletnek nevezik, mintha csupán deklaratíve azt mondaná ki, ami – az általános normában – már jog volt.” AS, 233. o.

<sup>16</sup> „Miként az absztrakt fogalom és a konkrét elképzelés között tartalmi különbségnek kell fennállnia, ilyen szükségképpeni különbség a jogkonkretizálás magasabb és alacsonyabb foka között az úgynevezett ’szabad mérlegelés’.” AS, 243. o.

<sup>17</sup> Ezt végső következményeiben és egyértelműséggel KELSEN majd egy év

kimerítő nem lehet, hanem csupán és legfeljebb viszonylagos meghatározásra törekedhet, a jogi folyamatban eleve önálló jelentőséget s hozzájárulási terepet nyer a jogalkalmazás.<sup>18</sup>

Az egyesélyű, önállótlan, sajátos mozgást nem tanúsító jogalkalmazás képével szemben ez a magyarázat már egy többesélyű, bizonyos mérvű önállóságot mutató, valamelyest dinamikusabb jelenséget sugall. KELSEN jogszemléletének alapvető formalizmusát ugyanakkor nem érinti. A beszámítás normatív alapját változatlanul a jogalkotó határozza meg. Csupán az derül ki, hogy ez nem több, mint keret, amit a jogalkotó – de csakis a jogalkotó – szempontjából szabadon tölt ki a jogalkalmazó. A beszámítás normatív megalapozásában ilyen módon a jogalkotóhoz társul – pontosabban, a konkrét beszámításban közreműködő tényező konkrét eljárási lehetőségeit alapul véve: a jogalkotót a maga közvetlenségében felváltja – a jogalkalmazó. Érdekes (és elméleti forrásvi-

---

múlva, ismételt (de ezúttal tömör) összegzésében fogja kifejteni: „Ha figyelembe vesszük azt, hogy a hagyományos három funkció: törvényhozás, bírászkodás és végrehajtás, alapjában kétfőre csökkenthető, mint-hogy a bírászkodás és végrehajtás a tágabb értelemben vett végrehajtásnak, a törvények végrehajtásának a fogalmában összeesik, akkor reá kell jönnünk, hogy a jogalkotásnak és a jogalkalmazásnak az ellentéte, amely a törvényhozásnak és végrehajtásnak, a *legis latio*nak és a *legis executio*nak ebben az ellentétében kifejezésre akar jutni, nem mereven abszolút, hanem nagyon is relatív, s hogy csupán a jogalkotási processzus két egymásután következő fokozatának a viszonyát fejezi ki. Az a nézet, hogy a közigazgatási hatóságoktól gyakorolt végrehajtás az itt meglevő ‘szabad mérlegelés’ által elvileg különböznék a bíróságok végrehajtásától, tarthatatlan, minthogy többé-kevésbé minden végrehajtási aktus a végrehajtó szerv szabad mérlegelésétől függ; a generális norma ugyanis sohasem határozhatja meg teljesen az őt individualizáló jogi aktust, az ilyen jogi aktus viszont csupán valamely őt valamiképpen meghatározó generális norma alapján lehetséges.” AA, 65–66. és 71. o.

<sup>18</sup> „[M]inden jogalkalmazás, vagyis az általános norma minden konkretizálása, minden átmenet a jog létrehozatalának magasabb szintjéről az alacsonyabb szintjére csak egy keret kitöltése, a norma magasabb foka által tételezett korlátokon belüli tevékenység. A magasabb fok által az alacsonyabb meghatározása sohasem lehet teljes, az alacsonyabb fokon mindig meg kell jelenniük olyan tartalmi mozzanatoknak, amelyek a felsőbb fokon még nincsenek jelen, hiszen egyébként a jog létrehozatala folyamatában egy további lépés egyáltalán nem lenne lehetséges, egy további fok fölösleges lenne.” Avagy, igazgatás és törvény összefüggéseiben kifejtve: „Aki a törvényt alkalmazza, a törvény szerint, a törvény által kötötten ítél. Ez a jogi normák által felállított korlátokon belül szabadon zajlik; az államcélok szabad követése ez a jogi korlátokon belül.” AS, 243. o.

dékét és összefüggéseit tekintve sem véletlen), hogy a jogalkalmazás e lényegi jegyét KELSEN az ún. szabad belátás kapcsán, tehát a végrehajtó hatalomról, pontosabban az igazgatási tevékenységről szólva fejt ki.<sup>19</sup> Hiszen a jogalkalmazásnak korántsem bármilyen irányú vagy mértékű önállóságáról van szó. Ez az önállóság kizárólag a jogalkotói tételezés követése, megvalósítása, végrehajtása keretében és irányában mutatkozik meg. Azaz a jogalkalmazás önállósága szükségképpen ugyan, de viszonylagos: a törvény predomináns szerepét nem érinti. Következésképpen a modern formális jog működéséről ideologikusan adott képen sem változtat, hogy a jogi folyamatoknak a jogalkotó által történő meghatározása a végső specifikáció helyett kénytelen beérni olyan keretszással, amely a specifikáció elvégzésekor bizonyos alternatívást óhatatlanul is lehetővé tesz.

Érdeemes felfigyelnünk arra, hogy viszonylagos és látszólagos zártsága ellenére ez az elmélet mennyire nyitott; csupán saját tételeiből kiindulva milyen ellentétes irányokban is lehetővé teszi a továbbfejlesztést. Hiszen a jognak több lépcsőn keresztül történő létrehozatala értelmezhető szűkítő módon, specifikációként, de értelmezhető időben folytonosan megújuló, változásaiban előrehaladó váltóállítások sorozataként is – amiként ez a precedensrendszerekben, a joggyakorlatra épülő jogi kultúrákban megnyilvánul. KELSEN nyilvánvalóan az előbbi irányban, normativista elméleti keretben kísérte meg kiépíteni jogalkalmazástanát; elvi lehetőségeiben azonban nem lett volna akadálya egy nem normativista, szociológiai irányba történő fordulásnak sem.

<sup>19</sup> Még érdekesebb, hogy ugyanakkor magáról a belátásról korántsem mond itt többet vagy mást, mint amit már a *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre* hasábjain megállapított: „Sem azok a feltételek, amelyek mellett az állam cselekszik, sem cselekvésének jellege és módja nincsenek a jogtételekben soha kimerítően meghatározva [...]. Az állami szervek szabad belátása nem más, mint a jogrendben lévő absztrakt állami akarat és az igazgatásban megjelenő konkrét állami cselekvés tartalmi között megmutakozó szükségképpen különbség.” *HS*, 504. és 516. o. Nem új tételek alkalmazásáról van tehát szó, hanem korábban különállónak láttatott problémák összekapcsolásáról: a formális jogi racionalizáció nézőpontjából a jogalkalmazási folyamat és az államigazgatási tevékenység közös lényegének felismeréséről.

### 3. „A Tiszta Jogtan”

A Tiszta Jogtan időszakának KELSENE magától értetődő, nyilvánvaló elemekként építi bele elméletébe korábbi jogalkalmazástani felismeréseit. Ezek egyszersmind megszilárdulnak, hiszen KELSEN egyidejűleg elméleti megalapozásukat is kiszélesíti.

És mindenekelőtt: a lépcsőelmélet, mely 1925-ben még a létrehozatal fokairól szólva az állami funkciók szubordinációs felépítését példázta az alkotmány szerepének bemutatásakor,<sup>20</sup> a tételes jog és a jog által létrehozott jogrend felépítésének alapvető elvévé s egyszersmind elvi magyarázatává válik.<sup>21</sup> A lépcsőelmélet fényében a pozitív jog rendje hierarchikus, és a megalapozó normától a végrehajtás vagy jogügylet végső eseti aktusáig ívelő folyamatban minden összetevő úgy helyeződik el, mint az elvont, általános normaszabástól az eseti következménylevonás felé tartó konkretizálás és egyediesítés valamelyik fokozata. A jogalkalmazás tehát eleve egy hosszan tartó, nagyívű, soklépcsős folyamatban helyezkedik el; távolról sem jellemezhető immár egyszerűen úgy, mint egy elvont norma aktualizált ellenpólusa. E hierarchikus lépcsős felépítésben ugyanakkor minden egyes közbenső fokozat kettős arculatot hordoz: konkretizáló-individualizáló lebontásként a lépcsőn felette álló normát alkalmazza, az általa elvégzett lebontás további konkretizálása-individualizálása során azonban a lentebbi szint számára jogalkotásként hat.

A jogalkalmazás ilyen módon nyíltan mutatja alkotó hozzájárulását. KELSEN nemcsak jogalkotás és jogalkalmazás mint egymással szembeállított minőségek teljes viszonylagosságát hangsúlyozza,<sup>22</sup> de – a normatív lebontás jellege, korlátai, logikai nyitottsága kapcsán – a bírói jogalkalmazást

<sup>20</sup> AS, VII. fejr. A létrehozatal fokai. 36. §. Az alkotmány. A. Az állami funkciók egymás alá, és nem egymás mellé rendelése: A lépcsőelmélet.

<sup>21</sup> RR, V: A jogrend és lépcsőzetes felépítése.

<sup>22</sup> „[E]gyik oldalról a jog létrehozatala vagy jogalkotás, másik oldalról a jog végrehajtása vagy jogalkalmazás ellentétének éppenséggel nincs olyan abszolút jellege, mint amit a hagyományos jogtan ennek a számára oly jelentőségteljes ellentétnek tulajdonít.” RR, 82. o.

magával a törvényhozással nyílt párhuzamba állítja.<sup>23</sup> Hasonlóképp a jogalkalmazás alkotó lehetőségeinek, viszonylag szabad játékterének megalapozását célozza, hogy az államigazgatási tevékenység a normaalkalmazás jogi természete és kötöttségei szemszögéből egyre egyértelműbben és nyíltabban a bírói jogalkalmazással egy sorba kerül. Pontosabban: a felismerés újdonsága folytán 1934-ben még kiemelt pontokban hangsúlyozza e kettőnek e szempontból vett lényegi egységét;<sup>24</sup> az 1946-os változatban – a *General Theory of Law and State* amerikai kiadásában – államelméletileg is relevánsan fő tételeit még megismétli;<sup>25</sup> az 1960-as átdolgozott és bővített második kiadás már egyszerűen tudottnak feltételezi e megállapításokat.<sup>26</sup> Amint ez jelzéseiből kitűnik, mindennemű jogi norma mindennemű alkalmazását jogalkalmazásnak tekinti, és ennek szűkszavú megállapításán túl az egységről már nincs is érdemi mondanivalója.<sup>27</sup> Ezzel pedig a diszkréció egész problematikája, melyben pedig az európai és angol–amerikai jogi kultúra hosszú ideig az államigazgatás kötetlenségének, sőt önkényének forrását

<sup>23</sup> „Az a feladat, hogy a törvényből helyes ítéletet vagy helyes igazgatási aktust nyerjünk, lényegében ugyanaz, mint hogy az alkotmány keretei közt helyes törvényeket alkossunk [...]. Bizonyosan van különbség a két eset között, de ez mennyiségi és nem minőségi. Különbségük csupán abban rejlik, hogy a törvényhozó megkötése anyagi tekintetben sokkal csekélyebb, mint a bíróé; a törvényhozó a jogalkotásban a bírónál viszonylag sokkal szabadabb.” *RR*, 98. o.

<sup>24</sup> „A jogszolgáltatáshoz hasonlatosan az igazgatás is törvények individualizálásának és konkretizálásának [...] bizonyul [...]. Így [...] a bírói ítélet és az igazgatási aktus, melyek által egyedi normák tételezettek, úgy jelentkezik, mint a törvény végrehajtása.” *RR*, 80. és 83. o.

<sup>25</sup> Második rész, II. G. b. Az állam funkciói vagy hatalmai: törvényhozás és végrehajtás: „Mind a végrehajtó, mind a bírói hatalom által általános jogi normák hajtathatók végre. A különbség csupán annyi, hogy az első esetben a bíróságokra, a másodikban pedig az úgynevezett végrehajtó vagy igazgatási szervekre bízják az általános normák végrehajtását. Az általában elfogadott hármas felosztás így alapjában kettősség, a *legis latio* és a *legis executio* alapvető megkülönböztetése.” *GTLS*, 255–256. o.

<sup>26</sup> Például *RR II*, 45. pont, az *RR* megfogalmazását (32. pont) úgy alakítva át, hogy immár egyértelműen ezt jelentse.

<sup>27</sup> „A kormánynak alávetett igazgatási hatóságok [...] kötelesek általános büntetőszankciókat statuáló jogi normákat alkalmazni, és ez a funkció a bíróságok jogszolgáltató funkciójától nem tartalmaz, hanem csak az eljáró szerv természete révén különbözik.” *RR II*, 268. o.

vélte felfedezni, a jogalkalmazás mint ilyen legsajátabb elvi jegyvé és mellőzhetetlen összetevőjévé válik.

Végül e szemléleti keretben újrafogalmazódik a beszámítás is. Kulcsfogalom ez változatlanul, mely a legyentételezések sajátos rendjében a magatartást következményével kapcsolja össze. Immár azonban nem a tételezett normának a normaalkalmazás eredményeként megerősített egyszerű vetülete (mint 1911-ben), nem is a jog kétlépcsős létrehozatala közegében született konkretizálás (mint 1925-ben), hanem egy soklépcsős összetett folyamat teljes íve, mely az érvényességnek csupán feltételezett forrásától általános-elvont tételezéseken és azok fokozatos konkretizáló-egyediesítő lebontásán keresztül érkezik el az eseti normatív következmény tényleges levonásához. A beszámítás fogalma így egyre távolabb kerül eredeti, specifikusan jogi gyökerű és kötöttségű alkalmazásától, és az okozatiság világára épülő, ám az okozatiság által immár nem uralt, ember alkotta mesterséges norma-világ alapvető összefüggését kifejező elvvé válik.<sup>28</sup>

*3.1. Lépcsőelmélet.* A lépcsőelméletből a jogalkalmazás KELSENI tanára vetítve két következtetés adódik. Egyik a normaalkotás és normaalkalmazás folyamatainak viszonylagos egysége.<sup>29</sup> Ez már eleve magában rejti, hogy a normatív lebontás nem valami logikai szükségképpeniséggel és egyértelműséggel végbemenő folyamat, hanem kreatív, teremtő, választásokat és ezek normatív rangra emelését feltételező hozzájárulás: egyetlen lépcső egy soklépcsős folyamatban. Ugyanakkor látnunk kell: akkor, amikor hagyományosan, történelmileg intézményesülten jogalkotásról és jogalkalmazásról (mint eltérő szervek eltérő funkciót betöltő eltérő tevékenységéről) beszél-

<sup>28</sup> „Az emberek kölcsönös magatartása normatív rendjének leírásában azt az okozatosságtól különböző másik rendező elvet alkalmazzuk, amit beszámításként lehet megjelölnünk.” „A 'beszámítás' normatív viszonyt jelöl.” RR II, 79. és 94. o.

<sup>29</sup> „A jogalkalmazás egyúttal jog létrehozatala. E két fogalom [...] nem áll abszolút ellentétben egymással. Nem helyes a joglétesítő és jogalkalmazó aktusok közt különbséget tenni. Minthogy ama határesetektől [...] eltekintve, amelyek közt a jogi folyamat lejátszódik, minden jogi aktus egyidejűleg egy magasabb norma alkalmazása és egy alacsonyabb normának az előbbi norma által meghatározott létrehozása.” RR II, 240. o.

lünk, majd az így felfogott jogalkalmazást jogalkotásként magyarázzuk, különféle fogalmakat csúsztatunk egymásba – leíró fogalmakra analitikus fogalmakat vetítünk.<sup>30</sup> Az elemzés eredménye ezért csak a kérdéses folyamat valamely lényeges (történetesen a másik folyamattal közös, attól való elkülönítést tehát ebben a tekintetben meg nem alapozó) vonatkozásra mutathat rá; jogalkotás és jogalkalmazás mint társadalmilag intézményesült funkciók és tevékenységi formák megkülönböztetését, ennek alapjait s megalapozottságát azonban nem vitatja.

A másik KELSENI következtetés a jog s a jogrend lépcsőzetes felépülésének hierarchikus volta. Ez annak állítása, hogy – a normatív rend érvényességének a feltételezett alpnormával történő megalapozása s a konkrét magatartáshoz a normatív rendben kapcsolt következmény eseti realizálása szélső pontjai között – az egész normatív folyamat nem más, mint egyre szűkülő normatív lebontás, az elvont-általános tételezésnek az esetiben történő újraképzéséig tartó fokozatos s folyamatos individualizáló konkretizálása.<sup>31</sup> Miközben tehát az előbbi következtetés az alkalmazásban az alkotás mozzanatának jelenlétét hangsúlyozza, a második következtetés ezt az alkalmazó alkotást helyezi szélesebb összefüggésbe, megjelölve helyét az általános jogtétel egyediesítő lebontásának folyamatában.

Bár a mindenkori „alacsonyabb norma” normatív alárendeltségét KELSEN metaforikus kifejezésnek mondja, az érvényesség származtatásának vonalán felépülő jogrendet mégis hierarchikus rendszernek állítja.<sup>32</sup> E hierarchikus rend-

<sup>30</sup> KELSEN ezzel maga is tisztában van. Legalábbis a hatalommegosztás elméleti jellemzésekor jelezte: „A [törvényhozó funkció, valamint a végrehajtó és a bírósági funkció] általában elfogadott hármas felosztása így alapjában kettősség, a *legis latio* és a *legis executio* alapvető megkülönböztetése” (avagy, a címben: „*Legislation and Execution*”) (GTLs, Második rész, II. G. b. 255–256. o.). Ezzel a hármas felosztás más irányú megalapozottságát nem vitatja, amennyiben „ezek csupán a tételes jog alakulása folytán különösen kiemelkedő vagy egyébként politikailag jelentős nyugvópontjai a jogalkotás processzussának.” AA, 66. o.

<sup>31</sup> „[A] folyamat [...], mely az alkotmány létrehozatalával kezdődik [...] és [...] a szankció végrehajtásához vezet, az individualizálás vagy konkretizálás állandóan növekvő folyamata.” RR II, 242. o.

<sup>32</sup> „Az egy másik norma létrehozatalát szabályozó norma és a meghatározás szerint létrehozott norma viszonyát a fülé- és alárendeltség térbeli képében

szerben pedig a jogalkalmazás nem más, mint általános jogi norma alkalmazásával egyedi jogi norma alkotása. Az általános jogi norma alkalmazásának jelenlétét olyannyira elvi jelentőségűnek – kivételt nem tűrőnek – tekinti, hogy alkalmazott általános jogi normát feltételez egy többértelmű törvényhelyre épülő döntés<sup>33</sup> mögött csakúgy, mint bármely eseti bírói döntés precedensként való felhasználásában<sup>34</sup> vagy az olyan döntésben („az anyagi jog nem pozitív, de általános normája” fikciójával élve),<sup>35</sup> amely alkalmazható általános pozitív norma hiányában nem elutasító (negatív) ítéletet mond ki, hanem – erre irányuló felhatalmazás birtokában – belátása szerint érdemben válaszolja meg a konfliktusra vezető kérdést.<sup>36</sup>

A lépcsőelmélet tehát egyrészt egy talpán álló piramist rajzol elénk, hiszen egyetlen feltételezett alapszabályra épül a konkrét végrehajtási aktusokban végződő teljes jogi összefolyamat érvényessége. Másrészt egy az előbbire ráhelyezett csúcson álló piramis is, hiszen az egyedi végrehajtási aktusokban az alapszabályban kifejezett általános-elvont érvényesség konkretizálódik. A lépcsőzetes építmény hierarchikus jellegéről ugyanakkor tudnunk kell, hogy normatív.

---

ábrázolhatjuk. A létrehozatal szabályozó a magasabb, s a meghatározás szerint létrehozott az alacsonyabb norma. A jogrend nem egyenlő besorolású egymás mellett álló jogi normák rendszere, hanem jogi normák különféle rétegeinek lépcsőzetes építménye.” *RR II*, 228. o.

<sup>33</sup> Ahol is „a döntésben rejlő értelmezés egy általános norma jellegét veszi fel.” *RR II*, 255. o.

<sup>34</sup> „Egy konkrét eset bírósági döntése azáltal lesz kötelező a hasonló esetek eldöntése számára, hogy az általa megjelenített egyedi normát általánosítja. Ezt az általánosítást, vagyis az általános norma megfogalmazását elvégezheti maga a precedensalkotó bíróság, de ezt más, a precedensjellegű döntés által kötött bíróságokra is hagyhatja.” *RR II*, 255. o.

<sup>35</sup> „[...] eine generelle, wenn auch nicht positive Norm materiellen Inhalts” *RR II*, 250. o. „[...] a general, even though not a positive, norm of material law” *PTL*, 244. o.

<sup>36</sup> „Úgy szokták mondani, hogy a bíróság fel van hatalmazva arra, hogy törvényhozóként működjék. De ez nem bizonyul egészen helyesnek, ha törvényhozáson általános normák létrehozatalát értjük. Hiszen a bíróság csak arra van felhatalmazva, hogy egyedi, az előtte fekvő egyes esetre érvényes normát hozzon létre. Ám ezt az egyedi normát a bíróság egy számára kívánatosnak, 'igazságosnak' tartott olyan általános norma alkalmazásával hozza létre, amelyet a pozitív törvényhozó elmulasztott tételteni. A bíróság által tételzett egyedi norma csak egy ilyen nem pozitív általános norma alkalmazásaként igazolható megfelelően.” *RR II*, 250. o.

Vagyis a struktúra nemcsak annak okán normatív, hogy normákból épül, de strukturáló elve is normatív elváráson nyugszik.

Azonban ennek elfogadása esetén – ha a „mi és milyen a jog?” megválaszolásának KELSENI vállalását<sup>37</sup> komolyan veszem – már e pontnál fenntartással kell élnünk. Nevezetesen, más kérdés a strukturálás adott jellegének és irányának kívánatosként tételezése, és ismét más e tételezésnek az egyedi normaalkotásban történő gyakorlati követése. Annál is inkább jelentős e másság, hiszen a későbbiekben kiderül: bármiféleképpen ítéljük is arról, hogy egy tételezést követtek-e, vagy sem, ítéletünk csak „egy specifikus, jelesül normatív magyarázat” eredménye lehet.<sup>38</sup> A normatív értelmezésről pedig a későbbiekben majd szintén megtudjuk, hogy önmagában nem állhat fenn: csak normatív összefüggésben létezhet, azaz csakis ez irányú hatáskörében eljáró autoritás konstituálhatja, hozhatja létre a normatív értelmezés eredményét. Ugyanakkor pedig elvi síkon meg kell azt is állapítanunk, hogy a lépcsőzetes felépítésben a különféle szintű normák – mint feltételezők és feltételezettek – között fennálló kapcsolat korántsem szükségképpen hierarchikus jellegű. Ez egy olyan pusztán egymáshoz viszonyított prioritás kapcsolata is lehet, ami csupán az egymásra következőést, a származtatást, az érvényesség megalapozását jelzi.<sup>39</sup>

Ugyanakkor elvi síkon is felvethető: vajon indokolt, megalapozott és egyáltalán szükséges-e a lépcsőelméletnek a KELSENI műben történő kétféle hasznosítása? Szükséges-e, hogy a jogalkalmazás és jogalkotás dialektikus egymásba játszása a hivatalos jogforrási hierarchia rendjében felülről lefelé haladva magyaráztassék, s hogy a lépcsőtan egyben az érvényesség származtatásának egyetlen lehetséges elméleti modellje legyen? Másként fogalmazva: az érvényesség összefüggése s ezzel a jogrend egységének bizonyítása csak függőleges leve-

<sup>37</sup> RR, 1. o.

<sup>38</sup> RR II, 4. o.

<sup>39</sup> Werner Krawietz 'Die Lehre vom Stufenbau des Rechts – eine säkularisierte politische Theologie?' in *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen* hrsg. Werner Krawietz & Helmut Schelsky (Berlin: Duncker & Humblot 1984), 266. o. [Rechtstheorie, Beiheft 5].

zetési rendben, hierarchikus származtatással képzelhető el? KELSEN számára saját választása a gondolkodási paradigma természetességével több okból is kézenfekvő lehetett, ez azonban óhatatlanul általa is meghaladott gondolkodási minták továbbélésére épül. Hiszen egy hipotetikus elgondolt alapnormával megalapozott érvényességi láncolat, mely az érvényességet egyetlen külső és felső – ám mindent átfogó – forrásból származtatja, végül is transzcendentális feltételezés. Nem más, mint „vallásilag, illetve teológiailag megalapozott természetjogi elképzelések szekularizált formája”, mely a jogot is hasonló hierarchikus fölé- és alárendelési meghatározások (meghatározottságok) felülről kiépített halmazaként kívánja láttatni – holott az államilag szervezett jogrendszer esetében inkább egy „központ és csúcs nélküli rendszerről” van szó.<sup>40</sup>

3.2. A jogalkalmazás konstitutivitása. A lépcsőelméletnek önmagában nincs specifikus mondanivalója a jogalkalmazásról; inkább helyét, kapcsolódásait jelöli ki a jogi folyamatban. Közvetve így mégis határozottan körülcövekeli a jogalkalmazás lehetséges felfogását.

A legfontosabb következtetés, ami a jogalkalmazás elméleti felfogására a jog lépcsőzetes felépítésének tanából háramlik, abban összegezhető, hogy a jogalkalmazás – a *jurisdiction* hagyományos sugallatával és kifejezésével szemben – nem deklarálja, hanem konstituálja a jogot. Bár elméleti tétel megfogalmazására alkalmas általános meghatározást KELSEN nem ad, álláspontja mégis egyértelmű: a jogalkalmazás minden tekintetben „konstitutív jellegű”, az azt végző szerv pedig „konstitutív funkciójú”. A jogalkalmazás hozzájárulásának konstitutív jellege az eljárás különböző szakaszaiban különböző módokon nyilvánul meg.

Az első valamely alkalmazható általános norma mint a jog érvényes normája létének megállapítása.<sup>41</sup> KELSEN szerint ez kettős előfeltételként szolgál: alkalmazható érvényes jogszabály a jogalkalmazás természetszerű előfeltétele, ugyanakkor

<sup>40</sup> Krawietz, II. pont és 269. o.

<sup>41</sup> RR II, 243. o.

– az általánosság magasabb síkján – ez hozza létre egyáltalán a jogi relevanciát, nevezetesen azt, hogy a konkrét esetben és eset kapcsán jogi helyzet teremtődjék.<sup>42</sup>

Ha a norma megállapítása és kiválasztása egyaránt konstitutív jellegű és jelentőségű összetevő, úgy nyilvánvalóan az eset tényeinek jogi megállapítása is az. A konstitutivitás e második megnyilvánulási körét KELSEN hosszabb (és nem egészen ellentmondásmentes) okfejtésben világítja meg. Eszerint rögtön felvetődik a kérdés: vajon a jogrend szükségképeni eleme-e az, hogy amennyiben egy tényt normatíve minősít, egyszersmind meghatározza (pontosabban: meg kell határoznia) azt a szervet és eljárást is, amely kizárólagos lehetőséget élvez majd e tény jogi tényként való megállapítására? KELSEN igenlő válasza<sup>43</sup> ellenére úgy tűnik, itt a szabályozás során – elvileg – szabadon megválaszolható gyakorlati kérdésről van szó. Csupán annyiban és azért kötött mégis, mert szabályozás – vagy legalábbis bizonyos mérvű eljárási formalizálás – hiányában bárki bármilyen körülmények között jogivá tehetné, a jog tartományába emelhetné a kérdéses tényt, s ezzel jogalkalmazóvá léphetne elő – amint ezt (igaz, más összefüggésben és más korszakában) maga KELSEN is felismeri.<sup>44</sup> Az eljárási formalizálás valamelyes foka tehát általában szükségesnek mutatkozik, de ennek feltételeiről, mértékéről és módjáról minden esetben a jogalkotó, gyakorlatias szempontok alapján dönt. Önmagában szintén meggyőzőnek látszik, hogy KELSEN a tény hivatalos megállapítá-

<sup>42</sup> „Ez a norma a konkrét esetben alkalmazhatóvá és ezáltal ezen eset számára jogi helyzetet teremtővé – mely helyzet a döntés előtt nem volt adott – [...] csak ama bírói döntésből adódó megállapítás révén válik, hogy a bíróság előtt fekvő ügyben alkalmazandó általános norma érvényes.” *RR II*, 244. o.

<sup>43</sup> „Amikor a jogrend meghatározott tényálláshoz mint feltételhez meghatározott következményt kapcsol, meg kell határoznia azt is, hogy melyik szervnek milyen eljárás során kell a feltételül szolgáló tényállás létét a konkrét esetben megállapítania.” Uo.

<sup>44</sup> Posztumusz művében írja a „1. Másnak tett ígéretét minden embernek meg kell tartania. 2. Majorosnak Bíró számára adott ígéretét, mely szerint 1000 forintot fizet néki, meg kell tartania” normák kapcsán: „A norma (2) érvényességét a norma (1) érvényessége alapozza meg, bárki is a norma (2) tételezője. Vagyis a norma (1) nem határozza meg, hogy ki van felhatalmazva a norma (2) tételezésére. Mindenki fel van hatalmazva a norma (2) tételezésére.” *ATN*, 214–215. o.

sát tekinti a jogi tény létesülése kizárólagos közegének<sup>45</sup> – olyannyira, hogy rekonstrukciójában ezt is magának a tényhez jogkövetkezményt kapcsoló normának az elemévé teszi.<sup>46</sup>

Ugyanakkor az az állítás, hogy itt lényege szerint és minden esetben természetes tény normatív tényé transzformálásának aktusáról, azaz valamely ténynek az előbbi minőségéből az utóbbi minőségébe történő áttemeléséről, normatív tényé avatásáról lenne szó, rögtön megkérdőjeleződik. Hiszen ha számba vesszük mindazokat a körülményeket és helyzeteket, amelyek hibaforrásként vagy kifogásolás alapjaként a hivatalos ténymegállapítás mint valóságos tény valóságos megállapítása minőségeit megkérdőjelezzik, és emlékezetünkbe idézzük a jogerő véglegesítő hatásának voltaképpen jelentését és jelentőségét, rögvest kiderül: a formalizált eljárásokban a tényt annak állítása, a hivatalosság színeiben történő formális kinyilvánítása helyettesíti.<sup>47</sup> Ez pedig elvileg mind valóságos struktúrája, mind végső kritériuma szerint ellentmond annak a beállításnak, amely szerint a tény hivatalos megállapítása – noha „nem a jog megismerésének, hanem létrehozatalának az eljárása” ez – mégis párhuzamosságot mutat a természeti tények természetes megismerésével.<sup>48</sup>

A jogalkalmazás konstitutív jellegének harmadik megnyilvánulási terepe az egyedi norma megalkotása az alkalmazásra került általános norma által megszabott keret diszkréciók kitöltésével. Hiszen mint KELSEN az 1930-as évektől egyre

<sup>45</sup> „[A] deliktum tényállásának megállapítása a bíróságnak teljességgel konstitutív funkciója [...]. Csak e megállapítás révén kerül a tényállás a jog körébe, csak e megállapítással válik a természetes tényállásból jogi tényállássá, jogilag mint ilyet ezáltal hozzák először létre.” *RR II*, 244–245. o.

<sup>46</sup> „Így van ez, hiszen a jogtétel nem úgy szól, hogy »Ha egy meghatározott ember gyilkosságot követett el, a bíróságnak meghatározott büntetést kell kiszabnia erre az emberre«, hanem a következőképpen: »Ha az illetékes bíróság a jogrend által meghatározott eljárás során jogerősen megállapítja, hogy egy meghatározott ember gyilkosságot követett el, meghatározott büntetést kell kiszabnia erre az emberre.«” *RR II*, 246. o.

<sup>47</sup> „A jogász gondolkodásban az eljárászerűen megállapított tényállás lép az önmagában vett tényállás helyébe, ami a nem jogász gondolkodásban a kényszeraktus feltételül szolgál. Csak maga ez a megállapítás a 'tényállás' [...].” Uo.

<sup>48</sup> *RR II*, 247. o.

határozottabban állítja, a jogalkotói meghatározás sohasem ki-  
merítő, s így diszkrécióra a meg nem határozott összetevők  
tekintetében szükségképpen nyílik tér: az alkalmazandó jog  
nemcsak meghatározást jelent, de ezen belül egyszer-  
smind immár szabadon kitölthető keretet is.<sup>49</sup> A jogi értel-  
mezésről szólván KELSEN még külön is le fogja majd szögezni:  
az alkalmazásra került általános norma által megvont jogi  
korlátok között e keret kitöltése teljesen szabad. Ugyanakkor e  
szabadság fogalmilag nem szabad belátás, nem is cselekvésre  
vagy cselekvéstől tartózkodásra, engedélyezésre vagy annak  
megtagadására egyaránt jogosító diszkréció: csupán már el-  
végzett alapvető szabályozáson belül csupán a szabályozástól  
nem érintett, nem meghatározott részletek immár többé nem  
kötött konkretizálását (és ezzel jogilag érvényessé váló szabá-  
lyozását, azaz meghatározását) jelenti.

*3.3. Elméleti kérdőjelek.* A jogalkalmazás konstitutív jellegé-  
nek hangsúlyozása igen kézenfekvő. Ugyanakkor az a koránt-  
sem elhanyagolható kérdés, hogy mindennek mi a voltaképe-  
ni elméleti jelentése, KELSEN művében nem tisztázott. Per-  
sze rögtön meg kell jegyeznem: a KELSENI gondolat ívében ez  
nem is jelentkezik hiányként. Hiszen a jogról általa adott kép  
szerint a jogi folyamat egésze akarati aktusokból épül fel, a  
végrehajtás legvégső konkrét egyedi aktusa kivételével pedig  
mindezek az aktusok jogalkotó jelentőségűek. Azonban attól  
függetlenül, hogy egy ilyen felfogással egyetértünk-e, vagy  
sem, megállapíthatjuk: ez a magyarázat nem alkalmas arra,  
hogy a konstitutivitás szemszögéből a jogalkalmazási folya-  
mat különféle összetevőinek és vonatkozásainak egyöntetűsége-

<sup>49</sup> „Ez a meghatározás azonban sohasem teljes. A felsőbb lépcsőfokon álló  
norma nem kötheti meg azt az aktust, amely által végrehajtják, minden  
irányban. Mindig kell maradjon a szabad mérlegelésnek hol nagyobb, hol  
csekélyebb játéktere, úgy, hogy a felsőbb lépcsőfokon álló normának az azt  
végrehajtó aktushoz való viszonyában [...] mindig csak ezen aktus által  
kitöltendő keretjellege van.” *RR*, 91. o. „De még abban az esetben is, amikor  
a bíróság által létrehozandó egyedi jogi norma tartalma egy általános  
pozitív jogi norma által előre meghatározott, kell maradnia bizonyos  
mérlegelési játéktérnek a bíróság jogot létrehozó funkciója számára. A jog  
pozitív általános normája nem határozhat meg előre minden mozzanatot,  
ami csak a konkrét eset különlegességei folytán adódik.” *RR II*, 250. o.

gét bizonyítsa, vagy e tekintetben különválasztásokat megalapozzon. A kérdéses konstitutivitás pedig nyilvánvalóan nem lehet egynemű, hiszen – például – ami a normatív keret diszkréciós kitöltését illeti, már az eddigiekből is kitűnt, hogy ez döntés eredménye. Olyan eredmény tehát, amelynek bármiféle megismerés csak alapját adhatja; magából a pusztán megismerésből azonban az eredmény nem következik, nem következhetik. Ez viszont azt jelenti, hogy a jogalkalmazás sajátos folyamata nemcsak specifikusan normatív minőséget hordozó eredményével, de az eredmény kialakítása egész struktúrájával és mechanizmusával is a szóban forgó eredmény produkálásának egyetlen lehetősége. Azaz: a konstitutív funkció közvetlenül a tartalom kialakításában jelentkezik. Ezzel szemben tűnődhetünk azon, vajon akkor, amikor az alkalmazandó jog érvényességéről kell dönteni, vagy a tényt jogilag megállapítani, a konstitutivitás miben jelentkezik. Kétségek nélkül ezekben a helyzetekben sem tiszta megismerésről van szó, hiszen szerkezetileg is, súlyában is más, ha például a jogdogmatika szól a jogról és a tényeknek joghoz való viszonyáról, hiszen maga a jog cselekszi ezt – vagyis egy hatáskörében eljáró szerv a maga formásaival nemcsak leszűkítve, de a nyílt megvitatástól eleve elvonva az eredményt. A számos válaszlehetőség közül mondhatjuk például, hogy ez utóbbi két esetben mindenképp s a maga közvetlenségében a jogon belülivé tétel, a jog játékszabályaiba történő iktatás zajlik. Külsőségeiben szemlélve, ám egyúttal a jogi folyamat lényegét illető kifejezéssel ezt is mondhatnánk: eljárási formalizálás ez – vagyis egy önmagában formai gesztusnak eljárásilag kellő időben, kellő módon (stb.) történő megejtése. Más szavakkal: olyan aktus, mely – a megismeréstől eltérően – arra a többletre is alkalmas, hogy a normatív renden belül mozgást indítson el, formális eljárást provokáljon, és így egy beszámítást eredményező folyamat kiváltója legyen. Konstitutív jelentősége ezért elsősorban és mindenképp procedurális.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> Kelsen olykor (mint például akkor, amikor a tények bírói megállapítását megismerésükkel párosítható folyamatként látta, például *RR 11*, 247. o.) mintha látszólag megengedné, hogy ez a procedurális konstitutivitás olyan megismerést jelöl, amely csupán a végeredmény „jogiassága” többletével rendelkezik. Ám egy ilyen kép nem vet számot azzal, hogy a tény úgyne-

3.4. *Értelmezéstan.* KELSEN értelmezéstanára új oldalokról is láttatni engedni a jogalkalmazás konstitutivitásának jellegét és összetettségét.

Mindenekelőtt megkülönbözteti a kognitív (például jogtudományi) interpretációt a jogalkalmazó szerv által végzett autentikus interpretációtól. A jog megismerő jellegű értelmezése az alkalmazandó jog által kínált keretet, a lehetséges jelentéseket és döntési változatokat tárja fel. A normatív értelmezés ezek közül választ ki egyet, a konkrét esetben történő jogalkalmazás egyedi normájaként. Az előbbi így megismerő aktus; az utóbbi viszont, mint egyedi normaalkotás, akarat aktus.

---

vezett jogi megállapításában a ténynek a pozitív jog által lehetővé tett sémák szerinti osztályozása is benne rejlik. Elválaszthatatlanul egybefonódik tehát a minősítéssel, mely normatív, feltétlen, eleve a megismeréstől elkülönülő szempontok alapján és célok értelmében történik. Vö. Chaïm Perelman 'La distinction du fait et du droit: Le point de vue du logicien' in *Le fait et le droit Études de logique juridique* (Bruxelles: Bruylant 1961), 271. o. valamint a jelen szerzőtől 'A jogi okfejtés társadalmi meghatározottságáról' *Állam- és Jogtudomány XIV* (1971) 2, 269–271. o. és 'A jogalkalmazás elméleti felfogásának alapjai' *Állam- és Jogtudomány XXI* (1978) 3, 345–349. o. Ugyanakkor az egész normatív okfejtési folyamatra jellemző az alpmeghatározásában a teoretikustól elkülönítő gyakorlati mivolta – nevezetesen az, hogy a tárgy inherens összefüggéseinek minél teljesebb feltárása helyett tárgyának a normatív rendszer fogalomkészletében történő kellő osztályozására (besorolására, alárendelésére) irányul. Bár logikailag ez a szubszumpció formáját ölti, már eleve az a rendszer, amely a betagolás igényét támasztja, fogalmi összetevőit s egész felépítését illetően egyaránt gyakorlati (és nem ismeretelméleti) megfontolásoktól uralt. Magát a folyamatot, melynek során a tárgy jogi betagolása megtörténik, döntően szintén a betagoláshoz mint eredményhez normatív kapcsolattal követhető ismeretelméleti megfontolás ebben is csak instrumentális jelentőséggel rendelkezik. Vö. a jelen szerzőtől *A jog helye Lukács György világképében* (Budapest: Magvető 1981), 208–214. o. és 242–249. o. [Gyorsuló Idő]. Ugyanakkor úgy tetszik: a természetes nyelv és a normatív nyelv közötti megfelelés valamilyen optimális foka s a normatív minősítések társadalmi-jogi gyakorlatában a koherencia, következetesség és társadalmi fedezettség kívánalma már az egész normatív folyamat egyfajta társadalmi előfeltételét képezi. Mindez olyan mélyen gyökerezik a jog társadalmi világában, hogy különféle elméleti kísérletekben immár egyenesen a jog „belső erkölcsisége”-ként jelenik meg, mely a joggal való társadalmi azonosulás – s így a jog társadalmi hatékonysága – feltételeinek alakítása révén kapcsolódik a szigorúan jogi tartományához. Vö. Lon L. Fuller *The Morality of Law* (New Haven & London: Yale University Press 1964), különösen II. fej., és a jelen szerzőtől 'A jog belső erkölcsisége' *Valóság XXVII* (1984) 6, 6–7. o.

KELSEN az autentikus interpretáció elvi jelentőségű tételeként szögezi le, hogy az alkalmazásra kerülő általános jogi norma által megszabott keret jogalkalmazási kitöltése jogilag immár többé nem kötött;<sup>51</sup> a keretkitöltés bármiféle normatív befolyásolásában legfeljebb jogon kívüli normarendszerek vehetnek jogilag szabad felhasználással részt;<sup>52</sup> következésképpen mindaz, ami keretkitöltésként lezajlik, „nem is jogelméleti, hanem jogpolitikai” kérdés.<sup>53</sup>

Kérdés ezért: lehet-e mindezt egyáltalán értelmezésnek tekinteni? Az irodalomban már többször felvetődött a kérdés, és a válasz többnyire felettébb szkeptikusnak, a KELSENI megoldást bírálónak bizonyult.<sup>54</sup> Bár az ilyen és hasonló kritikus válaszok mind KELSENTŐL indultak ki, és saját logikájukban igazuk is volt, túlnyomórészt nem ismerték fel a jogi folyamatnak – KELSEN kifejtéseiben mindvégig nyomon követhető, kifejezetten pedig sohasem tagadott – alapvető kettősségét. Nevezetesen azt, hogy a jog hivatalos ideológiájának és intézményrendszere működési elveinek alapul szolgáló előfeltevé-

<sup>51</sup> „Egy egyedül a pozitív jogra irányuló nézőpontból nem adódik kritérium, melynek alapján az alkalmazható jog kereteiben adott lehetőségek egyikét előnyben lehetne részesíteni a másikkal szemben [...]. Hiábavaló fáradozás lenne, ha egyiket a másik kizárásával kívánnánk jogilag megalapozni.” RR, 96. o.

<sup>52</sup> „Amennyiben a törvényalkalmazásnál ama keret szükséges megállapításán túl, amilyen belül kell maradnia a meghozandó aktusnak, még tér nyílik megismerő tevékenység számára, úgy az nem a pozitív jog, hanem más normák megismerése, melyek itt a jog létrehozatala folyamatába torkollhatnak. Ezek az erkölcs, az igazságosság normái, vagy a társadalmi értéktételek, melyeket a népjólét, államérdek, haladás stb. jelszavaival szokás megjelölni. Ezek érvényességéről és megállapíthatóságáról a pozitív jog nézőpontjából semmit sem lehet mondani. Ebből a szempontból minden ilyesfajta meghatározás csak negatív jellemezhető: olyan meghatározások ezek, amelyek nem magából a pozitív jogból indulnak ki.” RR, 98–99. o.

<sup>53</sup> RR, 98.

<sup>54</sup> Rodolfo Sacco – *Il concetto di interpretazione nel diritto* (Torino 1947) – kifejtette: „az értelmezés és az alkalmazás folytonos összekeverése” tarthatatlan (131. o.), hiszen KELSEN „kizárólag a jogalkalmazás legalkalmasabb módjának megválasztásáról” beszél (118. o., 6. jegyzet). Mario G. Losano – ‘Il problema dell’ interpretazione in Hans Kelsen’ *Rivista internazionale di filosofia del diritto* XLV (1968) 3–4 – pedig kimutatta: a jogértelmezés KELSENI fogalma az értelmezésfogalom meghamisítása. Hiszen az értelmezésnek a kognitív interpretáció szerkezete alapján meghatározott fogalmát az autentikus interpretációnál egy olyan fogalommal váltja fel, amelyet az értelmezésnek egyetlen funkciója alapján határoz immár meg, s végeredményben az egyedi normastatuálást nevezi értelmezésnek (213–215. o.).

sek szerint olyan folyamatok zajlanak le a jogban, amelyek analógiát mutatnak a megismerési folyamattal, sőt a látszat szerint esetleg attól meg sem különböztethetők.

A jogalkalmazás tekintetében már ilyenként láttuk az alkalmazandó jog érvényességének s az eset tényeinek „jogi megállapítását”, valamint – egészen nyíltan – a kognitív interpretációt, mely a döntés jogi kereteit feltárva ezután már csupán a konkretizálás akarati aktusát – azaz az autentikus interpretációban megejtendő döntést – igényli. Valójában azonban – normatív közegeknek és gyakorlati meghatározásainak köszönhetően – a jogi értelmezés minimális közösséget is alig mutat a tudományos értelmezéssel. Nyilvánvalóan a közösség ellen szóló további érv, hogy a jogi értelmezést éppen alanya minősíti jogi értelmezésnek, és éppen hivatalosan kinyilvánított funkciójára hivatkozva teszi – és teheti – ezt, miközben tényleges szerkezete valójában pontosan elkülöníti bármiféle értelmezéstől. És mégis: pontosan céljának ideologikusan deklarált közössége és – ennek alárendelten – szerkezetének látni engedett hasonlósága követelte ki, hogy analógiaként fogadtassék el a megismerő értelmezéssel. Értelmezésnek minősítjük tehát azért, mert ezt elfogadtatta analógiaként, mint eszményi működésének eszményi megfogalmazását. De értelmezésnek minősül azért is, mert valóságos alkotója az értelmezés mint jelentésfeltáró művelet. Vagyis bármilyen eredményhez jusson is a normatív értelmezés, szóban forgó kialakítása e műveletet – logikai rekonstrukciója szerint ráadásul kíválasztó hatással – már eleve magában foglalja. Státusa tehát ugyanaz, mint általában a logikumé a jogban: a jog valós összefüggései mellőzhetetlenné teszik mind jelenlétét, mind pedig azt, hogy e jelenlétet meghatározónak lássuk, miközben a tényleges inkongruenciák ugyanilyen szükségképpeniséggel alakítják ki a valóságos jog valójában másnemű működését.<sup>55</sup>

Míg a norma tudományos értelmezése a normákból indul ki, s a norma tartalmi feltárását célozza, a norma normatív értelmezése számára mindez csak átmeneti közeg, hogy kellő gyakorlati választ e normára hivatkozva s autoritását segítségül hívva érhessen el. Vagyis a norma nem cél, hanem formálandó és formát adó eszköz a normatív értelmezés számára.

<sup>55</sup> Vö. a jelen szerzőtől *A jog helye...*, 205. és köv. és 240. és köv. o.

3.5. *Procedurális jogszemlélet?* A Tiszta Jogtan szövegekörnyezetébe látszólag szervesen illeszkedik egy megjegyzés, melynek a KELSENI jogalkalmazás-elméletbe történő beépíthetősége egyben az egész mű gondolati következetességének, ellentmondásmentességének is próbája. Eszerint autentikus értelmezésnél nem szükségképpen a kognitív értelmezés során feltárt alternatívák közül történik a választás. Lehetséges az is, hogy a megalkotott egyedi norma ezektől független legyen, és amennyiben a kérdéses döntés jogerőre<sup>56</sup> tesz szert, e norma is végérvényessé válik.

A dilemma nyilvánvaló. Ha a Tiszta Jogtan alapvető mondanivalóját a lépcsőelmélet mint az általános norma normatív lebontásával történő egyediesítés és konkretizálás gondolatában keresem, úgy az autentikus értelmezés egyértelműen és szigorúan a kognitív értelmezésen belüli kategóriává szűkül, s egyetlen feladata a lehetséges értelmezési változatok egyikének választása lesz. Ha pedig ezeken kívüli választás lehetőségét elfogadom, úgy ez nem szűkíti a normát, hanem éppen bővítését feltételezi, a kognitív értelmezés által megvont alternatívák helyett külső megoldással él, megsérti tehát az autentikus értelmezés értelmezés-jellegét. Félreértésen alapul hát, hiszen maga vall arról, hogy nem alkalmazza ezt a normát, amelynek alkalmazásául tudja be magát.<sup>57</sup> Abban az esetben viszont, ha a lépcsőtanból a Tiszta Jogtan lényegi üzeneteként a jogalkotás és jogalkalmazás dialektikáját, azaz az alkotásnak a normatív folyamat minden pontján megnyilvánuló lehetőségét és konstitutív jelentőségét érzékelem, úgy a kognitív értelmezés csak ideáltipikus leíró kategóriává lesz, melyhez –

<sup>56</sup> „Autentikus értelmezés, azaz egy normának a normát alkalmazó jogi szerv által végzett értelmezése útján nemcsak az alkalmazandó norma megismerő jellegű értelmezése által megmutatott lehetőségek egyike valósítható meg, hanem olyan norma is létrehozható, amely teljességgel kívül áll az alkalmazandó norma által mutatott kereten [...], mihelyt a jogalkalmazó szerv aktusa nem vonható immár vissza, mihelyt az jogerőre tett szert.” RR II, 352. o.

<sup>57</sup> LOSANO ír így: „kétértelműségen alapszik”, „nem alkalmaz” (531. o.). Ám pontosan ő az, aki a normatív döntési folyamatra a megismerési folyamat analógiáját erőlteti. Ezért is róttá fel hát KELSENnek, hogy míg a kognitív értelmezés struktúrája szerint is értelmezés, addig az autentikus értelmezés csak funkciója szerint az.

mint KELSEN maga mondja – még egy akarati aktus társul,<sup>58</sup> mely az autentikus értelmezést minden más értelmezéstől megkülönbözteti. Más szavakkal ez azt jelenti: az autentikus értelmezésben zajló akarati hozzájárulás specifikusan konstitutív jelentősége biztosítja annak lehetőségét, hogy – normalkalmazás örve alatt – akár a KELSEN által említett eshetőség is bekövetkezzék.

Megjegyzendő: bár a Tiszta Jogtan bővített kiadásának szövegében ez a megjegyzés tényleg odavetettnek, hevenyészettnek – sőt, látszólagos összefüggéstelenségét figyelembe véve egyenesen kakukkfiókának – tűnik, a KELSENI műben mégsem egészen társtalan; bár gyanítható, hogy szerzője nem szándékozott kellő súlyában, következetesen végiggondolni. A már idézett amerikai változatban ugyanis, miután a normák hierarchiájának problémájába szöve körvonalazta a jogalkalmazásról alkotott felfogását (érintve a bírói aktus, az alkalmazott norma, a joghézag és a bírói aktussal alkotott „általános” norma kérdését egyaránt), az eltérő szinteken alkotott normák ütközésének eseteként bontja ki állásfoglalását. Klasszikus amerikai forrását idézi, aki szintén idéz: „HOADLY püspök mondotta: »Minden szándék és cél szemszögéből az az igazi törvényhozó, bárki legyen is, akinek abszolút hatalma van arra, hogy írott vagy szóbeli törvényeket értelmezzen, és nem az, aki elsőként írta le vagy mondta ki e törvényeket.« A *fortiori* az az igazi törvényhozó, bárki legyen is, akinek abszolút hatalma van nemcsak a jog értelmezésére, de arra is, hogy megmondja, mi a jog.”<sup>59</sup> Ugyanis forrása, GRAY, túlzottan leegyszerűsítve, rövidre zártan következtet,<sup>60</sup> és KELSENNEK ez váltja ki rosszálló kritikáját, kritikája alátámasztására pedig egész okfejtését. Közben pedig úgy látszik, mintha észre sem venné: teoretikusan azt mondja ki csupán, amit már HOADLY püspök is megállapított.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> RR II, 351 o.

<sup>59</sup> John Chipman Gray *The Nature and Sources of the Law* [2nd ed] (New York 1927), 102 o.

<sup>60</sup> „A bíróságok a törvény halott szavaiba törvényt lehelnek.” Gray, 125. o.

<sup>61</sup> „Nehéz megérteni, vajon a törvény – mely jelentése szerint a bíróságokra kötelező – szavai miért lennének halottak, míg a bírósági döntés – mely jelentése szerint a felekre kötelező – szavai miért lennének élők.” *GTLS*, 154. o.

Nos, a kérdés Kelsen számára a következőkben fogalmazódik meg: az érvényesség felsőbb norma által történő megalapozása feltételezi a felsőbb normának történő megfelelést. Annak megállapítása azonban, hogy ez a megfelelés fennáll-e vagy sem, jogilag relevánsan maga is csak jogalkalmazó döntéssel történhet. Mindez tehát meghatározott szerv meghatározott eljárását, azaz egy formális procedúra formalizált eredményét, konstitutív hozzájárulását tételezi fel. Minthogy pedig jogerő elnyerése esetén az, hogy a jogalkalmazói aktusban rejlő konstitutív hozzájárulás „valóságos” összetevőket fejezett-e ki formalizált eredményként, jogilag immár többé nem vitatható, nincs abszolút garancia e megfelelés „valódiságára” nézve sem.<sup>62</sup> Mihelyst tehát kimerültek a további megvitatás jogilag garantált fellebbviteli lehetőségei, azaz ugyanabban az ügyben további eljárásra lehetőség nincs, a jogrendszer posztulátumaiban rejlő logika könyörtelenül, a kizárólagosság igényével érvényesül. Logikai rekonstrukciója szerint tehát az eredmény a következő: „A jogalkalmazó szerv vagy a jogrend által felhatalmazottan új anyagi jogot alkotott, vagy saját állítása szerint a már megelőzően fennálló jogot alkalmazta.”<sup>63</sup> Ez a logika mint a jogrend fennállásának és működésének fundamentuma oly mértékig zárt, önmagában elégséges és önmagát könyörtelenül újratermelő, hogy a valóságos élet legkeményebb és legkiáltóbb tényei sem kezdek ki, nem is érintkezhetnek vele – hacsak jogi transzformációra (azaz a kérdéses tények jogi tényé avatására és ekként történő vitatására) a jog maga nem biztosít eljárási lehetősé-

<sup>62</sup> „Az alacsonyabb norma csak abban az esetben tartozik ugyanahhoz a jogrendszerhez, mint a felsőbb, ha megfelel a felsőbb normának. De ki dönt [...]? Egy ilyen döntést csak az a szerv hozhat, amelynek alkalmaznia kell a felsőbb normát. Pontosan úgy, ahogyan egy tény fennállása – mely tényhez egy jogi norma bizonyos következményeket kapcsol – csak egy a jogrend által meghatározott szerv meghatározott eljárása során állapítható meg, azt a kérdést is, hogy egy alacsonyabb norma megfelel-e egy felsőbb normának, csak egy a jogrend által meghatározott szerv meghatározott eljárása során döntheti el.” Uo.

<sup>63</sup> *GTLS*, 155. o. „Egy utolsó fokon eljáró bíróság döntése nem tekinthető mindaddig jogellenesnek, amíg azt egyáltalán bírósági döntésnek tekintjük. Tény, hogy azt a kérdést: vajon létezik-e a bíróság által alkalmazandó általános norma, s mi ennek a tartalma, jogilag csakis ez a bíróság válaszolhatja meg.” Uo.

get; legalábbis amíg a jogrendszer mint jogrendszer fennáll. Ezt sugallja egyébként egy másutt szereplő KELSENI példa is. Eszerint az ellenkező hivatalos megállapításáig a törvényhozó által kibocsátott törvényt alkotmányosnak kell tekintenünk. A másik oldalról közelítve ez azt jelenti, hogy amennyiben létrehozatala vagy tartalma az alkotmányba ütközik, és ennek hivatalos megállapításáról jogilag nem tekinthetünk el, magát az ütközést „előidéző” alkotmányi rendelkezést kell csupán javaslatként értelmeznünk.<sup>64</sup>

E gondolatokat KELSEN – mint láttuk – rögzítette. Jogalkalmazástanként azonban nem írta meg; a bennük rejlő teoretikus lehetőségeket nem bontotta ki, fonalukat nem követte végig.

E gondolatok fényében mindenekelőtt immár nem egészen egyértelmű az érvényesség származtása. Bár KELSEN egész műve lét és legyen következetes szétválasztására épül, kifejezése egyértelműen azt sugallja, hogy – a jogrend lépcsőzetes építményében fokról fokra lefelé haladva – a mindenkorri felsőbb norma alkalmazása közvetíti a szóban forgó alkalmazás individualizáló-konkretizáló aktusában létrejövő alsóbb normának a jogrend érvényességét, és kölcsönzi ezáltal a norma jogi minőségét, amely normák kapcsolatát ugyanakkor a legyen-tételezések közötti látszólagos lét-kapcsolat jellemzi: a felsőbb norma „meghatároz”, „keretet ad”, „értelmezési alternatívát kínál”, míg az alsóbb norma „megfelel”, „kereten belüli”, „értelmezési lehetőséggel él”.

Felvetődik itt egy általános filozófiai-módszertani kérdés is, melynek megválaszolása már jogi ontológiai feladat: vajon létviszonyok-e ezek a normák közötti viszonyok? Vagy a legyen-tételezések közötti relációk eleve legyen-kapcsolatok? Akkor viszont talán a létviszonyok mintájára nem is értelmezhetjük és határozhatjuk meg ezeket? De felvetődik a kérdés szűkebb értelemben is. Ekkor ez nem más, mint magának a KELSENI gondolatnak kérdése, így teoretikus jelentőségének kulcsa is e kérdésben és megválaszolásában rejlik: a

<sup>64</sup> „Ha egy a törvényhozó szerv által kibocsátott törvényt érvényesnek tekintünk, noha az alkotmány által előírtól eltérő módon hozták létre vagy eltérő tartalma van, úgy azt kell feltételeznünk, hogy az alkotmánynak a törvényhozásra vonatkozó előírásai alternatív jellegűek.” *GTLS*, 156. o.

jogban, vagyis a jog számára relevánsan e viszony feltárása, azonosítása, meghatározása miként történhetik? KELSEN válasza itt – már láttuk – egyértelmű: csakis erre meghatározott szerv erre meghatározott eljárása során teheti ezt meg, mely eljárás eredménye ugyanakkor nem deklaratív, hanem konstitutív jelentőségű. Márpedig a konstitutivitás a normatív folyamatban – mint szintén láttuk – kettős arculatú. Tartalmi vonatkozásban azt jelenti, hogy a kérdéses eredmény a szóban forgó eljárás nélkül (például egyszerűen megismerés eredményeként) mint logikailag szükségképpen eredmény nem adódna. Procedurális vonatkozásban pedig azt jelenti, hogy amennyiben a jogrend nem határoz meg olyan szervet, amely eljárásával ezt vitathatná, vagy e szerv már kimerítette a részére jogilag biztosított eljárási lehetőségeket, úgy ez az eredmény a jogrendben végérvényessé válik. Vagyis a társadalmi életben fergeteges viták zajlhatnak fölötte, nyilvánvalóvá válhatnak ellentmondásai, álnokságának hazug arca is lelepleződhet – ám addig, ameddig a jogrend fennáll, a jogban elfogadott és irányadó (normatív jellegű és jelentőségű) választ kizárólag ez az eredmény fog képezni.

E pontnál azonban az egész gondolatmenet szükségképpen megfordul. Hiszen ha mindez igaz, úgy a normatív szabályozás rendelhet adott magatartásokhoz adott követelményeket, meghatározhat szerveket és szervezeti magatartásban követendő eljárásokat, és a normatív folyamat mutathat strukturális és/vagy funkcionális megfelelést, párhuzamot vagy analógiát a megismerési folyamattal – ám bármennyire a jogi folyamat lényegi, általában mellőzhetetlenek látszó elemei legyenek is ezek, a jog számára s jogilag relevánsan nem ezek jelennek meg a maguk közvetlenségében, hanem azon hivatalos, szervezeti-formalizált megnyilatkozások, amelyek ezek maradéktalan „követéséről”, „teljesítéséről”, „megvalósításáról” tudósítanak. Pontosabban szólva: a jogi folyamatnak a valóság (lét)szférájából vagy a normatív szabályozás (legyen)szférájából vett elemei nem önmagukban – *in se* – jelennek meg a jogi folyamatokban, hanem csak és kizárólag eljárási meghivatkozottságukban. Tehát akkor, amikor 1. a jog szabályozási rendszerével olyan eljárást biztosít, amelyben a kérdéses elemek egyáltalán felhívhatók,

és 2. felhívásuk eljárászerűen (a szabályozásnak megfelelő meghatározott időben, módon és formában) megtörténik. Ám tudjuk, hogy mihelyt ez az eljárászerűsítés történelmileg bekövetkezik, 3. a kérdéses elemek immár kizárólag mint eljárási mozzanatok lesznek érdekesek, azaz jogi jelentőségük és relevanciájuk kizárólag eljárászerűsítettségükhöz fog kapcsolódni. A fenti pontokat visszaidézve azt mondhatjuk tehát: a kérdéses elemek eredeti minőségei annyiban és addig lehetnek érdekesek, amennyiben és ameddig van olyan eljárási lehetőség, amelynek keretében eljárászerűsítettségük eljárászerűen vitatható. Amint azonban ez lezárul, vagyis a természeti tény jogi ténnyé transzformálása és ennek jogi minősítése az ítélt dolog véglegesítő pecsétjét elnyeri, a szóban forgó eredeti minőségek jogi szempontból egyszer s mindenkorra érdektelenné, egyszerűen irrelevánssá lesznek. Látható: bár a jogerő és a jogszerűség normatív azonosítását tételes szabályaiban a jog nem szokta kimondani, az eljárási rendelkezésekből a dogmatikai rekonstrukció szükségképpen egy olyan hallgatólagos *praesumptio iuris et de iure* léteére vélhet következtetni, amely szerint az, ami *res judicata*, egyszersmind jogszerűnek is tekintetik.<sup>65</sup> A jogi folyamatokban a formalizmus uralomra jutása ez. Hiszen bármilyen adat vagy megfontolás a jogi folyamatban csak formalizáltan juthat szerephez; ami pedig egyszer szerephez juthat, annak számottevő esélye van arra, hogy adott formalizáltságában kimozdíthatatlanul a rendszerbe beépüljön. Egy ilyen következtetési sor lehetősége a KELSENI elmélet egészét a proceduralitás irányába tereli. Eszerint a jogi rendszernek van egy sajátos eszményi mozgása, és ebben a mozgásban, irányának meghatározásában, az eszményinek mindenkori kijelölésében a jogi tételezés a hajtóerő. Ez a hajtóerő azonban mindenkor csakis procedurális közegben, procedurális formák között érvényesülhet – olyan formalizáltsággal, hogy e procedurális közvetítés önállósul és (a végső belső kritériumok szintjén) kizárólagos jelentőségre jut.

<sup>65</sup> Csaba Varga & József Szájer 'Presumption and Fiction: Means of Legal Technique' *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXXIV (1988) 2, 168–184. o.

3.6. *A Tiszta Jogtan önmeghaladása?* KELSEN érzékelteti, hogy a jogi folyamatokban a normákkal való megfelelésre vagy következetességre semmiféle garancia nincs. A jogrend csupán a jogi folyamat eljárási lezárását biztosíthatja, mely a jogerő pecsétjével az utoljára lehetővé tett és/vagy igénybe vett normatív minősítést véglegesíti. Az tehát, ami „megfelelés”, „következés” vagy „következetesség” lesz a jogilag releváns (azaz a jogban történő) megítélés szerint, korántsem feltétlenül lesz az a tételes jogon kívüli – akár szakmai (jogdogmatikai, jogpolitikai), akár laikus társadalmi – megítélés szerint. Vajon mindez a jogi eljárás önkényének, anarchiájának a lehetőségét rejtje? Nos, elvileg igen. Igen, legalábbis a rendszer pusztulásáig, mikor hatékonysága megszűntével érvényessége is tárgytalanná válik.<sup>66</sup> Ugyanakkor említettük: KELSENNEK ez nem kifejtett elmélete, csupán egyetlen mondat a *Reine Rechtslehre* bővített kiadásából (1960); egyetlen előzménye pedig egy rövid kitérés (a bírói jogalkotás kizárólagossága angolszász felfogásának bírálata jegyében) a *General Theory of Law and State* (1946) gondolatvonalából. Ezt látszik erősíteni az is, hogy gondolkodását a második világháború végéig a szavak természetes értelmébe vetett bizalom oly erősen fogva tartja, hogy a jogi aktusok jogszerűségének vitathatósága fel sem vetődik nála: jelentéseméleti előfeltevéseiben mindvégig statikus álláspontot foglal el.<sup>67</sup> Vagyis elfogadja ugyan, hogy a jelentések közötti választás szöveggörnyezet függvénye legyen, a jelentés dinamikus felfogásának lehetőségét azonban elutasítja.<sup>68</sup> Ugyan-

<sup>66</sup> „Egy jogrendet akkor tekintünk érvényesnek, ha normái nagyjában-egészében hatékonyak [...]. A hatékonyság az érvényesség feltétele [...]” RR II, 219–220. o.

<sup>67</sup> Vö. Hans Kelsen 'Value Judgements in the Science of Law' *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, VII (1942), különösen VIII. pont, melyben a bírói döntés jogszerűségének megítélése még egyszerűen az alkalmazott norma függvénye.

<sup>68</sup> Posztumusz újrakezdési-összegzési kísérletében írja: „Vitathatatlan, hogy egy norma szó szerinti szövege többféleképpen értelmezhető. De nem ajánlatos e körülményt – miként Jerzy Wróblewski ['The Problem of the Meaning of the Legal Norm' *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* XIV (1964) 3–4] teszi (265. o.) – a következőképpen érteni: »mivel a jogi norma felfogásának és alkalmazásának kontextusa változó, a kérdéses norma jelentése változik«. A jog nem »változtatja meg« jelentését, számos különféle jelentése (értelme) van.” ATN, 221. o. 1. jegyzet. A dinamikus értelmezéseméletre lásd Jerzy Wróblewski *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1959), 151. és köv. o.

akkor fel kell vetnünk, hogy az elméleti nyitásnak a kétértelműségből fakadó lehetőségeivel KELSENNEK tudatosan kellett számolnia. Ha ugyan nem korábban, legalább akkor, amikor Tiszta Jogtanát utoljára nézte át kritikailag. Mert akkor, amikor ez megtörtént (1965–1966), az inkriminált részt érintetlenül hagyta.<sup>69</sup> Ám ha elvileg fennáll az önkény, anarchia lehetősége, úgy jogosan vetődik fel a kérdés: mi tartja vissza a jogot a végső lezüléstől vagy egyszerűen széteséstől, és mi tartja egyáltalán össze? KELSEN a kérdésfeltevéshez el sem jutott; elméleti állásponttá érlelt válasz ezért itt és most nem is lehet feladatom. Inkább egyfajta keretjelzést tűzhetek célként magam elé, melyben azzal, hogy az egészében vett hatékonyságot a rend érvényessége feltételeként határozta meg, KELSEN már iránykijelölő volt.

Miről is lehet szó egy ilyen elméleti építkezésben? Az alkotmányozó alkotmányoz; a törvényhozó törvényt hoz; a jogalkotó jogot alkot. Az államigazgatás államilag igazgat; az igazságszolgáltatás igazságot szolgáltat, alkalmazva a fentiekől kapott jogot. Hogy mindez a sajátos világ miként jön létre és hogyan működik; vagyis a jog normatív összefüggéseiben mi minősül jogi szervnek és mire van hatásköre, s e hatáskörben milyen eljárást követve járhat el – mindezt, legalábbis saját jogi kultúránkban és intézményi berendezkedésünkben a tételes jog határozza meg. Ugyancsak a tételes jog határozza meg a kereteket, melyek a jogi szerv eljárása során hozandó döntés alapjaként (mintájául) szolgálnak. Hogy egy orgánум cselekvése „jogi szerv” „jogi cselekvésének” tekintetik-e, azonos azzal a kérdéssel, hogy alaki eljárásaiban s érdemében a tételes jog meghatározásainak megfelel-e, vagy sem. E kérdés pedig jogilag relevánsan (tehát a jog normatív összefüggésrendszerébe beépülést eredményező, bármiféle jogi hatás kiváltására alkalmas módon) csakis jogi szerv jogi cselekvése során állapítható meg. Ez a megállapítás mindekelőtt s közvetlenül az eljárni kívánó szervet illeti meg. Az

<sup>69</sup> Ruth Erne 'Eine letzte authentische Revision der Reinen Rechtslehre' in *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen* hrsg. Werner Krawietz & Helmut Schelsky (Berlin: Duncker & Humblot 1984) [Rechtstheorie, Beiheft 5].

eljáró szerv ilyen döntésének ismételt mérlegelésére – annak ismételt megítélésére tehát, hogy a tételes jog alapján elfogadható-e az eljáró szervnek önnön döntéséről adott minősítése, miszerint az (alaki-eljárási vonatkozásait illetően és érdemben egyaránt) a tételes jog meghatározásainak megfelel – a jogrend intézményesíthet fellebbviteli, felülvizsgálati, ellenőrzési lehetőségeket, melyek igénybevételével egy másik jogi szerv jogi cselekvésével erősíti (vagy tagadja) meg (szintén jogilag relevánsan) e megfelelést, saját megerősítő (megtagadó) döntéséről pedig eközben (az előbbihez hasonlatosan) szintén nyilvánítja, hogy az (alaki-eljárási vonatkozásait illetően és érdemben egyaránt) a tételes jog meghatározásainak megfelel.

A jogrendben intézményesülten az ilyen felülbírálat és ezzel az utólagos megerősítő (megtagadó) hitelesítés még megismételhető akár többszörös fokokon és módokon keresztül is – mindez azonban a jogi folyamat határozott lehatároltságán, végességén nem változtat. Nem változtat tehát azon, hogy azzal, hogy egy szerv önnön eljárása jogszerűnek nyilvánítása révén egyszersmind saját döntését érdemben is jog szerintivé nyilvánítja – abban az esetben, ha ez vitathatatlan (vagyis nincs jogi lehetőség ezek kérdésessé tételére) vagy vitatatlan (vagyis van ugyan ilyen lehetőség, ám ezzel a jog által felhatalmazottak a jog által megszabott időben, módon és formában nem éltek) –, nos, ezzel tehát a döntés mint jogi döntés a benne foglalt minősítésekkel és ezek következményeinek normativitásával egyetemben jogilag kikezdhettelenül beépül a jog normatív összefüggésrendszerébe. Jogi érvényessége ezzel vitán felül állóvá válik. A normatív tételezés mindaddig őrzi ezt a minőséget, amíg megfelelő szintű, erre hatáskörrel felruházott szerv normatív tételezésével fel nem váltja; a normatív minősítés pedig addig, amíg a jogrend mint olyan fennáll (ez az ún. jogerő esete).

Láttuk: önmagukban a tények és összefüggéseik nem elemei a jog normatív összefüggésrendszerének. Jogilag relevánssá – azaz jogilag vonatkoztathatókká (vagyis alkalmasnak tekinthetőkké arra, hogy a jog normatív összefüggésrendszerében normatív következmények levonására normatív elfogadható alapul szolgáljanak) – csak azáltal válnak, hogy

jogi szerv jogi cselekvése során (vagyis hivatalos minőségében, formálisan) fennállóként állapítja meg ezeket. És ez így van mind a valóság olyan tényei esetében, amelyek jogi megállapításához a pozitív jog jogkövetkezményt kapcsol, mind pedig a megfelelés olyan összefüggései esetében, amelyek az alkalmazott normatív tételezés és az alkalmazás révén létrejövő normatív tételezés között állanak fenn – függetlenül attól, hogy a jogi eljáráson kívül állók (legyen ez politikai vagy társadalmi mozgalom, publicisztika, jogtudomány, vagy akár egy állampolgári, erkölcsi minőségében eljáró jogász) miként vélekednek róla, milyen egyetértés vagy éppen visszaélést leleplező felzúdulás támad a jog ilyen önminősítése okán.

3.7. *És ki őrzi az őrizőket?* A „*Quis custodiet ipsos custodes*” klasszikus kérdésére<sup>70</sup> tehát a jog nem ad, mert nem adhat választ. Egyetlen lehetősége, hogy a nyelv segítségével magatartási, eljárási és döntési mintákat rögzítsen, melyeknek egy egységes rend elemeiként történő kezelésével lehetővé teszi a jogrendszer intézményi, ideologikus és dogmatikai felépítését.

A nyelvi közvetítés jelekkel történő közvetítés; a jelentést viszont már nyelven kívüli közeg uralja. Amint jogon kívül álló kérdés az, vajon igénybe veszik-e, és ha igen, követik-e, úgy a jog közvetlen felelőssége nem áll fenn jelentése alakulásáért sem. A befogadó és alkalmazó társadalmi közeg szociológiailag mérhető terméke ez – éppen úgy, mint az alkalmazás vagy nem alkalmazás csupasz tényei. Ez a közeg az a „hallgatóság”, melyre (mint előfeltételezett posztulátumra, viszonyítási pontra, az egész folyamat sorsát meghatározó szociológiai valóságra) a modern argumentációelméleti, logikai, szemantikai és praxeológiai rekonstrukciók valamennyien utalnak. A köznyelv élete, mint ismert, maga is ilyen kommunikatív reprodukív rendszer. Nos, normatív összefüggésrendszerében a jogot ugyan szükségképpen önállósult képződménynek kell tekintenünk, konkrét gyakorlatában azonban – tudjuk –

<sup>70</sup> Juvenalis *Satura* VI, 347. Vö. Max Rheinstein 'Who Watches the Watchmen?' in *Interpretations of Modern Legal Philosophies* Essays in Honor of Roscoe Pound, ed. Paul Sayre (New York: Oxford University Press 1947), 589. és köv. o.

az általános társadalmi gyakorlatba ágyazódik. Mivel a nyelvi objektiváció jelek halmaza, ez pedig jelentése révén válik társadalmilag számunkra valóvá s hatásgyakorlásra alkalmas tényezővé, a jog jelrendszere is jelentésének köszönhetően válik társadalmi tényezővé. A jelentés pedig, mint mondtuk, nem önmagával mozdulatlanul azonos meghatározás, kodifikátum, hanem élő és megszakítás nélkül alakuló kontinuum, a társadalomnak – legalábbis az ilyenként tudomásulvételével – elfogadó, s az elfogadással megállapodásszerűvé tevő, konvencionalizáló gyakorlata.

A jogi jelentés bármennyire is önállósult, önállósága mindig csak köznyelvi gyakorlatból táplálkozhat, azzal megszakítatlan kapcsolatban hozva folytonosan létre önmagát; s így csakis azzal szembeállítva van egyáltalán értelme. Önállósága tehát egyszerismind mindig viszonylagos, sőt másodlagos. Ennélfogva a jogi cselekvés normatív összetevőit – a tények és tételezések minősítésének a minősítést végző szerv által történő olyan önminősítését, amely szerint a normákból következő, következésképpen normaszzerű minősítés – a normák ismerete s a köznyelvi konvenciók szerinti értelmezés alapján a köznapi ember is ellenőrzi. A jog nyelvi gyakorlata azonban nem csak egyszerűen önállósult, a köznyelvi gyakorlathoz viszonyított. Önállósultságának is van bizonyos logikája; önállósultságában is megnyilatkozik bizonyos folytonosság, következetesség. És ami a legfontosabb: ez a logika, s ennek torzulásai, a beállott törések nem maradnak a jog és a jogász szakma zárt körén belül. Mindezek a köznyelvi konvenciók talajáról is érzékelhetők, megfigyelhetők, ellenőrizhetők. Legalábbis nagy íveiket, tendenciáikat tekintve; hiszen hosszabb távon a kontinuitásban is, szakadásban is a jog mögött álló politikai szándék vagy állapot egyértelműen kifejeződik. A politikum pedig, amiről beszélünk, végső soron hajszolhatja következetlenségbe a jogot, kényszerítheti mesterkéltségre és egyre mesterkéltőbb levezetésekhez és igazolásokhoz – ám bármilyen szándék vagy a csőd alternatívátlanosságától visszarettenő lépéskényszer vezesse is, nem herdálhatja el a társadalmi támasz minimumát, s így nem herdálhatja el a jel és jelentés hagyományos kapcsolatában rögzült köznyelvi konvenció minimumát, a kommunikáció csupasz lehetőségét sem. Ha az

ilyen minimum-küszöböket áthágja, úgy az az uralmi helyzet, amelynek a jog kifejezője és egyben eszköze, egészében szükségképpen szintén szétesik. Ebben az esetben pedig legfeljebb egyre inkább izolálódó, ezért egy fékevesztett anarchia történéseit mutató kényszerselekvések maradnak a színen kaotikus összevisszaságban, a jogrend bármiféle szervező (akár embertelen vagy emberirtó, valamiféle szervezetséget, ezáltal kapcsolatot mégis biztosító) ereje nélkül.

A jogi történések procedurális jellege tehát ezt jelenti: jog elemévé bármi csak azáltal válhat, hogy egy jogilag elismert autoritás jogilag meghatározott módon a jogba emeli. Ez magában rejtje annak elismerését, hogy a normatív lebontás, következés és koherencia mindenkor konkrét alakulása, azaz a normatív összefüggések tényleges alakítása is a jog nevében eljáró szerveknek a jog nevében történő eljárásától függ. Természetesen csakis elvileg, csakis bizonyos határok között; ezek a határok azonban a jog, a jogi történések társadalmi gyakorlatából – és így közvetetten a mindezeket tudomásul vevő társadalmi gyakorlatból – erednek, azaz nem maga a jog jelöli ki ezeket. Nem kizárt hát, hogy mindez önkényes legyen. Ám annak eldöntése (még akkor is, ha van objektívált szabályrendszerünk), hogy annak alkalmazása tekintetében mi minősül önkénynek, s ez milyen feltételek között és milyen mérték eléréséig maradhat jogon (a jog „megvalósításán”) belüli, nos, ez ismét a társadalom konvencionálizáló gyakorlatától függ. E kérdések normatív összefüggéseket érintenek. A társadalmi megismerés és értékelés így ezek megítélésében nem lehet kritériumszerű, miközben az egész folyamat általános – mondhatnók: ontológiai – alapját képezi.

## Miből is tevődik össze a bírói eljárás?\*

---

### 1. Társadalomelméleti válasz igénye

A bírói eljárás természetének kutatása napjainkban már csak egy olyan átfogó tudományos vállalkozás részeként fogható fel, amely a jog alapkérdéseit a tudományfilozófia (századunk gondolkodását paradigmaticus módon meghatározó) felismerései tükrében kísérli meg körbejárni. Csakis egy ilyen megalapozással (egyszersmind tehát nyelvfilozófiai segédlettel kísértén) tehetünk a siker esélyével kecsegtető kísérletet arra, hogy jogi gondolkodásunkat új és korszerű, vagyis a természettudományok filozófiai előfeltevéseivel s módszertani meglátásaival egyaránt lépést tartó alapokra fektessük. Egyidejűleg persze korunk kulturális antropológiai megfontolásaira hagyatkozva erőfeszítéseket kell tennünk arra nézve is, hogy a jogi jelenséget immár ne csak (kiválasztott vagy szándéktalanul is előtérbe állított) nemzeti kultúra(k)hoz kötötteen, de tudományos általánosítással élve s összehasonlító tapasztalatokra hagyatkozva járjuk körül.

Ennek megfelelően célunk mindenképpen az, hogy a jog bírói aktualizálására összpontosítva megkíséreljük újragondolni nyelv, fogalom és logika természetét; jelentésmeghatározás és jelentés általi meghatározás kapcsolatát; megismerés és gyakorlati cselekvés viszonyát; nem utolsósorban pedig a jogi tevékenység sajátosságát – megkülönböztetve mind a mindennapi élet összetett különmeműségétől (a heterogeneitás szférájától), mind pedig a világban érvénye-

\* Akadémiai jogtudományi doktori munka tézisei – *A bírói ténymegállapítási folyamat természete* (Budapest: [AkaPrint] 1990) 17 o. – nyomán készült első változatában: 'A bírói folyamat természetének kutatása' *Jogtudományi Közöny* XLIX (1994) 11–12, 459–464. o.

sülő egyéb (nem jogi) egyneműsítésektől (az egyéb homogén területektől).

Egy ilyen vizsgálódás keretében esetleg lehet már esélyünk arra, hogy dilemmaként olyan mindeddig teljességgel problémamentesnek érzett nyilvánvalóságokra rákérdezzünk, mint például: mit csinál a bíró, amikor dönt? És valójában mire hagyatkozik, amikor azt mondja: tényekre és normákra hagyatkozik? S egyáltalán: mikor, miképpen érkezik el tényekhez és normákhoz? A tényekből és normákból pedig milyen módon adódik döntés? Végezetül pedig: mit alakít át mivé, és minek a szükségképpeniségevel teszi ezt, amikor azt mondja: az eset tényeiből s a jogrend normáiból az általa hozott döntés „következik”?

Egy ilyen kutatás megkezdésekor első lépésként a jog birodalmában megjelenő tény s a tényre irányuló bírói művelet természetének megállapítása kínálkozik. A vizsgálódás során ezért elsősorban azt kell tisztáznunk, hogy a jogban megállapított tényeknek s a ténymegállapításra irányuló műveleteknek van-e egyáltalán megismerő tartalmuk? Amennyiben pedig van, úgy ez miben rejlik? Ezt követően pedig arra kell rákérdeznünk, hogy az, amit megismerésnek gondolunk, mennyire játszik kritériumszerű szerepet itt?

Korábban már elvégzett elemzések<sup>1</sup> olyan lételméleti eredményt látszanak sugallni, amely szerint *a)* maga a társadalmi gyakorlat folytonos, és *b)* megbízhatósága önnön folytonosságát illető folyamatos visszacsatoltságában rejtezik. Másképpen kifejezve ezt akár így is mondhatnók: emberi gyakorlatunkban megbízhatunk. Tehát bizalommal lehetünk saját létezésünk alapformája iránt, hiszen állandósága, kipróbáltsága joggal indíthat bennünket arra, hogy a gyakorlat végső kritériumképző szerepét társadalomelméletileg elismerjük.<sup>2</sup>

Bármennyire meggyőzőnek tetszik is egy ilyen válasz, önma-

<sup>1</sup> Vö. a szerzőtől *A bírói ténymegállapítás természete* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1992) 269 o.

<sup>2</sup> Vö. a szerzőtől 'Autopoiesis és a jog jogalkalmazói-gyakorlati újratermelése' *Jogtudományi Közlemény* XLIII (1988) 5, 264–268. o., újranyomva in Varga Csaba *Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról* (Budapest: Osiris 1999), függelék VII, 358–367. o. [Osiris könyvtár: Jog].

gában elégségesnek vagy kibontottnak mégis aligha tekinthetjük. Ráadásul nem is specifikus. Hiszen végső bölcsességként bármiféle társadalomelméleti magyarázat azt próbálja elhittetni velünk, hogy olyankor, amikor egymással egyetértünk, az egyetértés meggyőző forrásaként éppen eredendő társadalmi mivoltunk, a legsajáttabban személyes gyakorlatunk háttérében is megbúvó és fellelhető közösség bukkan elő.<sup>3</sup> Mindazonáltal eddigi próbálkozásaink sorában már ez a válasz is meghatározó fordulattal ér fel, hiszen minden megelőző előfeltevésen túlmutat. Ennyiben pedig már önmagában is ígéretes lehetőséget sejtet arra, hogy – immár módszertani vértetben – irányt mutasson a társadalomelméleti kutatómunka számára.

## 2. Milyen utat jártunk be?

Több mint három évtizeddel ezelőtt, amikor a jog fogalmi meghatározásának problémájával foglalkozni kezdtem,<sup>4</sup> módszertanilag azt a célt tűztem magam elé, hogy a tudományos megközelítést megkísérlem leválasztani az ismerettárgy önmagáról kialakított képéről – azaz különválasztani egyfelől a jogot mint jelenséget, másfelől a jognak önnön magáról ideologikusan és normatíve adott meghatározásait. Azt próbáltam ezzel elérni, hogy a különféle kulturális, ideológiai és politikai függőségek kiiktatásával elméletileg igazolható általánosságot biztosítsak a majdani válasz számára. Céлом tehát az volt, hogy a tudományos leírás tárgyának és alanyának különválasztása révén lehetőség adassék a független vizsgálódásra olyan ismerettárgyak esetében is, amelyek határozott ideologikus önjellemzéssel (esetünkben: a jogász hivatásban kialakult ideológiával s önnön tárgyukat illető normatíve tételezett meghatározással) rendelkeznek önmagukról.

Akkor pedig, amikor a kontinentális jog önazonosságának jellemzését megkísérelve a kodifikációs jelenség történeti-

<sup>3</sup> Csíraformájában ez számomra Lukács György kései művéből, mindenekelőtt *A társadalmi lét ontológiájáról* I–III, ford. Eörsi István (Budapest: Magvető 1976) fejtegetéseiből vált egyértelművé.

<sup>4</sup> Eredményeként vö. a szerzőtől 'A jogtudományi fogalomképzés néhány módszertani kérdése' *Állam- és Jogtudomány* XIII (1970) 3, 589–613. o.

<sup>5</sup> Az 1969-től induló bűvárkodások összegzésére lásd a szerzőtől *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1979) 351. o.

társadalmi leírásába kezdtem,<sup>5</sup> immár tudatossá vált egy gondolkodásomban korábban még kizárólag módszertani sejtésként formálódó törekvés. Hiszen a jelenség tudományos vizsgálatától most már azt remélhettem, hogy a jog elmélete – minden kijelölő (és ezzel korlátozó) jelzőt maga mögött hagyva – ezúttal felülemelkedhet az egyes nemzeti jogrendszereket elkülönítő (mert térben és időben eltérő változatokat mutató) kulturális előfeltevéseken, tételezéseken és ideológiákon. Ugyanezt kívántam szolgálni akkor is, amikor magában az elméleti magyarázatban kíséreltem meg összehasonlító-történeti látásmódot érvényesíteni.

Mára már magától értetődővé vált annak igénye, hogy a jogtudomány valóban a jog elméleti általánosságban történő jellemzésére törekedjék. Közhely immár annak belátása, hogy maga a tudományos leírás általánossága szenvedne csorbát, ha néhány eleve szem előtt tartott s kiválasztott jogcsalád, jogrendszer vagy jogi hagyomány nézőpontja a jog mint olyan jellemzésére is rátelepedhetnék. Ezt viszont csak olyan módon előzhetjük meg, ha minden egyes teoretikus lépésünkkel tudatosan egy egyetemes jogelmélet formálódását segítjük.<sup>6</sup> Különböző időkben és feltételek közt számos szomorú példáját láthattuk már annak, hogy francia, amerikai vagy szovjet megközelítések – éppen egy saját partikuláris nézőpontnak (sovinizmustól, tudatlanságtól vagy egyszerűen elfogultságtól táplált) egyetemessé növelésével – miként silányíthattak tudományos vitákat süketek egyidejű hangoskodásává. Hiszen – kérdezhetnők mármost – minősülhetnek-e bármi egyébnek is mindez, ha éppen a megközelítések arcátlan egyoldalúsága akadályozza, hogy valódi üzenettel szolgálhassanak, sőt a közös gondolkodásból egyáltalán közös tanulság származhassék?

Korszerű jogfilozófiai szemléletet korábban LUKÁCS GYÖRGY társadalmi ontológiája módszertani látásmódjának az újra-

<sup>6</sup>E gondolat jegyében kezdtem el írni egy „összehasonlító egyetemes jogelmélet” kialakításának igényéről a 70-es évek végén, azonban bizonyos idő eltelte után akkori tudományos nyilvánosságunk előtt vállalhatatlannak érezvén az alapgondolatot, a tanulmányt félbehagyva kéziratban hagytam. Vö. a szerzőtől *Útkeresés* Kéziratban maradt tanulmányok (Budapest: Szent István Társulat 2000) [előkészületben] [Bibliotheca Cathedrae Philosophiae Iuris et Rerum Politicarum Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae, I Acta 1].

gondolásával próbáltam kimunkálni.<sup>7</sup> Mindennek újdonsága a jogi elméletképzésre nézve az volt, hogy immár kifejezett célként tűzhettem magam elé: úgy magyaráztassanak a különféle jogi ideológiák (a hivatásbéli ethosz s más vára-kozások egyaránt), mint a jogi berendezkedés lételméleti jelentőségű – noha nem tételezett – összetevői. Céлом tehát az volt, hogy a jog felépülésének s működésének elméleti leírásában az egyes jogi kultúrákra jellemző ideológiákat, ethoszokat és hivatásbéli elvárásokat ne csupasz esetlegességekként, pusztán külsőlegességekként, hanem olyan sajátságosságokként láttassam, amik magának az ismerettárgynak a jellemzői. (Talán nem érdektelen itt megjegyeznünk: elvileg ugyanilyen igény vetődik fel a játék fogalmi kifejezése kapcsán is. Ahhoz ugyanis, hogy egy játékot leírassunk, konstitutív elemként számolnunk kell magunkkal a játékszabályokkal is.)

### 3. Miképpen közelíthetünk?

A tények nyelvfilozófiai megközelítése<sup>8</sup> lehetővé teszi számunkra, hogy a tényeket immár az emberi gyakorlat összefüggéseiben értelmezzük. Eszerint megtudjuk, hogy a tények: viszonyfogalmak. Nemcsak (s nem egyszerűen) a valóság jegyei jelennek meg bennük, de a valóság és hozzá fűződő emberi-társadalmi viszonyainknak teljes összefüggésrendszerre is. A mindenkori résztotalitás a mindenkori totalitás részeként, az egészt képviselve nyilvánul meg bennük. A tényekben (pontosabban: különféle valóságelemeknek tényekként történő azonosításában) így annak az aktualitása is megjele-  
nik, ahogyan és amiként az ember a tényként fogalmiasított valóságbeli jeggyel (gyakorlatában s gyakorlati érdekeitől vezetve) kapcsolatba kerül(t). Nos, a bírói folyamat elemei sem kivételek a fenti felismerések alól. A bírói ténymegállapítás látszólag objektív. Tárgyszerű, hiszen bármiféle emberi akarattól független, és – hitünk szerint – mentes a szubjektivi-

<sup>7</sup> Vö. a szerzőtől *A jog helye Lukács György világvégében* (Budapest: Magvető 1981) 287 o. [Gyorsuló Idő] és 'A jog ontológiai megalapozása felé (Tételek Lukács György Ontológiája alapján)' *Magyar Filozófiai Szemle* XXVII (1983) 5, 767–776. o.

<sup>8</sup> Vö. itt és a következőkben a szerzőtől *A bírói ténymegállapítási folyamat természete*, passim.

tástól is. Mégis: semmi sem szakíthatja el az emberi gyakorlatra általában jellemző törvényszerűségektől.

A nyelvi aktuselmélet különbséget tesz nyers és intézményi tény között. E különbségtétel lehetővé teszi számunkra, hogy a bírói ténymegállapítási folyamat természetét illető kérdéseinket immár a társadalmi lételmélet nézőpontjából is újra-gondoljuk. Nos, a modern megismeréstudományok szerint a tény megállapítás az emberi gyakorlat függvénye. Ebből következően viszont mind a megismerésről, mind a megismerés eredményének fogalmi kifejezéséről egyaránt kiderül, hogy valójában és végső soron megállapodásszerű, vagyis – konvencionális. Ebből következően viszont az egész folyamatot (gyenge értelemben) eleve normatív természetűnek kell mondanunk. Vagyis a folyamat maga – egészében véve – szintén emberi gyakorlatunktól függ. Így a mindennapjainkban (akár megismerésünkben, akár a jogi problémamegoldás során) alkalmazott fogalmakról sorra-rendre kiderül, hogy szintén intézményi természetűek, vagy legalábbis intézményi meghatározástól függenek.

Amint azonban felismerjük, hogy az intézményesültség, alapjaként pedig a megállapodásszerűség milyen átfogó mértékben meghatározó jelentőségű teremtője társadalmi létünknek, úgy immár közelebb kerülhetünk ahhoz is, hogy a társadalmi gyakorlatunkban társadalmi létünk köré felépített ún. második természet jellegét megértsük, és ezzel a társadalmi lét természetére nézve is megpróbáljunk az eddigieknél alkalmasabb magyarázatra lelni.

A fenti előfeltevésekkel egy csokorban el kell fogadnunk azonban az ezekkel közös gyökérből eredő módszertani megfontolásokat s látásmódot is. Ezek közé mindenekelőtt az olyanokat számíthatjuk, mint az alábbiak:

- a) totalitásszemlélet az elemi érzékelésben;
- b) az analógia és a relevancia jelentőségének tudatosítása az elemi megismerés folyamatában;
- c) a leíró funkció elválaszthatatlansága bármely egyéb funkciótól a nem kizárólag leíró jellegű homogén emberi cselekvésben (például erkölcsben, jogban és művészetben);
- d) a gondolati átalakítás és ugrás, valamint a nem megismerő jellegű dialektika szükségképpen szerepjátszásának

feltárása minden értelmi műveletben. Ám mindezekon felül ilyen

e) azon különféle összefüggő komplexumok természetének felismerése is, amelyekben tény és eset, tény és érték, tényszerűség és normaszzerűség kizárólag egymás előzetes feltételezésével, vagyis egymástól létszerűen szét nem választható oldalak egységeként állhat fenn; ilyen az is, hogy

f) még formalizált cselekvéseinkben is (például tudományban, jogban és teológiában) maradéktalanul hagyatkozhatunk egyébként tökéletlen megismerésünkre, s kizárólagosként hagyatkozhatunk az egyébként bizonyítottan határozatlan nyelvi kifejezésre; ilyen az, hogy

g) minden okfejtési folyamatunkban az elemzés síkján határozottan különválaszthatunk két oldalt: egyfelől azt, ahogyan egy megoldáshoz elérkezünk, másfelől pedig azt, ahogyan annak végső elfogadhatóságáról meggyőződünk; végül pedig ilyen az,

h) ahogyan a megismerés és megítélés funkciói szétválnak – akár egyazon látszólag megkülönböztetetlen nyelvi kifejezésen belül is.

Mindezek eredményeként a ténymegállapítás látszólag pusztán megismerő és leíró homlokzata mögé tekintve talán már a siker reményében feltárhatjuk, hogy voltaképpen mi is zajlik le itt. Hiszen az eredményt máris megelőlegezve, végső soron aligha lesz más ez, mint ennyi csupán: valaminek valamilyen jegyet tulajdonítunk. Nyelvi oldalról közelítve ez az a s k r i p t i v i t á s funkciója, a kapcsolatlétesítés oldaláról fogalmazva pedig a beszámításé ( i m p u t á c i ó ).

Tudatában kell lennünk annak, hogy az a valóságtárgy, amiről kommunikálunk, maga is kizárólag kommunikatív – tehát pusztán s csakis kommunikáltsága által és kommunikált mivoltában – létezik. Megjelenését tekintve ezért az a nyelv, amelynek segítségével elemzünk, ugyanaz, mint az a nyelv, amit elemzünk. Azt tehát, amivel elemzünk, attól, amivel elemzünk, ugyanabban az önmagában megkülönböztetetlen nyelvben (nyelvi kifejezésben) magunknak kell különválasztanunk.

Gondolkodásunk során gyakran kerülhetünk csapdahelyzetbe annak következtében, hogy az ismerettárgy és a

megismerés eszköze között kizárólag elemzés útján és folyamatában tehetünk különbséget. Így például a jogban tisztán eszközszerepű ideologikus előfeltevések olyan mértékben kerülhetnek előtérbe, hogy ezáltal végső soron láthatatlanná moshatják a tárgy s a tárgyra vonatkozó előítélet között fennálló különbséget. Ilyen egyebek közt a „ténykérdés” és „jogkérdés” szétválasztása, vagy a normatív jogforrási szövegek bírói értelmezésekor a jogilag nem meghatározandó „közönséges” szavaknak a jogi meghatározást igénylő szakterminusoktól történő megkülönböztetése. Előfordulhat az is, hogy egy pusztán előfeltevésünktől függő megfogalmazási mód olyan elméleti megkülönböztetés formáját ölti, amelyben a teoretikus előfeltevés mentén különféle csoportokba sorolt lehetséges válaszok lényegi azonossága már elhalványul. Ilyen például annak dilemmája, vajon a jogalkalmazást logikai következtetésként (szubszumpció), vagy éppen ellenkezőleg, logikailag önkényes alárendelésként (szubordináció) kell-e jellemeznünk.

Hasonló problémamagra bukkanunk akkor, ha a normaalkalmazás normatív összefüggésrendszerét vizsgálva rájövünk arra, hogy a norma által megszabott normatív keretnek legfeljebb valamilyen konkrét jelentésben aktualizáltan van és lehetséges csupán mondanivalója; a norma nyelve (miként bármely egyéb nyelv is) menthetetlenül s javíthatatlanul határozatlan; olyasmi pedig, mint logikai következés, voltaképpen nincs, és értelmesen igazolható módon nem is kereshető a normatív szférában;<sup>9</sup> ugyanakkor maga a normaalkalmazás – függetlenül a normativitásban elvileg kifejezett igénytől – alapvetően gyakorlati érdekektől függ.<sup>10</sup>

Tudjuk, hogy hivatalos ideológiája szerint a normaalkalmazás racionális meggyőzésre irányul. Abban viszont, hogy milyen eredményre vezet, immár a normaalkalmazás mesterséges feltételeiből adódó körülmények játszanak döntő szerepet. Ilyen egyebek közt az, hogy

<sup>9</sup> Kizárólag e pont kibontására lásd a szerzőtől 'A jogi normaalkalmazás természete (Tudomány- és nyelvfizológiai megfontolások)' *Állam- és Jogtudomány* 33 (1992) 1–4, 55–92. o.

<sup>10</sup> Ennek már korai tisztázására vö. a szerzőtől 'A jogi okfejtés társadalmi meghatározottságáról' *Állam- és Jogtudomány* XIV (1971) 2, 249–285. o.

a) a normatív lebontás mindig kétarcú;  
b) az általános és az egyedi norma közötti megkülönböztetés pusztán viszonylagos;

c) deduktivitás legfeljebb és kizárólag szimbolikus módon és értelemben van és lehet jelen; miközben

d) a döntést hivatalosan megalapozó tételek valójában elégtelenek ahhoz, hogy logikailag valóban megalapozzanak egy ilyen vagy hasonló döntést; ezért

e) elvileg minden esetben felvetődik (és logikailag szükségképpen megválaszolhatatlan marad) annak dilemmája, vajon a szabályozás kimerítően teljes-e, vagy éppen hézagos;

f) felhozható érveinket hallgatólagos társadalmi megállapításaink inkább meghatározzák, és erőteljesebben függenek ezek a konkrét döntési helyzettől, semmint a normarendszer logikájától; nem utolsósorban pedig

g) eltérő logikája van annak, ahogyan egy döntéshez elérkezünk, s ismét eltérő logikája annak, amiként meghozott döntésünket utólag igazoljuk; gyakorlatunkban

h) akkor, amikor döntésünket a jogon belül érvényesként elismerjük, logikailag szórtnak minősülő hivatkozásaink mellett valójában s elsősorban a jogrendben hasonló vagy éppen alacsonyabb szinten már meghozott döntések egymás általi elismerése kölcsönösségére hagyatkozunk; végezetül pedig

i) a racionalizáló meggyőzés s az általános(ító) standardokhoz (mint viszonyítási pontokhoz) történő kapcsol(ód)ás a gyakorlatban egymással mindig egybefonódik.

Mindezek eredményeként végül is olyan körülmények szabják meg a bírói folyamat alapvető jellegét, amelyek eredetileg járulékosnak minősültek. Ilyen mindenekelőtt 1. a jogászi formalizmus által betöltött létszerű szerep, 2. a jog különeművé válása a tagolt szerkezetű társadalmakban, és nem kevésbé 3. a rendszerként történő működésben rejlő paradoxon is.

A sajátosan jogi közegben (vagyis jogi összefüggésben és eljárási meghatározottságban) zajló tényfeltárás, az ún. bírói ténymegállapítás vizsgálata fényt deríthet annak kérdésére is, vajon valójában milyen belső logika munkálkodik a modern formális jog felépülésében és működésében. A KELSENI Tiszta

Jogtan<sup>11</sup> szemléletének kritikai meghaladásával<sup>12</sup> pedig immár az is elméleti lehetőséggé válik, hogy az egyes eljárási aktusokat konstitutív jellegűnek minősítsük. Ebből eredően az egész eljárás természetét megszabó erővel kritériumszerűvé válik az a körülmény, hogy az eljárás minden esetben jogerő érvényesítésével zárul. Szélesebb körű vizsgálódásból azonban már tudjuk, hogy ezen túlmenően a bizonyítás s az ennek eredményét kifejező ún. bírói „bizonyosság” természetét szintén hasonló eljárási összefüggésben kell értelmeznünk. Hiszen ezek egyaránt olyan jegyekre utalnak, amik a modern formális jogban munkálkodó belső logika folyományai. S ez utóbbiak kritériumképző jelentősége folytán a bírósági eljárás akkor is elkülönülne minden egyéb hasonló cselekvéstől (így mind mindennapi eljárásainktól, mind az elméleti megismeréstől), ha egyébként külsőleg felismerhető különbségek nem adódnának.

A joglogikai és a megismeréstudományi vizsgálódás játékelméleti nézőpontból történő értékelése végezetül tisztázhatja, hogy a rendszertani-logikai összefüggések valójában az intézményesedett formalizálás fenntartó alapjai. A formszerű szerveződések helyét társadalmi folyamatainkban megszabva egy ilyen felismerés pedig hozzájárulhat egy immár társadalmi-ontológiai szinten megfogalmazott magyarázathoz.

#### 4. A tényproblematika

A német és a magyar nyelvben, illetőleg ezek filozófiai háttérkultúrájában magától értetődőként fogadják el, hogy a *Tatsache* [‘tény’] állítása egy létige alkalmazásával történik. Felfogásunk szerint ugyanis a tény „valami”, ami „van”, „fennáll”, „létezik”. Olyannyira a dologiság valamilyen formája a tény, hogy voltaképpen kérdésünk több joggal szólhatna inkább az alábbiak szerint: valójában mi különbözteti

<sup>11</sup> Hans Kelsen *Reine Rechtslehre* Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Leipzig & Wien: Deuticke 1934) xiv + 236 o. [Tiszta Jogtan Bibó István fordításában, szerk. Varga Csaba (Budapest: {Akaprint} 1988) xxii + 106 o. {Jogfilozófiák}] és *Reine Rechtslehre* Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage (Wien: Deuticke 1983) xii + 498 o.

<sup>12</sup> Vö. a szerzőtől ‘Kelsen jogalkalmazástana (fejlődés, többértelműségek, megoldatlanságok) *Állam- és Jogtudomány* XXIX (1986) 4, 569–591. o.

meg a tényt a valóság egyéb elemeitől? Nos, szemben a német vagy magyar nyelvi kultúrában fogant meggyőződéssel, a jellegzetesen latin gyökerű francia és angol gondolkodásban egy az előbbiekhöz hasonlóan leegyszerűsítő, következőképpen további megkülönböztetéssel már nem élő felfogás aligha lehet jellemző. Hiszen amint ezt a latin nyelv a *factum* kizárólag igenévként használt fogalmával (például 'res factum est'), vagy az angol a *fact* megengedett használataival (például 'it is established as a fact that [...]') egyaránt érzékelteti, a tény nem az, amit állítunk, hanem – bizonyos értelemben éppen ellenkezően – tényként tesszük azt, amit állítunk. Kérdésként tehát csakis az marad, hogy a valóság, vagyis az egymásba fonódó történések osztatlan halmazából miként választjuk ki és nevesítjük azokat a „vonatkozásokat”, amiket megismerésünk eredményeként majd vállalunk, sőt ezeknek utóbb fogalmi kifejezést is adunk?<sup>13</sup>

Kettős lehetőségünk van a válaszra. Egyik irány a LEIBNIZ által bejárt út. Ő a világ összetettségét fogalmilag-logikailag kívánta egyszerű formákba redukáltan kifejezni, s e törekvés bővületében axiomatizált sorok és halmazok elemeiként tételezett mindent, amiről csak feltételezni tudta, hogy létezhet és gondolható. Kísérlete azonban, mint tudjuk, közvetlenül igazolható vagy hasznosítható eredményhez nem vezetett. Módszertanilag azonban elgondolása csábító maradt, s ugyanezt a hagyományt próbálta újragondolni LUDWIG WITTGENSTEIN is korai nagy műve, a *Tractatus logico-philosophicus* időszakában.<sup>14</sup> Nos, ez utóbbiban a szándék a formális logikai-matematikai modellezhetőség feltételeinek megteremtésére irányult. A világot ezért WITTGENSTEIN először elemi összetevők halmazaként tételezte, majd újrakonstruálta atomikus alapegységek molekuláris szerveződéseire összeségeként. Minden lételméleti látszat ellenére ezzel korántsem ontológiai kísérletet végzett; csupán a megismerés paradoxonának feloldására tett javaslatot. Ezért tételezte a világot tényként. És megközelítésében így vált teljességgel érték-

<sup>13</sup> E kérdésekre nézve is lásd 8. jegyzet, passim.

<sup>14</sup> Ludwig Wittgenstein *Logikai-filozófiai értekezés* [1921] ford. Márkus György (Budapest: Akadémiai Kiadó 1963) 234 o.

mentessé a világ. Kifejtései szövegkörnyezetéből ugyanakkor megtudhatjuk, hogy itt – ellentmondásos s feloldatlan módon ugyan – voltaképpen a *Sachverhalt* [elemi tény], *Tatsache* [tény] és *Sachlage* [helyzet] olyan összetett fogalmi elképzeléséről van szó, amelyben az állított tények révén maga a helyzet tehet igazzá egy kijelentést.

Márpedig tudnunk kell, hogy intellektuális megnyilvánulásainkban szünet nélkül elemi kontextualizálás zajlik. A pszichológia s a megismeréstudomány „helyzetnek”, „összefüggésnek” vagy „értékelésnek” szokta nevezni ezt. Hiszen ha csupán ennyit mondunk: „Esik az eső” – máris kontextualizálást hajtunk végre. Ez a kontextualizálás valamely elemi, szervezetlen, tagolatlan – és ezért viszonyítatlan – érzékelési aktusból olyan információs alapegységet hoz létre, amely immár formázottként jelenik meg előttünk: szerkezete van, s immár előzményekhez és háttértudáshoz egyaránt viszonyították. Következésképpen így is mondhatnók: ezt az információs alapegységet immár kiválasztották és alakították. Tehát nem a tárgy egyszerű érzékszervi lenyomata többé, hanem egyszersmind egy alkotó emberi közreműködés terméke. Márpedig megismerésnek ezt a teljes folyamatot kell neveznünk.

Nézőpont, valamint a hallgatólágos kulturális megállapodások keretén belül elérhető relevancia szabja meg azt a keretet, s jelöli ki annak tágasságát és szerkezetét, amelyben tényt és tényállást egyáltalán gondolhatunk. Hacsak nem WITTGENSTEIN már idézett nézőpontjából indulunk ki (amely szerint egyfelől léteznek elemi tények, másfelől pedig a világ ezek összességéből áll elő), úgy azt kell mondanunk, hogy bár a tények sora és megállapíthatóságuk lehetősége kétségkívül nem korlátlan és korlátozatlan, mégis, lehetséges vonatkozásaik változatosságát és ezek megközelítésének sokféleségét előre nem határozhatjuk meg, sőt előre nem is láthatjuk.

Társadalmi lételméleti alaptény, hogy minden társadalmi szerepet – így bírói pozíciót is – mindig egy lélektanilag-szociológiailag önálló és teljes értékűként felfogandó emberi lény tölt be, azaz pozícióhoz kötött munkálkodásában egyébkénti társadalmi meghatározásainak összessége szintén benne munkál. Társadalomtudományi közhely ezért, hogy

minden szerepjátszás kivétel nélkül érdekek és értékek egyensúlyozásával megy végbe – függetlenül attól, hogy fennáll-e olyan intézményi környezet, amely formális szűrőszerepet gyakorolna, vagy csupán a mindenkori szerephordozó mindenkori erkölcsi énje közvetíti e különféle várakozásokat. Nos, visszatérve a joghoz, ma már bizonyítottnak vehetjük, hogy noha az egyes jogi kultúrák a bírói működés mércéjeként saját igazolási logikájuk standardjait kínálják, maga a formalizált eljárás mégis többnyire pusztán formai kifejeződés lesz – a problémamegoldás logikájában rendelkezésre álló (s a különféle jogrendszerekben nagyfokú hasonlósággal egyaránt ismert és különféle kerülőutakkal valójában követett) lehetőségekhez képest.<sup>15</sup>

### 5. Elméleti előrelépés

A pozitivista jogi világnézet eddig úgyszólván megkérdőjelezetlen egyeduralmának hatására a jogtudomány mindmáig többnyire ugyanazokat a tételeket fogalmazta meg elméleti kiindulópontokként és végső eredményként, mint amik a modern formális jogban a jogász hivatásgyakorlás ideológiájaként egyébként is megjelentek.

Ennek megfelelően hangsúlyosan sugallta, hogy

1. a bírói döntéshozatal kételemű folyamat: ténnyel és joggal történő foglalatoskodásból tevődik össze. E két elem világosan szétválasztható egymástól, hiszen a tény megállapítandó, a jog pedig alkalmazandó. Ilyen módon a döntéshozatali folyamat lényegét abban látta, hogy

2. a valóság megismerése alapján normatív értéktételezést vetítünk e valóságra. Ebből következően magát a folyamatot úgy fogta fel, hogy az megismerő és értékelő tevékenységek egymásra épüléséből tevődik össze. Úgy gondolta tehát, hogy a folyamatban ez oknál fogva

3. túlsúlyra jut az elméleti mozzanat. Hiszen legelőbb aényt kell megismernünk. Ez indítja meg az eljárást. Annak tudása pedig, hogy milyen a feltárt tény, megszabja a bírói eljárás jellegét, sőt az eljárás során meghozandó döntést is.

<sup>15</sup> A végkövetkeztetés kibontására vö. a szerzőtől *Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról* (2. jegyzet), 282 o.

Saját rekonstrukciónk eredményeként elmondhatjuk tehát, hogy e pozitivisztikus jogi világkép értelmében a bírónak a tényekkel történő foglalatatoskodása magában az eljárásban a szóban forgó tények megismerését helyettesíti. Mindebből pedig az következett számára, hogy

4. az eljárási, vagyis a bírói cselekvés szabadsága egyáltalán nem korlátozott. Következésképpen azt az egyébként általa is elismert (s a mi szemünkben korántsem mellékes) körülményt, hogy a bírói eljárás – éppen a jogtól szabályozottan – egy formális eljárás keretei közt megy végbe, úgy értékelte, hogy hatásában csupán kiegészítő természetű. Hiszen ideológiája szerint kizárólag azt szolgál(hat)ja, hogy mederben tartsa a bírói megismerést, és biztosítsa, hogy ésszerű időn belül, határozott döntéssel tényleg befejezést nyerjen.

Előbbi állításainkból kiolvashatóan a bírói eljárás lételméleti magyarázata korántsem vonja kétségbe, hogy azok az előfeltevések, amiket az előbbieken során bemutattunk, a modern formális jog intézményi berendezkedésének valóban alapját képezik. Ugyanakkor az ontológiai rekonstrukció a maga részéről mégis kimutatja, hogy e kérdéses előfeltevések pusztán ideologikusan tételezettek, ezért érvényüket is kizárólag ideologikus módon és eszközökkel lehet fenntartani.

Ennek megfelelően részvizsgálatai során a lételmélet bizonyíthatja, hogy

1. a tény – akkor, amikor filozófiailag felfogjuk, vagy fennforgását állítjuk – valójában csupán annak kifejezése, hogy a valóság valamely fennálló gondolt vonatkozásához gyakorlatunkban kapcsolódtunk. Az a körülmény pedig, hogy gyakorlati kapcsolódásunk ilyen dezantropomorfizált álcában jelenik meg, voltaképpen nagyon is emberi viszonyulásunkat, a döntési folyamatban „antropomorff” módon történő részvételünket, érintkezésbe kerülésünket leplezi. Márpedig egyebek mellett az ún. alaklélektan [*Gestaltpsychologie*] tanulságaként is tudnunk kell, hogy

2. minden emberi megnyilvánulás az emberi teljességről vall – ugyanúgy, ahogyan az emberi cselekvés is csupán a mindennapi lét heterogeneitásának a talaján egyneműsíthető. Eszerint a bírói döntéshozatali folyamatot

olyan gyakorlati eljárásnak kell tekintenünk, amely a mindennapi lét talaján megfogalmazott kívánalmakat kísérel meg egyneműsített rendszerben és egyneműsített igazolási rend kielégítésével érvényre juttatni. Következésképpen

3. valóságos folyamatában a bírói döntéshozatal mindig különbözőféle eltérő oldalak, nézőpontok és vonatkozások egymásba fonódó egységeként jelenik meg. Olyan egységként érvényesíti tehát magát, amelyen belül ezek a részben különmű oldalak, nézőpontok és vonatkozások csak és kizárólag az analízis körében, kedvéért és folyamatában választhatók szét egymástól – sőt, ekkor is kizárólag az elemzés adott igazolásának összefüggésében és kedvéért. Ebből következően

4. a bírói ténymegállapítás elvileg és gyakorlatában is különbözik az elméleti megismeréstől. Következésképpen mind a bírói ténymegállapítás, mind az elméleti megismerés olyan egyneműsített emberi tevékenységet jelent, amelyek kritériumszerűen kizárólag rájuk külön-külön jellemző feltételekre épülnek.

Amennyiben tehát a fentiekben jelzett kutatási erőfeszítések sora sikerrel zárul, és a bírói eljárás ideologikus homlokzata mögött zajló folyamat voltaképpen természete kiderül, mindez nem csak a bírói cselekvés megismeréséhez vihet közelebb. Azáltal, hogy tény, tényállás, norma, normaértelmezés, jogalkotás, jogalkalmazás (és további egyéb összetevők) valódi jelentését és összefüggéseit új színekben láttatja, egyszerűsrendűvé teszi azt is, hogy az ideologikus fogalmi kifejeződés mögött megbúvó tartalomra rákérdezzünk. Egyidejűleg pedig saját érdeklődésünket is arra ösztönzi, hogy látszólagos fogalmi biztonságunk (hiszen mintha a tények, tényállások és tényállítások egymástól elkülönülő diszkrét volta valóságos valóság-tárgyak saját elkülönülését tükröznék, azaz mintha nyelvi megkülönböztetéseink a valóságban magában érvényesülő különbségek – tehát megkülönböztetettségek – fogalmi tükrözései lennének, és így tovább) valóságos megtartó talaja, vagyis mindennapi gyakorlatunknak e fogalmi biztonságot és folytonosságot fenntartó visszacsatoltsága irányában is a kutatást megkezdjük.

Egy ilyen lételméleti újragondolás új felismerésekkel szolgálhat további jogtudományi problémák megoldása számára

is. Segíthet például a relevancia, sőt a tényállás természetét illető problematika magyarázatában is. Fogalmilag (s fogalmi kapcsolódásaiban) eddig ismeretlen összefüggésekben láttathat további kategóriákat. Ilyen mindmáig nem kellően tisztázott kategóriák például az alábbiak: analógia; fogalom és típus; leírás, előírás, tulajdonítás [aszkriptivitas, a deszkriptivitas és preszkriptivitas mellett]; normativitas; tényként fennállás és tényként megállapítás; jelentésfennállás és jelentés-megállapítás; minősülés és minősítés; osztályhoz tartozás és osztályba sorolás; antropomorfitás és dezantropomorfizálás; ideologikus és szimbolikus funkciók; heterogeneitás és az eltérő homogenitás(ok); konstitutivitas; jogerő; és – végezetül, de bizonyára nem utolsóként – proceduralitás.

Ugyanekkor látnunk kell azt is, hogy a gondolkodásunkban és gyakorlatunkban élő előfeltevések lételméleti kibontása maga is terméke, egyszersmind pedig ösztönzője is annak, hogy a jog felfogását, fogalmi körülhatárolását, szemléletét illetően paradigmaticus váltás következzen be. Ezek után a kérdés már nem egyszerűen ez: normákból áll-e a jog, vagy miként viszonyul a jog a legfelső társadalmi hatalomhoz? Nos, az ilyen és hasonló helyett most már inkább ilyesmikre kell rákérdeznünk: vajon 1. mit is értünk azon, hogy a jog meghatározott objektivációkban (például az állam által formális eljárás során formálisan kibocsátott szövegekben) ölt testet? S vajon egy ilyen objektiválás révén az, aki objektivál, 2. a jog egészét fogja-e uralni, vagy csupán és legfeljebb azokat az objektivációkat tételezheti és formálhatja-alakíthatja, amik a szóban forgó rendben hivatkozási alapul szolgál(hat)nak az eljárás eredményeként végül is meghozott döntés igazolásához?

A lételméleti magyarázat a jogi jelenséget események egymásra épülő sorából folytonosan alakuló folyamatként láttatja. És éppen azért, mert a jog létezése folyamatszerű, létét nem is vezeti már vissza pusztá objektivációs formákra vagy hasonló egyéb, mesterségesen kialakított követelményi rendszerre. A folyamatszerűség elismeréséből viszont ugyanakkor nyilvánvalóvá válik, hogy a jogi pozitivizmus hagyományos világképével szemben a jog nem fizikai erejével, nem is valamiféle külsőleg megragadható objektivitás által történő kényszerí-

tés útján ragad meg bennünket. Ehelyett éppen azáltal tud minket cselekvéseinkben befolyásolni, hogy társadalmi megállapodásainkba óhatatlanul beleágyazódik, és konvencionális-sa révén ezzel társadalmi érintkezéseinkbe is beépül.

Az idő előrehaladtával ugyanakkor számos mai gonddal is fokozatosan szembe kell néznünk. Mégis mindenkor tisztában kell lennünk azzal, hogy dilemmáink jó részére – példának okáért: miképpen alakítsuk jogállami rendszerünket? miként fejlődik a jog formális rendszerén belül a gondolati-eljárási fegyelem? mennyire tudjuk határozott célratörésünkkel jogászságunk hivatásbéli ethoszát és elkötelezettségét erősíteni? – adandó válaszuk végső soron összefügg azzal a kérdéssel, vajon jogi világképünket a jogpozitivizmus szemléleti keretében, avagy esetleg egyéb s alkalmasabb formában fogjuk-e majd kifejezni. Hiszen közép-európai tájainkon jogászgenerációk sora tett szert (a HITLERIZMUSTÓL a SZTÁLINIZMUSIG terjedően) tragikus tapasztalatra arról, hogy bármennyire vonzó legyen is egy mindent magyarázó, a bennünk esetleg még mindig lappangó forradalmi vágyakat egyszeriben kielégítő, ám leegyszerűsítő világkép (mert, mint tudjuk, ez a bensőségesség érzetét is biztosítja, hiszen mindezt hatalomvéde szélárnyékban nyújtja), nos, ugyanez védtelenné is tehet bennünket akkor, ha (a történelem fintora folytán, vagy kényszerösvényekre terelt előrehaladásunk során) mindennapi rutinunkból egyszer kiesünk, s esetleg teljesen magunkra is maradunk – olyannyira, hogy a sors ilyenkor bennünket fog majd könyörtelenül személyes választásra, tehát felelős erkölcsi döntésre kényszeríteni.

A lételméleti magyarázat által sugallt világkép biztonsága bizonyosan nem egytényezőjű. De éppen azért, mert bármiféle biztonságot csakis élő társadalmi gyakorlat hordozhat – hiszen ennek háttértudata a társadalom élettapasztalatán keresztül korszakokon átívelően formálódik, pontosan mert tudjuk, hogy maga az említett háttértapasztalat is a gyakorlattól folytonosan megerősített hallgatólagos társadalmi megállapodások végtelen során nyugszik –, ennek sem a fundamentumát, sem a felépítményét nem is lehet olyan könnyen megrázkódtatni vagy kikezdeni. Tudjuk, hogy a társadalmi megállapodásokat – következésképp az egyes konvencionális

kifejeződéseket is – mindenkor pontosan annyi szereplő hordozza, amennyi csak szerepet játszik abban a minden társadalmi megállapodást újrateremtő és újraelfogadtató ösztársadalmi méretű játszmában, ami nem más, mint maga a társadalmi lét, aminek konkrét eredménye a mindenkori társadalom. Mindebből pedig egyértelműen következik, hogy a társadalmi lét, tehát a jogrend megélésének lényege sem más, mint hogy e játszmát mindannyian végig- és újrajátsszuk.

# A jogi normaalkalmazás természete

TUDOMÁNY- ÉS NYELVFILOZÓFIAI MEGFONTOLÁSOK\*

---

## 1. Előfeltevések

A modern formális jognak önnön működéséről kialakított előfeltevéseit<sup>1</sup> magára a jogi érvelési folyamatra alkalmazva a következő tételeket kapjuk: 1. a bírói döntéshozatal számára a tényhez hasonlatosan a norma is adott. Mind a tény, mind a norma kétszoros formában, adottságként áll a bíró rendelkezésére: egyik a jogon kívülről, másik a jogon belülről. Következésképpen a bírónak nincs is más feladata, mint hogy 2. a tények fennálltat megállapítva a keze ügyébe eső normákat e tényekre alkalmazza. Jellegét tekintve nyilvánvaló tehát, hogy 3. az egész műve-

\* Készült a Yale jogi karán (New Haven, Connecticut) 1988-ban, *Bírói ténymegállapítási folyamat természete* címén közreadott fejtegetésem tervezett párfjának alaptanulmányaként. Nemzetközi megjelenéseiben: 'Law and Logic: Societal Contexture Mediated in Legal Reasoning' in *Law, Justice and the State Abstracts of Working-Group Papers*, comp. Eyja Margét Brynjarsdóttir (Reykjavík: University of Iceland 1993), 99. o. [16th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy], 'The Context of the Judicial Application of Norms' in *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems Festschrift for Robert S. Summers*, ed. Werner Krawietz, Neil MacCormick, Georg Henrik von Wright (Berlin: Duncker & Humblot 1994), 495–512. o., és 'Law, Language and Logic: Expectations and Actual Limitations of Logic in Legal Reasoning' in *Verso un sistema esperto giuridico integrale* ed. C. Ciampi, F. Soggi Natali, G. Taddei Elmi, I (Padova: Cedam 1995), 665–679. o., valamint 'No Logical Consequence in the Normative Sphere?' in *Law, Justice and the State Proceedings of the 16th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)*, Reykjavík, 26 May – 2 June, 1993, III: *Problems in Law* ed. Arend Soeteman & Mikael M. Karlsson (Stuttgart: Steiner 1995) [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 60]. Első magyar változatában: *Állam- és Jogtudomány* 33 (1992) 1–4, 55–92. o.

<sup>1</sup> Vö. a szerzőtől *A bírói ténymegállapítási folyamat természete* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1992), 2.1. pont.

letsor túlnyomórészt teoretikus eszményű. Következésképpen a bíró személyisége, egyedi választása, gyakorlati helyzete, értékek iránti elkötelezettsége (legalábbis átlagos helyzetekben) semmiféle jellegzetes szerepet nem játszik ebben. Hiszen a fentiekből adódóan a tényeket illetően a bíró feladata lényegileg megismerő, a normákat illetően pedig logikai természetű. Mindez végül nemcsak a bírói folyamat objektív lefolyását és viszonylagos személytelenségét biztosítja, de egyszersmind 4. szükségképpenivé is teszi bármely (éppen adódó) eredménye bekövetkeztét. Ugyanis a megismerés igazságán kívül a tények megállapításához vezető folyamatnak semmiféle más (eltérő vagy egyéb) eredménye nem lehet. És ugyanígy: helyes eljárás esetén a normáknak tényekre történő logikai alkalmazása a helyestől eltérő (más vagy egyéb) eredményhez nem vezethet.

Ezeket az előfeltevéseket a jogalkalmazásban azáltal foglaljuk egységes szemléleti keretbe, hogy a tényeket és normákat illető fenti műveleteinket deduktív szillogizmusként ábrázoljuk. Ám mindez azzal a szükségképpeni következménnyel jár, hogy e folyamatban maga az ítélő személyiség válik helyettesíthető automatává (vagy régebbi kifejezéssel: „ítéletgéppé”). Hiszen személyisége és bármiféle tulajdonsága, amit csak részvételével megjelenít e folyamatban, aligha minősül többnek vagy másnak, mint egy olyan közegnek, amelyben a rendelkezésre készen álló esetnek s a készként kapott jogtételnek törvényszerűen meghatározott eredményt kiváltó egymásba kapcsolódása végbemegy.<sup>2</sup> Ami tehát az ítélő személyében lezajlik, az voltaképpeni személyiségétől (s egyáltalán: bárkinek személyiségétől) teljesen független. Nem más munkál itt, mint maga a logikum. A logikumról pedig tudjuk: vastörvényként érvényesül.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> „Az ország bírói [...] csupán a törvény szavait kimondó szájak; élettelen lények [...]” Montesquieu *A törvények szelleméről* [De l'esprit des lois] ford. Csécsy Imre és Sebestyén Pál (Budapest: Akadémiai Kiadó 1962), XI. könyv VI. fej., 322. o.

<sup>3</sup> „A konkrét jogkövetkezmény [...] a jogesetből és a konkrét tényállásból szillogisztikus módon az első ARISZTOTELÉSZI módus szerint következik.” Lorenz Brütt *Die Kunst der Rechtsanwendung* Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften (Berlin: Gutterlag 1903) 214 o., az idézet 39. o. Id. Jerzy Wróblewski 'Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision' *Rechtstheorie* 3 (1974) 1, 33–46. o., 39. o.

A „jogi eseménynek” pusztán szillogisztikus alkalmazásra történő lefokozása olyan naiv realista ismeretelméleti háttérrel feltételez, amely az ember fogalomvilágát a külső valóság leképezéseként, fogalmi összetettségét e leképezett valóság felépülése jegyeként, belső fogalmi megkülönböztetéseit pedig a fogalmilag mintázott valóság tényleges tagozódásának tükröztetéseként tételezi. Mindebből következően a nyelvet is csak a tükrözés közegeként fogja fel. Ebből az alapállásból pedig egy olyan szemantikai elképzelés adódik, amely szerint a nyelvnek kizárólag az a jelentése lehet, amit – tükrözése feladataként – maga a nyelvi kifejezés hordoz. Hiszen e felfogás szerint a nyelv szerveződése a tükröztetett valóságot mintázza. Vagyis a naiv realizmus egy kemény, változhatatlan s változtathatatlan üzenet lenyomatait keresi a társadalmi valóságban – pontosan úgy, ahogyan a természeti lét tényezői is ilyen lenyomatokat hagynak (vagy fogalmi reprezentációikkal ilyeneket közvetítenek) a természeti valóságban.<sup>4</sup> Nos, pontosan egy ilyen mechanikusan szillogisztikus működés feltételezése teszi teljessé a jognak önálló hatalommá történő emelését. Hiszen mindezen feltételezések eredményeként a jog – legalábbis ideologikusan – valóban az embertől létrehozott, ám tőle mégis sikerrel függetlenített hatalommá válik: immár embertelenné tett (mert emberi minőségeitől, közvetlenségétől megfosztott) olyan gépezetté, amelyben érvényre mindig az általános uralma jut. Jobb híján persze e felfogás megengedi: a jog feladatává váljék az is, hogy a benne testet öltő általánosból kinek-kinek pártatlanul, bekötött szemmel és egyenlő marékkal osszon, tehát a benne rejlő általánost az egyediben kiteljesíthesse – személytelenül és maradéktalanul.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Vö. például George Lakoff *Cognitive Science and the Law* [a Yale Legal Theory Work-shop keretében 1989. április 27-én megvitattott előadás kézírata] (1989) 49 o.

<sup>5</sup> Közvetett szálakon ugyan, de a világot egytényezőjű működésre visszavezető s egyetlen működtető ágens korlátatlan rendteremtéseként megálmodó utópiákra vezethető vissza ez a felfogás. Utópiákra, melyeknél fetiszáltnan egyetlen egységből álló szabályhalmaz egyetlen gondolat kisu-gárzásaként egyetlen rendben ölt testet; utópiákra, melyeknél az emberiségnek a megálmodott múltbeli aranykorba visszavetített ártatlansága egy szintén valóságos tagoltság nélküli (mert diszharmóniának még leküzdésétől is visszariadó, eleve felkínált) szimfónia vágyásában ölt formát. Vö. a szerzőtől *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1979) 351 o., különösen VIII. fejr. 3. pont.

Meg kell jegyeznem: a fenti összefüggésben nem csupán arról van szó, hogy egyfelől a modern államiság, másfelől a párhuzamosan kialakított modern formális jog<sup>6</sup> sajátos összeséget hoz létre – szabályokkal, intézményekkel, a társadalmi munkamegosztásban önállósult elhelyezkedéssel, sajátos munkakészséggel és érzékenységgel, mindezt megalapozó értékrenddel, egy ezeket működtető gyakorlatot felépítő s fenntartó szakmai képzéssel, továbbörökítő hagyománnyal, valamint mind ezeknek szilárd keretet biztosító szakmai-hivatásrendi ideológiával.<sup>7</sup> Sőt, még csak nem is arról van önmagában szó, hogy az intézményesedés valóban fogalmilag tételezi és további intézményi differenciálással megvalósítani is rendeli azt, hogy a jog létrehozatala (j o g a l k o t á s) különváljék a jognak egyedi helyzetekre történő vonatkoztatásától (j o g a l k a l m a z á s). Aminek eredményeként, tudjuk, a jog alkotása és alkalmazása külön tevékenységformákra bomlik szét,<sup>8</sup> miközben tisztán elméleti nézőpontból tekintve ez a különválasztás aligha lehet más, mint pusztán vágytól vezérelt gondolkodás terméke.

Voltaképpen arról a jelen összefüggésben döntő körülményről van inkább szó, hogy a fenti ideologikus előfeltevések szolgál elfogadásával az elmélet a jogot egyetlen összetevőjű jelenséggé lépteti elő. Bármiképpen is magyarázza természetét, végső soron egy önmagában teljességgel mozdulatlan, statikus megnyilvánulássá teszi. Ezzel pedig végeredményben olyan produktummá egyszerűsíti le, ami mozdulatlan, állandó és önmagával azonos képződményként megragadható, mert jellegét illetően nem lehet más, mint pusztán dologszerű.

Itt és most a fenti kérdések kapcsán nem is annyira a jogpolitikai célzatú jogpozitivizmusok látszólag tautologikus leegyszerűsítéseire gondolunk. Nem arra például, hogy „*Das Recht ist das Recht!*” – azaz annak végső kritériuma, hogy mit is kell jognak tekintenünk, magától a jortól függetlenül nem határozható meg. Ehelyett inkább az ideologikus töltetű jogpozitivizmusnak végső számításban a tudományos gondolkodás szabadságát is megszüntető alaptételét kell magunk elé

<sup>6</sup> Vö. a szerzőtől 'Modern államiság és modern formális jog' *Állam és Igazgatás* XXXII (1982) 5, 418–424. o.

idézünk. Minthogy a jogpozitivizmus jogfelfogását kiindulópontként az elmélet is kritikátlanul magáévá teszi, ez az, ami alkalmas arra, hogy úgy láttasson legkülönbélebb vágyakat, mint amiket már beteljesítettek – és mindezt pusztán a megfogalmazás, egy elméletinek tetsző fogalmiasítás erejével érve el.

Egy ilyen alaptétel szerint a *ius* nem más, mint olyan tételezések halmaza, amiket *lex*ként kibocsátottak. Ennek értelmében a jog nem más, mint mindannak foglalata, amit arra rendelt szervek arra rendelt eljárás során jogként létrehozta. Nos, semmi gondunk sem lehet azzal, ha történetesen ilyen véleményünk van a jogról. Csupán tisztáznunk kell, hogy amennyiben ezt egyszerűsített tudományos kiindulópontként is elfogadjuk, úgy előfeltételként szükségképpen el kellett fogadnunk azt is, hogy a jog létrehozatala vagy létrejötte (bármiképpen zajlik is le a valóságban) nem válhat el és nem különbözhet a jog normatív meghatározásától. Márpedig amennyiben a jog nem egyéb, mint olyan dolgok halmaza, amik éppen azáltal válnak a jog részeivé, hogy adott módon hozták őket létre, úgy a jogot valóban nem foghatjuk fel másként, mint önmagában azonos, mozdulatlan, dolgszerű jelenségként, ami önmagában semmiféle mozgást nem mutat – legfeljebb kívülről mozgatható. Mindig adott tehát a jog egysége, azonossága, önmagában vett változatlansága és változhatatlansága. És ez így is természetes, hiszen mi más lehetne a jog, mint pusztán szerszám, amit legfeljebb alkalmaznak – külső erők, készen kapva, a legkülönbélebb helyzetekben, eltérő megoldások reményében.

A kérdés mögött megbúvó KELSENI problematika<sup>9</sup> azért különösen érdekes, mert a jog életét ilyen változatlanságban és változathatatlanságban ábrázolva (amiben bármiféle dina-

<sup>7</sup> Ez az ideológia korántsem egyszerűen hamis tudat, hanem valami egyidejűleg ontológiai jellegű és jelentőségű összetevő – nem más tehát, mint a szóban forgó társadalmi komplexus létszerűen működő összetevője. Vö. a szerzőtől *A jog helye Lukács György világképében* (Budapest: Magvető 1981), II. rész [Gyorsuló Idő].

<sup>8</sup> Vö. Peter Sack 'Law and the Social Sciences' *The Academy Law Review* 11 (1987), 133–147. o., különösen 138–141. o.

<sup>9</sup> Vö. a szerzőtől 'Kelsen jogalkalmazástana (fejlődés, többértelműségek, megoldatlanságok)' *Állam- és Jogtudomány* XXIX (1986) 4, 569–591. o.

mizmus képzete pusztá látszat lehet csupán, külső történések merő visszavetítése), a problematikában rejlő ideologikus kép paradoxonainak és ellentmondásainak felismerésével szükségképpen eljut egy olyan felfogás (módszertanilag nemcsak lehetséges, de a fentiekből egyenesen következő) elismeréséhez, amelynek értelmében – az előbbiekkel szembe futva – a jog éppen befejezetlen, sőt elvileg és gyakorlatilag egyaránt eleve befejezhetetlen. Hiszen ebből a következetesen végiggondolt nézőpontból maga a jog sem lesz más, mint valamiféle intellektuális rekonstrukció terméke – a mindenkori további folyamatok, a továbbépítés mindenkori retrospektív nézőpontjából szemlélve. Másként fogalmazva: a jog immanens rendként történő felfogása (melyben a jogiként tételezés logikai összefüggése önmagát határozza meg jogként) ilyen módon egy olyan felfogáshoz érkezhetik el, amelyikben az egymásra következő jogi aktusok mint jogi események szakadatlan folyamatának egyes szakaszaiból építkezve már magát a jogot folyamatszerűnek fogjuk fel. Hiszen e felfogás szerint már csak egyetlen lehetőségünk van: nevezetesen az, hogy a mindenkori utolsó eljárási lépés fogja kijelölni a jog határait, és ezzel egyidejűleg persze a jog lehetséges összefüggéseinek (ezek rendszerének) szerkezetét is.

Hadd idézzek egy kijelentést, mely a modern jogpozitivizmus egyik alaptételét rejtí magában: „Az írott jogot [...] azért hozták létre, hogy általa ítéljenek, és nem azért, hogy magát a jogot megítéljék. Semmi sem található a jog felett [...], és semmi sem lehet értelmesebb vagy igazságosabb, mint a törvény értelme és igazságossága.”<sup>10</sup> Nos, annak ama mélyen gyökerezőnek tetsző hitét, hogy a *lex* kizárólagos, ráadásul a *ius* tulajdonságaival is rendelkezik, a múlt század végétől már számos irányzat megingatta. (Voltak ezek közt elméletiek és gyakorlatiak egyaránt. Elégséges csupán MAGNAUDnak a „jó bíró” játékterének kimutatásától kezdve a szabadjogi irányzaton keresztül a természetjogi gondolatnak a második világ-

<sup>10</sup>Mourlon *Répétitions écrites sur le Code civil* contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques, 1–2 (Paris: A. Marescq 1846) viii + 903 és viii + 901 o. Id. Léon Husson *Nouvelles études sur la pensée juridique* (Paris: Dalloz 1974) 521 o. [Collection „Philosophie du Droit” 14], 183. o.

háború utáni újjáéledéséig vagy a mai német és amerikai alkotmányértelmezési tanokig ívelő változataira gondolnunk.) Ugyanakkor azt a két előfeltevést, hogy a jog kizárólag olyan szabályokból áll, amiket hivatalosan is a jog összetevőjeként tételeztek, és e szabályok önmagukban is elégségesek mindazon következtetések megalapozására és meghatározására, amik egyáltalán adódnak alkalmazásukból, néhány szórványos előfutártól eltekintve (mint amilyen a bírói logika döntési szerepét kétségbevonó korai megsejtés<sup>11</sup> vagy CARL SCHMITTnek a „konkrét rend” fogalmára építő demokrácia-bírálata<sup>12</sup> volt) elsőként alig két-három évtizeddel ezelőtt próbálta csak megcáfolni egy-egy markáns arculatú elméleti irányzat.

Ezek közül CHAÏM PERELMANNnak az ún. új retorikára épülő érvelésemélete<sup>13</sup> jutott a legmesszebb. Módszertanilag következetesen bejárt úton annak bizonyításához érkezett el, hogy *a)* azok az összefüggések, amik a döntési folyamatban lényegiek, valójában nem logikaiak, sőt teoretikusan sem rekonstruálhatók úgy, mint amik formális szükségképpenséggel állanak fenn; ugyanakkor viszont *b)* az, ami lényegi összefüggés (azaz, mint elméletéből megtudjuk, a döntés premisszáinak érvelés útján történő kialakítása), nem írható le egyetlen alkalmazható szabályok halmazával, mert mindig konkrét helyzethez, az ún. jogalkalmazási szituációhoz kötött. A szituáció pedig mindig megismételhetetlenül egyedi – már csak azért is, mert nem választható el a történéseiben részt vevő hallgatóságtól, konvencionális és egyedi reakcióitól.

Ez a röviden így összegezett PERELMANI jellemzés úttörőnek

<sup>11</sup> M. Polydore Fabreguettes *La logique judiciaire et l'art du juger* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1914) 570 o., 482. o. – id. Wróblewski, 36. o. – szerint például a bírói szillogizmusra történő hivatkozás valójában nem egyéb, mint utólagos racionalizáció.

<sup>12</sup> CARL SCHMITT alapítétele – Carl Schmitt *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburg: Hanseatische Verl. Anst. 1934) 67 o. [Schriften der Akademie für Deutsches Recht] – szerint a „konkrét rend” az egyetlen valószínű fogalom. Ám éppen azért, mert konkrét, csak és kizárólag emberek, nem pedig a törvény uralmának terméke lehet. Ezért tekinti illuzórikusnak a demokrácia eszményét.

<sup>13</sup> Ch[aim] Perelman & L[ucie] Olbrichts-Tyteca *La nouvelle rhétorique* *Traité de l'argumentation*, I–II (Paris: Presses Universitaires de France 1958) 734 o.

bizonyult. Alapvető felismeréseivel elmélete minden későbbi gondolkodást megtermékenyített. Maga PERELMAN ugyanakkor egy pillanatig sem hagyta cserben kezdeti érdeklődését, jelesül annak látszatra nem sokkal kecsegtető ígérését, hogy kizárólag a bíró által bejárt gondolati utat kísérelje meg módszertanilag rekonstruálni. Sem átfogó társadalomelméleti magyarázatra nem törekedett, sem horizontját nem tágította eltérő vagy újabb módszertani hagyományok (hermeneutika, szemantika, szemiotika) irányában. Csúcspontjában így a PERELMANI életmű pontosan annak a magas fokon s különösen módszertani látásmódjában megújult szintézise lett, aminek a tagadásából eredetileg maga is kiindult. Ez pedig a jogi logika volt.<sup>14</sup>

Az, amit az imént ideológiai jogpozitivizmusnak nevezünk, modern világunkban a kontinentális európai hagyományban él legerősebben. Nem véletlen hát, ha az áttörés szüksége is itt fogalmazódott meg a leginkább élesen. Például az angol–amerikai jogi hagyomány mindenképpen számottevően oldottabb volt. Doktriner megoldásoktól idegenkedése például elősegíthette, hogy gyakorlatiasság és életszerűség erőteljesebben járassák át a jogot. Gondolkodási mintája pedig, ami egyébként is távol esett a deduktív levezetés axiomatikus könyörtelenségű szigorától s a bírói megoldások tekintetében alternatívákkal, eltérő megfontolások közötti küzdelemmel eleve számolt, elméleti megújulásra számunkra új irányban hívhatott fel.

Áttöréshez az angolszász világban ez a kérdésfeltevés vezetett: „Szabályok rendszeréből áll-e a jog?”<sup>15</sup> Ám amint a voltaképpen napjainkig változatlanul tartó vitából kiderül, az a gyökeresen bíráló hang, amely RONALD DWORKIN megközelítésében rejlett, a pozitvizmust mindenekelőtt belülről próbálta meghaladni. Ezért a bírói okfejtés teoretikus rekonstrukciója során rámutatott ugyan az angolszász szabálypozitivizmus (AUSTINTÓL HARRIG terjedő) hagyományának belső következet-

<sup>14</sup> Ch[aïm] Perelman *Logique juridique Nouvelle rhétorique* (Paris: Dalloz 1976) 193 o. [Méthodes du Droit].

<sup>15</sup> Ronald M. Dworkin [‘The Model of Rules’ *University of Chicago Law Review* 35 (1967) 14 utányomásaként] ‘Is Law a System of Rules?’ in *The Philosophy of Law* ed. R. M. Dworkin (Oxford: Oxford University Press 1974), 38–65. o. [Oxford Readings in Philosophy].

lenségeire s ebből adódóan a pozitivista válaszok elégtelenségére – a pozitívizmus alapmeggyőződését és szellemét azonban nem kívánta érinteni. Az azóta eltelt közel három évtizeden keresztül megszakítás nélkül zajló vita mai fejleményei ugyan már nyilvánvalóan messze túlmutatnak az eredetileg vitatott kérdéseken, és mostanában leginkább egy újfajta érvelési elmélet és gyakorlat, valamint az ezek nyomában formálódó hagyomány kiépítése irányában hatnak, miközben a bennünket itt és most foglalkoztató problematikával valójában már nem találkoznak. Hiszen a vitát kezdetben sem elméleti szándékok vezették: nem arra irányult, hogy ténylegesen zajló folyamatokat rekonstruáljanak, majd ennek eredményeként a jog természetét újragondolják. Hanem kizárólag arra, hogy meghatározott társadalmi közegben meghatározott társadalmi értékek feltételezésével és alapvetőként történő elfogadásával javaslatot adjanak a racionális diskurzusra, illetőleg a fentieknek megfelelő csatornába tereljék azt.

Mégis, talán az a leginkább paradoxikus (s az előbbi előfeltevések jogi kultúránkba beágyazottságáról is leginkább talán az tanúskodik), hogy – közvetve ugyan, mégis – az az irányzat támogatta leghatározottabban ezen előfeltevések helytállóságát, amelyik – bár jogpolitikai indítékból – a legélesebben követelte ezek meghaladását. Az amerikai jogszociológia ún. jogpolitikai vonulatáról van szó, arról, amelyik a jelenleg is érvényesülő jogi berendezkedés meghaladását egyértelműen jogi formációváltással kívánta elérni. Ennek előkészítésére és indokolására történelmi tipológiákban mutatta be a múltat, jelent s jövőt egyaránt. Nos, ezekben a tipológiákban azzal a természetesen tetsző szemléleti képpel élt, hogy az uralkodó ideológia s a mögötte álló intézményrendszer megkülönböztetetlen egységben szolgálja a kérdéses berendezkedést;<sup>16</sup> ezzel pedig egyúttal hallgatólag kifejezésre juttatta azon véleményét is, hogy a fentiekben szerepet játszó ideologikus célkitűzések

<sup>16</sup> Vö. például Roberto Mangabeira Unger *Law in Modern Society Toward a Criticism of Social Theory* (New York: The Free Press 1977) ix + 309 o., különösen II. fej. és Philippe Nonet & Philip Selznick *Law and Society in Transition Toward Responsive Law* (New York, etc.: Harper and Row 1978) vi + 122 o., elméleti áttekintésben pedig a szerzőtől 'Átalakulóban a jog?' *Állam- és Jogtudomány* XXIII (1980) 4, 670–680. o.

valóságosak, azaz fedezettek a valóságtól. Nem is tűnődtek el azon, hogy valaminek a rendszerkénti működése eleve és csakis a szóban forgó rendszer eredőinek a függvénye lehet. Tehát amennyiben ezen eredők bármelyikét megváltoztatjuk, úgy már ezzel önmagában reformot eredményezhetünk a rendszerben.

Hadd emlékeztessenek e ponton arra, hogy minden eddigi próbálkozás, mely arra irányult, hogy a modern formális jog berendezkedését meginga(tta)ssa (ilyen volt a „jó bíró” ethosának kialakítása, a szabadjogi mozgalom, a formális jogrendszer gondolatának ún. generálklauzulákkal történő fellazítása, „a dolog természete” hivatkozási alapján történő ítélkezés, a természetjogi érvelésnek jogforrási elemként a jogi rendszerbe történő visszacsempészése), egyaránt a jog ideológikus előfeltevéseinek bírálatából vagy elutasításából táplálkozott. Csupán ezek átmeneti helyettesítésével vezethetett olyan jogalkalmazási ethoszok vagy helyzetek elfogadtatásához, amelyek – ilyen vagy olyan tekintetben – alternatíva nyújtásával kecsegtethettek.

## *2. A normaalkalmazás közege*

A jognak a fentiekben vázolt eszményi működése nyilvánvalóként feltételezi, hogy mind a jog jellegét, mind pedig a segítségével elvégezhető műveletek természetét illetően bizonyos további előfeltevésekkel éljünk. Nevezetesen: a jogban olyan tiszta felépítésű, határozott felbontású rendszert kell látnunk, amelyik – éppen rendszeressége, pontosabban: rendszerszerűsége okán – maga kínálkozik arra, hogy bármikor és bármilyen helyzetben alkalmazására kerülhessen sor. Vagyis a jog olyan módon kerül megszervezésre, hogy összetett élethelyzetek elbírálására egyaránt eleve alkalmas tételeket nyújt. Fogalmi kialakításával lehetővé teszi, hogy bármiféle egyedi helyzetre vonatkoztassák. Alapot képez arra, hogy olyan következmények, amik a társadalom által jóváhagyottan a jogászság szerint belőle adódnak, logikai következtetés útján vonassanak le. És ezzel egy teoretikus eszményű keretben, fogalmi közvetlenséggel s szükségképpeniséggel szava-

tolja, hogy az eredmény tárgyszerű, személytelen, ugyanakkor minden ízében előre látható legyen.

Az elméleti vizsgálódás azonban nem igazolja az ilyen és hasonló előfeltevések valódiságát.

*2.1. Konkrét jelentésben aktualizáltság.* Voltaképpen mit értünk jogon, amikor megkíséreljük ismerettárgyként megragadni? Mit gondolunk jognak, amikor valamely érvelésről azt mondjuk: a jog ad alapot s egyben a jog szab keretet neki? Mert nyilvánvalónak tetszik: a jogot nem vehetjük kezünkbe, mint természeti környezetünk tárgyát. Olyan módon, amiként az eget vagy kékségét, nem szemlélhetjük. Világunk sokszínűségére rácsodálkozva, érzékelésünk elemeiből még olyan elemzés útján sem hozhatjuk létre, mint ahogyan például levegőnkől elkülönítve kimutathatjuk az oxigént. Nos, minél tovább kérdezzük, annál inkább közel kerülünk annak zavarba ejtő belátásához, hogy a jogot nem ott s nem egyszerűen környezetünk részeként kell keresnünk. Az, amit jogként ismerünk, valami módon bennem, bennünk, magunkban rejlik. Tehát tőlem és belőlem is való, tőlünk és belőlünk vétetett, mindannyiunkból idegenített el az, amit pedig magunkhoz képest teljességgel külsőként és idegenként vélnünk megragadhatni.

„Minden törvény vagy szabály (a kifejezésnek sajátzerűen adható legtágabb értelemben) nem más, mint parancs.”<sup>17</sup> Nos, első látásra e klasszikusnak tetsző megállapítást teljességgel kielégítőként fogadhatjuk. Ám ha a fenti kételyek megfogannak bennünk, mégis fel kell tennünk a kérdést: mit kell értenünk „parancs”-on, a parancsolás aktusán, és mit azon, hogy ennek eredménye mint „szabály” megjelenik? Vajon abban rejlik-e a „parancs” vagy „szabály” mibenléte, amit benne és/vagy általa objektíválunk? Ennek megfelelően tehát annak tényében, hogy elhangzott, vagy annak mikéntjében, ahogyan szövegbe foglalták? Vagy esetleg pusztán abban, hogy egyszerűen jelhalmazról van szó, amit parancsnak vagy szabálynak nevezünk?

<sup>17</sup> „Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a comanand.” John Austin *Lectures on Jurisprudence Or the Philosophy of Positive Law* (London: Murray 1861), 88. o.

Látnivaló: minél tovább kérdezünk, annál inkább szembe-  
tűnik, hogy a *definiendumot* egyik szóba jöhető *definiens* sem  
tudja körülírni vagy önmagában magyarázni egyértelmű mó-  
don. Nem tudjuk meghatározni a jogot anélkül, hogy egyszer-  
smind hozzá fűződő személyes viszonyunkat is meghatározá-  
sunk elemévé ne tennénk. Mit jelent az, ha például így válaszol-  
ok: a parancs vagy szabály bármely elgondolható körülírását  
az specifikálja csupán, hogy sajtyszerűen normatív? Nos,  
kérdézzünk csak tovább: szöveg-e a jog? Olyan szöveg, amely  
sajtyszerűen normatív? És ha igen, úgy miben különbözik  
más szövegektől? Sajtyszerű normativitását megalapozhatja-e  
olyan körülmény, hogy példának okáért *Hivatalos Közlöny*,  
*Official Gazette*, *Journal officiel* vagy hasonló felírást visel az a  
közlöny, amiben első alkalommal megjelenik?

Ha a fentieket nem fogadjuk el, úgy ezzel beismerjük, hogy  
jöttányit sem jutottunk előbbre. Ám ha elfogadjuk, úgy rögtön  
felvetődik egy következő kérdés: miben nyilvánul meg – ha  
egyáltalán láthatóvá lesz – a különbség akkor, ha a szöveget  
elsőként mégsem itt teszük közzé? Miben eredményez külön-  
séget, ha például lemásolom a szöveget, és jogként immár arra  
támaszkodom? Hová tűnnek az így esetleg megfigyelt kü-  
lönbségek akkor, ha idővel egy másik szöveget teszük közzé,  
amiről azt állítom, hogy felváltja a korábbi?

Úgy tetszik hát, hogy a normativitás is, az általa létrehozott  
sajátos minőség is hozzá való viszonyunkhoz kötődik. Ahhoz,  
hogy milyen helyet foglal el az emberek társadalmi gyakorla-  
tában, mire és miként használjuk azt. „A norma lényege nem  
az – írta HANS KELSEN már első nagy munkájában<sup>18</sup> –, hogy a  
megítélés szabálya, hanem a megítélés olyan szabályának kell  
lennie, amit a megítélés során helyeslő vagy helytelenítő  
ítéletként fognak fel.” Következésképpen bármiként közelít-  
sünk is a kritériumhoz – azonosíthatjuk akár az eredeztető  
parancsolás aktusával (ez az ún. *expresszivist* felfo-  
gás), akár ennek fogalmi kifejezésével (ez az ún. *hyletik* us

<sup>18</sup> Hans Kelsen *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* entwickelt aus der Lehre von  
Rechtssätze (Tübingen: Mohr 1911) xxvii + 709 o., különösen 17. o.

<sup>19</sup> [Eugenio] Bulygin 'Norms and Logic (Kelsen and Weinberger on the  
Ontology of Norms)' *Law and Philosophy* 4 (1985) 2.

felfogás)<sup>19</sup> –, attól válik el a jog a valóság bármi egyéb (számunkra néma) képződményétől, attól lesz tehát hozzánk szóló, hogy nekünk címezetten s általunk elfogadottan gondolati tartalommal, jelentéssel bírónak gondoljuk.

Az tehát, amit normának mondva a jogi érvelés keretként meghatároztunk, önmagában véve pusztán elvont fogalom. Alkalmatlan arra, hogy finomabb elemzések elvégzéséhez alapul szolgáljon. Az elvonatkoztatás ilyen szintjén, amikor a jogot normának mondjuk, egy nem metaforikus nyelvhasználattal vagy értelemben már azt sem állíthatjuk, hogy: a „normát” „alkalmazom”. Ugyanis az, ami elvont fogalom, nem alkalmazható. Pontosabban szólva: az elvont fogalomnak nincs olyan jegye, amit alkalmazhatnánk. Egy általános-elvont norma kijelentését legfeljebb hasonló általánosságú logikai műveletek egyik elemeként kezelhetjük. Ennek megfelelően felhasználhatjuk például arra, hogy belőle kiindulva megkíséreljünk egyedi normákat megfogalmazni. És persze semmiféle akadálya sincs annak, hogy bármilyen okfejtésben érvként hivatkozzunk rá. Annak azonban, amit alkalmazásnak gondolunk – annak tehát, hogy valamely konkrét egyedi helyzetre vetített üzenetét megállapítsuk –, éppen általános természete ellenáll.

Ugyanakkor mai elemzések azt látszanak bizonyítani, hogy – ugyanúgy, ahogyan a fogalom esetében sem valamiféle zárt, egyszersmind élesen megvont határvonalú tartományról van szó – a jelentés sem valamiféle önmagában elégséges, tiszta vonatkozási mezőt jelöl. Csak a naiv realizmus tételezhet olyan fogalomvilágot, amely valamiféle külső valóságnak közvetlenül megfelelne. Olyan fogalomvilágot, ami a külső valóságban megnyilvánuló mozgást, rendeződést, tagozódást közvetlenül tükrözhetné. Olyant, ami önmagában véve is logikailag szükségképpen következtetésekhez vezethetne. Ugyanennyire a naiv realizmus jegyeit mutatja a jelentésvilág minden olyan fogalmi, logizált elképzelése is, amelynek értelmében az érintett jelentés valamiféle már előzetesen egyértelműen meghatározott tartalom és terjedelem körvonalazásában megjelenhetne.

A jelentésről ugyanis tudnunk kell, hogy mindig konkrét. Még ha általánosként fogjuk is fel, ezt csakis valamilyen

konkrét megnyilvánulásából kiindulva, egyedi típusalkotójának általánosítása útján tehetjük. Azt pedig már egyéb vizsgálódásokból tudjuk: annak kérdése, hogy mi válik majd számunkra tipikussá, mi képviselheti majd egyedi és konkrét módon a gondolatilag létrehozott általánost, döntően emberi tapasztalat függvénye. Ezért történelmi koroktól, külső feltételektől, kulturális értékválasztásainktól függően változik. Annak megválaszolásától függetlenül tehát, hogy a fogalmilag leírható tartalommal és terjedelemben mutatkozik-e eltérés, és ha igen, úgy az milyen lesz – nos, mindezekről függetlenül nem ugyanarra fogunk gondolni, ha példának okáért 'szék'-ről szólok egy modern európai, valamint egy hagyományos afrikai közegben; és nem ugyanaz fog megjelenni a 'szín' vagy a 'fehér' társításaként egy egyenlítői s egy sarkkörüli kultúrában. „Egy a 'vallás'-hoz hasonló terminus azáltal nyeri el jelentését, hogy bizonyos 'paradigma'-esetekre (mint például a római katolicizmusra) alkalmazzuk; ezt követően pedig kiterjesztjük más esetekre is, amik nem különböznek túlzott mértékben a paradigmától. Ám azt sohasem mondhatjuk meg pontosan, hogy a különbözőség tekintetében mennyi is a túlzottan sok.”<sup>20</sup>

Ezen túlmenően – de a fentiekből is következően – a jelentés nem valamiféle szubsztancia, mely magának a jelhalmaznak sajátja, vagy ami az írott szövegben, jelhordozóban (és így tovább) mint olyanban rejlik. Amit végül jelentésként nyerünk, csakis egy kommunikációs folyamat terméke lehet. Vagyis nem más, mint egy valaki által kommunikált üzenet megértésére irányuló erőfeszítéseink eredménye. „[E]gy szöveg vagy közlés jelentése nem az, hogy lényegileg micsoda volt a múltban vagy most a jelenben egy adott nyelvi tárgy, hanem a jelentés voltaképpen következtetés arra nézve, hogy mit cselekedett vagy cselekszik a nyelvvel az, aki e nyelven ír vagy beszél.”<sup>21</sup> Ebből következően a jelentés társadalmilag feltételezett. Továbbmenve, nyelvi és kommunikációbeli össze-

<sup>20</sup> William P. Alston *Philosophy of Language* (Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall 1964) xiii + 113 o. [Prentice-Hall Foundations of Philosophy Series], 89. o.

<sup>21</sup> Gerald Graff '„Keep off the Grass,” „Drop Dead”, and Other Indeterminacies: A Response to Sanford' *Texas Law Review* 60 (1982) 3, 405–413. o., 400. o.

függésektől is függ. Végezetül pedig, értékválasztásainktól is meghatározott.

A jelentés alakulása – ha pontosabbak lehetünk: meghatározódása – csak és kizárólag a társadalmi kommunikáció egészébe ágyazottan, a kommunikáció történelmi folyamatának egyik összetevőjeként érthető meg. Hiszen eleve folyamat-szerű. És ebben a folyamatban maga sem más, mint valamilyen „kontinuum – változó állapotokkal vagy tartalmakkal”.<sup>22</sup> Mindaz, ami a jelentés tényezőjeként egyáltalán szerepet kaphat, maga is korábbi folyamatok terméke. És mindaz, ami valamely konkrét helyzetben a jelentésben szubjektív vagy véletlenszerű, maga is korábbi, egyediségükben szintén szubjektív vagy véletlenszerű választások eredménye. „[A] kontextusok, amik értelmezéseket hoznak létre, maguk is értelmezések termékei.”<sup>23</sup>

A jelentés meghatározódásának folyamata így minden szálon a múltban, a múlt tapasztalatainak az emberi emlékezetben történő megőrződésében, és ezáltal folytonosan és folyamatosan jelenné válásában gyökerezik.

Hadd idézzek egy példát: a kategorizálás és a fogalomképzés – bármennyire is a megismerés végeredményének tetszik, vagyis egy magasan fejlett, elvont értelmi tevékenység termékének –, adott szinten maga is kizárólagos és meghatározó kiválasztó lehet. Így változási szerepet játszik például az érzékelés látszólag elemi aktusában is. „Amit láthatunk, már az érzékelést eleve informáló látáskategóriák függvénye, mely kategóriák társadalmiak s egyben konvencionálisak is [...]. A sarkok, mozdulatok, inak és csuklók [...] semleges szótára [...] csakis a mozgás, a kötelékek (és így tovább) elmélete körében gondolható, és ezért kizárólag csak azt írhatja le, amit az elmélet (vagyis az értelmezés) már előre kijelölt neki ahhoz, hogy a leírás számára hozzáférhetővé válják.”<sup>24</sup>

Azok a különböző modellek – mindenekelőtt metaforák és

<sup>22</sup> L. Jonathan Cohen *The Diversity of Meaning* (London: Methuen 1962) xi + 340 o., 268. o.

<sup>23</sup> Stanley Fish *Doing What Comes Naturally Change, Rhetoric & the Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (Durham, N.C. & London: Duke University Press 1989) x + 613 o. [Post-contemporary Interventions], 53. o.

<sup>24</sup> Fish, 82. o.

metonímiák –, amik az ember számára különféle nyelvi-fogalmi sémák konstruálását lehetővé teszik, a valósággal való kölcsönhatásban, megismerésszerű (megismerésre emlékeztető) modellekként formálódnak meg. Ezek a megismerő modellek eszményítettek.<sup>25</sup> Gyakran olyan kulturális képződményekként jelennek meg, amik társadalmi tapasztalatokat öntenek normatív formába.<sup>26</sup> (Ha azt mondom például: 'anya', úgy a szemantikai térben nem csak a magzat mint újratermelt emberi lény fogantatásának, a női szervezetben kihordásának, megszülésének, majd gondozásának és neveltetésnek pusztán biológiai és társadalmi funkciója jelenik meg. Mindezek szervezésében, a mindezek általi és mindezeknek szóló környezet megteremtésében egyszermind megjelenik mindaz a háttér, munka- és szerepmegosztás, vagyis az a biológiailag s utóbb tisztán társadalmilag lehetővé tett többlet is, amit kultúránk, szellemi fejlődésünk kialakított. Így nyomaiban tetten érhetően benne rejlik a matriarchátust felváltó patriarchalizmus, a nagyanyaság, a jogi anyaság, az adoptív, pót- és béranyaság, a genetikus anyaság is, és így tovább.)

Mindez ugyanakkor nem teszi a nyelvet pusztá rekvizitummá. Nem lesz ezáltal a nyelv pusztán múltbeli tények és öröklött helyzetek tárháza, csupasz üledéke. Hiszen a nyelvnek minden egyes eleme, vonatkozása és kapcsolódása konkrét helyzetekhez kötött, azaz szituacionált. Ezáltal egyszermind a nyelv mindig és teljességgel a jelentől is formált. Mert mindaz, amit a múlt történelmi emlékeként vagy tapasztalásként a nyelv a kollektív vagy egyéni emlékezetben megőriz, kizárólag a jelen által kiválasztottan és felhívottan, a jelentől alakítottan és összefüggésbe helyezetten juthat szerephez.

Ebből eredően az, ami volt, és az, ami alakul, szétbogarozha-

<sup>25</sup> „[N]em mások ezek, mint [...] 'népi elméletek', melyek révén az emberek adott kultúrában a mindennapi életük során szerzett különféle *input*okat olyan értelmes formákba [*Gestalt*] szervezik, amik viszonyítják azt, ami 'releváns', mindazt pedig figyelmen kívül hagyják, ami nem 'releváns'." Steven L. Winter 'The Cognitive Dimension of the Agon Between Legal Power and Narrative Meaning' in [*Michigan Law School Symposium on Story-Telling*] [kézirat] (1988) 70 o., különösen 11. o.

<sup>26</sup> Lásd mindenekelőtt George Lakoff *Women, Fire, and Dangerous Things What Categories Reveal about the Mind* (Chicago & London: The University of Chicago Press 1987) xvii + 614 o., valamint Winter, 54–55. o.

tatlanul összefonódik. „[A] létrehozott és a létrehozó közti határvonal immár egybemosódik.”<sup>27</sup> Nincs semmi a nyelvben, ami ne akkor jönne létre, határozódna meg, válna a nyelv elemévé, hozná létre a nyelvként ismert konfigurációt, amikor a beszéd vagy írás, vagyis a kommunikáció aktusa megtörténik.<sup>28</sup> Ebből eredően tehát ezt is kimondhatjuk: nincsen nyelv önmagában sem. Elméleti igazolhatóságra igényt tartva aligha tételezhetünk egy nyelvet „mint elvont formális rendszert, amit [...] csupán – történetesen – emberi kommunikáció céljaira használnak fel”.<sup>29</sup> Következésképpen nem is beszélhetünk nyelvről általában, tényleges használatától elvonatkoztatottan vagy függetlenül. Nem tekinthetünk hát el teljesen a nyelvhasználat múlt- és jelenbeli tényeitől, eseményeitől, emelkedéstől, avagy az ismétlés lehetőségétől.<sup>30</sup>

Amennyiben tehát teljes elméleti leírásra s jellemzésre, és ezen belül ún. analitikus dekonstrukcióra következetesen törekszünk, csakis a következőket mondhatjuk: semmiféle olyan külső korláttal nem rendelkezünk, amire mutogathatnánk vagy amit magunk elé emelhetnénk ahhoz, hogy gyakorla-

<sup>27</sup> James Boyd White 'Thinking About Our Language' *The Yale Law Journal* 96 (1987), 1960–1983. o., különösen 1964. o.

<sup>28</sup> Jelentéssel felruházni? „Valóban, a 'felruházni' szó éppenséggel rossz szó, hiszen olyan kétszakaszos eljárásra utal, amelyben az olvasó vagy hallgató először gondosan szemügyre veszi a kijelentést, majd jelentést ad neki. Azonban [...] egy kijelentéssel nem azt megelőzően találkozik az ember, hogy célja és vonatkozásai meghatározásra kerülnének, hanem ezek ismeretében úgy [...], hogy a kérdéses kijelentés hallásával már meghatároztuk alakját és jelentést is adtunk neki. Más szavakkal, a jelentés meghatározásának problémája csakis annyiban lehet probléma, amennyiben feltesszük, hogy létezik egy olyan pont, amelynél e meghatározás még nem történt meg – és én pontosan azt hirdetem, hogy ilyen pont valójában nincs.” Stanley Fish *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities* (Cambridge, Mass. & London: Harvard University Press 1980), 310. o.

<sup>29</sup> Fish (1980), 106. o.; hasonlóképpen James Boyd White 'Law and Literature: No Manifesto' *Mercer Law Review* 39 (1988), 750–751. o.

<sup>30</sup> A létezés konkrétsága itt csupán lételméleti megállapítás. Nem transzcendentális logikai előfeltevés kérdése tehát, mint az újkantianus módszertani kérdésfeltevés, mely arról szól: milyen tulajdonságokat kell az ismeretárgynak felmutatnia ahhoz, hogy tudományos vizsgálata egyáltalán lehetségessé váljék? A megfogalmazás egyidejű párhuzamosságát SAUSSURE és KELSEN esetében elemzi Peter Goodrich 'Law and Language: An Historical and Critical Introduction' *Journal of Law & Society* II (1984) 2, 173–206. o., 179. és köv. o.

tunkat befolyásolja. Társadalmi méretekben és végső fokon az emberi gyakorlatot csakis maga az emberi gyakorlat cövekelheti körül. Bármiféle külső kényszerítő tekintély híján gyakorlatunkban végső soron csakis magunkat fegyelmezhetjük, befolyásolhatjuk és irányíthatjuk.

2.2. *Nyelvi meghatározatlanság.* Annak felismerése, hogy a nyelv jegyeiként számon tartott tulajdonságok valójában csak a konkrét nyelvhasználatban aktualizáltan léteznek, és legfeljebb csupán a nyelvhasználat összefüggéseinek megfigyelésén nyugvó elvonatkoztató általánosítások termékei lehetnek, nyilvánvalóan érezteti hatását abban a tekintetben is, hogy miként tudunk a nyelvvel, nyelvünk segítségével meghatározásokat elvégezni. Nevezetesen: abban az esetben, ha a jelentés nem más, mint egyfajta kontinuum és egyszersmind a mindenkori tényleges nyelvhasználat konkrét-egyedi vonatkozása, úgy viszonylagos lesz a nyelv révén történő meghatározás is. Aligha lesz több vagy más, mint meghatározatlan általi meghatározás.

Miről is van voltaképpen szó? Dilemmánk alapját az adja, hogy a nyelvből kiindulva nem tudjuk meghatározni, vajon bizonyos jelölések, tárgyak bennfoglaltatnak-e a nyelvi jelentésben, vagy abból ki vannak rekesztve.<sup>31</sup> Más szavakkal kifejezve arról van szó tehát, hogy vannak helyzetek, melyekben a nyelv nem kínál számunkra fogódzót annak eldöntésében, vajon egy egyébként általa javasolt terminust használhatunk-e, vagy sem.<sup>32</sup> Röviden szólva azt kell tehát mondanunk, hogy a nyelv általi meghatározás egyszersmind a meghatározatlanság mindenkori mezejével [*Unbestimmtheitszone*] jellemzett.<sup>33</sup> Annak érdekében, hogy pontosan lássunk, hangsúlyoznunk kell: messzemenően nem az itt a kérdés, hogy vannak-e

<sup>31</sup> Willard von Orman Quine *Word and Object* (Harvard: The Technology Press of The Massachusetts Institute of Technology & New York and London: Wiley 1960) xv + 294 o., különösen 126. o.

<sup>32</sup> Paul Edwards *The Logic of Moral Discourse* (Glencoe, Ill.: The Free Press 1955) 248 o., különösen 150–151. o.; Alston, 84. o.

<sup>33</sup> Vö. Richard Von Mises *Kleines Lehrbuch des Positivismus* Einführung in die empiristische Wissenschafts auffassung (The Hague: H. P. Van Stockum and Zoon 1939) xii + 967 o. [Library of Unified Science, vol. 1], különösen 23–25. o.

és lehetnek-e hiányosságok vagy buktatók a nyelvben. Hiszen azt is tudnunk kell: a modern nyelvfilozófiának korunk tudományfilozófiáját (s így egyebek közt természetfilozófiai világképét is) megrázkódtató áttörése egyebek mellett éppen annak felismerésével következett be, hogy a fenti kérdések helyénvalósága – az, hogy a gyakorlati életünkben előforduló meghatározások voltaképpen meghatározatlan általi meghatározást jelentenek – nem eseti hiányosság vagy alkalmatlan nyelvhasználat következménye, hanem maga a nyelvi közvetítés alapténye. Azaz: minden nyelvi meghatározás első számú jellemzője.

Egy ma már klasszikusnak számító meghatározás szerint „[v]alamily kijelentés akkor határozatlan, amikor a dolgoknak vannak olyan lehetséges állapotai, amelyek tekintetében eredendően bizonytalan, vajon a beszélő – még ha szándékolná is – ezeket a kijelentésben bennfoglaltnak vagy éppen általa kizártnak tekintheti-e.”<sup>34</sup> A lényeg tehát az, hogy vannak határesetek, és ezek között a választás lehetetlen.<sup>35</sup> Annak megállapítása, hogy a fogalom csak önmaga, önmagán kívül viszont semmi mással nem kongruens, már régen megfogalmazódott. Úgyszólván a nyelvfilozófia zászlóbontásával egyidejűleg már megfogalmazták ugyanis mint a természet csakis korlátozott (mert emberi kultúrától közvetített) megismerhetőségének és leírhatóságának alapvető tudományfilozófiai tételét. Mindez persze csupán a leírhatóság elvi korlátozottságát jelenti. Ugyanakkor azonban jelenti az igazság és hamisság kizárólagos kettőssége határvonalainak bizonyos fokú elmosódását s ezzel viszonylagossá válását is.<sup>36</sup> Márpedig tudjuk: minden fogalomban van ilyen értelmű bizonytalan-

<sup>34</sup> C. S. Peirce 'Vague' in *Baldwin's Dictionary of Philosophy and Psychology* 2 (London: Macmillan 1902), 748. o. Id. Max Black *Language and Philosophy* Studies in Method (Ithaca & London: Cornell University Press 1949), 30. o.; és Claudio Luzzati 'Discretion and „Indeterminacy“' in *Kelsen's Theory of Legal Interpretation* in *Hans Kelsen's Legal Theory A Diachronic Point of View*, ed. Letizia Gianformaggio (Torino: Giappichelli 1990), 123–137. o. [Analisi e Diritto 2], különösen 126. o.

<sup>35</sup> Black, *uo.*

<sup>36</sup> Bertrand Russell 'Vagueness' *Australasian Journal of Philosophy* 1 (1923), 84–85. o.

ság. Ez előfordul még a matematika fogalmainak tekintetében is.<sup>37</sup>

Sőt, mi több, e határozatlanság és meghatározatlanság nemcsak szükségképpen jelen lévő, de egyszerűsmind elvileg is kiküszöbölhetetlen. Vagyis mind a határozatlanság, mind a meghatározatlanság a nyelvnek alapvető szerkezeti tulajdonsága. Olyan tulajdonság, ami megmutatkozik a nyelvi működés összhatásában, ezzel egyidejűleg azonban a nyelvhasználat minden elemében és mozzanatában egyaránt. Ezek minden kapcsolódásában és külső kapcsolatában is kivédhetetlenül jelen van. Ez magyarázza, hogy „az első meghatározatlanság kiküszöbölésével nem érünk el többet, mint hogy csupán a még sorjázó többi meghatározatlanságot tesszük láthatóvá. Még ha eldönthetnénk is, hogy a feltételeknek pontosan milyen és melyik kombinációja szükséges és elégséges ahhoz, hogy a kérdéses terminust alkalmazhassuk [...] – nos, ettől még maguk a terminusok, amelyekben e szóban forgó feltételeket megfogalmaztuk, változatlanul többé vagy kevésbé meghatározatlanok maradnak. Lehetetlen tehát arra vállalkoznunk, hogy valamely adott terminusból minden határozatlanságot kiiktassunk; legfeljebb egy aszimptotikus megközelítést remélhetünk.”<sup>38</sup>

Mindez viszont maga után vonja, hogy – már belső szerkezetét illetően is – az észlelés és jelentés kategóriái eleve úgy vannak kialakítva, hogy maga a kategóriához való tartozás is csupán fokozati kérdésként fogalmazható meg. Azt jelenti ez, hogy minden olyan kijelentés igazsága, amelyikben kategori-

<sup>37</sup> Charles Sanders Peirce *Collected Papers* I: Principles of Philosophy, ed. Charles Hartshorne & Paul Weiss (Cambridge: Harvard University Press 1931) xvi + 393 o., különösen 6.496. pont. Id. Cohen, 266. o.

<sup>38</sup> Alston, 91. o. Tisztán szemantikai megközelítésben ugyanarról van tehát szó, amit – pragmatikai megközelítéssel – Friedrich Waismann 'Verifiability' in *Essays on Logic and Language* ed. Antony Flew (Oxford: Blackwell 1951), 117–144. o. az *open texture* paradoxonaként fogalmazott meg. Vö. Varga (1992). Tehát – folytatva az eredeti kifejtést – „midőn fogalmat alkotunk, csakis bizonyos jellegű helyzeteket tartunk szem előtt; következésképpen a fogalom is csak bizonyos eshetőségekkel szemben van felfegyverezve. Mindig találhatunk tehát végtelen számú olyan szintén elgondolható esetet, amelynek tekintetében a fogalom nincs elhatárolva.” Alston, 94. o.

zálás szerepel, eleve – és a legjobb esetben is – legfeljebb csak fokozati lehet.<sup>39</sup>

Mindennek háttérben a fogalmak alapvető felfogását – létrejöttét, kritériumait, szerepjátszását és funkcióit – illető régi dilemmánk áll. Az a hagyomány, amit e dolgozat korábbi helyein naiv realizmusnak nevezünk, s ami a fogalmakat diszkrét, azaz egymástól a maguk valójában elkülönülő valóságelemek gondolati képviselőiként kezeli. A naiv realizmus úgy fogja fel tehát ezeket, mint amik először is a valóság szerkezetét mintázzák, ennek köszönhetően pedig – másodszor – éles, egyértelmű elhatárolást eredményező kritériumokkal rendelkeznek. És éppen azért, mert a valóságnak megfelelnek, egyszersmind olyan közeget is képeznek, amely lehetővé teszi általuk a valóság objektív leírását.

Annak várakozását azonban, hogy a fogalmak maguk is diszkrét, objektíve elkülönülő egységek vagy entitások legyenek, amik egyfelől éles és egyértelműen meghúzható határvonalakkal rendelkeznek, másfelől mint a valóság képviselői, egyszersmind értékközömbösek, objektívek és ugyanakkor valóságszerűek legyenek – nos, egy ilyen értelmű várakozást kizárólag a fentiekben körvonalazottak szerinti naiv realista előfeltevés táplálhatott. Ilyen hagyományt azonban sem a modern tudományfilozófia körében elvégzett formális-logikai rekonstrukció, sem pedig a nyelvfilozófia, megismerés-lélektan, ismeretszociológia vagy tudományfejlődés körében elvégzett nyelvi, lélektani, szociológiai vagy történeti elemzés nem igazol.<sup>40</sup> Amit viszont korunk tudománya igazol, az természetszerűleg nem olyasmi, ami a fentieknek gyökeres ellentéte lenne. Vagyis nem valamiféle szubjektivizmus. Nem valamiféle tetszőlegesség vagy önkény. Nem egy olyan szolipszizmus vállalása, ami végső soron magát a megismerést s megismerhetőséget is tagadja. Hanem közbenső álláspont, mely mindkét szélsőségséget egyidejűleg tagadva jut el a

<sup>39</sup> Eleanor Rosch Heider *On the Internal Structure of Perceptual and Semantic Categories* [kézirat] (Berkeley: University of California Department of Psychology 1971). Id. George Lakoff 'Hedges: A Study in Meaning, Criteria and the Logic of Fuzzy Concepts' *Journal of Philosophical Logic* 2 (1973), 458–508. o., különösen 491. o.

<sup>40</sup> Vö. Lakoff (1989), különösen 2–4. o.

megismerésben az emberi gyakorlat, a szükségletekre irányultság, a társadalmi összefüggés, a kulturális előfeltevések – tehát az ember társadalmi gyakorlatától történő feltételezett-ség és egyszersmind a társadalmi gyakorlatba ágyazottság – felismeréséhez.

Nézőpontunkból szemlélve tehát döntő jelentősége van annak a felismerésnek, hogy az emberi nyelvhasználat – így fogalomalkotásunk is – az emberi szükségletekben, e szükségletek tudatosulásában és kielégítésükre irányuló törekvésünkben gyökerezik. A nyelvhasználat alakulása, a nyelvhasználatban megnyilvánuló személyes emberi választásunk – értelmes módon – csupán a fentiek összefüggési rendszerében magyarázható.<sup>41</sup> Ugyanakkor az, amire hivatkozik, vagyis a valóság, maga is lehetséges mélységében átláthatatlan, s lehetséges kapcsolatrendszerében végtelen olyan totalitás, amelyben bármiféle fogalmi elkülönítéstől képzett, általa mintaként meghatározott éles körvonalú strukturáltság elvileg kizárt, mint amiként eleve kizárt állapotai egymásra következésének fogalmi következésektől mintázott kizárólagosságú vagy szakaszosságú folyamata is. Azaz: mind vonatkozásainak, mind pedig adott helyzetben megmutatkozó konfigurációinak beláthatatlan összetettsége egyaránt kizárja, hogy fogalomvilágunkban – az időleges, egyszempontú, részérdekű, tehát csupán véges céljainkkal igazolhatóan leegyszerűsítő

<sup>41</sup> Cohen, 268. o.; Black, 31. o. „Minden egyes köznévi, minden egyes fogalom lényegében csupán affektív csoportosítás terméke. Tárgyak sokaságában, melyek egymástól még az érzékelés nézőpontjából is jelentősen különböznek, ugyanazt a képességet fedezzük fel – nevezetesen, hogy valamely adott affektivitásunkat, szükségletünket vagy vágyunkat kielégítse –, és ezért e képességen keresztül a valóságos sokaságot is egységre vezetjük vissza.” El[ugenio] Rigano *Psychology of Reasoning* (New York 1923), 109. o. Id. Black, uo. Másképpen közelítve: ha a tárgyakhoz fűződő sajátosan emberi érdeket nem vennénk figyelembe, csakis paradox eredményhez érkezhetnénk; annak felismeréséhez például, hogy – WITTGENSTEIN szavaival élve – a játékokban semmi közös sincs azonkívül, hogy azok, amik játékok, mind játékok. Azaz: elvileg egy család bármely két tagjának sem kell egyetlen közös vonással sem rendelkeznie ahhoz, hogy a család minden egyes tagja ugyanahhoz a családhoz tartozzék, és mindegyikük a családjára jellemző arcvonásokat hordozza. Renford Bambrough 'Universals and Family Resemblances' in *Proceedings of the Aristotelian Society New Series*, LXI (London: Harrison 1961), 207–222. o., különösen 208–218. o.

megközelítéseken túlmenően – bármit valószerűen tükrözthessünk.<sup>42</sup>

Ez az oka annak, hogy a nyelvfilozófiai irodalom határozotlan megkülönbözteti az általunk e keretek közt tárgyalt nyelvi határozatlanságtól a fogalmi általánosságot, valamint a fogalmi kétértelműséget is. Nyelvfilozófiailag szemlélve a fogalmi kétértelműség fonetikai kérdés. Annak kérdése, hogy azonos forma hordoz-e alternatív jelentéseket, tehát egynél több fogalmat. A fogalmi általánosság ezzel szemben a fogalom terjedelmét illető kérdés – pontosan úgy, mint a nyelvi határozatlanság is. Ám amíg a fogalmi általánosság a fogalmi terjedelem egyik lehetséges tulajdonságára, ti. általánosságára utal, a nyelvi határozatlanság bármiféle fogalmi terjedelem szükségképpen vonatkozását, ti. határainak meghatározatlanságát jelöli.<sup>43</sup>

A fenti kettősség – azaz az ember érdekei által történő feltételezettség és a viszonylagos meghatározatlanság – magyarázza, hogy nincsen olyan fogalmi művelet, amely a valósággal szembesítve kizárólagos helyzetet foglalhatna el. A fogalomnak és fogalmi műveleteknek a valósággal szembesítve semmiféle erejük nincsen. Mindebből pedig az következik, hogy logikailag bármennyire helyes vagy érdemét illetően egyébként meggyőző legyen is egy formula, nem fogadhatjuk el egyetlen lehetséges vagy igazolható megfogalmazásként. És mindaz, amit most elmondottunk, a fogalomvilág elemi összetevőire s az ezekkel végzett elemi műveletekre is érvényes. Nincsen tehát olyan pont, amelyre vetítve adott formulánk egyszerre önmagában szükségképpen és ugyanakkor kizárólagos lehetne.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> „Az ismerettárgyak kimeríthetetlen konkrétsága ugyanannyira része a fogalmak meghatározhatatlan változékonyságának és bármiféle egyszeri normaállítás vagy eszményi nyelv nemlétének, mint a leíró terminusok szövegkörnyezetének nyitottsága.” Cohen, 275. o.

<sup>43</sup> Black, 29. o.

<sup>44</sup> „Semmilyen körülmények között sem fordulhat elő, hogy választanunk kellene különféle tárgyak valódi osztályozásának egymással versengő rendszerei között olyan értelemben, hogy egyiküket – bármilyen célt tartva is szem előtt – az osztályozás egyetlen lehetőségeként kellene elfogadnunk. A tárgyak lehetséges osztályozásai ugyanis nem ismernek határt.” Bambrough, 221. o.

Noha igaz, hogy a való életben minden emberi lépés csakis ideiglenes, átmeneti és kísérleti lehet, befejezetté, véglegesé és tökéletessé pedig kizárólag az ember hite, szándéka és elhivatottsága vagy eltökéltsége teheti (miközben – mindezeket akaratlanul is tükrözve – az elfogadás rutin gesztusát ezzel az embert megszépítő, véglegesítő, minden emberit jellemző időlegességből az abszolút tökély önálló világába emelő kifejezéssé is magasítjuk)<sup>45</sup> – nos, annak ténye, hogy cselekvéseinkben óhatatlanul tökéletlenek vagyunk, nem tesz bennünket egyszersmind gyakorlatiatlanná is. Habár elvileg mindaz igaz, amit az igazság korlátozottságáról, a szövegösszefüggések nyitottságáról és lezárásuk lehetetlenségéről az imént megállapítottunk, mégis, gyakorlatában szemlélve a nyelv – azon a síkon, amelyen használjuk, és abból a célból, amelyre használjuk – egészében megbízható.

Ez pedig azt jelenti, hogy fentebbiekben tett fenntartásainknak gyakorlatilag – s végső soron – nincs túl sok értelme. Pontosabban és sarkítottabban kifejezve: vagy egészében van, vagy éppen egészében nincs értelme. Tudniillik az előbbieken megállapított jegyek mindenkor előbukkannak – például formális rekonstrukció megkísérlése esetén. És előbukkanhatnak gyakorlati összefüggésben is, de úgyszólván csak kivételesen – például olyankor, amikor a kérdés határhelyzetként merül fel vagy fogalmazódik meg. S mivel a határhelyzetek is társadalmilag gyakran – és többnyire – tipikusak, annak ellenére, hogy elvileg a bizonytalanság nem küszöbölhető ki, mégis, az elvi határozatlanságok a gyakorlatban nagymértékben használható határozottságra többnyire visszavezethetők. Egyébként pontosan úgy, ahogyan ez az igazság esetében is alakul. Hiszen a leíró megállapítások megítélésére alkalmazott igazságfogalom kritériumát is végső soron ugyanez a gyakorlat alakítja ki és formálja. Ennek megfelelően – annak

<sup>45</sup>Erről az ideologikus kifejeződésről éppen most bizonyítjuk egyébként, hogy voltaképpen – saját magától megfogalmazott s ideologikusan sugalmazott várákozásaival ellentétben – mennyire is gyarló. Hiszen „miközben kifejezésünkben az összhangért és összefüggésért küzdünk, maga a koherencia mindig legfeljebb csupán megkísérelt s tökéletlen lesz, minthogy mindaz, amit mondunk, és mindaz, amik vagyunk, részben pontosan azon környezet függvénye, amelyben élünk, amit mindenkor legfeljebb csak tökéletlenül érzékelünk, s ami mindenkor változik”. White (1987), 1981. o.

ellenére, hogy emberi megállapítása elvileg mindig korlátozott, s megállapítása az ember társadalmi előfeltevéseitől függ – az igazságnak az emberi gyakorlatban felállítható mércéje (mindenekelőtt átlagesetekben) általában megbízható.<sup>46</sup>

Azt a körülményt, hogy a nyelv milyen döntő mértékben gyakorlati meghatározottságú, és mennyire az emberi szükségletek kielégítésére irányult, jól jelzi, hogy a nyelvvel szembeítve minden kérdésfeltevésnek, kritérium állításnak (stb.) csak és kizárólag saját körén belül van értelme s létjogosultsága – legalábbis a nyelvi konvencionális jegyében. Azaz, másként fogalmazva: mindazok a kételyek s a nyelv természetében rejlő korlátok, amiket a nyelvfilozófia megfogalmaz – habár elvileg mindenféle nyelvhasználatra nézve érvényesek –, gyakorlati kételyekként és korlátozásokként mindenekelőtt az elérhető legnagyobb pontosságra törekvő, a formális szimbólumok eszményi nyelvét mintának tekintő tudományos (matematikai, logikai stb.) nyelvekben és nyelvhasználatokban fogalmazódnak csupán meg. A mindennapi nyelv mindennapi rutinhasználatát során többnyire fel sem vetődnek. Hiszen egy olyan igény, ami a fogalmi határok éles megvonására irányulna, eleve mesterkélt lenne. Mert mindannyian tudjuk, hogy a mindennapi fogalomképzés az átlaghelyzetekben történő kommunikációra méretezett, és „valóban, egy ilyen művelet elvégzésének követelését elvileg alkalmatlannak kellene éreznünk”.<sup>47</sup>

*2.3. A logikai következés hiánya a normatív szférában.* A logika régi gondja és nem kielégítően megoldott feladata, hogy kijelölje saját tartományának kereteit.

Ezen belül korántsem új a felismerés, hogy – mindenekelőtt a nyugati társadalomfejlődés racionalizáló ethosának, ebből fakadó formalizáló hajlandóságának és mindebben egy szigorú felépítésű axiomatizmus eszményének köszönhetően –

<sup>46</sup> Cohen, 271–273. o. „A leírást a teljességnek azzal a releváns mértékével ítéljük meg, ami az adott időben elfogadott, és nem az abszolút teljesség valamiféle metafizikus mértékével, ami minden nem befejezetlenül hosszú leírást hiányossá tenné, és ezzel a teljes leírást a halandó lények számára elérhetlenné tenné.” Uo., 274. o.

<sup>47</sup> Black (1949), 32. o.

modern világképünk kezdeteitől (így a kései római–bizánci császárkori kodifikációktól, a teológiai tudás SZENT TAMÁS által elvégzett formába öntésétől, a társadalmi rend isteni eredetének, szerződéses megalapozásának, majd természettudományos világképünknek is a korai megfogalmazásaitól) indulóan szakadatlanul növekvő készletés érvényesült az európai kultúrában arra, hogy a fogalmi kifejtésre túlzottan, akár kizárólagosan hagyatkozzunk. Mindez arra ösztönzött, hogy – a logika eszköztudományával is általánosan elterjedten élve – magukat a társadalmi és emberi gondokat, ezek megválaszolását is egyfajta logizálásra visszavezessük. Az lett tehát követendő mintává, hogy a gondolkodásunkban érvényesülő rendet a fogalmi kifejtésben érvényesített rendre vezessük vissza; vágyainknak, gyakorlati választásainknak indokoltságát is fogalmi levezethetőségükben keressük; és mindazt, ami ebben rendjén valónak és egyszersmind kívánatos alternatívának tűnhet, egyúttal valamiféle logikai szükségképpeniséggel is következő eredménynek – parafrázissal élve: valami egyébként is érvényesülő szükségképpeniség felismerésének – tekintjük.

Talán mondanunk is szükségtelen: ez a paradigmaticusan egészében zárt világkép olyan ideologikus előfeltevéseken nyugszik, amelyeknek egyaránt alkotója a fejlődés egyenesvonalúságára s ebben az emberi fejlődés törvényszerű voltának, a fejlődésben magában megnyilvánuló törvényszerűségnek eszméjére épülő ún. történelemfilozófia, valamint az emberi tevékenység értelmi ellenőrzésének axiomatikus eszményű (tehát a formális gondolati levezetések logikai összefüggésére s ezek rendszerére épülő) mintája is. Sajátos ideologikus töltésének megfelelően azonban ez az eszmény több ponton teljességgel fedezetlen csupasz kívánalmakat takar. Így nem egy tekintetben pusztán vágytól vezérelt gondolkodáson nyugszik; legfőképp az emberi intellektualitásba beépült gondolkodási csapdák támogatják; ennek következtében pedig aligha áll másból, mint merő gondolati kiterjesztésekből, ún. extrapolációkból.

Először is: a bennfoglalás, azaz a fogalmi tartalmazás önmagában nem logikai viszony. Az a művelet, amelynek során valamely fogalom tartalmát és terjedelmét egy másik

fogalom tartalma és terjedelme alá vonjuk, önmagában logikailag nem értelmezhető. Ha például – a „Minden ember halandó / Caius ember / Caius tehát halandó” klasszikus következtetési formulájának körén belül – aziránt érdeklődöm, vajon Caius ember-e, válaszomat nem a logika fogja eldönteni. Okfejtésemhez már előzetesen vagy azt kell tételennem, hogy „Caius ember”, és ennek megfelelően azt kell bizonyítanom, hogy ez a tétel igaz (amihez képest a „Caius ember” tételének mint szillogizmus premisszájának az állítása – logikailag szemlélve – tisztán tautológia). Vagy pedig tételként kell javasolnom annak megfogalmazását, hogy „Caius ember”. Ennek az alátámasztására természetesen számos érvet felhozhatok. Ezeket szembeállíthatom minden olyan lehetségesen elgondolható ellenérvvel, amely cáfolhatja, hogy a „Caius ember” kijelentését tételként megfogalmazhassam. Ez azonban semmiben sem különbözik bármilyen más olyan kijelentő megnyilvánulástól, amelyekkel közös jegye csupán az, hogy önmagában egyiküknek sincs semmi köze a logikához.

A fogalmi „azonosítás [...] nem olyasmi, amire rátalál az ember, hanem olyasmi, amit létrehoz – már pedig ezt csakis okkal teszi”.<sup>48</sup> Következésképpen a fogalmi besorolás sohasem szükségképpen. Nem magától adódik ez, nem is bármiféle gyakorlati összefüggés nélkül történik. Nem olyasmi hát, aminek pusztán egyik teoretikus lehetősége az, hogy ez az összefüggés – történetesen – elméleti jellegű. A logika nem magában e besorolásban rejlik. Logika nem itt, hanem a megkísérelt vagy elvégzett besorolás immár magától adódó vonzataiban van jelen.

A logika nem valamiféle végeredmény. A logika ugyanis egy kijelentésnek s elemeinek a logikai összefüggésével kezdődik. Jelesül azzal, hogy amennyiben ezt és egy másik tételt egyazon összefüggésben egyidejűleg állítok (vagy tagadok), úgy – tisztán logikailag szemlélve – ezekkel az állításokkal (vagy tagadásokkal) bizonyos törvényszerű összefüggések, ún. implikációk járnak. És mindez persze független attól, hogy gondoltam-e rájuk, számoltam-e velük, vagy sem.

<sup>48</sup> Fish (1989), 95. o.

Másodszor: nem bármiféle fogalmi megnyilvánulás tartozik a logika birodalmához. Klasszikus értelemben, szigorúan véve csakis az, ami kijelentés(ek)ből tevődik össze. Olyan tételekből kell állnia, amik leírnak. Ezért és ezzel állítanak. Következésképpen az igaz vagy hamis minőségeinek egyikével szükségképpen rendelkeznek. „Jelentése minden mondatnak van [...]. De nem minden mondat állítás; csakis azok a mondatok állítások, amelyekben vagy igazság, vagy hamisság van. Az imádság például mondat – de nincsen sem igazsága, sem hamissága.”<sup>49</sup>

Szemben tehát bármiféle metaforikus – és hozzá kell tennem: mélyen ideologikus, voltaképpen csak maga a kérdéses metafora körén belül nem teljességgel értelmetlen – szóhasználat, mely a logikát valamiféle külső, járulékos eszközként mutatja, amit tetszésünk szerint szabadon igénybe vehetünk, vagy akár el is dobhatunk (és ilyenről tanúskodik például az olyan szóhasználat, amelynek értelmében például a logikának a jogban történő „tulajdonképpeni”, „sajátságos” vagy éppen „korlátozott” „használatáról” vagy éppen a jognak a logika által történő „meghatározásáról” beszélünk) – és ami végső soron a logika természetének tökéletes félreértése –, a logika voltaképpen nem más, mint az egyidejű és ugyanazon összefüggésben tett kijelentések belső, immanens, formális összefüggésére történő sajátos utalás. Minthogy pedig ez az összefüggés eleve és csakis az egyidejű és ugyanazon összefüggésben tett kijelentésekben – pontosabban: azok kapcsolatában – rejlik, minderről elmondhatjuk, hogy: létezik, fennáll. A szóban forgó összefüggés anélkül adott hát, hogy akarnunk kellene vagy tudatosan számot kellene vetnünk vele. Ilyen módon pedig nincs is mit „használnunk”, „alkalmaznunk” rajta. Hiszen a kérdéses összefüggés kapcsán csupán egyetlen dologban van választásunk: vagy tudomásul vesszük, vagy nem vesszük róla tudomást. De mindezzel csak és legfeljebb magunkról vallunk. Magunkért vagy magunk ellen cselekszünk. Az összefüggés tőlünk teljességgel független; fennálltán pedig jöttányit sem változtathatunk.

Bármiféle kijelentést tehetek, de ennek természetszerűleg a

<sup>49</sup> Arisztotelész *de Interpretatione*, 17a 1.

maga részéről elengedhetetlenül és kikerülhetetlenül vannak formális vonatkozásai. A logika pontosan az ilyen vonatkozások rendszere; pontosabban szólva: a logika nem más, mint maga ez a vonatkozási rendszer.<sup>50</sup> A logika ebből következően nem egyéb, mint sajátos összefüggések – szakmailag kifejezve: konzisztenciák és inkonzisztenciák – jelenléte akkor, amikor mondok (nem mondok) valamit, ami a kérdéses helyzetben a premissza szerepét tölti be, és/vagy mondok (nem mondok) valamit, ami pedig a kérdéses helyzetben úgy jelenik meg, mint következmény.<sup>51</sup>

A logika mindig azokon a pontokon mutatja az összefüggésbe hozatal (pontosan és szigorú értelemben véve: a fennálló összefüggés felismerése és kifejezése) lehetőségét s a kérdéses összefüggés törvényszerűségét, amely pontokat előzetesen – gondolati műveleteink révén, okfejtésünk előrehaladtával, tehát fokozatosan – mi magunk választottuk ki. Vagyis semmiféle készsége, eszköze, lehetősége vagy „szándéka” nincs és nem is lehet a logikának arra, hogy engem velem vagy bármivel kapcsolatban megkössön, gondolati előrehaladásomban gátoljon, avagy gondolkodásom folyamatában bármiben is meghatározzon. A logika nézőpontjából minden egyes elképzelhető választásom – így abban, hogy valamilyen irányú útra térjek, vagy bármely út választása esetén bármilyen eljárást (következtetést vagy okfejtést), bármilyen műveletet válasszak – teljesen szabad. Mihelyt azonban választottam, tudnom kell (vagy legalábbis: tudnom érdemes), hogy minden egyes helyzet – és ennek megfelelően az imént választott új helyzet is – egy neki megfelelő szabályoktól leírt összefüggésrendszer jelenlétét idézi fel; másképpen szólva: a neki megfelelő összefüggési halmaz törvényszerűségeinek felidézésével jár.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> O. C. Jensen *The Nature of Legal Arguments* (Oxford: Blackwell 1957) xv + 166 o., különösen 9. o.

<sup>51</sup> Vö. C. G. Hall 'On the Logic of the „Internal Logic” of Law' *Cambrian Law Review* 15 (1984), 31–39. o., különösen 34. o.

<sup>52</sup> Vö. Georges Kalinowski *Introduction à la logique juridique* *Éléments de sémiotique, logique des normes et logique juridique* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1965) vi + 188 o. [Bibliothèque de Philosophie du Droit 3].

Márpedig az összefüggés önmagában véve nem más, mint elvont általánosság, ezen belül pedig semleges törvényszerűségek sora. Ezekon kívül viszont mindaz, ami bármely adott egyedi helyzetben mint összefüggés megnyilvánul, csak és kizárólag összefüggő állításaimból (pontosan és szigorú értelemben: állításaim összefüggéséből) adódik. Ebben az értelemben el kell mondanunk tehát: a logika tökéletesen arctalan, pártatlan, értékmentes, közömbös közeg. Ami annyit jelent, hogy elmondhatjuk ezt is: „[a] logikában erkölcs nincs.”<sup>53</sup>

Egy olyan gondolkodási mód, amely a tudomány eszményét követi, s ennek megfelelően leíró tételekben fejezi ki magát, nyilvánvalóan arra törekszik, hogy leírása tárgyát a maga sajátosságai szerint leképezze, gondolatilag megmintázza, ennek érdekében bármiféle alternatívát lehetőleg teljességgel kizárjon – azaz egyértelmű, kategorikus megfogalmazással éljen. E leírás két-értékű keretek közt mozog: vagy igaz, vagy hamis; és harmadik lehetőség nem adatik. Azaz az igazság/hamisság párjának egymást kizáró lehetősége még inkább sarkított, mint a „semmi vagy minden!” dilemmája. Hiszen a hamisság nem csupán és egyszerűen az igazság hiányát jelenti itt. Hanem értéksorunkban egyszerűen az ellentétes szélsőséget szimbolizálja. A gyakorlati emberi cselekvés világában nem szokásos az ilyen sarkítottság. Ott általában nem kell törekednünk ilyen szélsőséges kizárásra, egy vagy-vagy választás merev erőltetésére. Gondoljunk csak arra, hogy az ember cselekvő lény, s ezért mindennapi gyakorlatában a gyakorlat emberközpontú lételméleti elsőbbsége érvényesül.

Ez arra utal, hogy a gyakorlat hangsúlyozottan nem megismerő eszményű és jellegű. Következményében pedig mindez törvényszerűen „kizárja nemcsak a tisztán megismerő természetű deduktív megalapozásokat, de a gyakorlati tételek megalapozásának bármiféle egyéb tisztán megismerő útját

<sup>53</sup> Rudolf Carnap *Logische Syntax der Sprache* 2. Aufl. [1934] (Wien & New York: Springer 1968) xi + 274 o., különösen 45. o. Id. Ota Weinberger 'Objectivity and Rationality in Lawyer's Reasoning' in *Theory of Legal Science* ed. Aleksander Peczenik et al. (Dordrecht: Reidel 1984), 217–234. o. [Synthese Library], 223. o.

is.”<sup>54</sup> S ehhez hozzá kell még tennem: a normatív szféra az emberi gyakorlaton belül is nagymértékben sajátos terület. Csupán különös jelenségformájának ideologikus utalásai és felépítése révén<sup>55</sup> – tehát működése ideológiájában, de nem valóságos működésében – mutat a tudomány szférájával bárminemű rokonságot.

A tudományban a dezantropomorfizálás reménytelen vállalkozás, mégis szükségképpen, mert tendenciálisan létszerű. Miközben tehát a tudomány is – a szélesebb értelemben vett emberi gyakorlat bármely területéhez hasonlóan – alapvetően, gyökereit s határait illetően egyaránt javíthatatlanul antropomorf, mégis azért kell sajátos eszközeivel dezantropomorfizálásra törekednie, mert dezantropomorfizáltsága ugyanakkor saját homogeneitására kizárólagosan jellemző, a tudományban folyamatosan megvalósuló egyneműsítést kritériumszerűen meghatározó jegy – az a vonás, ami a tudomány számára egyedül lehetséges és gondolható –, mert kultúránkban itt és most így elfogadott fejlődési irányt jelöli ki.<sup>56</sup> A normatív szférában ez az ideologikus jelenlét kizárólagosan gyakorlati nézőpontú, vagyis funkcionális szerepet tölt be. Nevezetesen – és mindenekelőtt azokban a kultúrákban, ahol a *ius*nak *lex*re történő visszavezetése vagy korlátozása már bekövetkezett – nem más ez, mint a jogon belül érvényesként történő elismerés biztosításának, tehát a jogszerű működés lehetővé tételének (s ezzel a jogműködés hatékonysága alapjai kiépítésének) egyik legfontosabb eszköze. Azaz a jog – minde-

<sup>54</sup> Ota Weinberger 'Analytisch-dialektische Gerechtigkeitstheorie: Skizze einer handlungstheoretischen und non-kognitivistischen Gerechtigkeitslehre' in *Zum Fortschritt von Theorie und Technik in Recht und Ethik* ed. Ilmar Tammelo & Aulis Aarnio (Berlin: Duncker & Humblot 1981), 307–330. o. [Rechtstheorie, Beiheft 3], különösen 317. o. Vö. még uo., 316. o. és Weinberger (1984), 230. o.

<sup>55</sup> Lásd főként Varga (1992), 2.1. és 5.1., s mindenekelőtt a 6.1. pont kifejtésében.

<sup>56</sup> „A valóság visszatükröződésének tudományos módja a megismerésnek mind tárgyát, mind alanyát dezantropomorfizálja. A tárgyat úgy, hogy magánvalóságát lehetőség szerint megtisztítja az antropomorfizmus minden hozzáadásától; az alanyt pedig úgy, hogy valósággal kapcsolatos magatartásával szakadatlanul ellenőrzi saját szemléletét, képzetait és fogalomalkotását abból a szempontból, hogy az objektivitás antropomorfizáló torzításai hol és miként hatolhatnak be a tárgy elsajátításába.” Lukács György *Az esztétikum sajátossága I–II* [Die Eigenart des Ästhetischen] ford. Eörsi István (Budapest: Akadémiai Kiadó 1965), 133. o.

nekelőtt e kultúrákban szükségszerű – eldologiasodásának (eldologiasított felépítésének s eldologiasult működésének)<sup>57</sup> ideologikus alapja és egyben megjelenési formája.

A tudomány annak előfeltevésére s egyszersmind igényére épül, hogy építőelemeit – állításokat és ezek összefüggéseit – a valóság megismerése érdekében szüntelenül ellenőrzik. A tudomány élete tehát abból áll, hogy minden szegmentumában folytonosan megkérdőjelezzik – és szükség esetén mindannyiszor pontosítják, módosítják, újrafogalmazzák s újraállítják. A gyakorlatnak az a területe viszont, amit a jog képvisel, normatív várakozásra épül. A jog tehát úgy épül fel, hogy egyes elemei révén a valóság különféle vonatkozásait s ezek összefüggéseit folytonosan ellenőrzik – azaz minősítik, és normatív úton e minősítéshez kapcsolt következményekben részesítik. Márpedig az ún. zététika és az ún. dogmatika közül nyilvánvalóan csakis az elsőként említett funkciót nevezhetjük megismerő jellegűnek.<sup>58</sup>

Összegzésként tehát megállapíthatjuk: a normatív szférában nem igaz vagy hamis kijelentések, hanem ezek helyében akaratí, azaz legyen-tétel(ezés)ek foglalnak helyet.<sup>59</sup> A tudomány megismerő irányával szemben ugyanis a normatív szféra minden ízében gyakorlati érdekű és szemléletű. Ideologikus burka lehet esetleg dezantropomorf, de mindig s minden ponton emberi szándék vezérli, és közvetlenül emberi szándékot fejez ki. Hiszen csakis arra való, hogy általa cselekedjünk. Az, amit a kijelentések logikájának nevezünk (vagyis az ún. propozicionális szillogizmus logikája), nem egyszerűen megmutat valami lényeges ismeretet a valóságról, de egyszersmind bizonyossá is tesz abban, hogy annyiban, amennyiben tételeim

<sup>57</sup> Vö. a szerzőtől '„Dolog” és eldologiasodás a jogban' *Állam- és Jogtudomány* XXI (1978) 1, 61–81. o.

<sup>58</sup> Vö. Theodor Viehweg 'Some Considerations Concerning Legal Reasoning' in *Law, Reason, and Justice* Essays in Legal Philosophy, ed. Graham Hughes (New York: New York University Press & London: University of London Press 1969), 257–269. o., különösen 261. o.

<sup>59</sup> A norma jellegéről mindenekelőtt a dél-amerikai tudományosságban folytatott vita tanulsága ez. Eszerint a normát – természetének megértése érdekében – vagy közvetlenül akaratí megnyilvánulásra kell visszavezetnünk (ez az ún. expresszivistá felfogás), vagy pedig azonosságát a kifejezését meghatározó ún. deontikus operátorban kell keresnünk (ez az ún. hyletikus felfogás). Lásd Bulygin (1985).

egyenként igazak, úgy a belőlük levont következtetés is igaz lesz. Mégpedig anélkül biztosítja az ilyen eredményt, hogy akarom-e (kellene-e akarnom), vagy sem.<sup>60</sup> Ezzel szemben a normatív szférában sem a norma-tételek halmaza, sem ezeknek tény-tételekkel történő szembesítése nem vezet olyan eredményhez, amelyben bármelyiknek az érvényessége – személyes közreműködés nélkül, erre irányuló akarat híján – átvivődhetne a másikra, megalapozva ezáltal annak érvényességét.

Milyen is hát az az összefüggés, ami a normatív szférában van jelen? És milyen összefüggés az, ami a normatív szférában nincs jelen?

Nos, PERELMAN kedvvel idézett példájával kezdve, a *Talmud* szerint ABBA rabbi a következőket beszéli el: SÁMUEL rabbist zavarta, hogy a szent szövegeket a bibliaértelmezésnek a korabeli gyakorlatban kialakult két iránya, HILLEL és SHAMAI iskolája folyton-folyvást egymásnak ellentmondó értelemben magyarázza. Türelmét vesztve végül is az Éghez fordult, hogy megtudhassa, vajon a szemben álló két fél közül melyik is szólja az igazságot? Ámde az Égből jövő hang azt válaszolta neki: mindkét magyarázatban az Élő Isten ígéje vagyon.<sup>61</sup>

A helyzet tisztázása végett gondoljunk most végig egy másik logikai alaphelyzetet és összefüggést: mi a helyzet az ellentmondással?<sup>62</sup>

Nos, válaszunk az alábbi gondolati felismerésekből fog táplálkozni: ellentmondás a természetben nyilvánvalóan nem fordul elő. A természet – egyszerűen – fennáll, létezik: van.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Vö. Alida Wilson 'The Nature of Legal Reasoning: A Commentary with Special Reference to Professor MacCormick's Theory' *Legal Studies* 2 (1982), 269–285. o.

<sup>61</sup> Seder Moed 2, Erubin 13B in *The Babylonian Talmud* (1935–1948). Id. Chaïm Perelman 'What the Philosopher May Learn from the Study of Law' [*Natural Law Forum* 1966] in Chaïm Perelman *Justice, Law, and Argument* Essays on Moral and Legal Reasoning (Dordrecht, Boston, London: Reidel 1980), 163–164. o. [Synthese Library 142], 165. o.

<sup>62</sup> A következő kifejtésben azon beszélgetéssorozat tanulságaira támaszkodom, amit JOSEPH RAZ professzorral (Oxford, Balliol College) 1988 novemberében a Yale Jogi Karán (New Haven, Connecticut) ráérősen folytathattam.

<sup>63</sup> Vö. P[ierre] M[aurice] M[arie] Duhem *La théorie physique* Son objet et sa structure (Paris: Chevalier et Rivière 1906) 450 o. [Bibliothèque de philosophie expérimentale 2] és Albert Einstein *Geometrie und Erfahrung* Erweiterte Fassung des Festvortrages gehalten an der Preussischen Akademie der Wissenschaftler zu Berlin am 27. Januar 1921 (Berlin: Springer 1921) 20 o.

Abban az esetben viszont, ha két tételt állítok a természetről s ezek egymásnak ellentmondanak, úgy bizonyosan a következő esetek egyike áll fenn: vagy egyiküknek kell hamisnak lennie, vagy mindkét tétel pontatlan. Ugyanilyen összefüggés áll fenn akkor is, ha a következőképpen gondolkodom: amennyiben igaz az az állítás, hogy a fém vezeti az elektromosságot, továbbá igaz az is, hogy a réz fém, úgy anélkül, hogy bármi közöm is lenne mindehhez, vagy akár csak tudnám, hogy mit is jelent 'fém', 'réz' vagy 'elektromosság', mégis biztonsággal előre – eleve – tudhatom, hogy a réz vezeti az elektromosságot. A fontos mindebben annak belátása, hogy ezt az eredményt s ennek biztonságát nem a logika idézi elő. A logika mindebben nem egyéb, mint csupán az alábbi összefüggés csupasz ténye: amennyiben ilyen és ilyen kapcsolat adott, úgy ezzel fennáll egy ilyen és ilyen következtetési lehetőség.

Menjünk azonban tovább: mi a helyzet akkor, ha egyik alkalommal azt mondom valakiről, hogy becsületes, más alkalommal pedig azt, hogy nem? Nos, úgy tetszik, tényleg előállhat ilyen helyzet. Másként szólva: megtehetem ezt, hiszen elképzelhető, hogy okom legyen rá. Magyarázhatja például, hogy megváltozott a tapasztalatom. Magyarázhatja, hogy megváltozott a nyelvhasználatom. Magyarázhatja az is, hogy megváltozott a véleményem. Megváltozhatott a szándékom is, hogy ezt vagy azt mondom. Mondhatok tehát eltérő véleményeket különféle alkalmakkor, mert lehet rá okom. Végtére is én, aki megnyilatkozom, nem elméleti kijelentés vagyok. Hanem lény, egy ember, aki él, és gyakorlatában cselekszik.

Változik-e vajon a helyzet akkor, ha valamire egyszer azt mondom, hogy tilos, máskor pedig azt, hogy nem tilos? Nos, úgy tetszik, tényleg eljárhatok így. Megtehetem, mert okom lehet rá. Időközben változhat a tapasztalatom, változhat nyelvhasználatom. Változhat véleményem, de változhat szándékom is, ami indokolja, hogy ezt vagy azt mondom. Megtehetem hát, mert okom lehet rá. Hiszen saját személyre szabott feladatomban nem más itt, mint hogy éljem életem. Éljek tehát mindazzal, amivel élnem adatott. Éljek hát a nyelvi közlés lehetőségével is. Ezzel élem életem. Márpedig ebben annak

lehetősége is bennfoglaltatik, hogy ugyanazokat a kifejezéseket esetleg eltérően értem. Meg is változtathatom véleményemet. Sőt, az is előfordulhat, hogy amennyiben úgy tetszik, visszatérően változik a véleményem, esetleg nem is álláspontom változik, csak egyszerűen nem tudom kifejezni magamat. És az is előfordulhat, hogy ez nem feltétlenül saját hibámból van, hanem a nyelv tökéletlensége okán. Előfordul hát, hogy képtelen vagyok úgy fogalmazni, hogy mindez különféle – s részben időben is változó – álláspontjaimat a maguk összetettségében egyértelműen tükrözze.

A való életben tehát a nyelvi közlés lehetőségei tekintetében csupán annyi a dolgom, hogy kellő okkal cselekedjem, és közléseim a szándékoltnak megfeleljenek.

A logika kizárólagos megnyilvánulási terepe ugyanis nem az emberi közlés, hanem a nyelvileg kifejezettnek gondolati rekonstrukciója.

Amennyiben tehát a valóságos élet közlésbeli eseményeiben ellentmondást vélek felfedezni, úgy ez korántsem jelent szükségképpen többet vagy mást, mint ami akkor áll elő, amikor a természet esetében teszem ezt. Üzenete csupán ennyi: azt, amit fogalmilag kifejeztem és gondolatilag formalizáltam, olyan módon fogalmaztam meg, hogy logikai rekonstrukciójában ellentmondásra vezetett.

Nos, ha így van ez, úgy mondhatom-e ezek után, hogy valami tilos, és mégsem tilos? Mondhatom-e például: írva vagyon, hogy az ilyen és ilyen ház elidegeníthetetlen? Mondhatom-e: írva vagyon az is, hogy a kamra az ilyen és ilyen ház része? Mondhatom-e ugyanakkor ezt is: az előbbiekből elmondottakból mégsem feltétlenül következik, hogy a kamra elidegeníthetetlen? Nos, bármennyire meghökkentőnek tetszik is első látásra, a válasz mégis: igen.

Vegyünk egy látszólag távoli példát, hogy az összefüggések természetét jobban érzékeljük: ha például áramvezetésről teszünk kijelentést, úgy az áramvezetés összefüggésében kizárólag az lesz antropomorf jellegű, hogy a kijelentés kommunikációs aktusa s a kijelentéstől hordozott üzenet intellektuális tartalma a kijelentés aktusában rejlő emberi alkotó közreműködés nélkül nem létezhetnék. Azonban az, ami ebben logikai – azaz maga az összefüggés ténye –, az emberi jelenléttől,

személyes szándékunktól teljesen független. Akkor ellenben, amikor normát tételezek, minden megfordul. Ebben az esetben ugyanis (túl a normarendszer s a normákból előálló rend kizárólag általunk, emberek által történő eldologiasító felfogásának eldologiasodott látszatain) semmi sincs, ami független lehetne az ember intellektuális eszközökkel mesterségesen felépített világától s ennek mindenkori emberi újratermelésétől; ami független lehetne saját személyes életünktől. Nincs benne tehát semmi, ami önmagában a logikai összefüggés erejével állhatna fenn.

Példánkhoz visszatérve: ha csupán annyit mondok, amennyi a két előbb idézett normatív kijelentés (újra)tételezésének felel meg – vagyis egyfelől: a ház elidegeníthetetlen, másfelől pedig: a kamra a ház része, és a kamrát mégis elidegeníthetőként fogalmazom meg –, nos, az első két normatív megállapítás érvényéből nem az utóbbi érvénytelensége következik. Ami valóban következik, az valami más. Például csupán egy olyasfajta körülmény, hogy a saját normatív okfejtésemben döntő szerepet játszó összes érvet valamely okból nem hoztam nyilvánosságra. Vagy pedig a mindennapi gyakorlatban szokásos értelem szerint következtelen módon cselekedtem. Hiszen egyébként, ha ez számomra valóban fontos, úgy kellően mély és meggyőző erejű indoklást adhatok arról, hogy ugyanannak a normatív rendnek, melynek az idézett két normatív tételezés tagja, a kamra elidegeníthetőségéről szóló normatív tételezés miért szintén a fentiekkel összeférő konzisztens tagja. Sőt megindokolhatom azt is, hogy utóbbi állításom miért illik össze az előbbiekkal anélkül, hogy mindezzel egyidejűleg esetleg akár jótányit kellene változtatnom már idézett két első tételezésem.

Mesterkéltséggel és mélységesen romlott az a világkép, amely a gyakorlati értelem világát az elméleti rekonstrukció világának leegyszerűsítő rontott másaként fogja fel. Hiszen a gyakorlati értelem nem más, mint az élő gyakorlatban megnyilvánuló értelem. Nyilvánvaló, hogy HILLEL ezt nem sajátíthatja ki magának. De nyilvánvaló az is: HILLEL még ahhoz sem ragaszkodhat, hogy kizárólag SHAMAI-jal ossza meg a terepet. Mert ugyanabban a normatív rendben kialakíthatok, indokolhatok, megvédhetek olyan normatív tételezés(ek)e)t is, amely sem

HILLEL, sem SHAMAI gondolkodásából vagy érveléséből nem következnek. Érvelési módomat, mely az övékétől eltér, akár velük versengő irányra is fejleszthetem. Aminthogy – rövidebb vagy hosszabb távon – elérhetem azt is, hogy ezek bármelyikének a közösségünkben (kizárólag vagy részlegesen) elfogadott érvényessége (így HILLEL és SHAMAI egyébként kultúrateremtő megoldása is) elenyésszen.

Tudnunk kell tehát, hogy norma (vagy normák) érvényéből önmagában – a közhittel, így egyebek közt az európai pozitívisztikus jogi kultúra meghatározó doktrinális alaptételeivel ellentétben – nem adódik más norma (vagy normák) érvénye. Sőt, az érvényesség „átvitelében”, vagyis a kérdéses norma (újra)tételezésében rejlő alapvetően konstitutív közreműködést azáltal sem küszöbölhetem ki, vagy tehetem fölöslegessé, hogy például a klasszikus logika mintájára a normatív rendben az ellentmondás kizárásáról normát előzetesen magam tételezek. Hiszen még ekkor is legfeljebb ahhoz nyújthatnék fogódzót, hogy a fenti nyitott érvelés helyett egy formális, normatív hivatkozásra nyugvó zárt okfejtés is elégséges legyen.

Logikai nyelven kifejezve: mindez csupán annak beismerése és immár tudatos vállalása, amit a tudománylogika deontikus irányja fél évszázaddal ezelőtt egyszer már bebizonyított.<sup>64</sup> Ez pedig nem más, mint annak állítása, hogy a normatív szférában egyáltalán nincsen logikai viszony. Ennélfogva a normatív szférában nem lehetséges fellogikai következés sem.

<sup>64</sup>J. Jörgensen 'Imperatives and Logic' *Erkenntnis* 7 (1937–1938), 288–296. o.; Karel Englis *Die Lehre von der Denkordnung* [Malá logika: Věda myšlenkově rádu (Praha: Melantrich 1947) 511 o.] (Wien: Springer 1961); Karel Englis 'Die Norm ist kein Urteil' *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* I. (1964), 305–316. o.; Hans Kelsen *Allgemeine Theorie der Normen* hrsg. Kurt Ringhofer & Robert Walter (Wien: Manz 1979) xii + 362 o. Vö. még Ota Weinberger 'Logic and the Pure Theory of Law' in *Essays on Kelsen* ed. Richard Tur & William Twining (Oxford: Clarendon Press 1986), 187–199. o., különösen 191. és köv. o.



# KITEKINTÉS

## A jog és korlátai

ANTONY ALLOTT A HATÉKONY JOGI CSELEKVÉS HATÁRAIRÓL\*

### I. A JOG TÚLFEJLETTSÉGE

Sokasodnak a jelzések századunkban, melyek az állami feladatvállalás növekedéséből, az állam növekvő mindenhatóságából fakadóan a túlzott jelenlét, a túlzásokba vitt ellenőrzés és befolyásolás diszfunkcióira, az állam egyre önálló-sultabb, mert egyre inkább önmagát gerjesztő és önmagát egyre bővítettebben újratermelő működésének a veszélyeire utalnak. Az igazgatási folyamatok tényleges társadalmi mozgatórugóin tűnődve már fél évszázada is jajkiáltásként hangzottak ROSCOE POUND szavai: „Még ha tökéletesen szándék-talanul is, a többségi vélemény immár egy adminisztratív abszolutizmus irányába mutat, mely persze csupán egyetlen szakasza a világszerte növekvő abszolutizmusnak. Környezetünk alaphangját olyan eszmék szabják meg, amelyek szerint a jog hamarosan eltűnik, és a társadalomban nem találkozunk többé joggal, vagy kizárólag egyetlen jogot ismerünk majd: az adminisztratív rendelkezéseket a törvény helyében. Olyan tanok vesznek körül bennünket, amelyek szerint jogosultság nem is létezik, s maga a jog csupán fenyegetés a mezítelen állami erőszakkal, és így maguk a szabályok és elvek sem lehetnek semmiképpen sem mások, mint legfeljebb babonák vagy kegyes vágyálmok. Végezetül, napjaink számos elmélete

\* Készült az elmaradottság és modernizáció összefüggéseit a Magyar Tudományos Akadémia Szociológiai Intézetében vizsgáló program felkérésére: *A jog és korlátai* Antony Allott a hatékony jogi cselekvés hatáiról (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Szociológiai Intézete 1985) 34 o. [Elmaradottság és modernizáció: Műhelytanulmányok] és *Állam- és Jogtudomány* XXVIII (1985) 4, 796–810. o.

szerint bármi jog, amit hivatalosan tesznek, s ezért minden hivatalosság jognak, tehát a jogászság bírálásától immár érintetetlennek minősül.”<sup>1</sup> KARL SCHUMACHER pedig, mint tudjuk, aforisztikus erővel már egyenesen a MARXISTÁKHOZ intézte szavait: „Ha MARX közénk jönne, a Tőke helyett bizonyosan az Államot tanulmányozná.”

És valóban: társadalomtudományi gondolkodásunk látszólagos fejlettsége ellenére még csak kevéssé mértük fel, hogy maga a modern technikai eszköztár mennyiben lehetett sugalmazója vagy egyenesen kiváltója egyébként tisztán társadalminak tekintett fejleményeknek. Például: vajon a könyvnyomtatás feltalálásával elérhetővé váló tömegszerű írástermelés mennyiben alakíthatta a reformáció politikai küzdelmeinek arculatát és kimenetét? A ponyvaszerű, olcsó, igénytelen, de nagy példányszámban közrebocsátott füzetes kiadványok elterjedése az elégedetlenség és a forradalmasító tanok népi szétsugároztatásával mennyiben készíthette vagy segíthette elő a francia forradalom győzelmét? A buldózerek és más, önmagukban semleges technikai készségek megjelenése mennyiben tette lehetővé az iparszerű népirtás e századi iszonyú formáinak előre megtervezhető és zökkenőmentesen végrehajtható tudatos politikai cselekvésként való elterjedését? Avagy az írógép, a gyorsnyomtatás, a sokszorosítás és a távközlés egyre bővülő kommunikációteremtő és információterjesztő lehetőségei mennyiben ösztönözhetik az igazgatási testületeket új elhatározásokra és cselekvésekre, a közszférában lappangó társadalomjobbító törekvéseknek az igazgatás medrébe történő terelésére és a jognak a társadalmi reform kizárólagos eszközeként való igénybevételére?

E felvethető kérdésekre gondolva nem véletlen, ha a jog eszközével célzott modernizáció megkérdőjelezi önmagát, s ennek során már elvégzett modernizációs kísérleteket is vallatóra fog, mégpedig nem íróasztal mellől, vagy a reformpolitikák optimizmusát tükröző hivatali megnyilatkozásokra támaszkodva, hanem terepkutatásokkal tisztázva: bekövetkezett-e, és ha igen, úgy milyen változás a társadalom szövetét

<sup>1</sup> Roscoe Pound 'For the „Minority Report”' *American Bar Association Journal* XXVII (1941), 678. o.

képező mikroközösségek gyakorlatában? Nos, a terepen szerzett mindennapi tapasztalatoktól a kételyeket is rendszerbe szedő elméleti szintézishez vezető út megtételében úttörő szerepet játszott ANTONY ALLOTT. A londoni egyetemen működő keleti és afrikai tanulmányok iskolájában sok évtizede kezdte pályáját mint a brit gyarmatosítói befolyást szenvedő afrikai területek hagyományos jogának, jogmodernizációs lehetőségeinek és az Afrikát illető brit döntéseknek és befolyásolásoknak szakértője. Az általa szerkesztett első tanulmánykötet<sup>2</sup> az önálló jogfejlődés útjainak megtalálásában igyekezett tájékozódni és segíteni, míg második tanulmánykötete<sup>3</sup> a már önállóvá vált területek joga térképének megrajzolására volt hivatott. Ugyanakkor jelent meg első,<sup>4</sup> majd egy évtizeddel később második<sup>5</sup> saját kötete. Írásaiban a hagyományosnak a modernizációs célzattal, mesterségesen bevitt újjal történő szembesülését, küzdelmük esélyeit, az érintett társadalmi és jogi értékek sorsát igyekezett felvázolni. A következő évtized terméseként ezért különösen érdekes e monografikus műben testet öltő összegzés.<sup>6</sup> Részben azért, mert szemléletét, jogi világképét illetően nem más ez, mint a jogi afrikanisztika kemény tényeivel vívódó tudós részéről az angolszász jogi gondolkodás számos hagyományának mint pusztán katedra jellegű, életidegen és öncélú szemléletmódnak a meghaladása. Részben pedig azért, mert a nemzetközi irodalomban is az elsőként mutatja ki (ráadásul rendszeres összehasonlító történeti vizsgálódások eredményeként) a jogreformeri szándék mögött meghúzódó eszköz oly gyakori vonzását és túlsúlyba kerülő csábítását, s ezzel a reformszándék aufkléris musba hajló fedezetlenségét, sőt kudarcában a jog korábban megszerzett presztízsének is rombolását.

Az utóbbi évtizedben már mások is kimutatták a polgári és a MARXISTA gondolkodói hagyományban egyaránt elterjedt, puszt-

<sup>2</sup> Antony Allott *The Future of Law in Africa* (London: Butterworth 1960).

<sup>3</sup> Antony Allott *Judicial and Legal Systems in Africa* (London: Butterworth 1962).

<sup>4</sup> Antony Allott *Essays in African Law* (London: Butterworth 1960).

<sup>5</sup> Antony Allott *New Essays in African Law* (London: Butterworth 1970).

<sup>6</sup> Antony Allott *The Limits of Law* (London: Butterworth 1980).

tán előfeltevésektől megalapozott előítéletességet, csupán az enciklopédizmus korának felvilágosultságától támogatott fedezettséget. LEOPOLD POSPÍŠIL szintézise<sup>7</sup> például a primitív s a nem európai jogi kultúrák fejlődésének összehasonlító tanulmányozása alapján egy a jog ténylegesen betöltött funkciójából kiinduló képet vázol, s ennek során a külső, mesterkelt modernizálással szemben a szerves fejlesztés követelményét hangsúlyozza. ALAN WATSON pedig<sup>8</sup> az ókortól napjainkig különféle jogi kultúrák jogfejlesztési módjainak esettanulmányok tükrében történő tanulmányozása alapján jut arra a következtetésre, hogy a jogfejlődésben ritkán van új lelemény, eredeti megoldás, tehát a jogfejlődés többnyire a múltban vagy másutt már alkalmazott megoldások átvétele, új összefüggésbe helyezése, saját jogunk eszköztárába történő illesztése útján megy végbe. Végezetül pedig PHILIPPE NONET és PHILIP SELZNICK<sup>9</sup> a jogra mint eszközre irányuló történelmi tipológia alapján következtetnek a polgári s a szocialista világban közös nyugati gyökerű jogeszményünk és jogi világmépünk meghaladottságára és diszfunkcionalitására, valamint egy kevésbé formális és külsőleges, ám a konkrét ügyekben nyerhető szakértelemre jobban alapozó, s így a társadalmi igényekre is érzékenyebben reagáló jog kívánatosságára. E háttérrel talán kellően érzékelhetjük ALLOTT összegzéséből a szemléletmód frissességét, s egyúttal tán kiábrándító hatását is a vérmesen jogújító reményekből.

<sup>7</sup> Leopold Pospíšil *Anthropology of Law* (New York: Harper & Row 1971). Vö. a jelen szerzőtől 'Antropológiai jogelmélet?' *Állam- és Jogtudomány* XXVIII (1985) 2.

<sup>8</sup> Alan Watson *Legal Transplants* (Edinburgh: Scottish Academic Press 1974). Vö. a jelen szerzőtől 'Jogátültetés, avagy a kölcsönzés mint egyetemes jogfejlesztő tényező' *Állam- és Jogtudomány* XXIII (1980) 2.

<sup>9</sup> Philippe Nonet & Philip Selznick *Law and Society in Transition* (New York: Harper & Row 1978). Vö. a jelen szerzőtől 'Átalakulóban a jog?' *Állam- és Jogtudomány* XXIII (1980) 4, újraközölve in Varga Csaba *Politikum és logikum a jogban A jog társadalomelmélete felé* (Budapest: Magvető 1987), 468–488. o. [Elvek és utak].

## II. ALLOTT A JOGRÓL ÉS KORLÁTAIRÓL

### A) A jogi jelenség felfogásai

A jogi norma ALLOTT szerint hipotetikus-kondicionális állítás. A norma tehát bizonyos helyzetben tanúsított bizonyos magatartáshoz bizonyos következményt kapcsol, ámde ezt nem előre látja, csupán szándékoltnak s ezért a normatív rendszeren belülinek nyilvánítja.<sup>10</sup> A jogi formákról és lehetőségekről, intézményekről és eljárásokról, sőt a jogi elvekről történő rendelkezés is visszavezethető hipotetikus kondicionális normákra, ezek sűrített kifejezésére.<sup>11</sup> A jogszabály élhet erős (például „A nem igazolható emberölés minden körülmények között tilos!”) és gyenge (például „Ha a »jobbra hajts!« szabályát kimondtam, akkor a bal oldalon történő közlekedés immár tilos!”) kíváncsolommal; élhet erős (például „A társas kapcsolat előnyök nyújtásával bátorított formája a házasság”) és gyenge (például „Egyéb tilalom hiányában az öngyilkosság vagy a normálisnak tekintettől eltérő szexuális kapcsolat nem tilos”) engedménnyel egyaránt.<sup>12</sup>

A máig egyeduralkodónak tetsző felfogással szemben a jogszabálynak sem a kötelezőség, sem a kötelezettség nem fogalmi eleme. Sem olyan tulajdonságként nem fogható meg, mint amellyel a jogszabály valóban rendelkezik, sem olyan motívumként, amely indokolná a jognak engedelmeskedő magatartást. A magatartás azért felel meg a jogszabálynak, mert az emberek ezt érdekükben állónak látják, vagy mert hozzászoktak ahhoz, hogy így cselekedjenek.<sup>13</sup> E fogalmakra egyszerűen nincs szükség: kidobhatók a jogi magyarázat hajójából – mint ahogyan (az ún. OCKHAM-borotva jegyében) Isten feltételezett léte is zárójelbe tehető, amennyiben e világunk valamely dolgának megértéséhez tételezése valójában nem okvetlenül szükséges. Ismeretes, hogy a skandináv realizmus, s ezen belül ALF ROSS jutott legtovább e fogalmi hagyomány leépítésében, mikor *Tû-tû*<sup>14</sup> tanulmányában egy

<sup>10</sup> Allott, 17. o.

<sup>11</sup> I. m., 19–22. o.

<sup>12</sup> U. o., 47. o.

<sup>13</sup> U. o., 40. o.

<sup>14</sup> 'Tû-tû' in *Festschrift Ussing* (Kobenhavn: Nyt nordisk forlag 1951).

primitív jogrendszer példáján levezetve kimutatta a 'jogosultság' és 'kötelezettség' tisztán posztulált jellegét: egy összetett társadalmi és pszichikai interakciós és interkommunikációs folyamatban bizonyos pólusokat fogalmiasító, s ezzel elvont-egyneműsítő ökonomikus kifejezésre történő leegyszerűsítést. Ross tehát csupán az ellen harcolt, hogy a fogalmi ökonómia természetessé válásából magát a gondolkodást (tehát a problémaérzékelést és problémamegközelítést) meghatározó szűrő képződjék. A jogi 'kötelezettség' fogalma egyébként is perszonalifikál, aktív cselekvővé avat egy ember által mesterséges úton, gondolatilag képzett eszközt. „A jogszabály – véli ALLOTT – nem kényszeríthet ki cselekvést; senki sem kényszeríthető valami megtételére csupán egy jogszabály által; semmiféle jogszabály nem kényszeríthet adott módon való cselekvésre, még ha szankció kíséri is. A jogszabály legfeljebb cselekvésre készíthet – rendelkezése, meggyőzése vagy sugalmazása révén. Ez a készíttetés [...] büntetésből, jutalmazásból vagy helytelenítés hiányából egyaránt állhat. Így a gyilkosságot tiltó (negatív parancsot adó) jogszabály nem állítja le a gyilkosságok elkövetését; csupán a tilalma ellenére cselekvőket bünteti. Az adott tevékenységet, például engedély beszerzését előíró (pozitív parancsot adó) jogszabály csak annyit közöl, hogy nélküle cselekvésünk érvénytelen, esetleg szabálysértésnek minősített magatartást megvalósító lehet. Még a fizikai kényszerítés sem elégséges. Ilyenkor sem mondhatjuk el, hogy a jog bárkit bármire kényszeríthetett volna. Még a »Hagyd el azonnal az országot, vagy ki leszel toloncolva« rendelkezése sem kényszeríthet senkit az ország elhagyására. Hiszen ha nem távozik, fizikai kitoloncolása, vagyis a határon történő áttétele sem változtat helyzetén, hiszen ez esetben is fizikai elmozdítása folytán, nem pedig a jog kényszerítő ereje okából hagyta el az országot.”<sup>15</sup> A fizikai kényszergyakorlás egyébként is csak a szankció bekövetkezését segíti elő. „A jog csupán meggyőz. A meggyőzés igencsak erős lehet, ha például fegyvert tartanak a fejünkhöz; ám a visszautasítás lehetősége mindenki számára adott.”<sup>16</sup> Ebből

<sup>15</sup> Allott, 45–46. o.

<sup>16</sup> I. m., 250. o.

pedig következik, hogy a jog mindenekelőtt a jövő befolyásolására alkalmas; a múlttal s a kialakult jelennel dolga egyáltalán nincs.<sup>17</sup>

Habár a jog sajátos összetevői – normák, intézmények, eljárások – mind elvonatkoztatások,<sup>18</sup> célszerű a jogot mindenekelőtt sajátos kommunikációs rendszerként kezelni.<sup>19</sup> Ezzel többletapparátust nyerünk ahhoz, hogy kibocsátói és felvevői problémákat is kellően értelmezhesünk. A kibocsátás oldaláról például a kibocsátás aktusának jelentőségét – attól függetlenül, hogy az üzenet tartalmilag mennyire újszerű,<sup>20</sup> a felvevő oldaláról pedig azt, hogy mit értékel üzenetként – attól függetlenül, hogy valóban mit bocsátottak ki.<sup>21</sup> Az üzenetátvitel tekintetében tehát lehetővé teszi a kód szerepének értékelését. Így lehetővé teszi, hogy az üzenetre a tényleges magatartásból következtessünk, ám vitás esetben s végső soron ez nem iktatja ki az artikulálás szükségességét,<sup>22</sup> és ezzel a nyelvi kifejezés konkrét jelentésének nyelvi és társadalmi környezetétől függését.<sup>23</sup> „A nyelv egyetlen elemének sincs rögzített jelentése [...], minthogy minden terminus jelentések vagy funkciók egy vagy több nyalábjával rendelkezik. Minden nyaláb közepén megtalálható a könnyen felfogható és azonosítható jelentésmag; ám e mag körül ott találhatjuk a funkciók meghatározatlan héjterületét, mely minél távolabb áll a magtól, annál teljesebb bizonytalanság jellemzi.”<sup>24</sup> Ez pedig megalapozza annak szükségességét, hogy a jogot folytonosan adaptáljuk terminusainak (például „gondoskodási kötelezettség”) újrameghatározásaival,<sup>25</sup> valamint kontextuális értelmezése révén. Végezetül a kommunikációelméleti megközelítés lehetővé teszi a kibocsátó, felvevő vagy átvivő oldalán jelentkező zavarok értékelését, s annak is nyilvánvaló szükségét, hogy ilyen zavarok esetén az üzenetet javított módon újra

<sup>17</sup> I. m., 41. o.

<sup>18</sup> Uo., 7–8. o.

<sup>19</sup> Uo., VIII. fej.

<sup>20</sup> Uo., 9. o.

<sup>21</sup> Uo., 10. o.

<sup>22</sup> Uo., 11–12. o.

<sup>23</sup> Uo., IX. fej.

<sup>24</sup> Uo., 36. o.

<sup>25</sup> Uo., 101. o.

kibocsáttassuk, redundánsan (tehát akár egyébként szükségtelen és ismétlésszerű többletinformációk bevitelével) meg erősíttessük, illetőleg folyamatos visszacsatolással a kommunikáció sikerét ellenőriztessük.<sup>26</sup>

Mivel találkozhatunk azonban a valóságban? A háborús idők falragaszaitól és szórólapjaitól eltekintve a társadalom számára többnyire még a nyílt jogalkotás is teljességgel ismeretlen marad, nem beszélve a bírói gyakorlatban vagy igazgatási diszkrécióban megbúvó jogalkotási formákról.<sup>27</sup> A szabályozó befolyásolás elvileg egyébként is három részből áll: formális normaalkotásból, a gyakorlatba ültetésre hivatott mechanizmus létrehozatalából, és a hatások rendszeres ellenőrzéséből, illetve – nemkívánatos hatások esetén – a módosító mechanizmusok működésbe léptetéséből. Ezzel szemben mindennapos tapasztalat Angliában és bárhol a világon, hogy nagyszerű jogszabályokat ünnepélyesen útra bocsátanak – oly játszi örömmel és felelőtlenséggel, mint ahogy a gyermek újtára bocsátja léggömbjét: hadd lebegjen és érjen oda, ahová csak kíván. A jogban azonban mindez növekvő bizalmatlansághoz vezet. S a hitelvesztés nemcsak a fejlődő világra jellemző: munkajogi területen bekövetkezett már Angliában, adójogi területen Franciaországban, a sebességkorlátozásban pedig úgyszólván mindenütt.<sup>28</sup> Hogyan is lehetne másként? A visszacsatolásnak bármiféle intézményes formájával még a nyugati demokratikus berendezkedésekben sem találkozhatunk. Ami pedig mégis rendelkezésre áll, az közvetett és csekély hatékonyságú (például csupán a választási rendszer működése által elért eredményen keresztül érvényesül), túl általános és meghatározatlan (például adott törvényre nem konkretizálható), és mindig megkésett (például legfeljebb választási időszakban érvényesíthető). Svájcban és Kalifornián kívül alig találkozhatunk törvény kibocsátásában vagy hatálytalanításában megnyilvánuló közvetlen népi közreműködéssel vagy a felelősök közvetlen visszahívhatóságával. Angliában persze ott a *jury* szent hagyományú intézménye, ahol a

<sup>26</sup> I. m., 13. o.

<sup>27</sup> Uo., 75–76. o.

<sup>28</sup> Uo., 38–39. o.

nép egyszerű fiai döntenek bűnösségről vagy polgári igényt megalapozó jogcím megítélhetőségéről. Nos, a *jury* hatékony vétója valóban megakadályozhatja idegen értékek bírói védelmét vagy saját értékek bírói üldözését. Ám ha ez jogilag biztosított működési kereteken belül zajlik is le, mégis a kérdéses ügyeket rendező jog gyakorlati tagadásával történik. Ezek fényében pedig még az oly magasztalt brit kormányzat is legfeljebb felelőtlen hatalmi csoportosulásnak minősül.<sup>29</sup>

A modern formális jog a társadalmi fejlődéssel egyszerűen nem tud lépést tartani. Ha megrajzolnánk a jog kívánatos és elfogadható progresszív és konzervatív szerepének határait, kiderülne, hogy a jogváltozás iránt igény csak akkor fogalmazódik meg, amikor regresszív szerepjátéka e konzervatív határt már jócskán túllépte. Ekkor azonban a formális jogváltozás már ugrásszerű lesz: olyannyira előre ívelt, hogy bizonyos időn keresztül a progresszív szerep még elviselhető határát óhatatlanul túl fogja lépni.<sup>30</sup> A jogfejlődés tehát mindenképpen a lemaradás és előrerohanás szélsőségei közt csapdos, s a társadalom kiszolgáltatott marad akkor is, ha a jog már új korában is életidegen megoldásokkal él (például ha a fiatalok bűnözőkről szóló angol törvény törvényi vélelemmel élve a 16 éveseket is szülőktől neveltnek tekint).<sup>31</sup>

A jog önállónak tetsző élete ugyanakkor korántsem zárja ki, hogy nálánál nagyobb hatalmak játékszereként vergődjék. A munkajogi szabályozás kudarca már tétellel emelte, hogy „a jog hatékonysága mindenütt sokkal nagyobb mértékben függ a szakszervezetektől, mint amennyire a szakszervezetek függenek a jog hatékonyságától. Ugyanakkor a szakszervezetek hatékonysága olyan erőktől is függ, amelyekre befolyást sem a szakszervezet, sem a jog nem gyakorol.”<sup>32</sup> A szervezett vagy szervezeti ellenállás tehát tömegességénél fogva eleve semmissé teheti a jogot. Még egy elenyésző – ám eltökélt – kisebbség is törvényromboló hatást válthat ki (Nagy-Britanniában például néhány szikh elszánt szembeszegülésével elérte a

<sup>29</sup> I. m., 69–71. o.

<sup>30</sup> Uo., 72. o.

<sup>31</sup> Uo., 99. o.

<sup>32</sup> O. Kahn-Freund *Labour and the Law* 2nd ed. (London 1977), 10. o. és Allott, 83. o.

bukósíások viselését előíró törvény hatályon kívül helyezését). Ugyanakkor még utólag is megállapítható, hogy a munkaügyi viszonyokban és törvényi rendezésükben (1971) önmagában semmi sincsen, ami szabályozásukat elviselhetetlenné tenné. Csupán az adott feltételek közt érvényesülő erők összjátéka úgy alakult, hogy a szabályozás melletti erők nem érvényesülhettek az ellenzőkkel szemben – legalábbis olyan eszközök igénybevétele nélkül, amelyek alkalmazását viszont a közvélemény nem fogadta volna el.<sup>33</sup> Ugyanakkor tiszta spontaneitás is elégséges ahhoz, hogy például – ugyancsak Nagy-Britanniában – a közúti közlekedésről szóló törvény (1972) néhány rendelkezését semmissé tegyék. Itt jogilag nem is annyira a tömeges – a résztvevők talán 90%-át jellemző – szabálysértés ténye az érdekes, mint inkább az, hogy a hatóság ezt – hallgatólagosan bár, de következetes gyakorlatával mégis a jog egyfajta biztonságát teremtve meg – tudomásul veszi. Hiszen a parkolási tilalom megszegésének csupán otromba eseteiben kezdeményeznek eljárást; a lakott területek 48 km/órás sebességkorlátozásánál pedig csak az egyharmadával történő túllépés eseteiben állapítanak meg szabálysértést.<sup>34</sup> Ez viszont már jelzi: a *jury* ténykedésében, a kisebb bűnügyekben ítélkező laikus békebírácoknak a felek belenyugvása folytán többnyire végleges döntéseiben, a rendőrségi nyomozás és vádemelés társadalmi fékjeiben (a várható siker és bizonyítékelfogadás mérlegelésében, a társadalmi visszhang figyelembevételében obszcenitás esetén, vagy jogellenes sztrájk-őrőség jogellenes állítása alkalmazásával) olyan bizonytalanító tényezők jelennek meg, amelyek a jog valóságát messze eltávolíthatják tételezett kívánalmaitól.<sup>35</sup>

ALLOTT hangvétele már-már szarkasztikus lesz, mikor a nyugati jogi gondolkodás sztereotípiáit szembesíti a primitív jogi kultúrák többnyire alábecsült értékeivel. Mint ismeretes, a nyugati gondolkodás megkísérli formális intézményekhez (például HART a törvényhozáshoz, ROSS a bírósághoz) kötni a jog létét. E formális intézmények mögött azonban meghatáro-

<sup>33</sup> Allott, 24. o.

<sup>34</sup> I. m., 85–87. o.

<sup>35</sup> Uo., 90–93. o.

zott tartalom rejlik (a „törvényhozás” mögött „jogi normák jóváhagyott vagy elismert kibocsátója”, a „bíróság” mögött „az ügyek elintézésére autoritással rendelkező jóváhagyott vagy elismert személy vagy intézmény”, a „hivatalnok” mögött pedig olyan „személy, aki társadalmilag jóváhagyott szereppel rendelkezik a társadalom ügyeinek igazgatására”), ezek pedig egyetlen ismert ősi vagy primitív társadalomból sem hiányoznak. A legprimitívebb társadalmak közül a főnöki tisztséget ismerő *tswana* törzsnek Afrika déli részén olyan szabályozó hatalma van, amelyik törzsi gyűlésen, a törzs egyetértésével hozza a törvényeket. A főnöki hatalmat nem ismerő *kikuyu* törzsben – a mai Kenya területén – generációs évjáratok szerint hivatalba lépő öregek tanácsa működik, mely (a római prétorokra emlékeztető módon) hivatalba lépésekor mindig újra rögzíti a számára mérvadó eljárást majd megszabó törvényeket. Csupán a legkisebb társadalmakban (a Kalahári sivatag *busman*jainál vagy a közép-afrikai erdőségek törpenövésű törzseinél) kérdőjelezhető meg ilyen intézményes tartalmak léte – ám nem rendezetlenség vagy anarchia okán, hanem éppen azért, mert rideg létfeltételeik egységes magatartást szabnak, és a kívülálló normásértést vagy normáról folytatott vitát egyszerűen nem tud érzékelni.<sup>36</sup> Mindez persze nem véletlen: ezek az emberek és közösségeik lét és nemlét határmezsgyéjén élnek, tartalékot képezni nincs módjuk, egymás közvetlenségében s közvetlenül egymásra utaltan tudják csak életüket újratermelni. Következésképpen nem is élhetnek merev, változatlan szokásrendben: mindenkor változó környezetüktől oly közvetlenséggel függenek, hogy normáik bármikori követését és módosítását is kizárólag közösségileg – tétként pusztá túlélésüket tartva szem előtt – kell megfontolniok.<sup>37</sup>

Ez magyarázza, hogy a primitív jogban ily hallatlan mértékig közösségi ügy a jog. Már maga a jogalkotás is közösségi aktus: a *kikuyu*hoz közel álló *embu* törzsnél a vallásos ceremónián kihirdetett törvény elfogadását a jelenlévők lassú ritmikus tapsa jelzi.<sup>38</sup> A közösség közvetlen részvétele pedig

<sup>36</sup> I. m., 52. o.

<sup>37</sup> Uo., 61. o.

<sup>38</sup> Uo., 69. o.

még kifejezettebb konfliktusfeloldás esetén, hiszen a vitában álló feleknek egymáson túl a közösségre is figyelemmel kell lenniök, nehogy túl méltánytalannak vagy makacsnak bizonyulva, közösségük támogatását elveszítsék. A mai tanzániai *arusha* jogszolgáltatásra a kompromisszumokra irányuló hajlandóság,<sup>39</sup> a *kikuyu* jogszolgáltatásra pedig a normaalkalmazás szabadságának tágassága<sup>40</sup> jellemző. Szokásjoguk ezért társadalmi szükségleteiket aktualitásukban s mindenkor aktualizálódó mozgásukban tükrözhetette,<sup>41</sup> míg csak ezen népek fejlődési útját az Európából érkezett mesterkéltn modernizációs programok szervesen fejlődési pályára nem terelték. Egyetlen példa minderre: a közösségi jog mögött – végső fenyegetésként – a kiközösítés állott, mely végső hatásában az érintettek csaknem biztos pusztulásával volt egyértelmű. A „béke, rend és jó kormányzat” gyarmati követelményének civilizációs felsőbbsege azonban ezt hatályon kívül helyezte. Most az, aki közösségéből kiszorul, egyszerűen átlép egy új, mesterségesen előállított közösségbe: elvergődik a legközelebbi városig, hogy munkát találjon, vagy ott a munkanélküliek számát növelje – vagyis a gyarmati közigazgatás nemcsak egy kegyetlennek hitt szankciót szüntetett meg, de ezzel a primitív jog egész építményét megrendítette.<sup>42</sup> E törzsi közösségi gondolat egészen a társadalmi szerződésig ívelhet. A kelet-afrikai szomáliaiaknál a *'heer'* egyaránt jelent szokást, szerződést és jogot. Eredeti jelentése az a kötél, amit nomád ősük használt a kunyhók tetőzete lekötéséhez. A törvények is így kötnek és mindenki akaratából megőriznek. Hiszen törvényeiket valóban társadalmi szerződésként hozták, minden felnőtt férfi általános egyetértésével, kimerítő megvitátást követően.<sup>43</sup>

### B) A jogi jelenség határai

Mindezek után végül is hol vonhatjuk meg a jogi jelenség határait?

<sup>39</sup> P. Gulliver *Social Control in an African Society* (London 1963), 241. o.

<sup>40</sup> H. E. Lambert *Kikuyu Social and Political Institutions* (London 1956), 118. o.

<sup>41</sup> Allott, 72. o.

<sup>42</sup> I. m., 64. o.

<sup>43</sup> Uo., 96–97. o.

Mindenekelőtt azt kell belátnunk, hogy az érvényesség nem más, mint pusztán absztraktum: következménye, és nem előzménye a jog bizonyos felépítésének, így hát nem is egyetemes kritérium. Ezen túlmenően „az érvényesítés kutatásában egyik normától a következőig haladva végül olyan ponthoz érkezünk, ahonnan tovább már nem léphetünk. A piramist idéző elképzelés [...] aligha megfelelő. A jogrendszer olyan rendszer, amelynek eltérő részei kölcsönösen lezárják egymást, visszacsatolódnak olyan módon, hogy végül már egyértelműen meg sem állapíthatjuk minden esetben, hogy melyik a felsőbb és melyik az alsóbb hierarchikus szinthez tartozó norma. Ugyanakkor mégis állíthatjuk, hogy a jogrendszer elkülönülő egész, mely hierarchikusan vagy cirkulárisan önmagát zárja, és ezáltal maga teszi érvényessé saját rendszerén belül elemi összetevőit. És mi teszi érvényessé magát a rendszert, e szerkezetet? Bármilyen is, ez nem lehet rendszeren belüli. Hiszen az érvényesség kérdésével kilépünk a rendszerből, s egy másik világba lépünk. Tudniillik a rendszer létezik. Ám hogy miért, ez csak a történelem vagy a szociológia kérdése lehet, és nem a jogé.”<sup>44</sup>

Mindebből ismét az következik, hogy a jogot végső soron alkotásának vagy hitelesítésének társadalmi elfogadása minősíti.<sup>45</sup> Ez pedig tovább vezet egy paradox következtetéshez: „Adott jogrendszer összefüggésében a jog nem más, mint maga a végső hatalom.” A megalapozó norma tehát mindenképpen a hatalomtól ered, bármilyen önkényesen szerzik is meg vagy gyakorolják. Az ilyen vagy olyan módon létrejött jog hatékonysága ugyanakkor az engedelmességtől függ. És a népnek módja van arra, hogy bármely jogot megfosson hatékonyságától, s a hatalmat frusztrálttá tegye – akár egy abszolutisztikus berendezkedésben is.<sup>46</sup>

A gyakorlat visszacsatolásaként értelmezhető a *desuetudo* hagyománya. Ez a klasszikus római, de a hindu, sőt az afrikai jogban is valamely jog nem gyakorlásához hatálytalanítást kapcsol.<sup>47</sup> Mert a jog gyakorlati hatása iránti érdektelenség, illetve a

<sup>44</sup> I. m., 24. o.

<sup>45</sup> Uo., 247. o.

<sup>46</sup> Uo., XI. fej.

<sup>47</sup> Uo., 251. és 304. o.

hatásnélküliségbe történő belenyugvás úgy is értelmezhető, hogy a hivatalos jogalkotó tényező alternatívaként elfogadta a tételezettől eltérő magatartási mintát. Ezzel pedig a jogrendszert máris megkettőztük: rendszeren belüliként elfogadtuk a tételezettek ellentmondó, ám a hatósági és társadalmi gyakorlatban mégis ténylegesen követett normák rendszerét.<sup>48</sup>

Ezzel ALLOTT közel kerül ahhoz, hogy tisztán technikai értelemben cáfolja az olyan ideologisztikus vélekedéseket, amelyek például a szovjet jog jogi jellegét arra hivatkozva próbálták kérdésessé tenni, hogy bizonyos döntési helyzetekben nem jogi megfontolásoknak enged elsőbbséget a jogiak helyett. Nos, ALLOTT szerint a jog társadalmi minőségét a jogrend kívánalmait háttérbe szorító álnormák eluralkodása s a diszkréció általánossá válása döntően befolyásolhatja – jogi jellegét azonban nem érinti. Minimumfeltételként a jogrendszer jogi jellegéhez egyetlen norma is elég: egy olyan normáé, amely meghatározza, hogy ki gyakorolhatja a diszkréciót. Avagy, mint LEWIS CARROLL (*Alice Csodaországban* című klasszikus művében) írja: a királynő krikettjátékában a játékosok ugyan hihetik, hogy krikettet játszanak. A királynő parancsaiból s azok végrehajtásából azonban rá kell jönniök, hogy a királynő játékát játsszák. Támadhat bennük értetlenség, a szabály lehet számukra homályos – ám mindez nem változtat azon, hogy játék ez is, szabályokat is mutat, noha csupán egyetlen szabály (tudniillik minden további szabály megállapítására a királynő jogosult) van, ami előre rögzített s látható.<sup>49</sup>

### C) A jog és társadalmi kötöttségei

A jog kontextuális kötöttsége – melynek értelmében mindenkor konkrét jelentése csakis fogalmi-instrumentális és társadalmi-politikai összefüggéseiből bontható ki – kellően magyarázza, hogy ALLOTT számára a jogátvitel inkább inspirációs forrásként, semmint erőszakolt programként lehet hosszú távon sikerre vezető.<sup>50</sup> Példája ennek LORD DENNING érvelése a *Nyali Ltd. v. Attorney-General*<sup>51</sup> ügyében az *East Africa Protectorate*

<sup>48</sup> I. m., 252. o.

<sup>49</sup> Uo., 255–256. o.

<sup>50</sup> Uo., 99. o.

<sup>51</sup> *Nyali Ltd. v. Attorney-General* [1956] 1 QB1, [1955] 1 All ER 646, CA, at 16, 653.

*Order in Council* (1902) 15. szakasza kapcsán: „A rendelkezés szerint az angolszász jogot »csak annyiban kell alkalmazni, amennyiben a helyi körülmények szükségessé teszik«. Úgy vélem, e bölcs rendelkezést liberálisan kell értelmezni, hiszen annak bevallása ez, hogy az angolszász jogot nem lehet egy idegen területre minden további nélkül alkalmazni. Az angol joggal sem különb a helyzet, mint az angol tölgygel: nem lehet átültetni az afrikai kontinensre s még azt is elvárni, hogy Angliában megszokott keménységét is elnyerje. Átültették ugyan, ám igencsak gondos figyelmet igényelve – nos, ez a helyzet az angolszász joggal is.”<sup>52</sup> Az inspiráció pedig mindig önkéntes; még esetleges szolgai követése is legfeljebb részleges. Angliában a radikális válási reformtörvényt (1969) egy, illetőleg két év múltán azonos szöveggel ismétlik meg Nigériában, illetőleg Ghanában. Az angol kezességi törvény (1976) amerikai újításokat követ, a joggyakorlatban a házassági jog bomlása s a rendőri eljárások törvényességi szigorítása szintén Amerikát példázza. Angliának a múlt században Brit-India (például a bizonyítási jogban), a századfordulón Skócia (például a büntetőjogban) kínált, jelenleg pedig Ausztrália és Új-Zéland (például a vétkesség nélküli felelősségben) kínál mintákat. Az angol kereskedelmi jog ugyanakkor úgy indulhatott világhódító útjára, hogy a *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*<sup>53</sup> ügye nyomán rögzítették a szerződő felek számára mérvadó jog választhatóságát.<sup>54</sup> A jogátvitel sikere így a hatásokat illető várakozástól függ. Kötelező és egyedül elismert cselekvési programként felfogva nagyok a kudarc esélyei. A társadalmi élet jövőbeni fejlődése számára jogilag biztosított s előnyben részesített lehetséges cselekvési mintát nyújtó modellként kezelve azonban hosszú távon még a programként kudarcot valló kezdeményezések is megtermékenyítő, fejlődést alakító szerepet tölthetnek be.<sup>55</sup>

Eltérő normarendszerek konfliktusáról szólván elsőként a jogrendszerek ütközése említendő. TACITUSTól tudjuk: CLAUDIUS a szenátussal megváltoztatta Róma törvényét, hogy

<sup>52</sup> I. m., 110. o.

<sup>53</sup> *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* [1939] AC 277, PC.

<sup>54</sup> Allott, 115–120. o.

<sup>55</sup> I. m., 113. o.

nőül vehesse unokahúgát, AGRIPPINÁT. Noha a katolikus egyház ugyanezt 1064-ben megtiltotta, ismeri a zsidó s ismeri az *ibu* jog is (a mai Nigériában). Nos, nagybácsi és unokahúg a szefárd zsidó rítus szerint házasságot kötött Egyiptomban. Utóbb Angliába költöztek, ahol a feleség angol bíróság előtt kérte házasságuk érvénytelenítését. Az angol jog az egyiptomi jogra hivatkozott, ez pedig a zsidó vallási közösségek jogára, mely az ilyen házasságot érvényesnek tekinti. A *Cheni v. Cheni*<sup>56</sup> ügyben SIMON bírónak meg kellett állapítania angol jogelvként, hogy „a kereszténység általános, bár nem teljesen egyetemes összegegyezése szerint egy ilyen egyesülés vérfertőzésnek minősül”. Mindazonáltal – folytatta, bizonyítva a kivételmegállapítás lehetőségét – „túl finnyás lenne a bírói lelkiismeret, ha visszariadna egy házasságtól, mely elfogadhatónak minősül számos – mély vallási meggyőződéssel rendelkező, büszke, erkölcsi mértékkel bíró, magas civilizációjú – nép számára”.<sup>57</sup>

Vallási normarendszerekkel történő ütközéskor vagy a normarendszerek egységének feltétlen igénye, vagy történelmileg változó feladatmegosztás áll fenn. Az egységigényre példa az iszlám, mely vallást, jogot, erkölcsöt egynek tekint, sőt a modern szekuláris jogot – közjogot és büntetőjogot – is a *Shari'at*ól megkülönböztetettnek, noha azon belül állónak fogja fel. A muszlimok saját jogrendszer igényével lépnek fel akkor is, ha kisebbségben vannak. Átfogó elismert közösségként különálló, bár alárendelt jogrendszerüket megtarthatják (például Brit Kelet-Afrikában, Észak-Nigériában vagy Szudánban); egyébként perszonális jog címén nyerhetik el különállásukat (például Brit-Indiában); elenyésző szórványként pedig jogok ütközésére hivatkozva megfelelő kapcsolóelv felhívásával érvényesíthetik jogukat.<sup>58</sup> A történelem iróniájaként ugyanakkor immár Anglia is megismerheti a vallási sovinizmus erejét. Hiszen bevándorló muzulmánjaiknak vallásszabadság elismertetésére irányuló alkotmányos követelése különálló jogi státusuk és különálló jogrendszerük elismerteté-

<sup>56</sup> *Cheni v. Cheni* [1962] 3 All ER 873, at p. 883.

<sup>57</sup> Allott, 123–124. o.

<sup>58</sup> I. m., 141–142. o.

sét is magában foglalja.<sup>59</sup> A másik oldalon a kereszténységnek kizárólagosan saját jogrendszere sohasem volt. Mai jelenléte nemes hagyománnyá egyszerűsödött. Utolsó töredéke ennek az istenkáromlás [*blaszfémia*], melynek ősi büntetőjogi tilalma ma is hatályos. A múlt században még perek tömege zajlott. A századvégen egy bírói döntéssel a büntethetőséget az izgatás és közbotrányokozás határán álló cselekményekre szűkítették („trágár és megbotránkoztató támadás a kereszténység, a Szentírás vagy a szentség jegyét hordozónak tekintett személyek vagy tárgyak ellen, melyben kimutatható a közösség átfogó része érzelmeinek meggyalázására irányuló szándék”<sup>60</sup>). Párhuzamosan ugyanakkor a védett tárgyat illető tágulás is bekövetkezett. A legújabb értelmezések<sup>61</sup> a korábban katolikus gyökerű tilalomból minden vallási érzés meggyalázását szankcionáló, s így a közrendet és faji kapcsolatok egyenlőségét is biztosító általános eszközt formálták.<sup>62</sup>

Az erkölcs a harmadik lehetséges terület. „Mert hiszen igazságosság nélkül mi egyebek is az államok, mint szervezett rablóbandák?” AUGUSZTINUSZ kérdésfeltevése<sup>63</sup> nyomán ALLOTT felveti: ha az állam anélkül vet ki adót, hogy céljait és az alkalmazott eszközöket kellően igazolná, erkölcsi nézőpontból nem esik előnyösebb elbírálás alá, mint a szegények által elkövetett rablás.<sup>64</sup> Ha pedig olyan területet kell szabályozás alá vonnia, amit az erkölcs is szabályoz, kettős választása lehet. Vagy a közösségi erkölcsnek megfelelően tilt vagy parancsol, vagy a közösségi erkölcsöt csupán a tiltás kerülése erejéig pártfogolja, a cselekvő személyes választására bízva a döntést (például az abortusznál vagy a homoszexualitásnál addig megy el, hogy nem mond ki általános tilalmat).<sup>65</sup>

A jog kötöttségei leginkább a jognak a társadalmi átalakítás szolgálatába állításakor mutatkoznak meg. A társadalmi

<sup>59</sup> I. m., 143–147. o.

<sup>60</sup> Per Lord Coleridge, CJ, in *R. v. Ramsay and Foote* [1883] 15 Cox CC 231, at 232.

<sup>61</sup> Például Lord Scarman in [1971] 1 All ER 898, at 921.

<sup>62</sup> Allott, 143–146. o.

<sup>63</sup> Augustinus *De civitate Dei*, IV. fejelet.

<sup>64</sup> Allott, 154–155. és 157. o.

<sup>65</sup> I. m., 147. és 158. o.

mérnökösködés úgyszólván a joggal egyidős. AUGUSTUS két törvényben (*lex Julia* [i. e. 18] és *lex Papia Poppaea* [i. sz. 9]) a szerzési képesség [*ius capiendi*] korlátozásával sújtotta a családtalanokat, illetőleg a gyermekteleneket.<sup>66</sup> A mindenható állam eszményét<sup>67</sup> azóta is számtalanszor feltalálták, s ez az elitizmus eszményével<sup>68</sup> párosulva gyakran kísértett arra, hogy reformátorok és fantaszták a társadalom életének jogilag megszabott utakon új irányt adjanak. A modern állam megnövekedett feladatköre olykor tragédiába vagy komédiába fordul, amikor államiságukat éppen most próbálgató volt gyarmatok hátrányos helyzetüket gyakran e feladatkör szélsőséges átvállalásával kompenzálják. A jog csodaszereként kezelésének tapasztalát egy paradoxonnal fejezhetjük ki: minél hatalmasabbá teszik az eszközt, annál ellenállhatatlanabban termelik ki az eszközzel szembeszegülő közegellenállást. Hiszen minél hipertrofikusabb az eszköz, annál külsőbb és mesterkéltbb is egyúttal – azaz annál kevésbé lesz képes arra, hogy a társadalmi mozgásokba beépülve szervesen befolyásolhassa azok alakulását.<sup>69</sup>

Néhány példa talán kellően érzékelteti, hogy milyen közegben mozog s milyen buktatókkal találkozik a társadalomreformer, ha eszközként a joghoz nyúl.

Törökországban hat évtizede esett meg a muzulmán világban mindeddig legradikálisabb jogreform: a svájci polgári törvénykönyv bevezetése s ezzel minden saját jogi hagyomány hatályon kívül helyezése. E reformot mindeddig sikeresnek minősítették; ám a városlakó kisebbségen nemigen terjedt túl a figyelem. A török lakosság 70%-a azonban negyvenezer faluban szétszórtan él. A falukban az iszlám jogból a személyi állapot, házasság és család hagyománya élt leginkább tovább: az 1926-os recepció után öt ízben (1932-ben, 1934-ben, 1945-ben, 1950-ben és 1955-ben) bocsátottak ki törvényeket, hogy legitimálják a hivatalostól eltérő házassági és családi kapcsolatokat. TIMUR<sup>70</sup> vizsgálódása felszínre hozta,

<sup>66</sup>I. m., 77. o.

<sup>67</sup>Uo., 306. o.

<sup>68</sup>Uo., 288. o.

<sup>69</sup>Uo., 78. és 196. o.

<sup>70</sup>H. Timur 'Civil Marriage in Turkey: Difficulties, Causes and Remedies' *International Social Science Bulletin IX* (1957). Id. Allott, 34-36. o.

hogy a mai családok közel fele nem államilag bejegyzett házasságban él, PAUL STIRLING<sup>71</sup> pedig bizonyította, hogy a válás ritkasága kizárólag az iszlám hagyományoknak köszönhető. Talán a mai felnövekvő generációk már inkább kulturális környezetük részeként fogadják majd a recipiált törvényt, miközben ugyanakkor az iszlám regresszió lehetősége sem eleve kizárt. A jogátvétel tehát még ma is felszínesnek minősül: könnyen megfordítható, amennyiben nem formálódik olyan benső azonosulás, amely az átvett rendet saját szokásként megalapozná.<sup>72</sup>

Indiában az Alkotmány (1950) 44. szakasza az alábbiak szerint rendelkezik: „Az Állam törekedni fog arra, hogy polgárainak egységes polgári jogi törvénykönyvet biztosítson India egész területén.” Am ennek valóra váltása a hindu s muszlim jog mint tűz és víz egyesítését feltételezné. A gyakorlat a legkisebb módosításnak is ellenáll. Hiába minősítették büntettnek például a menyasszonytól hozományfizetés követelését, ha a fizetés megtagadása a lány házassági esélyét lerontja, megkötött házasságnál pedig esetleg azzal jár, hogy a házat az új menyre rágyújtják. Az alkotmányi program tehát megbukott. Mértékadó bölcsességükkel ugyanakkor újból időszerűvé váltak LORD MACAULAYnek a brit-indiai kodifikációs kísérletek kelet-indiai társasági vitáján 1833. július 10-én elhangzott szavai: „Ideje már, hogy a hatóság tudja: milyen jogot kell alkalmaznia; s az alattvaló is tudja: milyen jog alatt kell élnie. Ezen nem azt értem, hogy India összes népének ugyanazon jog alatt kellene élnie; távolról sem ez a helyzet. Tudjuk, milyen kívánatos lenne ez a cél; ugyanakkor azt is tudjuk, hogy elérhetetlen. Hiszen tiszteletben kell tartanunk a vallási, nemzeti és kasztribeli különbségekkel összefüggő érzelmeket. Egyidejűleg azonban meg vagyok győződve arról, hogy sokat tehetnénk a különböző jogrendszerek közelítése érdekében ezen érzelmei sérelme nélkül is. Am akár közelítjük ezeket, akár nem, fektessük biztos alapokra s rögzítsük e jogrendszereket. Nem elhamarkodott újításokat javaslunk: alattvalóink egyetlen csoportjának érzékenységét sem kíván-

<sup>71</sup> Paul Stirling *Turkish Village* (London 1965), 210–220. o.

<sup>72</sup> Allott, 220–224. o.

juk sérteni. Elvünk egyszerű: egységesség ott, ahol lehetséges; különbözőség ott, ahol elkerülhetetlen; ám bizonyosság minden esetben.”<sup>73</sup>

Etiópiában rendkívül elmaradott viszonyok (a lakosság 95%-át érintő írástudatlanság, a hivatalos nyelv kisebbségi helyzete, az ősi keresztény államvallás mellett iszlám, *amharik* és különféle primitív hiedelemvilágok egyidejű érvényesülése) között, a császári abszolútizmus égisze alatt kíséreltek meg jogegységesítő modernizációt. Előfutáraként az 1960-ban útjára bocsátott polgári törvénykönyv szolgált. Intellektuálisan rendkívüli, igényes vállalkozás volt ez: summázata megélt korok jogi civilizációinak. Gyakorlati eszközként ugyanakkor – hiába építettek ki végrehajtására bírósági apparátust s okítására jogi egyetemet Addisz-Abeában – a fővároson kívül úgyszólván ismeretlen maradt, s teljes kudarcot vallott.<sup>74</sup> Mindezt súlyosbítóan – legalábbis HEINRICH SCHOLLER és PAUL BRIETZSCHKE beszámolója<sup>75</sup> szerint – az 1974-es szocialista forradalom földbirtokreformja is hasonlóképpen járt.<sup>76</sup>

Kenyában gondos előkészítés, a lakossággal folytatott megbeszélések, sőt a gazdasági előnyök tisztázása után bocsátottak ki 1959-ben a földterületek regisztrálásáról és ellenőrzéséről két törvényt, melyek elvileg csupán a szokásjogilag már fennálló jogcímek nyilvántartásba vételét és törvényi megerősítését szolgálták volna. SIMON COLDHAM első vizsgálatából<sup>77</sup> azonban kitűnik, hogy a gyakorlat aláássa a törvényi rendezés alapjait, s ezzel az egészét megkérdőjelezi. Miről is volt szó? A hagyományos mezőgazdálkodás még a családon belül is egyedi művelésre épült, így generációk sora után a földterületek szétaprózódását eredményezte. A törvény tehát a családi vagy öröklési helyzetet alapul véve elismerte a társtulajdonosi birtoklás lehetőségét, számát azonban ötre korlátozta. Ugyanakkor – méltányosságból – a törvény a haszonélvezeti föld-

<sup>73</sup> I. m., 181–182. és 216. o., az idézet 163. o.

<sup>74</sup> Jacques Vanderlinden *Introduction au droit de l’Ethiopie moderne* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1971), 212. és köv. o.

<sup>75</sup> Heinrich Scholler & Paul Brietzschke *Ethiopia Revolution, Law and Politics* (München 1976), 80. és köv. o.

<sup>76</sup> Allott, 207–209. o.

<sup>77</sup> Simon Coldham ‘Land Control in Kenya’ *Journal of African Law* (1978), 74. o.

használatot is elismerte. Ebből azonban – mint COLDHAM második vizsgálódásából<sup>78</sup> kiderül – a bíróságok megkonstruálták a *trust* intézményét. Sőt, annak érdekében, hogy az eredetileg sem helytálló bejegyzéseket, illetve az öröklés folytán megváltozott állapotokat rendezzék, hamarosan megkonstruálták a „szokásjogi *trust*” formuláját is. SORRENSON<sup>79</sup> a *kikuyu* törzs kapcsán – ahol kísérletként mindezt már másfél évtizeddel korábban bevezették – kimutatja: „a *kikuyuk* az egyedül lehetséges megoldással élnek: nem jegyeztetik be a tulajdonos halálát s a földet nem-hivatalosan szétosztják mindazon örökösök közt, akik vállalják megművelését [...] A kormányzat végül is a lehető legrosszabbat érte el: ellenőrző mechanizmusa szétesett, és bárki, aki további rész kihasítására vágyik, könnyedén megteheti [...]” Vagyis a gyakorlat a régi mederbe terelődött vissza, s hivatalos bejegyzésekben nem szereplő, hivatalos jogcímek szerint nem létező tranzakciók és birtokállapotok olyan tömege jött létre, hogy ennek felszámolását immár egyetlen józan kormányzat sem vállalhatja. Kitűnt: a törvényhozást eredetileg annak megfontolása vezette, hogy az írott dokumentáció tartósabb és hatékonyabb, mint a pusztán közösség emlékezetében megőrzött. Az írásbeliség azonban valójában a szokásjogot törölte volna el, és ennek a közösség már ellenállt. Ugyanakkor mellékhatásként számoltak azzal, hogy nagyobb földterületek jönnek létre, s ezek majd egységesen műveltetnek meg. De a LAWRENCE-féle beszámoló<sup>80</sup> is rámutat: „az individualizmus a legmélyebb gyökere a törzsi társadalomnak”, s a célzott mellékhatásokat kikezdve ez az alapvető célkitűzést is lehetetlennítette.<sup>81</sup>

Hasonló időben hasonló szerkezetű, ám még nagyratörőbb kísérlet zajlott le Tanzániában. NYERERE szocialista átalakulást akart a hagyományos család formáit és értékeit megőrizve – olyan önkéntes *ujamaa* közösségek létrehozásával, amelyek faluközösségként s földművelő közösségként egyaránt mű-

<sup>78</sup> Simon Coldham 'The Effect of Registration of Title upon Customary Land Rights in Kenya' *Journal of African Law* (1978), 102. és köv. o.

<sup>79</sup> M. P. K. Sorrenson *Land Reform in the Kikuyu Society* (Nairobi 1967), 215. o.

<sup>80</sup> Lawrence *Report of the Mission on Land Consolidation and Registration in Kenya 1965–1966* (Nairobi 1966), 6. o.

<sup>81</sup> Allott, 164, 183–184., 197. és 209–214. o., az idézet 210–212. o.

ködtek volna. Egy évtized eredményének mérlege szerint<sup>82</sup> a mellékhatásként feltüntetett voltaképpeni főcél – a lakosság mint dolgozó közösség területi-népességi újratagolása – kudarcba fulladt, végül egy kormányzati-adminisztratív kényszerítés dühét váltotta ki. A társadalmi kapcsolatok felforgatása a termelékenység növekedése helyett annak korábbról soha nem ismert mérvű süllyedéséhez vezetett.<sup>83</sup>

Angliában a faji diszkrimináció elleni fellépést az elmúlt évtizedek bevándorlási gyakorlata tette szükségessé. Mindaddig elégségesnek tűnt a közrendről szóló törvény (1936), mely fasiszták és kommunisták összecsapásait kívánván mérsékelni, csakis külsőségekre – az egyenruha- és jelvényviselés, a tömegdemonstrációk rendjének szabályozására – szorítkozott. A volt gyarmatokról a színes bőrűek tömeges megjelenése kényszerítette ki 1965-ben a faji kapcsolatokról szóló törvényt. Ez szintén a külső magatartást szabályozta, ennek külső következményeivel együtt – ám megkívánva a szándék bizonyítását is, hogy a magatartás faji gyűlölet keltésére irányul. Az intézkedés azonban kevésnek bizonyult. Egy újabb törvény 1968-ban már az esélyek egyenlőségét kívánta biztosítani – a szolgáltatások, oktatás és alkalmaztatás területén létrehozva békéltető fórumokat is. 1976-ban újabb törvény követte, mely a jogi felelősséget a magatartás valószínű következményei szerint állapítja meg, immár szándék bizonyításának szüksége nélkül. Bevezeti a „közvetett diszkrimináció” fogalmát – olyan helyzeteket minősítve jogellenesnek, amikor egyenlő követelményeket vagy feltételeket szabnak ugyan, ezek kikötése azonban diszkriminációs okokra vezethető vissza, vagy teljesítésük esélye egyes faji csoportoknál csekélynek bizonyul. Ezen túlmenően az anyagi mellett eszmei kártérítést is előírányoz a törvény – és ezzel a faji diszkrimináció törvényi tilalmát kierőszakoló kisebbségi érdekcsoportok látványos győzelmet érnek el. A közvélemény-kutatások azonban hűvös, megosztott fogadtatásról tanúskodnak: a bizonyítás körülményessége az eljárás sikerét eleve kétsé-

<sup>82</sup> Jannik Boesen, Birgit Storgaard Madsen & Tony Moody *Ujama – Socialism from Above* (Uppsala 1977).

<sup>83</sup> Allott, 68. és 302. o.

gessé teszi; a faji feszültségeket a törvény nem csökkenti, legfeljebb bizonyos megnyilvánulásait mérsékli; sőt éppen nem kizárt, hogy a törvény nevében elítéltek közrokonstentet váltanak ki, s nézetük és szereplésük az eredetileg szándékolttól ellentétes hatást kiváltó nyilvánosságot kap. Mindez pedig sokszoros hibaforrás: a rendezések, fórumok és eljárások egymásra torlódása a gyengeség jele; a törvényi beavatkozás kudarca önmagában is diszkriminációt növelő tényező lehet; az esetleges külső konformizmus, a pusztá viselkedés s az eljárásmódok mérséklése pedig eleve túl kevés a kívánt cél megközelítéséhez.<sup>84</sup>

Más mechanizmus másként lép működésbe akkor, amikor nem gyakorlat megváltoztatásáról, hanem már megváltozott gyakorlat következményeinek a jogi elismeréséről van szó. Ezt példázza – szintén Angliában – egy emberpár esete, akik formális házasság nélkül, férj- és feleségként évtizedeken keresztül egymással éltek. Lakásukat a férfi bérelte, s halála után az asszony özvegyként akarta folytatni a jogviszonyt. A tulajdonos ezt megtagadta, mert jog szerint az asszony nem tartozik az elhunyt családjához. Fellebbvitelkor LORD DENNING<sup>85</sup> így érvelt: „e bíróságot nem feltétlenül köti megelőző döntése, ha úgy látja, hogy tovább nem tartható. Nem kötheti, ha az idő múlása s a társadalom változása folytán korábbi döntése a mai gondolkodásnak már nem felel meg [...]. És egyébként is: ha a törvény egy közönséges angol szót nem jogi, hanem köznapi értelemben használ, az eljáró bíróság döntheti csupán el, vajon e köznapi jelentés illik-e a kérdéses esetre, vagy nem.”<sup>86</sup> A fenti esetben hozott döntés ugyanakkor csak egy bizonytalan körvonalú jéghegy csúcsa. Hiszen a második világháború alatt a hatóságok elismerték már a „nem házasságokat”, kiknek a bevonult férfiú illetményét folyósították. Az utóbbi évtizedek döntéseiben pedig nemcsak lakásbérleti jogviszony folytatását, de tartási kötelezettséget, a férfi ingatlana örökös használatát, teljes gondoskodást, sőt örök-

<sup>84</sup> I. m., 225–236. o.

<sup>85</sup> *Dyson Holdings Ltd. v. Fox* [1976] QB 503, [1975] 3 All ER 1030, CA, at 509, 1033.

<sup>86</sup> Allott, 103–106. o.

ségből részesedést ítélnék meg szeretőnek, együttlétből született (sőt esetleg az együttléthe más kapcsolatból hozott) gyermeknek. Ezzel pedig a párkapcsolatokban is, a feleség és a bérbe adó joghelyzetében is bizonytalanságot teremtettek. A római és a japán jogban egyaránt kialakult a ténybeli kapcsolatok egyfajta védelme, a tanzániai házassági jogi törvény (1971) pedig kimondja: a férj-feleségként legalább két évig együttélők jogilag házasfeleknek tekintendők. A jelenlegi angol joggyakorlatban azonban sem a bérbe adó, sem bármely férfiú nem tudhatja, mi fog történni, ha nőt enged házába. Hiszen pillanatnyi állandóság, a háztartáshoz akár szimbolikus hozzájárulás, a nővel gyermekének befogadása a férfit egszeriben „férjje” és „apává” avathatja.<sup>87</sup>

#### *D) A jog mint modell és mint program*

Milyen általánosítási lehetőség fogalmazódik meg itt? Mindezekelőtt egy alapvető különbség megfogalmazásáé a jog modellként és programként történő felfogása között.

A jog mint modell csupán lehetőséget biztosít. A házasság esetében például a státuszviszonyok meghatározása olyan lehetőség, amelynek igénybevétele is, konkrét tartalommal telítése is a felek szabad akaratától függ. A házasság intézményének jogi konstrukciója ilyen lehetőség biztosítására jött létre. Kerettörvény ez, melyen belül további törvényt csupán a felek *katanomikus* – jogon belül maradó, jogot nem sértő – elhatározása szab. Mindez visszavezethető a szerződés gondolatára. Mihelyt a szabad akaratmegegyezés jogi formába öntése és garantálása lehetőségének gondolata gyökeret eresztett, ez a spontán – csupán kereteiben befolyásolt – társadalmi fejlődés megállíthatatlan ösztönzőjévé vált. A szabad szerződéskötés biztosítása társadalomátalakító modellek tömegének adhat formát. Érdekes példával szolgál a hajdani gyarmatok társasági joga: Elefántcsontparton a társasági törvény meghozataláig (1906) nem volt korlátozott felelősségű társaság, és nem volt Ghanában sem függetlensége kikiáltásáig (1956) s a jogi lehetőségek megteremtéséig. A szerződési gondolat intézményes biztosítása viszont rögtön alapvető szerke-

<sup>87</sup> I. m., 259–286. o.

zeti-mentalitásbeli váltáshoz vezetett, hiszen a gondolat maga a közösségi szolidaritás tagadása: az egyéni érdekérvényesítésnek jog szerint csupán más egyéni érdekérvényesítésekkel korlátozható fóruma.<sup>88</sup>

Ezzel szemben a jog mint program eleve átfogó társadalomboldogító elhivatottságot feltételez. Bármilyen konkrét tartalmú legyen is, az ilyen elhivatottság a történelem tanúsága szerint türelmetlennek, kíméletlennek, parancsolással élőnek szokott bizonyulni. Természeténél fogva a jog eszköze persze ilyenkor is csak a meggyőzés révén működtethető. Míg azonban a jog modellként használata minden esetben nyíltan és szabadon kínál választási lehetőséget, a programként történő alkalmazás kizárólag egyetlen jogszerű alternatívát ismer, vagyis a választás lehetőségét kizárja.<sup>89</sup>

Az erőszakolt fejlesztés külső, szervesen jellegéről tanúskodik, hogy a modernizáció ellentétpárjaként korunkban a regresszió is megjelent – szekuláris (Malavi, Zaire, Nigéria, Ghana, Tanzánia, Zambia) és vallási (Pakisztán, Irán, Líbia) formában egyaránt.<sup>90</sup> A gyökértelenség s háttérnélküliség egyébként is kérdésessé teheti a modernizációs program sikerét. Irakban és Szíriában az Egyiptomból átvett polgári törvénykönyv (1948) első szakasza kimondja: joghézag esetén „a bíró a szokás szerint dönt; szokás hiányában a *Shari'a* elvei szerint; s ha arra sem támaszkodhat, úgy a természeti igazságosság elveit és a méltányosság követelményeit kell alkalmaznia” – ezzel pedig a meghaladott vallási jogot hozza vissza. Malaviban és Nigériában úgy tekintik: az Angliából átvett jog a hagyományokhoz képest költségesebb, a finomabb megoldások iránt érzékeltlen, kikapukat tartogató, tartalmilag tehát diszfunkcionálisabb. Malaviban ezért 1969-ben a helyi bíróságokról szóló törvénnyel visszaállították a tradicionális bíróságokat, 1971-ben pedig – bár meghagyták az angol joggyakorlat eredményeit tükröző büntető törvénykönyvet – végső soron irányadónak a bennszülött jogi hagyományokat nyilvánították. Nigériában 1978-ban állították vissza a szokásjogi

<sup>88</sup> I. m., 169–174. o.

<sup>89</sup> Uo., 175. o.

<sup>90</sup> Uo., 176–179. o.

bíróságokat. Az ok: ezek olcsóbbak, hatékonyabbak, a hagyományos mentalitásnak inkább megfelelnek, a kormányzat szándékaival kevésbé állnak szemben, s a kormányzati nézőpontból költséges, csupán zavart okozó és szőrszálhasogatásaival ellenzékiiséget képviselő ügyvédi magabiztosságot is kiiktatják.<sup>91</sup>

Az afrikai tapasztalat tehát ALLOTT számára azt sugallja, hogy a törvényhozás hatékonysága a törvényhozók önmérsékletétől függ: annak belátásától, hogy esetleges programjában is számottevő sikerre csak a jog modellként kezelése, vagyis választási lehetőségek jogi biztosítása esetén számíthat. És ha bármely okból radikális jogváltáshoz kell folyamodnia, ne egyik napról a másikra próbálja meg érvényesíteni (ahogyan Szudán 1971-ben, az angol jogról az egyiptomi polgári törvénykönyvre való áttéréssel megkísérelte), mert biztos kudarc a büntetése. Inkább fokozatossággal próbálkozzék, az új törvényt eleinte csak „iránymutatás érdekében” bevezetve (ahogyan Észak-Nigéria 1959-ben új büntetőeljárásával tette), mert hosszú távon több esélye van arra, hogy címzettjeit értékeiről meggyőzze. A jog azonban ennek ellenére is kétélű fegyver. Ez magyarázza ALLOTT ambivalens végkövetkeztetését: „A türelmetlenség önmegsemmisítéshez vezet [...]. Az ellenkező oldalon pedig a fokozatosság azzal a veszéllyel jár, hogy éppen fokozatossága révén észrevétlenül enyészik majd el.”<sup>92</sup>

### III. A JOGI JELENSÉG LÉTPROBLÉMÁJA

Korunkban a jog felgyorsult mozgást mutat, mintha csak egy szerencsejáték elvadult szenvedélye hajtaná: látszólag fékezhetetlenül egyre több társadalmi törekvés a jogon keresztül kísérli meg önmagát érvényre juttatni. Miközben – épp ennek következtében – a jog presztízsvesztése egyre nagyobb, a jogi sajtó szerű különállásának méltósága egyre felismerhetetlenebb, s ennek ellenére mintha a jogi mégis reneszánszát élne: a

<sup>91</sup> I. m., 188–190. o.

<sup>92</sup> Uo., 207. o.

hatalom is, a közvélemény is a jogra tekint, javíthatatlanul a jogi tételezésektől várja, hogy e mind feloldhatatlanabb csomó végre megoldódjék.

Szétvágni e csomót nem lehet, csak kibontani. Ez pedig az összekuszálódott szálak felfejtését is előfeltételezi. Kísérjük meg hát az ALLOTTI problematika rövid újragondolását.

Honnan ez a düh, ez a szabályozási szenvedély? Úgy tetszik, minden korban, minden civilizációban megtalálható; de csakis ott és akkor – és ez esetben is a sikeres beavatkozás hipertrófiájaként –, ahol bármilyen oknál fogva erős, egyértelmű biztonsággal mozgatható, s így beavatkozó szervezésre, irányításra vagy befolyásolásra alkalmas bürokratikus képződmény kialakult. Ám az ilyen hipertrófia mindig részleges és időleges volt. Ha specifikus okok nem indokolták, patológikus képződményként önnön csődjébe hullva kimúlt. A múlthoz képest tehát új helyzetet teremtett a modern államiság, területileg-mélységében tagolt s a teljesség igényével kiépített bürokratikus szervezetével, amely szervezet az életviszonyokat átfogva egyre teljesebb beavatkozó ellenőrzést valósít meg.

A modern államban a bürokratikus szervezés a formális racionalizálás égisze alatt, annak egyik lehetőségeként valósul meg. Ennek során minden emberi célkitűzést külső magatartást előíró, tiltó vagy engedélyező jogi normatétételezésbe fordít át. A célratörő és célmegvalósító emberi magatartás helyébe így minden szinten és helyzetben a normakövető magatartás lép.

Az állami szervezésben a formális racionalizálást eredetileg azért hozták létre, hogy a társadalmi beavatkozást, ellenőrzést és befolyásolást központosítsák. Az ily módon sikeresnek bizonyuló állami szervezés azonban lassanként mindenüvé benyomult, mindenütt jelen lévő lett, és ezzel maga körül egyre inkább légüres tért hozott létre; pontosabban: egyre teljesebben magába szippantotta az egyéb mozgáspályákat. Sikere nemcsak jelenlétét tette társadalmiasult környezetünk természetes összetevőjévé, de a mindenkor fennálló állapot elfogadásából, egyébkénti tehetetlenségünkből fakadóan azt a késztetést is kialakította bennünk, hogy immár társadalmi kívánalmainkat, változtatás iránti szándékunkat is kizárólag

vagy mindenütt állami szervezés útján, a jog közegén keresztül fogalmazzuk s valósítsuk meg.

Vegyünk egy szélsőséges példát, hogy mindennek kihatása-it távolabbi összefüggéseiben s következményeiben is érzékeljük. Nos, egy olyan társadalmi közegben, ahol a politikum túlsúlyos szerepet játszik, s e szerepjátásban az egypártrendszer a pártnak a társadalmi élet egészét átfogó vezető szerepet tulajdonít, sajátszerűségében, presztízsében, szuverén tartományában a jog törvényszerűen elsorvad. Mégis: azért, mert a jog rögzített, fogalmilag egyetemes, vagyis személytelen és anonim formát ad, gyakran még a konkrét politikai cselekvéseket is a jog formulájába burkolják. Ilyen módon pedig paradox helyzet áll elő: a politika hipertrofiája végső hatásában megsemmisíti a jogot, mindez mégis a jog látszat-hipertrofiájának képében jelentkezik. Az irodalom pontosan ezeket a hipertrofikus kinövéseket érzékeli: látja a jogra történő túlzott hagyatkozást, a jog pótszerként kezelését, magukba a reformszabályozásokba is a kétségek beépítését, mindennek egyfajta változtatásiparként intézményesedését, s mindezek felett az instrumentális szemlélet aureáját, mely e gyakorlatot jellemzi.

Mindez igaz is. A csomó kibogozását mégis a csomókötésnél és nem a már megkötött csomónál kell kezdenünk. Hiszen e pontnál a jogtudomány már eleve védekező pozícióba kényszerül, magyarázandó: joga nem csodaszer, nem a társadalmi reform kizárólagos tényezője, indító és záró erője – mintha mindazon szerep, amit eddig látszólag betöltött, s amit még az eddigieknél is fokozottabban várnak el tőle, egyáltalán természetes, maga a jog mint eszköz létéből fakadó lenne, s nem egy messze túlhajtott, a visszaélés határát súroló válságos vagy látszatszerepekbe történő kényszerítés terméke.

A jogtudomány hangvétele talán azért is védekező, mert empirikusan verifikálható eredményekben gyenge, szigorú törvényszerűségek megfogalmazására alkalmatlan diszciplína lévén, nagyfokú bizonyossággal csak a jelen patológiáját állapíthatja meg. Annak megfogalmazására képes csupán, hogy milyen szélsőségek ütnek meg már a betegség mértékét – ám ebből sem az egészséges működés feltételeihez, sem mibenlétéhez nem juthat el; ez utóbbiakat csak nagy általánosságban, a

mindennapi tapasztalatok evidenciáinak semmitmondását kockáztatva, kizárásos alapon közelítheti meg.

Éppen ezért roppant óvatosnak kell lennünk: csak vázlat-szerű jelzésekkel, példászerű jellemzésekkel élhetünk. Nos, eddigi ismereteink azt sugallják, hogy a primitív társadalmakban, a klasszikus antikvitásban, sőt úgyszólván az újkorig a jog a rítushoz kapcsolódott. Ám nem azért, mert fejletlen volt, hanem kivételessége, az ember életében betöltött jelentősége fejeződött ezáltal ki. Születés, felnőtté válás, házasság, halál; az életben megalapozó ügyletek; a közösségi létet felbolydító bűncselekmény – ezeket rendezve a jog lesz az a normarendszer, amelyik keretet szab, a közösségi létben a döntő váltoállításokat végzi. És mi még a jog? Mindenekelőtt szorosan közösségi ügy. A jogrögzítésért, a törvény megismerhetőségéért zajlott ókori küzdelmektől századunk valóságos forradalmiig mindig a társadalmi összefolyamatok a maguk egészében érlelték a közösség előtt lebegő célt, többé vagy kevésbé tudatos tömegmozgalmak akarták ezt megvalósítani. És ha mindezeket a törekvéseket siker koronázta, ennek törvénybeiktatása – autoritásával, legitimáló hatásával együtt – csupán a véglegesség pecsétjét adta: elsődlegesen szimbolikus gesztus volt. Annak államszervezeti következménye pedig, hogy mint törvényt állami aktusba foglalták – vagyis betartása és betartatása intézményes biztosítása érdekében az államapparátust végső tartalékként mozgósították –, a társadalmi összefolyamat erejéhez, a tömegmozgalmak s a közösségi nyilvánosság nyomásához képest csak kísérőjelen-séggként jött számításba. Az így leírt helyzetben tehát közös-lényegi mag, hogy a társadalmi reformnak csupán egyik szerény összetevője a jogreform: egy összetett, de valóságos politikai, társadalmi és gazdasági elemekből építkező és már zajló összmozgásba illeszkedik a jog. Innen adódik szerves elhelyezkedése e folyamatokban, továbbá az is, hogy nem szakadhat el, nem önállósodhat e mozgás többi összetevőjé-től: azok sávjában halad – úgy, mint azok szentesítője vagy formaadója. Így tehát a jog határainak kérdése nem is vetőd-het fel, hiszen a jognak eleve nincsen önálló szerepe: sorsa a társadalmi mozgásfolyamat egészéhez kötött, és csupán esz-közszerű voltában van bizonyos – viszonylagos – önállósága.

Mily távoli ettől az, ha valahol a közösség emberemlékezet óta hagyományszerűen megőrzött és továbbörökített normarendjére felülről egy idegen (európai) szellemiséget s instrumentális készséget tükröző írott, rögzített, a valóság bonyolultságát éles fogalmi elhatárolásokba törő normarendszert erőszakolnak! Ha valahol egyik napról másikra egy angol-szász jogi konstrukciót és tapasztalati mentalitást tükröző polgári törvénykönyvet egy ettől elütő elvontságú és gyökereket feltételező francia törvénykönyvvel felváltanak! Vajon olyan-e a jog felépítése, mint egy jármű motorja, mely típusváltás esetén is – a kapcsolódás szempontjából releváns pontok rögzítésével – csereszavatos? Nos, kapcsolódási pontok (területi, személyi hatály stb. kijelölésével) a jogban is rögzülhetnek. Ez azonban nem változtat azon, hogy a társadalom nem mechanizmus, hogy valamiféle kívülálló vagy a magasságokban lebegő motor energiáját továbbítsa, hajtásra vagy fékezésre felhasználja, sőt egészséges képződményekben nincs is vezetője, ki mechanizmusként azt valamilyen akarat szolgáltatába állítaná. Mert tudnunk kell: egy hagyományok és gyökerek nélkül kialakított törvénykönyv lehet önmagában tökéletes remekmű. Ám ha a társadalom mozgásához nem igazodik, nem kapcsolódik valóságos folyamataihoz, előbb vagy utóbb kilökődik – amint ezt példánk eredetéhez, a sebészekhez visszatérve szakmailag egyébként korrekt transzplantációs műtétek sora példázza. És ekkor még nem is szólottunk a kifejezetten társadalmi reform előidézését célzó, tiszteletreméltó agyakban és íróasztalok mellett kitalált jobbító programok gyakorlati kivitelezésére mozgósító, a társadalmat instrumentalizáló törvényhozásokról, melyek még tudósi előkészítésük esetén is legfeljebb látszatsikereket provokálhatnak – felszíni külső norma-konformizmust, mely éppen elégséges a fennmaradáshoz.

Háttérértékeit figyelembe véve kétségkívül rokonszenves az a következtetés, mely a jog modellkénti és programkénti használata között tesz különbséget. A modellként felfogott jog előnyökkel kísért s biztosított lehetőségek sorozata a társadalmi cselekvések formaadására, és ezáltal adott mederbe terelésére. A programként felfogott jog ezzel szemben a jogilag kizárólag követendő s követhető út rögzítése. Szá-

momra mégis kérdéses: problémáink vajon visszavezethetők-e erre a kettősségre, és megoldást kínál-e rájuk a programszerűség elítélése? Vegyünk egy példát: bevándorlás, népességkeveredés, az őshonosoknál ellenszenv, majd faji gyűlölség formájában feszültség keletkezése – mi itt a megoldás? Minden valóban társadalmi gondolkodó számára kézenfekvőnek tűnik az állampolgárság rendezése, immigrációs politika rögzítése, esetleg kvóták felállítása, gazdasági és pénzügyi ösztönzés bevezetése, az új helyzettel kapcsolatos szocializáció feladatainak elvégzése – ám ezek mindegyike csak egy többéves vagy éppen évtizedes összetett társadalmi programba ágyazódhat bele. E folyamatnak talán szükséges, de önmagában bizonyosan nem elégséges eszköze a jogalkotás, mely a folyamat egyébkénti tendenciáit formaadásával közvetlenül megelőzi, vagy a már megérettet rögzíti. Ugyanakkor e folyamat nyilvánvalóan nem fordítható meg úgy, hogy érdekcsoportok kellő nyomással máról holnapra kikényszerítenek egy törvényt, mely a faji gyűlölködés megnyilvánulási formáit egyszeriben szankcionálni rendeli, a társadalmat kellő közreműködésre azonban már nem tudja mozgósítani, érdemi megoldást eredményező intézkedést sem tud foganatosítani, sőt az alkalmi lendületből már arra sem futja, hogy a törvény megvalósulását ellenőrizzék, vagy azt hatékonyan kikényszerítő apparátust létrehozzanak. Könnyen bekövetkezhet hát, hogy éppen a jog által védettet éppen a jogsértővel szemben olyan eljáráskezdeményezési vagy bizonyítási teher nyomja, amelynek nyilvánvaló kudarca és kudarcra kárhozzátottsága fényében maga a védelemről intézkedő törvény lassan az ellenoldalt bátorító vagy legitimáló érvként a gyanútlan polgár szemében is már-már inkább az eredeti cél dezavualásaként, egyfajta cinkos kacsintásként hat.

Úgy vélem hát: a program nem feltétlenül önmagában hibás, hanem azért, mert társadalmilag fedezetlen. Vagyis egy valóságos társadalmi megoldás gondját jogkibocsátásra redukálva maga a rendezés reformigénye is a látszatok síkján megreked.

Még radikális forradalmi erők is csak valós össztársadalmi folyamatok spontán tömegszerűsége folytán érvényesülhetnek. S szükségképpen így van ez akkor is, ha a forradalom

hulláma programokat iktat törvénybe. A program tartalma bármi lehet – jogok kinyilvánítása, vallásos üdvannak vagy kommunisztikus jövőképnek jelenbe vetítése –; mindezek kodifikálása jogilag (és végső fokon társadalmilag is) csupán annyiban lesz majd értelmes, amennyiben egyébként is akcióképes, tehát hatékony társadalmi programot előlegez meg vagy szentesít sajátos közreműködésével.

Pontosan ezért gondolom úgy, hogy amennyiben társadalmilag fedezett, a programtörvény is teljességgel adekvát jogi kifejeződés lehet. Minél csekélyebb azonban társadalmi mögöttese, s minél szétszórtabbak, széthúzóbbak az erők, annál nagyobb súly hárul a jogra, következésképpen annál inkább előtérbe kerül a modellként vagy programként megfogalmazás dilemmájának kérdése. Hiszen a jognak csak annyiban van esélye arra, hogy csupasz tételezéseivel hatást gyakoroljon, amennyiben egyébként is kívánatos alternatívákat teremt, biztosít vagy részesít előnyben – de nyitva hagyja az utat a társadalmi erők (érdekcsoportok, szerződésként megfogalmazott egyéni akaratok) saját játékának (beleértve a jogi lehetőséggel való nem élést, a visszautasítást is).

És ekkor a jogi instrumentalizmus kérdéséről még nem is beszélünk. Akkor áll ez tiszta formában elő, amikor egyébként kívánatos változás mögött a társadalmi feltételek alakulása következtében társadalmi erő nem áll; esetleg a cél nem is igazán kívánatos, s mögötte valódi erő nem is állhat, hiszen a jogot birtokba vevő hatalom ilyennel nem is rendelkezik, s szűk elitszemlélete folytán pusztán tiszta voluntarizmus érvényesül. Ekkor már csak a jogra mint a monopolizált kényszeralkalmazás működésbe hozatalára hivatott szabályozási formára hagyatkoznak. Ekkor az államapparátus létezése értelmének bizonyítása érdekében tényleg kialakulhat az irodalmilag már leírt ún. változásipar: a reformok sohasem igazán átgondolt, végigvitt vagy komolyan vett, a természetes emberi felejtésben, a társadalmi hitel kimeríthetetlenségében vagy olykori ideologisztikus-propagandisztikus feltöltése elégségességében bízva rendszeres szabályszerűséggel mégis újra előállított sorozata, mely már nyíltan is társadalmi reformok pótszere, mely kibocsátója alibijének biztosítása érdekében mintha már az önnön végrehajthatóságába vetett

kétségeket is beépítené szövegszerű megfogalmazásába – vagyis tisztán pótcselekvés, egyszersmind a valóságos változás kudarcáért viselendő felelősség áthárításának kísérlete.

Az elméleti vizsgálódás nyilván nem állíthat fel biztos értékmérőket a jog funkcióinak kívánatosságáról, preferenciákat a jogi szabályozás különféle formáiról, ideális típusokat a jog lehetséges intézményi rendszereiről, mert ez esetben prekoncepcionált lenne: maga zárná el az utat vizsgálódásai eredményessége előtt. Ugyanakkor bármennyire ragaszkodunk a tárgyszerű leíráshoz, mégis el kell ismernünk, hogy a gyakorlat szélsősége egyben teoretikusan is határt jelöl, és ennek megfelelően a jog működésre képes és érdemes formáit a társadalomban ténylegesen lezajló folyamatok szolgai közvetlenségű intézményesítése s a tényleges folyamatokat nem tükröző, nem is befolyásoló elrugaszkodottsága szélsőségei közt kell megjelölnünk. Ugyanakkor tudatosítanunk kell: e szélsőségeken belül a jog konkrét formáinak, hatásgyakorlásának kérdése immár mindenekelőtt a jogon túlmutató társadalmi összetevők és összefüggések függvénye. Ennek megfelelően a modell- és programszerű beavatkozás dilemmája értelmes módon csakis a társadalmi közeg és szituáció konkrétumainak talaján vethető fel. Ez azonban óhatatlanul paradox következtetéshez vezet. Nevezetesen: a jog korlátai valójában a fogadó közeg korlátai. Avagy, másként fogalmazva: a jognak kizárólag korlátai vannak, melyek konkrét irányú, jellegű, mértékű stb. feloldását csupán mindenkori társadalmi környezete teszi lehetővé. Ez viszont immár aligha más, mint a totalitásszemlélet egyfajta újrafogalmazása.

Totalitásszemlélet ebben az összefüggésben azt jelenti: a legsajáttabban jogi kérdésnek is a társadalmi aktualitásból mint társadalmi ténylegességből kell kiindulnia. E totalitáson belül a jog eleve eszközszerű jelenség, mely eszközkénti létrehozatala s alkalmazása során ugyanakkor saját közvetítő (a jogmegtestesítésben s a jogi működésben rejlő, azaz egyszersmind a társadalom társadalmiasodottságát kifejező) értékeit is létrehozza és érvényre juttatja. Úgy vélem, a jogon belüli legegységesebb (legátfogóbb, a jogi jelenség egészének társadalmi értelmességét érintő) érték a jog presztízse. A jog presztízse egyik oldalról viszonylagos különállásának, önálló-

ságának, sajátszerűségének kibontakozását s társadalmi méltóságát előfeltételezi, másik oldalról a jogi jelenség egészében sikeres, hatékony, szerepét alkalmasan betöltő társadalmi jelenlétét – annak érdekében, hogy ez a méltóság egyáltalán kialakulhasson, s a társadalom mindennapi mozgásfolyamataiba azok egyik alakító tényezőjeként folyamatosan visszacsatoltan s önmagát is mindenkor újjáképezve fennmaradhasson.

A jog korlátainak kérdése e pontnál kapcsolódik a jogi jelenség létproblémájához. A jogi jelenséget ugyanis egyfelől csak olyan szabályozási, ellenőrzési, beavatkozási forma teszi társadalmilag értelmessé, amelyiknek közvetlenül előrelátható esélyei vannak arra, hogy a társadalom mozgásfolyamataiba beépülve bizonyos optimalitással valóban érvényesüljön. Másfelől viszont számottevő ideologisztikus megfontolások, alkalmi politikai érdekek vezethetnek a jog eszközeivel élésre (például jogszabályi tételezések útján látszatreformok intézményesítésére vagy pusztán szimbolikus jogérvényesítési eljárásokra) olyankor is, amikor az érdemi siker feltételei hiányoznak vagy valóságos társadalmi befolyásolást nem is céloztak. Társadalmilag-politikailag bármilyen megfontolások álljanak is egy ilyen gyakorlat mögött, a jog alapvető értékeit felülmúlhatatlan hatékonysággal rombolhatják, s a jog kívánatos és lehetséges szerepjátszási esélyeit hosszú évekre, évtizedekre alááshatják. A jog korlátainak kérdése ezért nem pusztán jogtechnikai probléma: a jog presztízsének megalapozó összetevőjeként egyben a jogi jelenség civilizációs értékű megerősítésének vagy megsemmisítésének talán leghatékonyabb tényezője, egyszersmind mutatója is.

# Európai integráció és a nemzeti jogi kultúrák egyedisége\*

## I. FILOZÓFIAI KERET

### 1. A jogpozitivizmus meghaladottsága

Az európai kontinensen a jogot hosszú idő óta a formális tételezéssel azonosítják. Következésképpen valamiféle szövetszerű formanyerést érzékelnek benne, mely pontosan ezért szükségszerűen magán viseli a jog tekintélyével szöveget kibocsátó állami szervezet bélyegét. Mára azonban, ahogyan a jogpozitivizmus kora is véglegesen lezárult,<sup>1</sup> úgy

\* Készült a maastrichti Limburg Egyetem alapításának tízéves évfordulóján, 1991 szeptemberében rendezett európai konferencia vitaanyagaként: 'European Integration and the Uniqueness of National Legal Cultures' in *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education / Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique* ed. Bruno De Witte & Carolina Forder (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1992), 721–733. o. [METRO]. Magyar fordításában: *Jogtudományi Közöny* 47 (1992) 10, 442–447. o.

<sup>1</sup> Miután a nemzetiszocializmus drámai kalandja Németországban véget ért, és a második világháború tragédiája is befejeződött, a jogpozitivizmus merevebb változatának doktrínája is – a törvénypozitivizmusé, amit általában felelősnek tekintettek azért, hogy az 1933-as náci hatalomátvételt követően az európai kontinens egyik legjobban képzett jogászrendje, bírák és professzorok egyaránt, oly könnyedén, feltétel és fenntartás nélkül hódoltak be a nemzetiszocialista jogfelfogásnak – megbukott, s egy lényegesen sokszínűbb, dinamikusabb, összetettebb, s a társadalmi beágyazódást is felelősséggel hangsúlyozó világgépnek adta át helyét. Ezt az elméleti váltást példázta, ahogyan GUSTAV RADBRUCH, a korszak egyik legragyogóbb elméjű, protestáns erkölcsi meggyőződéséről ismert jogtanára, aki csak katedrájáról történt lemondása és belső száműzetésbe vonulása útján élte egyáltalán túl a HITLERI rezsimet, *Jogfilozófiája* első világháború eleji első kiadásától a második világháború után következő átdolgozott második kiadásig terjedő időben eljutott a jogpozitivizmus elutasításáig s egy természetjogi értéktani megalapozással történő helyettesítéséig. Lásd Gustav

tetszik, hogy ez a felfogás is kétségessé vált. Szükségesnek tűnik hát, hogy újragondoljuk a jog tényleges felépülését, fogalmi határait, egyes alkotóelemeit.

Rekonstrukciós kísérleteink tanulságaként leszűrhetjük majd, hogy 1. a jog nem csupán valamiféle normatív szöveg, amit egyszerűen visszavezethetnénk formálisan meghatározott tételezések halmazára.<sup>2</sup> Sőt, 2. a jogot nem határozhatjuk meg egyetlen olyan összetevője által sem, amit maga a jog jelölhetne

---

Radbruch *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Leipzig: Quelle & Mayer 1914) és Gustav Radbruch *Rechtsphilosophie* 5. Aufl. (Stuttgart: Koehler 1950), az intellektuális életútra pedig Arthur Kaufmann *Gustav Radbruch Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat* (München: Piper 1987).

A természetjogi gondolat újjászületését nemcsak a nürnbergi bírások juttatta a második világhégés után kifejeződésre, de egy sor új intézmény is, amiket német jogtudósok és bírák fejlesztettek ki okfejtéseikben a gyakorlat során. Ilyen az általános klauzulák kifejlesztése a törvénykönyvekben abból a célból, hogy majd eseti jogfejlesztő megoldásra ösztönözzön a gyakorlatban; ilyen a dolgok természetén nyugvó érvelési mód bevezetése a bírói okfejtésbe, ami aztán egy nem tételes kötöttségű hivatkozás eredményeként majd az eredeti törvényhozási megfogalmazás ismételt átgondolását, esetenként korlátozó újraszövegését biztosíthatja.

Természetszerűleg mindebből aligha vonhatnánk le olyan következtetést, hogy bármiféle egyszerű hangsúlyáthelyezés lényegi változást eredményezhetne a jogcsaládok megkülönböztetésében vagy a háttérül szolgáló ideológiában. Nem változtathat így egyebek közt azon sem, hogy például a kontinentális jog változatlanul a törvényhozáson, valamint belőle a logikai szükségképpeniség igényével levont következtetéseken nyugszik.

Megjegyzem, hogy az angol-amerikai jog világában ugyanakkor másik véglet, a megalapozott szabály-szkepticizmus is végső soron sajátosan megújult szabály-pozitivizmusokhoz vezethet el. Lásd például Robert T. Moles *Definition and Rule in Legal Theory A Reassessment of H. L. A. Hart and the Positivist Tradition* (Oxford: Blackwell 1987).

A kép teljességéhez hozzátartozik a szocialista tapasztalat is. Jelesül: miután A. J. VISINSZKIJ jogszemlélete 1939 után a Szovjetunióban uralomra jutott, ez – igazodva SZTÁLIN hierarchikus, autoritárius politikai világgképéhez – „szocialista normativizmus”-ként mint az egész szovjet birodalom hivatalos doktrínája maga alá gyűrte a jog összes többi szemléleti lehetőségét. Lásd Szabó Imre 'A jog fogalmáról' in Szabó Imre *A jog és elmélete* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1978), 22–37. o. [Jogtudományi Ertekezések] és jelen szerzőtől 'Mi kell a joghoz?' *Valóság* XXXII (1989) 3, 1–17. o.

<sup>2</sup> Lásd mindenekelőtt Ronald Dworkin 'Is Law a System of Rules?' [elsőként 'The Model of Rules' *University of Chicago Law Review* 35 (1967)] in *The Philosophy of Law* ed. R. M. Dworkin (Oxford: Oxford University Press 1977), 38–65. o. [Oxford Readings in Philosophy], kontinentális összefüggésben történő újragondolására pedig a jelen szerzőtől 'Tételezések rendszeréből áll-e a jog?' *Jogtudományi Közöny* XXXIX (1984) 9, 483–486. o.

ki önmagát elsődlegesen azonosító összetevőjeként.<sup>3</sup> Ehelyett 3. a jogot éppen olyan szórt határvonalú mezőként kell felfognunk, amelynek nincsenek eleve rögzített, egyszer s mindenkorra kialakult határai. Ilyen határai a jognak nincsenek és nem is lehetnek, mert működését és egységét, gyakorlati folytonosságát és folyamatosságát végső soron csakis magának e működésnek – és ennek során önmagára történő szüntelen hivatkozásának – többé-kevésbé megvalósuló sikere biztosíthatja.<sup>4</sup>

Az a körülmény persze, hogy kétségek ma egyáltalán megfogalmazódhatnak, nem azt jelenti, hogy a jogról szóló tudásunk menthetetlenül összezavarodott. Nem arról van szó, hogy a jog (és különösége) feloldódott volna valamiféle általánosságban. Az a különös sajátosság, ami a „megkülönböztetetten jogi”<sup>5</sup> jelenségeinek a sajátja, ebben az új típusú rekonstrukciós kísérletben is megőrződik. Azokat a tényezőket, mozgásokat kell hát ismételten szemügyre vennünk és meghatározni, amik társadalmi termelődése folyamatában a jogot létrehozzák. Pontosabban: azokat, amik által – társadalmi újratermelődése folyamatában – a jog újralétesíti önmagát.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Vö. jelen szerzőtől 'Antropológiai jogelmélet? Leopold Pospíšil és a jogfejlődés összehasonlító tanulmányozása' *Állam- és Jogtudomány* XXVIII (1985) 3, 528–555. o.

<sup>4</sup> A német makroszociológiai jogelméletben kimunkált autopoietikus megközelítés épp e tételt sugallja. Lásd Niklas Luhmann munkásságából 'Die Einheit des Rechtssystems' *Rechtstheorie* 14 (1983), 129 és köv. o.; 'The Self-Reproduction of Law and its Limits' in *Dilemmas of Law in the Welfare State* ed. Gunther Teubner (Berlin & New York: de Gruyter 1986), 111–127. o.; valamint 'Die Codierung des Rechtssystems' *Rechtstheorie* 17 (1986), 171 és köv. o. Vö. továbbá *Autopoietic Law A New Approach to Law and Society*, ed. Gunther Teubner (Berlin & New York: de Gruyter 1988) [European University Institute], valamint Gunther Teubner *Das Rechts als autopoietisches System* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1989).

<sup>5</sup> A fogalmat PAUL BOHANNAN vezette be. Lásd tőle 'Law and Legal Institutions' in *International Encyclopedia of the Social Sciences* 9, ed. David L. Sills (New York: Macmillan & The Free Press 1968), 73–78. o.

<sup>6</sup> HANS KELSEN jogalkalmazástana, valamint HUMBERTO R. MATURANA és FRANCISCO J. VARELA sejt-reprodukciós elméletének (mindenekelőtt a német makroszociológiai jogelméletben kifejlesztett) módszertani továbbgondolása jogfilozófiai rekonstrukciós kísérletben is megjelent. Lásd a jelen szerzőtől 'Kelsen jogalkalmazástana (Fejlődés, többértelműségek, megoldatlanságok)' *Állam- és Jogtudomány* XXIX (1986) 4, 569–591. o., 'Autopoiesis és a jog jogalkalmazói-gyakorlati újratermelése' *Jogtudományi Közlöny* XLIII (1988) 5, 264–268. o., valamint *A bírói ténymegállapítási folyamat természete* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1992).

## 2. A jog társadalmi összetettsége

Az új elméletek a jogot fogalmilag már összetett kulturális egységként láttatják. Ennek elemei a jogról történő gondolkodás s a joggyakorlás különféle eljárásaiból, útjaiból tevődnek össze.<sup>7</sup> A jog intézményi rendszer: egység, mely önnön működését és újratermelődését szolgáló módszerekből, valamint ezek önazonosságát biztosító hivatkozások készletéből áll össze.<sup>8</sup> Más megfogalmazásban: sajátos emberi tevékenység a jog, mely szimbólumok és hivatkozások (mint folytatólagosan önmagáról állított útjelzések, kiindulópontok) meghatározott sorából szerveződik. Anélkül, hogy szükségképpen rendelkezésre állanának eljárásilag meghatározott tételezések (azaz: formai kritériumok szerinti alkotóelemek) mint e jog kizárólagos testet öltései, elsődleges (noha nem teljes) megnyilvánulásai.

## 3. A jog normatív összetettsége

E felfogásból következően a törvényhozáson keresztül történő jogtételezés (vagyis a jog bármilyen normatív kivetített önkifejezése) nem lehet több és más, mint egy csupán szimbolikus értelemben felfogott jéghegy csúcsa – egy jéghegyszerű képződménynek tehát pusztán a leginkább és legkönnyebben látható része. Ilyen értelemben viszont a normatív tételezés (azaz a normatív önmeghatározás) távolról sem valamiféle demiurgoszi erő, melynek módjában állana, hogy meghatározza a jog szerkezetét és összetételét, valamint megszabja elhelyezkedését és erőterét – azokat a tényezőket tehát, amelyeknél fogva a jogi építmény bármely összetevője (így a normatív tételezés is) mint a jog összetevője láthatóvá válik. Ehelyett valójában a jog egész építménye, szerkezete az, ami az összetevők mindegyikét érintő kölcsönhatásos mozgásfolyamatban

<sup>7</sup> Egyik lehetséges megalapozásként lásd Neil MacCormick & Ota Weinberger *An Institutional Theory of Law New Approach to Legal Positivism* (Dordrecht, etc.: Reidel 1986) [Law and Philosophy Library].

<sup>8</sup> Ontológiai megfogalmazására például a jelen szerzőtől *A jog helye Lukács György világgképében* (Budapest: Magvető 1981), 2. rész [Gyorsuló Idő].

meghatározza, hogy végül is melyik specifikus elem emelkedhet majd ki az összességből, hogy ilyen módon láthatóvá váljék.

Az ilyen és hasonló rekonstrukciók és magyarázó törekvések elméleti üzenete kettős síkon jelentkezik.

#### 4. Új fogalmiasítás és következményei

Az elemi fogalmiasítás síkján az alábbi állításokat kockáztathatjuk meg:

1. a jognak nincsenek örökre szólóan élesen megvont, mozdulatlan határai. A jog körvonalai állandó mozgásban vannak; ésszerű egyértelműséggel legfeljebb utólag rekonstruálhatók; és akkor is olyan módon, hogy kizárólag tisztán gyakorlatias, megállapodászerű megfontolásokat tarthatunk csak szem előtt. Ez pedig egyenlő annak állításával, hogy

2. a jog nem önmagával mozdulatlanul azonos entitás. A jog valójában olyan folyamat, amelynek alkotóelemei – egymással a jogivá válásért (illetőleg és olykor: jogi mivoltuk megszünetéséért) szüntelenül versengve – szakadatlan mozgásban vannak. Következésképpen: maga a jog sem más, mint folyamatos mozgás. Nincsenek egyszer s mindenkorra biztosított állandó összetevői. A jog alkotóelemei jogiságuk és jogi jellegük sűrűségét, teljességét illetően egyaránt állandó változásban vannak. Miután a jogiság, így a jogi jelleg nem a „fekete és fehér” határozottságával megválaszolható, hanem részben mennyiség egymáshoz való viszonyát is illető minőségi kérdés, ezek az elemek bármely időben legfeljebb többé vagy kevésbé jogiaknak minősülhetnek. Ebből pedig következik, hogy

3. a jog nem más, mint kölcsönhatások mindenkor terméke. Olyan kölcsönhatásé, amely megszakítás nélkül zajlik a jog egyes elemei között. A jog egyes elemei folyamatos versenyben állanak azért, hogy a jogi komplexusban – más elemek kiszorításával – meghatározókká váljanak (azaz a jog önérvényesítése által szabott lehetőségek közt elnyerjék a privilegizáltan jogi minőség maximumát).<sup>9:10</sup>

<sup>9</sup>Leopold Pospíšil úttörő jogantropológia-elméleti megalapozásának – *Anthropology of Law A Comparative Theory* [1971] (New Haven: HRAF

Egyidejűleg azonban annak elemi elképzeléséhez, hogy milyen élet-vonatkozások, tevékenység-oldalak összetalálkozása szükséges ahhoz, hogy jogról egyáltalán szólhassunk, néhány további megfontolást is figyelembe kell vennünk. Enélkül nem tudjuk megítélni, hogy mi ad – ráadásul: egyedül és kizárólagosan mi adhat – folyamatosságot és történetiséget, általánosságot és egyediséget, azaz egyéniséget a jognak. Vagyis tudatában kell lennünk annak, hogy

4. a jog emberi kultúrát testesít meg. A hagyományból formál olyan eszközt, amelynek működése során egyidejűleg lesz felhasználója és kifejezője.

## II. A JOG MINT HAGYOMÁNY

### 1. A jog törvényre korlátozottságában rejlő voluntarizmus

Mértékadó vélemények szerint a jog (pontosabban szólva: a nyugati kultúrákban általánosan elfogadottá vált, filozófiai-módszertani megalapozásuk révén az egyes nemzeti jogrendszerekbe is beépült jogfelfogásunk) mindmáig a jogi voluntarizmus foglya maradt.<sup>11</sup> Elméletörténészek kimutatták, hogy a jogi voluntarizmus doktrínája az európai modernség kezdetére nyúlik vissza. Intellektuális tápláló hagyományát pedig a

---

Press 1974) – a 3. jegyzetben hivatkozott jogontológiai bírálata az alábbi következtetésre jutott: a jognak a nyugati jogi kultúrákban elfogadott három legfontosabb összetevője – 1. az, amit jogként tételeznek (tétéles jog), 2. az, amit hatósági döntés nyomán jogként kikényszerítenek (joggyakorlati jog), valamint 3. az, amit társadalmi méretekben jogként fogadnak el (szokásjog) –, többé-kevésbé állandósultan nyílt versengésben áll egymással a nyugati jogfejlődésben azért, hogy melyikük kerül majd ki a jog uralásában és megjelenítésében győztesen.

<sup>10</sup> Mindez ugyanakkor azt is jelenti, hogy a jog olyan normatív területeket fog át, amik maguk korántsem jellemezhetők a jogi (jogon belüli) és a nem jogi (jogon kívüli) kizárólagos kettősségével. Hanem ehelyett – attól függően, hogy az előbbi jegyzetben felsorolt lehetséges jogi megjelenésmódok közül melyek és milyen erővel érvényesítik a kérdéses terület normativitását – csakis a többé vagy kevésbé jogi, s (a jog dinamikája szemszögéből) a jogivá váló, illetőleg jogiként megszűnő minőségeivel rendelkezhetnek.

<sup>11</sup> Vö. Michel Villey 'Essor et déclin du volontarisme juridique' [1954] in Michel Villey *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* nouvelle éd. (Paris: Dalloz 1965), 271–283. o.

klasszikus ókor meghatározó időszakához kapcsolják, amikor – fogalmiasítva, egyszersmind formákhoz kapcsolva a jogi jelenséget – a jogot [*ius*] a törvényre [*lex*] vezették vissza Rómában, még a köztársasági korról a császárkorra történő átmenet időszakában.<sup>12</sup>

Mindez azt eredményezte, hogy azóta is megrögzöttek bizonyuló megszokásunk szerint a jog folytonosságát – és ezzel fejlődését – a lehetséges sok közül egyetlen jogi megnyilvánulásra vezetjük vissza. A törvényhozói tételzés ez, amit mesterségesen kihalítottunk a jog bonyolult élő szövetéből. Esettanulmányok sorából a jogtörténet ugyan már kimutatta: aligha van a jognak egyetlen olyan darabkája, amit a szó valódi értelmében alkottak volna.<sup>13</sup> Hiszen akkor is, amikor mesterségesen hoztak létre jogot, aligha a semmiből kiindulva tették. Többnyire azonban a jogot nem létrehozzák, hanem valahonnan átveszik. Másutt megismertből, külső ösztönzésből merítik, korábbi vagy máshonnan vett mintától kölcsönzik. Persze, akárhonnán veszik is, utóbb az időszakúnak érzett helyi igényekhez igazítják.

## 2. A jog mint élő közege

A paradoxikus megfogalmazást vállalva ezt is mondhatnók: nem attól jog valami, hogy honnan veszik, hanem attól, hogy mit formálnak majd belőle. Hiszen a jog nem valamiféle eleve rendelkezésre álló, előzetesen adott szabványoktól függő képződmény (bármennyire is mai tételes fogalmi megjelenítése tűnik leginkább könnyen látható alkotójának). Formálásának adott módja lesz alkalmas kizárólagosan arra, hogy élővé tegye és egyediséget kölcsönözzön neki. Átvitt értelemben ezt is mondhatnók: e mód nem más, mint az a szellem, DESCARTES-i értelemben vett lélek – a jog esetében voltaképpen éppen nem

<sup>12</sup> Vö. Michel Villey *La formation de la pensée juridique moderne* (Paris: Editions Montchrestien 1968).

<sup>13</sup> Lásd például Alan Watson *Legal Transplants An Approach to Comparative Law* (Edinburgh: Scottish Academic Press & Charlottesville: University Press of Virginia 1974); *The Evolution of Law* (London: Blackwell 1985); *The Failures of Legal Imagination* (Minnesota University of Pennsylvania Press 1988); *Legal Origins and Legal Change* (London, Ronceverte: The Hambledon Press 1991).

más, mint gondolkodási utak és módok, kifejezések és hivatkozások, szakmai fogások és stílusok, műveletek és eljárások összessége, ezek megállapodásszerű gyakorlata, valamint megállapodásszerűségük gyakorlati fenntartása –, amit kizárólag a hagyomány testesíthet meg, és szervezhet működőképes egységgé.<sup>14</sup>

A jog nem csak értelemből és elvonatkoztatásból áll. Az ésszerű megfontolás s az absztrakció a hagyománytól lesz e világvivá, gyakorlatiassá, működésre képessé és teljessé.<sup>15</sup> Valóban történeti jelenséggé a jog csak ilyesfajta összetettségének köszönhetően válhat.<sup>16</sup>

### 3. Jогtörténeti tanulság: a jog gyakorlatiassága

A jog hagyományba ágyazottsága nyilvánvalóan nem korlátozódik arra, hogy formailag mit is tételeznek a szabályozásban. A jogtörténet tanúsága szerint előfordulhatnak hasonló vagy párhuzamos megoldások, ami mögött csupán véletlenszerű egybeesés rejlik. A hagyomány tulajdonképpeni megtermékenyítő talaját annak módjai alkotják, ahogyan különféle elemekből egységes eszközt hoznak létre – annak céljából, hogy ezáltal valamely fennálló szabályozási szükségletet kielégítsenek. A figyelmes szemlélőnek feltűnhet, hogy valamely szabályozási szerkezet, mód vagy elrendezés (terminológiai vagy intézményiként is kifejeződő) hasonlósága milyen sorozatosan ismétlődő felállásokban jelentkezhet olykor a történelemben. Előfordulhat, hogy mindez inkább a kölcsönzések és egyéb külső hatások felületességét jelzi. Mégis, a felületesség itt már egyszersmind eszközszersűséget is jelent. Mindezekelőtt a jog elsődlegesen gyakorlatias mivoltát. Márpedig a jog gyakorlatiassága határozottan előnyben részesíti az iga-

<sup>14</sup> Vö. Martin Krygier 'Law As Tradition' *Law and Philosophy* 5 (1986), 237–262. o.

<sup>15</sup> Történeti nézőpontból lásd Peter Stein 'Logic and Experience in Roman and Canon Law' *Boston University Law Review* 59 (1979), 437–451. o.; elméleti állításként pedig L. J. Muñoz 'The Rationality of Tradition' *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXVII (1981).

<sup>16</sup> Lásd a jelen szerzttől 'A jog mint történelem' *Világosság* XXVII (1987) 1, 1–6. o., illetőleg *Jогtörténelmi Szemle* 1987/2, 65–73. o.

zolhatóan élhető és vállalható kompromisszumokat a pusztán logikai eszményű, végletes fogalmi tisztasággal megfogalmazott, így a való e világi élettől szükségképpen elvonatkoztatott megoldásokkal szemben.

Az egyes jogi kultúráknak egyediséget kölcsönző szellemiség pontosan a jogi hagyomány ilyen felfogásában és hatásában rejlik.<sup>17</sup>

#### 4. Jogi szövegek mint kulturális szimbólumok

Nem véletlen hát az sem, hogy a diszciplínaként felfogott „összehasonlító jogi kultúrákat” az utóbbi időkben már általában megkülönböztetjük az immár széleskörűen művelt összehasonlító jogtól. Szétválasztásuk annak módján alapszik, ahogyan egy adott mértékű kultúrában elkülönítjük a közösségi túlélés, az emberi erőforrások összpontosítása, az optimális szükségletkielégítés megszervezése útjainak-módjainak kultúr-antropológiai vizsgálatát a közösség által technikai eszközként alkalmazott normatív szövegek pusztá leírásától. Tudnunk kell, hogy e leíráson, a tételes jog jogdogmatikai eszmeiségű és igényű tanulmányozása jellegén mit sem változtat az, hogy ez esetleg egyszersem történeti és/vagy összehasonlító érdeklődéssel és összefüggésben történik. Hiszen a tételes jog szemszögéből a szövegek mindenképpen adottak mint

<sup>17</sup> Bizonyára nem véletlen, hogy *A törvények szelleme* MONTESQUIEU-i vizsgálódásától a német történeti jogi iskola romanticizmusáig terjedő, vagyis a jogpozitivizmus utolsó európai győzelemre jutása előtti időszakban tudott csak Európában az elmélet érzékenyen azzal foglalkozni, hogy a bírói jogtalálás módja mennyire meghatározó mind a jog azonosítása, mind pedig eredményének előrelátása során. Vö. például Julien Bonnecase *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente* I–II (Bordeaux: Delmas 1933).

Az európai kontinenssel szemben, ahol az elméleti irányzatok valamiféle doktriner kizárólagossággal úgyszólván mindvégig az ellentétek taszításával váltották egymást, az angol-amerikai jogi hagyományban a fejlődés megszakítatlanul kiegyenlített, gyakorlatias folytonosságról tanúskodó volt. Egyebek közt így a történeti jogi iskola is ismételtelen újjáformálódhatott – SIR HENRY MAINE indulásán s SIR PAUL VINOGRADOFF közvetítésén át PETER STEINIG. Lásd Peter Stein 'The Tasks of Historical Jurisprudence' in *The Legal Mind Essays for Tony Honoré*, ed. Neil MacCormick & Peter Birks (Oxford: Clarendon Press 1986), 293–305. o. és uő *The Character and Influence of the Roman Civil Law Historical Essays* (London, Ronceverte: The Hambledon Press 1988).

szimbólumok, s mint egyidejűleg a kérdéses jogi kultúra megtestesülései. Az összehasonlító jogi kultúrák nézőpontjából kiinduló vizsgálódás számára viszont a kérdés eleve ez: miért és miként léteznek egyáltalán szövegek a jog eszköztárában? Miért és miként hivatkoznak e szövegekből egyes kiválasztott részeket az ügy bírósági tárgyalása során? Milyen módon dolgozzák fel e kiválasztott szövegrészeket a bírósági eljárás során és vonatkoztatják az ügyre úgy, hogy a bíróságnak a jog nevében hozott majdani döntése egyidejűleg kielégítse a jog szövegszerűen kifejezett normatív követelményeit (a jog belsőleg meghatározott ún. beteljesedési rendszerét), s ezzel egyidejűleg azokat a társadalmilag átértett szükségleteket is, amik a konfliktus ügyé válásakor jogi megoldást sürgető ütközésbe kerültek egymással?<sup>18</sup>

### 5. Bírósági esemény mint a jog aktualizál(tat)ása

Távolról sem véletlen hát az sem, hogy a különféle jogi kultúrák jellemzői összehasonlító vizsgálatának egyik legígéretebb területe az „összehasonlító bírói eljárásmodok”. Az európai kontinentális és angolszász (egyaránt a klasszikus római jogi örökség hagyományaiból merítő) jogi kultúrákban régóta a bírósági eseményt, vagyis az egyedi ügyben történő hatósági döntéshozatalt tekintik a jogműködés sarokkövének. Valamiféle azonosítatlan, egyben mitikus közeg ez – a kibernetikában „fekete doboz” a neve –, amiben a jogra jellemző s a jogot ugyanakkor meghatározó fogalmi transzformációk (tehát a különféle átalakítások és átmenetek) valójában végbemennek.<sup>19</sup> Ez magyarázza, hogy az „összehasonlító

<sup>18</sup> Lásd *Comparative Legal Cultures* ed. Csaba Varga (Aldershot, etc.: Dartmouth & New York: New York University Press 1992), xv–xxiv. o. [International Library of Essays in Law and Legal Theory: Fields 1].

<sup>19</sup> A kontinentális jogterületen sokáig minden hasonló megállapítást a hosszú ideje uralkodó jogpozitivizmussal ellentétes nézetként bíráltak és utasítottak el.

Az angolszász jogi hagyományban ugyanakkor e tétel paradigmaticus elfogadását sohasem tagadták vagy vonták kétségbe – mindenekelett azért, mert folyamatosan, szervesen együtt fejlődhetett magával az anyaországbeli jogi berendezkedéssel. Az Egyesült Államokban OLIVER WENDELL HOLMES klasszikus műve – *Jurisprudence* (Cambridge, Mass: Wilson & London:

bírói eljárásmodok” vizsgálatának eredménye miatt meghatározó általában a jogfelfogások módszertani paradigmáira és előfeltevéseire, így – egyebek közt – az egyes nemzeti jogrendek egyediségére nézve is.<sup>20</sup>

### III. EURÓPAI INTEGRÁCIÓ ÉS A NEMZETI JOGRENDEK EGYEDISÉGÉNEK MEGŐRZÉSE

#### 1. Eszközszerű elemek a jogban

Az a jegy és összetevő, ami a nemzeti jogrendeket valóban egyedivé teszi, ellenáll az egységesítésnek. Egységesíteni csakis csupasz eszközöket lehet. Nem kell talán különösebben bizonygatnunk, hogy minden emberi megnyilvánulás, mesterséges képződmény könnyedén eszközzé tehető. De rögvest hozzá kell tennünk ezt is: bármely eszközt csak akkor egységesíthetünk, ha előbb formalizáltuk. Egy jelenség, dolog (stb.) formalizálása pedig köztudomás szerint annyit jelent, hogy kimeríthetetlen belső változatosságából és gazdagságából ezután csakis valamely kiválasztott – relevánsnak tekintett, külsőleg is felismerhetővé tett formális – jegyeit vesszük tekintetbe.<sup>21</sup> Ilyen formalizáltság

---

Macmillan 1882) – óta a hagyomány szintén töretlenül folytatódhatott. Olyan klasszikus művek erősítették ismételten meg, mint Karl N. Llewellyn *Jurisprudence Realism in Theory and Practice* (Chicago: The University of Chicago Press 1962). Mindennek köszönhetően a gondolat maga módszertani paradigmából egyeduralmú megközelítés, tantétel lett, ami „amerikai jogi realizmus” néven vált ismertté. Idő múltán azonban megtalálták az elméleti visszavonulás útját, hogy ugyanez a gondolat jogantropológiai, illetve jogfilozófiai háttértudásként őrződjék a jövőnek meg. A 9. jegyzeten túl vö. például Edgar Bodenheimer *Jurisprudence* (Cambridge, Mass: Harvard University Press 1974).

<sup>20</sup> Vö. egyebek közt A. M. Honoré 'Legal Reasoning in Rome and Today' *Cambrian Law Review* (1973), 58–67. o.; Chaim Perelman 'Legal Ontology and Legal Reasoning' *Israel Law Review* 16 (1981) 3, 356–367. o.; Bernard Ruden 'Courts and Codes in England, France and Soviet Russia' *Tilane Law Review* 48 (1974) 4, 1010–1028. o.; Wael B. Hallaq 'Legal Reasoning in Islamic Law and the Common Law: Logic and Method' *Cleveland State Law Review* 34 (1985–86), 79–96. o.

<sup>21</sup> Ez a formálisnak a materiálissal szembeszegetett meghatározása valamely eset megközelítésében. Lásd Max Weber *Rechtssoziologie* hrsg. Johannem Winckelmann (Neuwied: Luchterhand 1960), 217–233. o. [Soziologische Texte].

terméke például a formális szimbólumok, megjelenítések halmazaként felfogott szöveg; a formailag azonosítottan megjelölt és körülhatárolt intézmény; az eljárásilag egymásra következő lépcsőfokok, szakaszok által meghatározott, valamilyen játék alkotó egységeként felfogott cselekvési mód. Egy megállapodásszerű halmazban mindez formai jegyként kezelhető.<sup>22</sup> Következésképpen alkalmas arra is, hogy más halmazokkal (szövegekkel, intézményekkel, eljárásokkal) egy egység elemeivé tegyék.

## 2. Integráció a jogban

Az integráció célja kettős: 1. biztosítani kell bizonyos közös hatások elérését; ennek érdekében pedig 2. a folyamatokba magukba be kell építenie biztosítókat annak érdekében, hogy hasonló eredők majd hasonló eredményekre vezessenek. Annak kérdése azonban, hogy a kibernetikai értelemben vett „fekete doboz” – vagyis az adott hatásokból adott következményekhez vezető képződmény – mechanizmusa belsőleg hogyan és miként működik itt, csak és kizárólag akkor és annyiban válik majd érdekessé, amikor és amennyiben valamilyen okból nem tudjuk mégsem biztosítani egy olyan működés feltételeit, amely hasonló cselekvésre előreláthatóan és biztonsággal hasonló választ eredményez.

A jogban mindez azt jelenti, hogy a jogi kultúrának csakis olyan elemeit lehet – és adott esetben: kell – egységesíteni, amelyek *sine qua non* eszközszerű jelentőségük a mindenképpen megvalósítandó alapcélok szemszögéből. A jog mint szabályozó közeg esetében ez nyilvánvalóan nem más, mint annak biztosítása, hogy hasonló hatásokra a rendszer hasonló válaszokat adjon. Már pedig ennek eléréséhez nem szükséges, hogy a nemzeti jogrendeket valamiféle egységesített, nemzetekfeletti jogrenddel váltsuk fel. Ehelyett

1. csakis az olyan tételezéseket (törvényeket, általában

<sup>22</sup> A racionalitás filozófiai és társadalomtörténeti jelentései kapcsán a racionális és irracionális, valamint formális és anyagi típusok kibontására lásd a jelen szerzőtől *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1979), 259–283. o.

normatív kibocsátott szövegeket) kell egységesítenünk, amelyek alapján és amelyekre történő hivatkozással mind a társadalmi magatartásnak, mind pedig a bírósági döntésnek az előre látott végeredmény biztosításához kell elvezetnie. Ezen túlmenően

2. olyan szilárd jogi kereteket kell felállítanunk és érvényesítenünk, amelyek között a jogműködés szokás szerint megbízhatóan vezet majd annak gyakorlati kikényszerítéséhez, amit elvileg a jogi előrelátás nevében előzetesen jogként tételeztünk.

A jog semmiféle más összetevőjét nem tudjuk egységesíteni. A jog semmiféle további összetevőjét nem egyneműsíthetjük.

### *3. A jog mindenekelőtt kulturális felépülése*

Köztudott, hogy Európa gazdagsága voltaképpen nem más, mint viszonylag önálló területek, hagyományok, történelmek valamiféle egységgé szervesült gazdagsága. Önálló kultúrák sokaságából épült Európa. Ugyanakkor bármely összetevője maga is valamely adott (országos, nemzeti, regionális, népi) kultúrán belül funkcionálisan vagy szakmailag elkülönülő részkultúrák nem csekély számából tevődik össze. Már pedig ezek akár eszmei vagy intézményi természetűek, kifejezettek vagy hallgatólagosan elfogadottak legyenek is, közös jegyük, hogy egymástól elhatároló vonásaikban mind paradigmatisz jelentőségűek. Lényegében mindegyikük arra ad választ: miképpen, miért, milyen úton érhető el, milyen érvek és ellenérvek figyelembevételével alapozható meg, milyen módon igazolható egy végül elodázhatatlanul meghozandó döntés? Miképpen hivatkozunk rá, milyen módon építjük fel azt a gondolati világot, amit – szokás szerint – „vallási rendnek”, „erkölcsi rendnek”, „jogrendnek”, „szokásrendnek” (stb.) nevezünk? Olyan rendnek, amely összefüggő, kellően megszervezett, a szükséges mélységig kiépített ahhoz, hogy egyáltalán kultúrának, pontosabban szólva: „vallásos kultúrának”, „erkölcsi kultúrának”, „jogi kultúrának”, „népi kultúrának” nevezhessük? Ezek a kultúrák véleményem szerint egyetlen területen, így a jogban sem hierarchikus vagy deduktív módon rendezettek. Sőt, elrendezésük nem is

tisztán formai vagy logikai eszményű. Egyszerűen egymás mellett, egymást kiegészítve léteznek. Egymással kölcsönhatásban állnak, egymást kölcsönösen alakítják. Végezetül, egymásra halmozódva egymásra épülnek, átfedik egymást. Újraegyesülnek vagy szétválhatnak egymástól, hogy esetenként végül is egymás kifejezőivé, egymás változataivá legyenek.<sup>23; 24</sup>

#### 4. A kulturálisan eltérő jegyek változatosságának megőrzése

Elméletileg tehát az alábbi következtetésekre kell jutnunk:

1. a jog nem vezethető vissza bármelyik egyedi megnyilvánulására sem. Következésképpen

2. azoknak a hiedelmeknek, módszerszerű előfeltevéseknek, közbenső és végső következtetéseknek egész változatosságát, amelyek fellelhetők háttérben (és amik maguk is e jogfelfogás paradigmatiszus összetevői, egy a jogászai szakmai fogásokat, mindennapos gyakorlatot, professzionális stílust, szókinccset, retorikus eszközöket stb. jelentésteljes és társadalmilag ésszerűen működő egységbe szervező jogi világkép részei), csakis a jog fogalmi egységén, kiterjedésén belül értelmezhetjük. Mindebből adódóan ezért egyúttal ahhoz a következtetéshez is el kell érkeznünk, hogy

<sup>23</sup> A tények megközelítése és megértése a mindennapi tapasztalatban, valamint a joghoz hasonlóan egyneműsített egyéb társadalmi cselekvési formákban alkalmas esettanulmányt kínál ahhoz, hogy megvizsgálhassuk: vajon a különféle kultúrák (eltérő célkitűzésekkel, érzékenységgel, kiválasztási és relevancia-elvvel, feldolgozási módszerekkel, és így tovább) miképpen élhetnek a legvegyesebb módon egymás mellett, különállásukat gyakran anélkül érvényesítve, hogy akár tudomást szerezzenek egymásról, vagy versengeniök kellene elsődleges befolyásuk megszerzéséért. Vö. George H. Kendal *Facts* (Toronto: Butterworths 1980), valamint a jelen szerzőtől *A bírói ténymegállapítási folyamat természete* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1992).

<sup>24</sup> Az intézmények – még ha nem mások is, mint tényekre épített gondolati felépítmények, amiket azért hoztak létre, hogy formális azonosítási jegyekkel körülhatárolják a tényeket – hasonlóan egyes fejlődésbeli párhuzamosságokat mutathatnak fel. Esettanulmányként vö. a jelen szerzőtől 'Az intézmény mint rendszer: Tanulmány az intézmények és fogalmi reprezentációik zárt jellegéről, nyitott fejlődési lehetőségeiről, valamint mássá alakulásuk természetéről' *Állam- és Jogtudomány* XXX (1991) 1–2, 32–49. o., illetőleg *Valóság* XXXV (1992) 6, 1–10.o.

3. az, amit valóban a jog hatásának tekinthetünk, valójában nem más, mint a „jognak”, „jogi folyamatnak” stb. nevezett játékban részes összes tényező mozgásának eredménye.<sup>25</sup>

Következésképpen, a jog és jogi kultúra minden olyan összetevője, amely formalizáltságtól és egységesítéstől mentes – és ezek az egyes nemzeti jogrendek valóban jellemző egyedi jegyei –, különösségét és eltérő mivoltát teljességgel megőrizheti. Nem szabad ezekben egyszerűen egy végsőkéig ésszerűsítetten felépített mesterséges emberi képződményre nehezedő teherfőtelt látnunk. Sőt, éppen ellenkezőleg: a jogrend – bármely jogrend! – olyan mellőzhetetlen összetevőjét kellene bennük látnunk, amely annak természetes tartalékául, egyszersmind beépített biztosítékaként szolgál, hogy a jog kifejlészthesse képességét ahhoz, hogy folytonosan és folyamatosan újraigazíthassa és újraalkalmazhassa magát a mindenkor újonnan felbukkanó kihívásokra adandó aktuális válaszaihoz.

<sup>25</sup> Pontosan ez a jog és jogi folyamatok körforgásszerű jellegéről szóló legújabb elméletek egyik üzenete. Vö. – a fogalmak felfogása s jogi jelentésük módszertani kettőssége kapcsán – a szerzőtől 'A jogtudományi fogalomképzés néhány módszertani kérdése' *Állam- és Jogtudomány* XIII (1970) 3, 589–613. o.; a jogalkotás és jogalkalmazás viszonylagossága tekintetében pedig Torstein Eckhoff & Nils Kr Sundby *Rettsystemer* (Oslo 1976), a jelen szerzőtől 'A bírói tevékenység és logikája: Ellentmondás az eszmények, a valóság s a távlatok között' *Állam- és Jogtudomány* XXV (1982) 3, 464–485. o., Werner Krawietz *Recht als Regelsystem* (Wiesbaden: Steiner 1984), François Ost & Michel van de Kerchove 'Creation and Application of Law: A Circular Structure?' in *The Structure of Law* ed. Åka Frändberg & Mark van Hoecke (Uppsala: Iustus Förlag 1987), 179–187. o.

Ugyanakkor ez a bírói folyamat autopoietikus elméletének egyik alapüzenete is, legalábbis azon (a 6. jegyzetben hivatkozott) irányé, amely a jogban ténylegesen lezajló, végső soron bírói ítélethez vezető folyamatok „fekete doboz”-ként történő magyarázatából indul ki. A kibernetikai hasonlat alapproblematikájára lásd a jelen szerzőtől 'A jogi okfejtés társadalmi meghatározottságáról' *Állam- és Jogtudomány* XIV (1971) 2, 249–285. o.



## Tárgymutató

---

- aequitas* 228–229  
alaklélektan 318  
alanyi jog hiánya távol-keleti kultúrákban 111, 191  
alap / felépítmény 23–24  
alapnorma 88  
alárendelés / diszkrepanciák 76  
*Alice Csodaországban* 374  
alternativitás érvényességen belül 74–75, 80  
amerikai jog 193  
*amhari* jogi hagyomány 380  
angol jog 263–264, 369–370, 377, 382–384  
Antigoné 137  
antropomorfitás / dezantropomorfitás tudományban 353, 354 ld. még jogalkalmazás aranykor 325 ld. még állam előtti  
*arusha* jogszolgáltatás 372  
aufklérizmus 363  
*autopoiesis* 12–13, 57, 304, 397, 409  
autoritás jogban 164, 165–166, 171  
–, informális / formális 165–166  
–, korlátlan / korlátozott 166  
– mint „legyen” / szupremáció / rendszer / hivatalosság 164  
axiomatizmus jogban 155  
állam / jog kölcsönös feltételezettsége 123, 184–185  
– előtti jog 141–142, 176–180  
– túlzott jelenléte modern társadalomban 361–362 ld. még modern; modernizáció; szocialista átértelmezés jogban 107  
baloldaliság 26  
beszámítás 75, 78, 93, 247, 272, 274, 276, 277, 281, 311  
– szabályszerűsége 79  
beteljesedési rendszer jogban 63, 64–65, 105, 157, 233, 404  
bécsi iskola 18  
bírói jogalkotás 31  
bizonyosság, bírói 314  
*black box* 404, 406, 409  
*borotse* Észak-Rhodéziában 179  
*busman* jogszokás 371  
büntetés antropológiai kötöttsége 199–200  
„büntetőjog, alkotmányos” 94  
*by-law* 181  
*cheyenne* indiánok 196  
cigány jog 188–189  
*circulus vitiosus* jogi gondolkodásban 77  
*common law* jogszemlélete 62  
– – és kontinentális jog szétválása 108  
*consolidation* 212

- de lege lata / ferenda* 83, 254  
 demokratikus hagyomány  
     hiánya 115–116  
*derogatio* 87  
*descriptio / prescriptio / ascriptio* 267, 311  
*desuetudo* 87, 213, 373–374  
 dichotómia 179  
 – jogban 62  
*dikaion* 61–62, 87, 155  
 diszkrepanciák 64, 157  
 diszkrécio 280  
 dogmatika / zétetika 354  
 dogmatizmus 35  
*donné / construit* 216–217  
*Doppelstaat* 33
- egyesületi „jog” 187  
 egyetemes alkalmazás szándéka  
     jogban 166–167, 172  
 egyneműség, egyneműsítés ld.  
     homogenitás, homogenizálás  
 „egységes ősi szabályrendszer”  
     ld. állam előtti  
 eldologiasodás jogban 137,  
     353–354  
 elévülés ld. visszaható  
 elismerés jogként mint  
     kritérium 162  
 elismerési szabály 90  
 ellenőrzés, társadalmi,  
     jogban 149–150  
 ember / majom ld. történelmi  
     perspektíva  
*embu* jog 371–372  
 intellektüel mentalitás 28–29  
 erkölcs / jog 377  
 erkölcsiség, belső, jogban 47, 290  
 eszkimók joga 181  
 eszköz / cél ekvivalenciájának  
     hiánya 108  
 Etiópia joga 188, 380  
*eventus iudicii* 404–405  
*ex post facto* ld. visszaható
- érdekmérlegelés jogban 229  
 értelmezés, autentikus 291, 293  
 –, megismerő / akarati 290,  
     293–294  
 –, tudományos / normatív 292  
     ld. még jogértelmezés  
 érvényesség 43, 65, 67–73,  
     86–90, 273  
 – / hatékonyság 76–77, 89–90,  
     173, 299, 373  
 –, formális 53, 69–70, 84–85, 156–  
     157  
 –, funkcionális / tartalmi /  
     formális 68–69, 87–88  
 –, külső normáé 89  
 –, normatív / reális 89–90  
 –, rendszertani / érvényesülő 89  
 –, / ténybeli 90  
 – expresszivistá / hyletikus  
     felfogása 273, 334–335, 354  
 – és engedelmesség 373  
 – mint analitikus fogalom 67–68,  
     86, 373  
 – – beszámítás 75  
 – – ideologikus / valóság 74–75  
 – – jogszerűség 73–74  
 – – rendszeren belülség 72, 86  
 – – rendszer kijelölés 86  
 – származtatása 83, 284–285, 296  
 – –, vertikális / horizontális 75–76,  
     88–89  
 „érvénytelen jog” 86  
 észjog 15
- factum* 315  
 faji kapcsolatok szabályozása  
     Angliában 382–383  
*family resemblance* 344  
 fantázia-törvények 188  
 fejlődési elméletek 38  
 fikció 249–270  
 –, technikai / ideologikus 265  
 –, tudományos / normatív 254  
 –, valódi / nem valódi 256–259  
 – felfogásai 249–256  
 – jogalkalmazásban 251–253

- jogdogmatikában 253–254
- jogi normában 250–251
- mint jogi valóság 261–262
  - ld. még fogalmak; jog
  - mint; jogfejlődés; konstrukció; vélelem
- fiktivitás jogban 57, 58, 66
- fogalmak jogban 77–78
  - mint mesterséges analitikus konstrukciók 77–78, 311
  - fikciók 266
- fogalmi besorolás 349
  - megkülönböztetés 107–108
  - ökonómia jogban 231
  - tartalmazás ld. inklúzió
- fogalmiasítás jogban 228–229
  - mint eszményítés 337–338
- fogalom, leíró / analitikus 282
- mint affektív csoportosítás 344
- folyamatszerűség jogban 55–56
- formalizálás jogban 405–406
- formális ld. autoritás;
  - érvényesség; modern;
  - törvényesség; ugrás
- forradalmiság 25
- forradalom exportja 28
  
- generálklauzulák 396
- genus proximum / differentia specifica* 131
- gesetzliches Unrecht / übergesetzliches Recht* 94
- Gestaltpsychologie* ld. alaklélektan
- giri* 87
- Grundnorm* ld. alapnorma
  
- gyakorlat megbízhatósága 306
  
- hallgatóság jelentősége konvencionizálásában 302–304
- hatékonyság társadalmi függősége 369–370
  - ld. még érvényesség;
- jogalkotás
- házasság szabályozása
  - Angliában 383–384
  - '*heer*' szomáliai jogban 372
  - helyes jog 16
  - hierarchia jogforrásban 282–283
  - hipertrófia, politikái / jogé 388
  - historical jurisprudence* 99, 403
  - homogeneitás /
    - heterogeneitás 71–72, 305–306, 318–319
  - jogban 64–65, 319
  - homogenizálás jogban 111
  - hopi* eszkimók 145
  
  - ibu* jog 375
  - ideológia létszerűsége 309
  - ideológia-kritika 125
    - ld. még érvényesség;
    - fikció; jog fogalma; jog mint
  - igazságtétel jogi
    - problematikája 93–95
  - imputáció 311
  - indiai jog 379–380
  - induktivitás jogban 156, 238
  - inklúzió logikai természete 348–349
  - inka* jog 168, 181–182
  - instrumentalizálás jogban 45, 392
  - intézmény 408
  - ismeretelmélet irrelevanciája
    - normatív szférában 246–247, 270
  - istenkáromlás 377
  - iszlám jog 379
    - ld. még Shari'a
  - ius dictio* 155
  - ius / lex* 61, 62, 87, 155, 164, 211, 327, 328, 353, 401
  - ius commune scriptum* 187
  
  - japán jog ld. *giri*
  - játék / játékszabály 309
  - jelentés adása /
    - meghatározása 339
  - folyamatszerűsége 336–337
  - jogban 299, 302, 335–336, 367–368
  - szituacionáltsága 337–339

- társadalmi feltételezettsége 336–338
- jog 133
- / erőszak 146–149
- / jogtechnika / jogpolitika 222
- , ilyen / olyan tekintetben 58, 206
- , inkább / kevésbé 58, 206, 400
- aktualizálása 108
- alapvető jellege 185–186
- egyarcúvá válása 45
- fogalma 142–143, 184–189
- , antropológiai 163–165, 170–174
- , statikus-dologszerű 326–328
- , ideologikus 158
- funkciói 176–177
- garanciális jellege 43
- hatalmi kiüresítése 46
- kivételessége primitív társadalomban 389
- konkrét jelentésben aktualizáltsága 333–340
- kontinuitása 106–107
- közösségi mivolta 372
- kritériuma 76–77, 162–169
- magától értetődő / pusztán hatalmi tényező 137
- létrehozatalának többlépcsős jellege 278, 282–283
- manipulálhatósága 45
- mint döntésben foglalt elv 152–162
- elvont szabály 150–152
- eszköz 106–110, 117–118
- fikció 256, 266–269
- folyamat 206–207, 320–321, 328, 399
- gyakorlat 76, 321–322
- / döntés / tételezés 103–104, 158–161, 163, 400
- hagyomány 400–405
- hatalmi döntés 46
- intézményi rendszer 398
- játékszabály 78–79
- jelentés 55, 66
- kommunikációs folyamat 55, 367–368
- kompromisszum 101, 402–403
- kontinuum 66, 207
- konvencionizáltatás 101, 321, 399
- kölcsönhatások mindenkori terméke 399–400, 408–409
- közös vállalkozás 57–58
- közvetítés 64, 100, 105
- közvetítő létkomplexus 64, 105
- kultúra 104, 110–112, 400, 407–409
- magatartásból levont következtetés 152
- *panacea* 378
- program / modell 92, 384–385, 390–391
- rendszer 220
- rítus 389
- sajátos diskurzus 56
- szabály 160–161
- és elv 330–331
- / tény / elv 149
- szimbolikus gesztus 389
- szórt határvonalú mező 396–397
- szöveg 43
- szűrő 111
- technika 221
- történelem 112–117
- végső hatalom 186
- optimuma 47
- összetettsége, társadalmi / normatív 398–399
- presztízsvesztése 45, 393–394
- reprodukciója 225–226
- soktényezőjűsége 101
- társadalmi / csoportjellege 180–184, 190
- globalitása 185
- tételezettsége 211, 229
- jogalkalmazás 272, 275, 335
- dezantropomorf jellege 318

- konstitutív jellege 276, 285–289, 314
- megismerő párhuzamai 291–292, 317–318, 323–324, 332–333
- mint deduktív szillogizmus 324
- döntés 289, 318
- keretkitöltés 277, 278, 288
- proceduralitása 289
- jogalkotás / jogalkalmazás egysége 277, 279–280, 293–294, 326
- hatékonysága mint önmérséklet függvénye 386
- mint misztérium 275
- pótcselekvés 45
- jogantropológia 61, 139–208
- jogszemlélete 189–192, 205–207
- mint kódex-pótlék 199  
ld. még büntetés; jog; primitív; vizály
- jogász világbé 63, 65, 77
- mint ideáltípus 73–74
- ideológia 66, 74
- professzionális deontológia 317
- jogásziasság 23
- jogátvétel 374–375
- korlátai 375
- jogdogmatika 43, 220
- jogegységesítés 407
- , nemzeti 379–380
- jogerő 298, 301, 314
- jogértelmezés mint jogalkotás 294
- jogfejlődés
- , autoritárius / szokásszerű 194–195
- , fikció / méltányosság / törvényhozás 99, 261
- , *status / contractus* 99
- eszméje 192–193
- mint jogátvétel 364
- ugrásszerűsége 369
- jogforrások piramisa 283–284
- joghézag 385
- jogi hazugság 260–261, 269
- konstrukció 216–217, 237, 255, 268–269
- mint fikció 255–256
- kultúra 46–47, 48, 49, 112, 225
- módszertan 216
- technika 65, 214–233, 234–235
- , büntetőjogi / polgári jogi / igazgatási jogi 221
- fogalma 221–224
- jogi gyakorlatban 218–219
- jogtudományban 219–220
- tág értelemben 215–218
- társadalmi / politikai jellege 217
- nyitó / záró szerepe 227
- jogivá válás 72
- / jogiból kiválás 58, 175, 400
- jogontológia 61–66, 160  
ld. még antropomorfitás; beteljesedés; kongruencia; logika; nyelv; reprodukció; társadalmiasodás; totalitásszemlélet
- jogpozitivizmus 11, 16, 29, 62, 211, 327, 330, 395
- meghaladottsága 395–397
- jogrendszer 210–211
- / jogi rendszer 161
- formai zártsága 231
- jogszabály / jogviszony 31, 161
- jogszerűség 73
- / forradalom 82
- mint jogerő normatív következménye 298  
ld. még érvényesség
- jogtalálás 403
- jogtudomány egyetemessége 308
- mint formai megjelenés geometriája 272, 274
- tudomány 11
- „jó bíró” 328
- justum / rectum* 61–62

- kapauku* pápuák 145, 147, 152,  
 153–154, 167–168, 179–180, 191,  
 196, 198, 199–201, 202  
 – *botukebo* 196–197  
 – *kapala* 198–199, 202  
 – *tonowi* 165, 166, 198–199, 202  
 kategóriához tartozás mint  
 fokozati kérdés 342–343  
 katonai megszállás joga 189  
 kazuisztika jogban 150, 156  
*kádi* igazságszolgáltatás 87  
 kenyai jogreform kudarca 380–  
 381  
 kényszerítés hiánya jogban 366–  
 367  
 kihívás / válasz 97  
 kiközösítés mint végső  
 szankció 372  
*kikuyu* jogszolgáltatás 371, 372,  
 381  
 kínai jog 111–112, 151–152, 182,  
 191–192  
 kodifikáció 209–213  
 – angol–amerikai jogban 212  
 – mennyiségi / minőségi  
 felfogása 210  
 koherencia ld. összefüggés  
*Kommunista Kiáltvány* 45, 46  
 kompiláció 213  
 kongruencia jogban 267–268  
 konfliktus feloldása /  
 eldöntése 174  
 konvenció ld. hallgatóság; jog  
 mint; tényállás  
 kötelezettség / kötelezőség  
 hiánya jogban 365–366  
 következő jogban 79, 306  
 – / tudományban 355  
 – hiánya normatív  
 szférában 312, 347–359  
 ld. még megfelelés  
 következetesség mindennapi  
 nyelvhasználatban 356–357  
 – jogban 230  
 – normatív minősítésben 358  
 „közönséges” szavak 312  
 közvetítés jog által 45–46  
 kultúraátadás, akkulturáció /  
 urbanizáció / pacifikáció 202  
 kultúrák változatossága 408  
*law in books / action* 65, 89, 161–  
 162  
*lebendes Recht* 152, 187–188  
*Lebensform* 66  
*Lebensinteressen* 219  
 lebontás, normatív 282  
 legalizmus (legizmus) 151  
*legis latio / executio* 277, 280, 282  
 legitimitás, jogé 136–137  
 leírás teljessége logikában 347  
 lengyel jogelmélet 19, 34–35  
 levezetés / igazolás jogban 72–73  
*lex* 62  
*lex posterior / specialis derogat  
 priori / generalis* 81  
 lépcsőelmélet 83, 88, 279–280,  
 281–285  
 lét / legyen 52–53, 54, 89  
 ld. még ideológia; jog  
 mint; normák; nyelv  
*li / fa* 87, 151, 191–192  
 logika, kijelentéseké 354–355  
 –, megoldásé / igazolásé 311,  
 313, 317  
 – jogban 79–80, 220, 223, 292, 313  
 – – szituacionáltsága 329  
 – és tényleges  
 inkongruenciák 292  
 – mint ellenőrzés 76  
 – – gondolati rekonstrukció 357  
 – – összefüggés 349  
 – – igaz / hamis tételek  
 közt 350–351  
 ld. még alárendelés;  
 axiomatizmus; *circulus*;  
 fogalmi; fogalom; *genus*;  
 induktivitás; inklúzió;  
 ismeretelmélet; jogalkalmazás;  
 joghézag; kategória;  
 következő; lebontás; leírás;  
 levezetés; minősítés; *mos*;

- osztályozás; önmeghatározás;  
örökérvényűség; összefüggés;  
szillogizmus; szumbszumpció;  
ugrás
- logikai viszony hiánya normatív  
szférában 359
- logizálás mint fogalmi  
visszavezethetőség 348
- magyar jogelmélet 19–20, 35–36
- mancipatio* 259
- manga* pápuák 154
- marxista jogelmélet 20, 24, 26–27
- esélyei 39–41
- marxizmus 21–23, 99–100
- ’, nyugati 37–38
- mint filozófia 23–24
- módszertana 40–41
- ld. még alap;  
eldologiasodás; történelmi;  
ideológia; meghatározás; „nem  
tudják”; visszatükröződés
- megfelelés jogban 79, 295
- megállapításának konstitutív  
jellege 297, 301
- mint norma-konfliktus  
kizártsága 295–296
- proceduralitása 295, 297–298
- meghatározatlan általi  
meghatározás 340
- meghatározás összetettsége 114
- , túlsúlyos 113
- megismerő ld. értelmezés;  
jogalkalmazás
- „megkülönböztetetten jogi” 59,  
397
- melanéziai törzsek 158
- méltányosság ld. *aequitas*;  
jogfejlődés
- mérlegelés, szabad 276, 277
- minősítés jogban 77, 79, 247, 262
- modern formális jog 43–49, 73,  
88, 156, 242
- csapdái 364
- és modern államiság 53,  
121–113, 326, 387–388
- technikai  
posztulátumai 229–232
- modernizáció csapdái 362–363,  
364
- és állam erősítése 44–45
- jog 44–45
- szabályozási  
szenvedély 387–388
- ld. még hipertrófia;  
jogalkotás; reform; regresszió
- mos geometricus* 155, 210
- navaho* indiánok 166
- „nem tudják, de teszik” 52
- nemzetiszocializmus 33
- és jogpozitivizmus 11, 44, 93,  
395
- neofitizmus, bolsevik 35
- néphagyomány, jogi 130
- népi felfogás egyetemesként  
kivetítése 109–110
- jogban 150
- „népi írók” 124–125
- népi jogszokás / jogi  
népszokás 126, 130–131, 133–  
136
- néprajz, jogi 123, 125–126, 127–  
132, 144
- népszellem 98
- norma mint hipotetikus-  
kondicionális állítás 365
- megítélés szabálya 273
- normaalkalmazás, nem normatív  
/ normatív 273
- normativitás hordozása  
jogban 58, 157–158
- normativizmus 57
- normatív ld. értelmezés;  
érvényesség; ismeretelmélet;  
jog; következés; lebontás;  
logikai; normaalkalmazás;  
nyelv; szocialista; tény; vélelem
- normák viszonya mint lét /  
legyen viszony 296–297
- nuer* jog 141
- nulla poena sine lege* 91

- nullum crimen sine lege* 91, 151  
*nunamiut* eszkimók 145, 169  
 nyelv, természetes /  
 normatív 290, 303–304  
 – határozatlansága 312, 340–347  
 – – elkerülhetetlensége 342  
 – kategoricitásának kívánalma  
 tudományban 352  
 – mint elemzés tárgya /  
 alanya 311–312  
 – – használatának  
 függvénye 339  
 – – közvetítő létkomplexus 64,  
 105  
 nyelvhasználat  
 gyakorlatiassága 344–345  
 nyelvi határozatlanság / fogalmi  
 kétértelműség / fogalmi  
 általánosság 345
- Obernberg am Brenner  
 joggyakorlata 145, 202–204  
*obligatio* 167–168, 172, 191  
 osztályozás alternatívítása 345
- önmagára vonatkozás  
 jogban 81–82  
 önmeghatározás jogban 54–55,  
 62–63, 307–308, 396–397, 398  
 örökérvényűség logikája 82  
 összefüggés 346  
 – jogban 230–231  
 összehasonlítás, jogi kultúráké /  
 bírói gondolkodásmódé 403–  
 405
- ősi ld. állam előtti
- panacea* ld. jog mint  
 pánjurizmus 142, 190–191  
 „*peace, order, and good  
 government*” 372  
 pozitivistikus /  
 szociologisztikus 31, 51, 54,  
 83, 89  
 pozitívítás jogban 53
- praesumptio homini vel facti* 237–  
 238, 239  
 – *juris et de jure* 239–240, 243,  
 248, 298  
 – *juris tantum* 238–239, 243, 248  
*praetor* 155  
*preambulum* 226, 232  
 „primitív” a  
 jogantropológiában 205  
 primitív jog összetettsége 370–  
 371  
 proceduralitás 286, 300–301, 304  
 ld. még jogalkalmazás;  
 megfelelő  
 procedurális jogszemlélet 293–298  
 promulgáció mint érvényesség  
 kritériuma 334
- quis custodiet ipsos custodes?* 302–  
 304
- realizmus, jogi 365–366, 370,  
 404–405  
 –, naiv 325, 335, 343  
*Recht ist das Recht!, Das* 326  
 reciprocitás jogban 162–163  
 redundancia kerülése  
 jogban 231–232  
 reform jog útján 45  
 – – – és csődje 45, 390, 391–392  
 regresszió jogban 385–386  
 relevancia jogban 57, 242, 405  
 „rend, konkrét” 329  
 rendszer ld. autoritás;  
 beteljesedés; „egységes”;  
 érvényesség; érvényesség mint;  
 jog mint; jogrendszer  
 reprodukció jogban 53–54  
*res judicata* ld. jogerő  
*Restatement of the Law* 212, 213  
 restitutív-restaurációs  
 szemlélet 84, 209–210  
*revision* 213  
 „régí, jó” szokás 53, 84, 87, 123,  
 209  
 római jog 154–155, 227–228

- Sein / Sollen* ld. lét  
*Shari'a* 376, 385  
 statikus / dinamikus felfogás  
   jogban 57, 193  
 stratégia, kettős,  
   jogfejlesztésben 102, 114–115,  
   117–119, 207  
 –, instrumentális / kulturális,  
   jogban 118–119  
*sub-law* 181  
*summum ius, summum iniuria* 158  
  
 szabad belátás 278  
 – mérleget ld. mérleget  
 szabály, elsődleges /  
   másodlagos 88  
 – mint parancs 333–334  
 szabály-pozitivizmus / szabály-  
   szkeptizmus 396  
 szabályszerűség jogban 164  
   ld. még beszámítás;  
   jogszerűség  
 szankcionálás kivételessége  
   jogban 64  
 szankció 164, 168–170, 172–173  
 „száraz vám” 136  
 szerveződés társadalmi-jogi  
   folyamatban 45, 201, 208, 389–  
   390  
 szerződési szabadsági mint  
   szabályozási minta 384–385  
 szillogizmus  
   jogalkalmazásban 80–81  
 – – premisszájának  
   kialakítandósága 80  
 szimbólumok eredete 259–260  
 szinkretizmus, módszertani 52  
 szocialista állami bűnözés  
   büntethetősége 94–95, 396  
 – jogelmélet 36, 39  
 – normativizmus 19, 29–30, 396  
   ld. még igazságtétel  
 szocializmus 116  
 szokásjog 123, 124, 125–126, 171,  
   174  
 szovjet jog 374  
  
 – jogfogalom 31  
 – megszállás 32–34  
 szovjet-orosz jogelmélet 29–31  
 sztoicizmus 150  
 szubszidiaritás jogban 187  
 szubszumpció 290  
 – / szubordináció 312  
  
*tabula rasa* 115  
 Tanácsköztársaság, Magyar 27  
 tanzániai jogreform 381–382  
 társadalmi mérnökösödés  
   jogban 92, 377–378  
 – szerződés 112  
 társadalmiasodás 113  
 – / közvetítettség /  
   közvetettség 106  
 társadalmiság jogban 55  
 technika társadalmi formáló  
   szerepe 362  
 természetjog 15, 16, 47, 62, 137,  
   395, 396  
   ld. még *gesetzliches*; helyes  
*text-book writing* 212  
 textualitás / kontextualitás 102  
 tény, nyers / intézményi 310  
 –, természetes / normatív 287  
 – fogalma 314–315  
 – – mint *Sachverhalt / Tatsache /*  
   *Sachlage* 316  
 – mint viszonyfogalom 309  
 tényállás megállapítása 242–243,  
   306  
 – – kontextualizálása 316  
 – – konvencionálitása 31, 3160  
 – – mint betagolás 290  
 – – osztályozás 290  
 ténykérdés / jogkérdés 312  
 tipológia jogban /  
   kódifikációban 110, 331–332  
 Tirol ld. Obernberg  
 Tiszta Jogtan 18, 48, 50–55, 58  
 – – jogalkalmazásmélete 279–  
   300  
 – – önmeghaladása 299–302  
 – – szocializmusban 51–52

- id. még alapszabály;  
 beszámítás; imputáció;  
 lépcsőelmélet; lét; megfelelés  
 totalitásszemlélet 113, 310, 393  
 totalis ellenőrzés 33–34  
 török jog 378–379  
 történelmi perspektíva 99–100,  
 122  
 történelmi jogi iskola 17, 97, 98,  
 403  
 történetiség 112–113, 123  
 – jogban 97–102, 103–117  
 id. még jog  
 törvényesség 43, 65  
 –, formális 53, 156  
 transzformáció jogban ld. ugrás  
*travaux préparatoires* 213  
*trust* 108–109, 381  
 –, szokásjogi 381  
*tswana* jog 371  
 tudomány ld. antropomorfitás;  
 értelmezés; fikció; jogi  
 technika; jogtudomány;  
 következés; nyelv
- ugrás formális  
 rekonstrukciókban 310–311,  
 404–405  
*ujamaa* közösség  
 Tanzániában 381–382  
*Unbestimmtheit* ld.  
 meghatározatlan  
*uniformization* 212  
 utópizmus 25, 41  
 id. még állam előtti
- változás, társadalmi / jogi  
 dialektikája 193–204  
 változásipar jogban 45, 386–387,  
 392–393
- változtatás esélyei a jogban 207–  
 208  
 –, tudatos, jog útján 196–198  
 – előrelátatlan  
 többleteredménye 198  
*Vermittlung* ld. közvetítés  
 vélelem 236–249  
 –, ismeretelméleti / gyakorlati  
 célszerűségi 240–242, 244–245  
 –, kognitív / normatív 237  
 – bizonyítási teher  
 elosztására 240–241  
 – és fikció 246, 269–270  
 – – – ismeretelméleti / konstitutív  
 jellege 269–270  
 – fogalma 236–237  
 – mint bizonyítás  
 induktivitásának  
 normatíválása 244–246  
 – valószínűség alapján 240  
 id. még *praesumptio*  
 világ mint tény 315–316  
 vizsoly 146–147  
 – / külső önségely /  
 háború 147–149  
 visszacsatolás gyengesége  
 jogban 368–369  
 visszaélés joggal 47, 93  
 visszaható hatály 91–95  
 – –, eredeti / nem eredeti 92  
 visszatükröződés jogban 268  
 – megismerésben 325  
*Volksgeist* ld. népszellem  
 voluntarizmus 30  
 – jogban 45, 62, 400–401
- zsidó jogi hagyomány,  
 rabbinikus 87, 173, 198, 375
- yaghan* indiánok 165–166, 195

## Jogforrásmutató

---

### ANGLIA

- törvény a közrendről (1936) 382  
törvény a faji kapcsolatokról (1965) 382  
törvény az esélyegyenlőségről (1968) 382  
törvény a válásról (1969) 375  
törvény a munkavédelemről (1971) 369–370  
törvény a közúti közlekedésről (1972) 370  
törvény a kezességről (1976) 375  
törvény a közvetett diszkriminációról (1976) 382–383  
*R. v. Ramsay and Foote* [1883] 15 Cox CC 231 377  
*Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* [1939] AC 277, PC 375  
*Nyali Ltd. V. Attorney-General* [1956] 1 QB1, [1955] 1 All ER 646 CA 374–  
375  
*Cheni v. Cheni* [1962] 3 All ER 873 376  
[1971] 1 All ER 898 377  
*Dyson Holdings Ltd. v. Fox* [1976] QB 503, [1975] 3 All ER 1030, CA 383

### AUSZTRIA

- Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (1811) 188, 203, 211  
*Tiroler Höfegesetz* (1900) 203

### BABILÓNIA

- Codex Hammurabi* (Kr. e. 1728–1686 között) 107, 209

### BELGIUM

- Cour de Cassation* 1914. április 23-i döntése 238

### CSEHORSZÁG

1993. július 9-i 198. számú törvény 94  
1993. december 21-én kelt 19. számú alkotmánybírósági döntés 95

### EGYIPTOM

- polgári törvénykönyv (1948) 385, 386

## ELEFÁNTCSONTPART

törvény a társaságokról (1906) 384

## ETIÓPIA

polgári törvénykönyv (1960) 188, 380

törvény a földbirtokról (1974) 380

## ÉSZAK-NIGÉRIA

törvény a büntető eljárásról (1959) 386

## FRANCIAORSZÁG

törvény a *référé législatif* intézményesítéséről (1790) 71

*Code civil* (1804) 109, 211

--, 1349. § 237, 241

--, 1353. § 238

## GHANA

törvény a válásról (1971) 375

## INDIA

*Constitution* (1950), 44. § 379

## IRAK

polgári törvénykönyv (1953) 385

## IZRAEL

*Exodus* 107

*Talmud* 156, 173, 228, 229, 355

## KÁNONJOG

házassági tilalom rokonok között (1064) 376

## KELET-AFRIKA

*East Africa Protectorate Order in Council* (1902) 374–375

## KENYA

*Act on Land Consolidation and Registration* (1959) 380–381

## MAGYARORSZÁG

*Tripartitum opus juris* (1514) 110, 212

*Alkotmány* (1949) 109

1992. március 3-án kelt 11. számú alkotmánybírósági döntés 94

## MALAVI

törvény a helyi bíróságokról (1969) 385

törvény büntető törvénykönyv módosításáról (1971) 385

## MEZOPOTÁMIA

Codex Esnunna (Kr. e. 1900 körül) 107

## NEW HAMPSHIRE

*Constitution* (1784), I. rész 23. § 92

## NÉMETORSZÁG

*Bürgerliches Gesetzbuch* (1897) 211, 213, 220, 226

*Grundgesetz* 92

→, preambulum 226

1993. március 26-i és szeptember 27-i törvény 94

alkotmánybírósági gyakorlat 92

## NIGÉRIA

törvény a válásról (1970) 375

törvény a helyi bíraskodásról (1976) 385–386

## NORVÉGIA

alkotmány 92

## POROSZORSZÁG

*Allgemeines Landrecht für den preussischen Staaten* (1791) 71, 211

## RÓMA

XII táblás törvény 150, 209

*lex Julia* (Kr. e. 18) 378

*lex Papia Poppaea* (Kr. u. 9) 378

*Codex Justinianus* (529) 71, 109, 156, 209, 211, 348

*Digesta seu Pandectae* (533) 107, 237

## SVÁJC

*Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (1907) 211, 378

## SZÍRIA

polgári törvénykönyv (1949) 385

## SZOVJETUNIÓ

*Konstitucija* (1936) 109

alkotmány(tervezet) (1977) 109

## SZUDÁN

polgári törvénykönyv (1971) 386

## TÖRÖKORSZÁG

polgári törvénykönyv (1926) 378

törvény házassági kapcsolatok legitimálásáról (1932; 1934; 1945; 1950;  
1955) 378

## UNITED STATES OF AMERICA

*Constitution* IX. fej. I. szakasz 3. § 92

*Restatement of the Law* 212, 213

## TANZÁNIA

törvény a házasságról (1971) 384

## Névmutató

---

- Abba [rabbi] 355  
Agrippina 376  
Alciatus 237  
Alexeiev, N. 18  
Allott, Antony 361, 363–387  
Alston, William P. 336, 340, 342  
Amselek, Paul 66  
Andrioli, Virgilio 236  
Angelesco, Alexandre 215, 219  
Antony Allen 92  
Arisztotelész 350  
Augustus 378  
Augusztinusz [Szent  
Agoston] 155, 377  
Austin, John 16, 99, 123–124,  
250, 330, 333  
Awiitigaa] 196–197
- Bachofen, Johan Jakob 140, 177  
Bambrough, Renford 344, 345  
Barnutiu, Simeon 17  
Bartolus de Saxoferrato 256  
Barton, R. F. 140  
Bastian, Adolf 140  
Baudin, Louis 181–182  
Baumhoer, Karl 255  
Bayitch, S. A. 213  
Benseler, Frank 13  
Bentham, Jeremy 99, 249, 252,  
255, 257, 264  
Bergbohm, Karl 16  
Bibó István 18  
Bierling, Ernst Rudolf 236, 237,  
239
- Birks, Peter 249  
Black, Max 341, 344, 345, 347  
Blackstone, William 239, 244,  
263, 264  
Bloch, Ernst 26  
Bodenheimer, Edgar 405  
Boesen, Jannik 382  
Bohannan, Paul 163, 170, 397  
Bolgár Vera 256  
Bonnecase, Julien 403  
Boyer, Georges 263  
Bónis György 131  
Brietzschke, Paul 380  
Broekman, Jan M. 139  
Brütt, Lorenz 324  
Bulygin, Eugenio 273, 334, 354  
Burckhard, H. 247  
Burke, Edmund 98  
Bülow 250
- Campbell, Kenneth 257  
Capitant, Henri 252  
Carnap, Rudolf 352  
Carroll, Lewis 374  
Claudius 375  
Cohen, L. Jonathan 337, 342, 344,  
345, 347  
Colacino, Vincenzo 250  
Coldman, Simon 380–381  
Coleridge, Lord [főbíró] 377  
Cuq, Édouard 219
- Csin [kínai császár] 151

- Dabin, Jean 215, 216, 217, 218,  
 220, 238, 240, 241, 247, 251  
 David, René 174  
 Davison, J. F. 249  
 Day, Patrick 236  
 Dekkers, René 245, 252, 263  
 Demelius, Gustav 258, 259,  
 265, 270  
 Demogue, R. 219  
 Denning, A. T. 236  
 Denning, Lord 374, 383  
 Descartes, René 401  
 Diamond, A. Stanley 171, 192–193  
 Djuvara, Mircea 17, 18  
 Donatuti, Guido 239  
 Duguit, Léon 215  
 Duhem, Pierre Maurice  
 Marie 355  
 Durkheim, Émile 192  
 Dworkin, Ronald M. 160, 330, 396
- Eckhoff, Torstein 88, 409  
 Edwards, Paul 340  
 Ehrlich, Eugen 31, 76, 152, 181,  
 187, 188, 218, 219  
 Einstein, Albert 355  
 Eisler, Rudolf 254  
 Engels, Friedrich 23, 29, 45–46,  
 112–113, 123, 177, 178, 189, 192  
 Englis, Karel 18, 359  
 Eörsi Gyula 19  
 Erne, Ruth 300  
 Ernout, A. 259  
 Escarra, Jean 151  
 Esnunna 107  
 Esser, Josef 250, 251, 258  
 Esterházy Sándor 16  
 Evans-Pritchard, E. E. 141
- Fabreguettes, M. Polydore 329  
 Falk Moore, Sally 172  
 Fish, Stanley 337, 339, 349  
 Foriers, Paul 238, 251, 253  
 Fraenkel, Ernst von 33  
 Frank, Jerome 250, 255, 259, 260–  
 261, 269
- Fried, Morton 183  
 Frigyes [Il., Nagy] [porosz  
 király] 211  
 Fuchs, Albert 86  
 Fuller, Lon L. 93, 240, 244, 246,  
 250, 251, 253, 256, 265, 290
- Gaius 256  
 Ganev, Venelin 17, 18  
 Gans, E. 98  
 Garibaldi, Guisepe 185  
 Gény, François 17, 215, 216, 217,  
 227, 247, 265  
 Georgescu, P. 16  
 Gierke, Otto von 98, 180  
 Ginsberg, M. 147  
 Gluckmann, Max 141, 179  
 Golding, Martin P. 95  
 Goodrich, Peter 66, 339  
 Graff, Gerald 336  
 Gray, John Chipman 92, 294  
 Grotius, Hugo 155  
 Grzegorzczak, Christophe 66  
 Gulliver, P. 372
- Györi Judit 29
- Hall, C. G. 351  
 Hallaq, Wael B. 405  
 Hammurábi 107, 209  
 Hamnett, Ian 162  
 Han Fei-Ce 151  
 Harris, James William 221  
 Hart, Herbert Lyonel  
 Adolphus 81, 88, 90, 93,  
 330, 370  
 Hartland, E. Sidney 141  
 Hartmann, Nikolai 18  
 Hauriou, Maurice 215  
 Hegel, Georg Wilhelm  
 Friedrich 15, 206  
 Heider, Eleanor Rosch 343  
 Hérakleitosz 150  
 Herder, Johann Gottfried 98  
 Hillel 173, 228–229, 355, 358–359  
 Hitler, Adolf 93, 321, 395

- Hoadly, Benjamin 294  
 Hobbes, Thomas 155  
 Hobhouse, L. T. 147, 192  
 Hoebel, E. Adamson 140–141,  
 145, 152–153, 163–164, 168, 172,  
 176, 181, 192, 193, 196, 199  
 Holmes, Oliver Wendell 404–405  
 Holtzendorff, Franz von 220  
 Honoré, A. M. 405  
 Honoré, Tony 229  
 Horváth Barna 18  
 Hölder, Eduard 253, 257  
 Hruscsov, Nikita  
 Szergejevics 109  
 Hug, Walther 216, 220  
 Hugo, Gustav 15, 98  
 Husson, Léon 328  
  
 Iljin, I. A. 17  
 Imreh István 127  
  
 Jascsenko, A. Sz. 17  
 Jensen, O. C. 351  
 Jhering, Rudolf von 214, 216,  
 258, 260, 263, 264  
 Jones, Walter J. 227, 267  
 Jowitt, Earl 239  
 Jørgensen, J. 359  
 Jusztiniánusz 107, 109, 156,  
 209, 211  
 Juvenalis 302  
  
 Kahn-Freund, Otto 369  
 Kalinowski, Georges 351  
 Kallab, Jaroslav 18  
 Kamenka, Eugene 12  
 Kant, Immanuel 15, 17, 18, 19,  
 35, 50, 51, 52, 54, 121, 339  
 Kantorowicz, Hermann U. 31  
 Kaser, Max 245  
 Kaufmann, Arthur 66, 396  
 Kelsen, Hans 18, 31, 48, 50–56,  
 58–59, 76, 81, 83, 88, 89, 173,  
 221, 251, 268–269, 271–291, 293–  
 300, 314, 334, 339, 359, 397  
 Kendal, George H. 408  
  
 Kerchove, Michel van de 409  
 Kern, Fritz 53, 87, 209  
 Klenner, Hermann 98  
 Knapp, Viktor 19  
 Kohler, Josef 218, 219  
 Kollotaj, U. 17  
 Konfuciusz 87, 111–112, 151, 191  
 Korkunov, N. M. 17  
 Krawietz, Werner 12, 88, 284–  
 285, 409  
 Krygier, Martin 402  
 Kubes, Vladimír. 18  
 Kulcsár Kálmán 124, 127, 135,  
 144, 161, 177, 178, 187, 189, 190,  
 207, 218  
 Kung Szun-jang 151  
 Kunicki, Aleksander 237, 239  
 Kunicün, A. P. 17  
  
 Lajos [XIII., francia király] 166  
 Lakoff, George 325, 338, 343  
 Lalande, André 236, 237, 249, 254  
 Lambert, Édouard 223, 224  
 Lambert, H. E. 372  
 Lande, J. 17  
 Lang, M. E. 213  
 Larenz, Karl 90  
 Lassalle, Ferdinand 23  
 Latourette, Kenneth Scott 182  
 Lawrence 381  
 Leibniz, Gottfried Wilhelm 155  
 Lenin, Vladimir Iljics 29, 206  
 Liebknecht, Karl 26  
 Livius Titus 209  
 Llewellyn, Karl N. 140–141, 145,  
 152–153, 163, 164, 181, 196, 405  
 Losano, Mario G. 291, 293  
 Losonczy István 18  
 Löwy, Michael 25  
 Luhmann, Niklas 12, 105, 225, 397  
 Lukács, György 13, 19, 23, 26,  
 28, 35, 37, 63, 105, 113, 137, 177,  
 178, 207, 227, 268, 307, 308–309,  
 353  
 Lukic, Radomir D. 19  
 Luthardt, Wolfgang 33

- Luzzati, Claudio 341  
 Lyell, Sir Charles 99  
 Lyons, David 91
- Macaulay, Lord 379  
 MacCormick, Neil 12, 398  
 Madsen, Birgit Storgaard 382  
 Magnaud, Paul 328  
 Maine, Sir Henry James Sumner  
   [Summer Henrik] 16, 99, 140,  
   192, 252, 260, 261, 403  
 Maitland, F. W. 100  
 Malinowski, Bronislaw 140, 145,  
   152, 162, 163, 170  
 Mann, Thomas 28–29  
 Martini, Karl A. 15  
 Marx, Karl 13, 19, 20, 21–27, 29–  
   30, 32, 34–35, 37–41, 45–46, 51,  
   53, 66, 97, 99, 100, 112–113, 114,  
   121, 122, 123, 124, 125, 143, 144,  
   176, 178, 192, 362  
 Masaryk, Tomáš Garrigue 16  
 Maturana, Humberto R. 397  
 Mauss, Marcel 181  
 Mádl Antal 29  
 McLennan, John Ferguson 140  
 Meillet, A. 259  
 Menger, Anton 26  
 Merkl, Adolf 83  
 Meurer, Dieter 250, 251, 252,  
   253, 270  
 Miçesco, Istrate 219  
 Missir, P. 17  
 Moles, Robert T. 396  
 Molière, Jean Baptiste  
   Poquelin 101  
 Montesquieu, Charles Louis de  
   Secondat 192, 324, 403  
 Moody, Tony 382  
 Moór Gyula 16, 18, 251, 255,  
   256, 258  
 Morgan, Lewis Henry 140  
 Morse, H. B. 182  
 Mourlon 328  
 Muñoz, L. J. 402  
 Munzer, Stephen 90
- Njewolin, K. N. 17  
 Naschitz, Anita M. 19  
 Nelson, Leonard 18  
 Nonet, Philippe 331, 364  
 Novgorodcev, P. I. 17  
 Nowak, Leszek 229  
 Nyerere, Julius Kambarage 381
- Ockham [William of Occam] 365  
 Ogden, C. K. 249  
 Olbrichts-Tyteca, Lucie 329  
 Olivecrona, Karl 256  
 Olivier, Pierre J. J. 249, 250, 251,  
   252, 253, 256, 257, 270  
 Opalek, Kazimierz 19  
 Ost, François 409  
 Ovidius Naso, Publius 176
- Palienko, N. 17  
 Pasukanisz, E. B. 19, 29  
 Paton, George Whitecross 220  
 Pauler Tivadar 15  
 Paulson, Stanley 12, 31  
 Peczenik, Aleksander 86  
 Peirce, Charles Sanders 341, 342  
 Perelman, Chaïm 173, 229, 239,  
   253, 257, 290, 329, 330, 355, 405  
 Peric, Jivojina 16  
 Persic [Pershits], A. I. 178–179  
 Peschka Vilmos 19, 124, 257  
 Petrazycki [Petrazsickij],  
   Leon N. 16, 17, 162  
 Péteri Zoltán 32  
 Pikler Gyula 16, 140  
 Pitamic, Leonidas 18  
 Plósz Sándor 243, 248  
 Pokol Béla 105  
 Pospíšil, Leopold 139, 141, 142,  
   145–150, 152–155, 157–159, 164–  
   166, 168–174, 175–177, 179–184,  
   186, 190–196, 198–199, 201–203,  
   206, 364, 399–400  
 Postema, Gerald J. 249  
 Pound, Roscoe 65, 162, 251, 253–  
   254, 254, 260, 361–362  
 Pringsheim, Fritz 259

- Proculus 228  
 Pugliatti, Salvatore 252  
 Pulszky Ágost 16, 140, 260  
  
 Quine, Willard von Orman 340  
 Quintilianus 236, 259  
  
 Radbruch, Gustav 94, 395–396  
 Raz, Joseph 89, 355  
 Redkin, P. 17  
 Reiszner, M. A. 17, 18, 29  
 Renner, Karl 26  
 Rheinstein, Max 302  
 Richelieu, Armand Jean du  
     Plessis 166  
 Rickert, Heinrich 18  
 Rigano, Eugenio 344  
 Ripert, Georges 249  
 Rivero, Jean 248  
 Roberts, Simon 142, 163, 174, 183  
 Ross, Alf 256, 365–366, 370  
 Rottleuthner, Hubert 31–32  
 Rousseau, Jean Jacques 176  
 Ruden, Bernard 405  
 Rundstein, Sz. 18  
 Russel, Bertrand 341  
 Russo, François 218, 236  
  
 Sabinus 228  
 Sacco, Rodolfo 291  
 Sack, Peter 327  
 Sack, Peter 12  
 Saleilles, Raymond 227–228, 258  
 Saussure, Ferdinand de 339  
 Saxoferrato, Bartolus de 252  
 Savigny, Carl Friedrich von 17,  
     98, 192, 214, 215, 216, 263  
 Sámuel [rabbi] 173, 355  
 Scarman, Lord [bíró]  
 Schield, W. 98  
 Schopenhauer, Arthur 18  
 Schmitt, Carl 329  
 Scholler, Heinrich 380  
 Schreiber, Rupert 90  
 Schumacher, Karl 362  
 Schwarz, B. 213  
  
 Seckel, Emil 236, 237, 251  
 Sedláček, Jaromír 18  
 Selznick, Philip 59, 331, 364  
 Service, Elman R. 143, 177, 183  
 Shamaï 173, 228, 355, 358–359  
 Simon [bíró] 376  
 Somló Bódog [Felix] 16, 91, 140,  
     258  
 Sommer, Otakar 145  
 Sorrenson, M. P. K. 381  
 Spassoyévitch, Jivan 17  
 Spencer, Herbert 192  
 Sperantia, Eugeniu 18  
 Spinoza, Baruch 155  
 Stammmler, Rudolf 16, 219, 220,  
     251, 253, 264  
 Stein, Peter 97, 99, 261, 402, 403  
 Stirling, Paul 379  
 Stone, Julius 145, 194  
 Strauch, Walter 256  
 Summers, Robert 12., 93  
 Sundby, Nils Kr 409  
  
 Szabó Imre 19, 123, 396  
 Szabó József 18  
 Szabó Miklós 249  
 Szavalszkij, V. A. 16  
 Szájer József 65, 214, 234, 249,  
     298  
 Szilágyi H. István 144  
 Szolovjev, V. Sz. 17  
 Sz. Szilágyi János 15  
 Sztalgevcics, A. K. 161  
 Sztálin, Jozsif  
     Visszarionovics 19, 28, 29, 31,  
     35, 37, 40, 48, 51, 321, 396  
 Sztucska, P. I. 18, 29  
  
 Tacitus 375  
 Tamás, Aquinói [Szent] 155, 348  
 Tamosaitis, A. 17  
 Tasic, Djordje 18  
 Tautro, E. 17  
 Tárkány Szücs Ernő 121,  
     127–132, 135–136, 144  
 Teubner, Gunther 12, 397

- Timur, H. 378-379  
 Todescan, Franco 265, 270  
 Tokarev, Sz. A. 179  
 Tolsztoj, Leo 17  
 Torbov, Ceko 18  
 Tourtoulon, Pierre de 244  
 Toynbee, Arnold 97  
 Trendelenburg, Adolf 242  
 Trubeckoj, E. N. 17  
 Tuka, Vojtech 18  
  
 Ullmann-Margalit, Edna 244  
 Unger, Joseph 236, 237, 239, 241,  
 253, 254, 264  
 Unger, Roberto Mangabeira 331  
  
 Vaihinger, Hans 250, 256, 270  
 Van den Steenhovens 168  
 Van Der Valk, Marc 151  
 Varela, Francisco 397  
 Viehweg, Theodor 354  
 Villey, Michel 66, 155, 400, 401  
 Vinogradoff, Sir Paul 192, 242, 403  
  
 Visinszkij, A. J. 19, 29, 31, 48, 51,  
 161, 396  
 Von Mises, Richard 340  
  
 Waismann, Friedrich 342  
 Watson, Alan 100, 364, 401  
 Weber, Max 31, 181, 224, 242, 405  
 Weinberger, Ota 18, 271, 352-  
 353, 359, 398  
 Werbóczy István 110, 212  
 Weyr, Frantisek 18  
 White, James Boyd 339, 346  
 Wheeler, G. C. 147  
 William, John G. 249  
 Wilson, Alida 355  
 Windelband, Wilhelm 18  
 Winter, Steven L. 338  
 Wittgenstein, Ludwig 13, 66, 90,  
 315, 316, 344  
 Wróblewski, Jerzy 89, 238, 239,  
 240, 241, 247, 299, 324, 329  
  
 Ziembinski, Zygmunt 19  
 Zivanovic, Toma 18  
 Znamierowski, Czeslaw 18

A *Quis custodiet ipsos custodes?* (Ki őrzi az őrzőket?)kérdésére a jog nem ad választ. Egyetlen lehetőség, hogy a nyelv segítségével mintákat rögzítsen, a nyelvi jelentést viszont már nyelven s joron kívüli közeg uralja. A befogadó közeg terméke ez éppen úgy, mint a jogkövetés vagy a jogsértés csupasz tényei.

A jogi cselekvést a köznapi ember is ellenőrzi. Az alkalmazott logika torzulásai nem maradnak a szakma zárt körén belül. Hosszabb távon a jog mögött álló politikai szándék egyértelműen lelepleződik. A politikum pedig hajszolhatja következtelenségbe a jogot, kényszerítheti mesterkéltn igazolásokra, ám bármilyen szándék vezesse is, nem herdálhatja el a társadalmi támasz minimumát. Amennyiben áthágja, úgy legfeljebb egy izolálódó, fékevesztett anarchia történéseit mutató kényszer-cselekvések maradnak a színen kaotikus összevisz-szaságban, bármiféle jogrend szervező ereje nélkül.

A jog elemévé bármi azáltal válhat, hogy egy jogilag elismert autoritás jogilag meghatározott módon a jogba emeli. Így a jog tényleges alakulása is a jog nevében eljáró szervek tényleges eljárásától függ. A tényleges határok a jogi történés társadalmi gyakorlatából adódnak. Nem kizárt hát, hogy önkényes legyen. Ám annak eldöntését, hogy mi is önkényes, szintén a társadalom konvencionalizáló gyakorlata határozza meg.

Ára: 2880 Ft

ISBN 963 361 324 8



SZENT ISTVÁN TÁRSULAT