

A *common law* elmélete és benthami kritikája

A következő rövid írás két részből áll: először a 18. században megjelenő és különösen William Blackstone angol jogtudós^[1] által képviselt *common law* elméletének főbb elemeit kívánom bemutatni, majd ismertetem Bentham bírálatának lényegi pontjait.

I. A COMMON LAW ELMÉLETE^[2]

Angliában a *common law* elmélete^[3] abban a korszakban született meg, amikor a feudális berendezkedést felváltva megjelent a történelem színpadán a modern angol társadalom és állam. Ebben az időszakban a politikai hatalmat nagymértékű centralizáltság jellemezte, amit a hatalom birtokosainak abszolutista törekvései is felerősítettek. Az ún. Királyi Bíróság (*Royal Court*) a társadalom és a gazdaság felett egyre nagyobb kontrollt gyakorolt, ami összekapcsolódott azzal a felfogással, hogy a jog a szuverén céljainak megfelelően felhasználható a társadalom ellenőrzésére és irányítására.

A *common law* elmélete egyrészt válasz volt a centralizált hatalom önkényes jogalkotására, arra, hogy a jogalkotást a hatalomban lévők saját céljaik elérésének eszközeként kezelték. A politikai abszolutizmus ideológiájának terjedésével szemben a *common law* azt a középkori eredetű gondolatot erősítette fel, miszerint a jogot nem a király, a parlament vagy a bíró alkotja, hanem az egy „mélyebb

[1] Sir William Blackstone angol jogtudós a common law természetéről Oxfordban tartott híres előadásokat, amelyeken Bentham is részt vett. Fő műve a *Commentaries on the Laws of England* 1765 körül jelent meg és nem sokkal később Bentham támadásának célpontjává vált. A *Commentaries* szövege hozzáférhető a Yale Egyetem honlapján: www.yale.edu/lawweb/avalon/blackstone/blacksto.htm

[2] Az angol jogrendszer és a *common law* sajátosságainak bemutatása a következő művek alapján készült: Bentham, J.: *A Fragment on Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, 3-32., Postema, G.: *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 3-38.), G. Postema: *Classical Common Law Jurisprudence (Part 1)* (Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 2., No. 2., 2003, 155-180. www.ssrn.com/abstract=462941), Hajdu - Horváth - Ijjas - Nagyné - Zlinszky - Stipta: *Általános jogtörténet* (Budapest, Tankönyvkiadó, 1991, 40-42., 155-196.), Takács Péter - Szigeti Péter: *A jogállamiság jogelmélete*, Budapest, Napvilág Kiadó, 1995, 228-234.

[3] A „*common law elmélet*” arra a korabeli angol jogtudományi törekvésre vonatkozik, amelynek képviselői (különösen William Blackstone) megkísérelték a hagyományos angol jogot összefoglalni és a jogásztársadalom szempontjainak megfelelően a lehető legjobb színben feltüntetni.

valóság” kifejeződése, amit a fentiek pusztán deklarálnak.^[4] A *common law* elmélete szerint a törvényekben és bírói ítéletekben kifejeződő „mélyebb valóság” nem valamiféle univerzális racionális elveknek egy csoportja, hanem a történeti fejlődés során kialakult és megszilárdult nemzeti szokás.

A *common law* esetjogi „rendszere” (a precedensek alapvető jogforrási jellege nyomán) indukciós természete és bizonyos fokú kazuisztikája miatt a formális rendezettség alacsonyabb fokán állt a 18–19. században, mint a kontinentális jogcsaládba tartozó jogok. Ez a körülmény – a magas fokú jogi kultúra alapzatán és a törvényi jognak a *common law* mellé történő fokozatos kiépülése miatt – találkozott Anglia megszilárduló polgári társadalmának stabilitásigényével.

A tradicionális elmélet szerint Anglia jogrendszere a *common law*-n alapul, ami egy közös és történetileg kialakult szokásjog, az emberek emlékezete által megőrzött íratlan maximák és szokások gyűjteménye. Gyakorlatok, attitűdök, fogalmak és gondolkodásminták összessége, amit megszilárdított a hagyomány, a használat és a tapasztalat. Egy adott szabály akkor része a *common law*-nak, ha megjelent valaha egy bírói ítélet sztenderd jogi érvelésében, akkor létezik, ha már korábban használták vagy támaszkodtak rá, mivel ebben rejlik a szabály autoritása. Nemcsak a szabály korábbi gyakorlati alkalmazása, hanem társadalmi elismertsége és elfogadottsága is erősíti annak kötelező erejét.

A szabály *történetiségének* bizonyítása tehát lényeges eleme az autoritás bizonyításának. Mivel a jog csak a gyakorlatban létezik, így törvényként vagy döntésként való megjelenése csak akkor lehetséges, ha már a közösség gyakorlatának részét képezi. Csak az idő múlása mutatja meg, hogy egy szabályból jog válik-e vagy sem, mert csak az eltelt idő teszi a szabályt érvényessé. Nem az számít, hogy ténylegesen visszavezethető-e az adott szabály a szász vagy római jogra, hanem a szabály múlttal való folytonosságának bizonyítása. A jog autoritásának bizonyítása így egyenlő azzal, hogy megmutatható, a jelenlegi *common law* szabályai és gyakorlatai kontinuitásban állnak a nép életével és történelmével. E nézet szerint a jog nemcsak történeti jellegű, hanem a társadalom folyamatos átalakulási folyamatának immanens részét képezi.^[5]

A *common law* elfogadottsága és kötelező ereje szabályainak egyfajta *ésszerűségén* is alapul. A hagyományos elmélet szerint a *common law* az ésszerűség és a közjő általánosan osztott értékeinek manifesztációja vagy kifejeződése. A *common law* alapelvei egy olyan – fikciókon és analogikus jogalkalmazáson alapuló – érvelési folyamat eredményei, amelyet a jogászok speciális és pro-

[4] Tocqueville *Az amerikai demokrácia* (Budapest, Európa, 1993, 379.) című művében az angol jogászokról így ír: „Csak azt mondom, hogy a jogászok egy olyan társadalomban, ahol vitathatatlanul elfoglalják az őket természetesen megillető magas pozíciókat, szellemükben kifejezetten konzervatívok és antidemokratikusak lesznek.”

[5] „Az angol jog történeti jellegén azt kell érteni, hogy abban sehol sem található olyan törés, melyet új kezdetnek lehetne tekinteni, szemben a mi 1848-as törvényeinkkel, a franciáknál a *Code Napoléon*nal, vagy a németeknél a *Bürgerliches Gesetzbuch* (1896) életbeléptetésével. (Takács Péter – Szigeti Péter: *A jogállamiság jogelmélete*. Budapest, Napvilág Kiadó, 2005, 229.)

fesziónális képességeikkel finomítanak, és ennek során emberek társadalmi szokásait egy koherens szabályegyüttesé alakítják. A jog természetében rejlik annak ésszerűsége, de ugyanakkor ebből a jogászai intellektuális tevékenységből kialakuló jog konstituálja azokat a mércéket, amelyek alapján elbírálható a közösség cselekedeteinek ésszerűsége vagy ésszerűtlensége.

A jó és a rossz víziói tehát a társadalom múltbeli gyakorlatából származnak és konkrét kifejeződésük a jogban jelenik meg. A történeti kontinuitás és ésszerűség dimenziói szorosan összefonódnak egymással az angolszász jogi gondolkodásban. Egy szabály vagy gyakorlat hosszú időn keresztül való fennállása az emberek tapasztalata által folyamatosan megerősített "bölcességétől" függ. Az eltelt idő és az emberek sokaságának tapasztalata erősíti meg ezeknek az értékeknek a "bölcességét" és jóságát. A jog szabályaihoz történő alkalmazkodás kétirányú: egyfelől maguk a szabályok finomodnak és változnak az idők során, másfelől pedig a társadalom hitei, várakozásai és attitűdjei formálódnak a szabályok által.

A jog ésszerűségének egy másik felfogása a 18. század közepétől terjedt el az angol jogtudósok körében. Eszerint a *common law* lényegében egy racionális tudomány, amely első alapelveken nyugszik, vagy legalábbis átalakítható ilyen tudománnyá. Ez a felfogás az ésszerűséget általános igazoló alapelvekkel kapcsolja össze, amelyeknek az egyes döntések és szabályok pusztán illusztrációi. Ehhez hasonló nézet jelenik meg William Blackstone *Commentaries* című művében is, aki kifejezetten fontosnak tartotta az alapelvek tanulmányozását a joghallgatók és a jövődöbéli gyakorló jogászok számára. Blackstone kritizálta a fennálló képzési rendszert, amelyben a jogot tanulóknak csak a joggyakorlatot kellett tanulmányozniuk, a jog alapelveit azonban nem. Álláspontja szerint a leendő jogászok így nemcsak a jog alapját nem fogják megérteni, de a gyakorlati munkában is könnyen nehézségeik adódnak majd, ha egy bonyolultabb esettel kerülnek szembe.

Blackstone szerint lehetséges, sőt kívánatos is a jog általános elveinek feltárása, amelyek segítségével átláthatóvá lehet tenni a partikuláris döntések és szabályok dzsungelét. Ezeket az alapelveket azonban sem egy konkrét esetből absztrahálva, sem apriori úton nem lehet megragadni. A jog a gyakorlatból nő ki, a tapasztalat által meg nem erősített szabályok csak hipotézisek; nem valódi jogszabályok, jogi jellegüket csak idővel lehet megállapítani. Így az ésszerűség valójában a jog szellemében lakozik és esetek sokaságán keresztül mutatkozik meg. Az esetek és döntések a jog ésszerűségének manifesztációi, nem valamiféle külsődleges racionális elvek illusztrációi. A jogalkalmazásban valóban szükség van tehát általános elvekre, de ezeket az elveket az esetek határozzák meg, nem pedig az elvek az eseteket. Ezt az ésszerűséget a hagyomány alakította ki, gyakorlati ésszerűség, ami egy már fennálló keretben, a jogi praxisban alakult ki.

Végül a *common law* elfogadottsága és autoritása a szabályok történetiségének és ésszerűségének közösen osztott érzésén alapul, a szabályok *kölcsönös elismertsége* is lényegi eleme a *common law*-nak. Önmagában nem elég az, ha a közösség egyes tagjai hisznek a szabályok történetiségében és ésszerűségében, ezeken felül abban is hinniük kell, hogy a közösség többi tagja is hisz ezekben az értékekben.

A *common law* elmélete különbséget tesz a jog és a bírói döntés között, azokat nem tekinti felcserélhetőnek egymással. A bírói döntés csak a jog egyik megjelenési módja, de a bíró döntése nem a jog maga, hiszen az is előfordulhat, hogy a bíró téved, elvétí a jogot. Hibák mindig előfordulhatnak, az új esetek új fényben mutatják meg a jogot, így a jog megfogalmazásai (ítéletek vagy törvények formájában) sohasem véglegesek, mindig korrigálhatók. Ebből a tételből egyenesen következik egyrészt a *common law* szigorú rendszerbe foglalásának lehetetlensége, másrészt a bírói jogalkalmazás nagyfokú (talán túlzott) rugalmassága: a bírónak lehetőségük van arra, hogy egy korábbihoz hasonló eset eldöntése során újfogalmazza a jogot (analógia^[6] segítségével), illetve egy teljesen új eset felmerülésekor a jog korábban még egyáltalán nem létező megfogalmazását foglalják ítéletükbe (erre az esetre a korabeli angol jogászok kedvelt eszköze a fikció (*wilful falsehood*)^[7] volt). Az érvelésük pedig ezekben az esetekben úgy szólt, hogy itt az eset és nem a bíró terjeszti ki a jogot.

A 17-18. században a *common law* elméletének szembe kellett néznie azzal a problémával, hogy hogyan illessze be a törvényi jogot a *common law* szövetébe, mivel a törvényi jog egyre nagyobb szerepet játszott a nemzet politikai és jogi életében. Egy hosszú és összetett folyamat eredményeként a 17. századra a szuverén vagy a parlament jogalkotó tevékenységének természete jelentősen megváltozott. A középkori jogtudomány szerint ugyanis a törvények feladata eredetileg megegyezett a bírói döntések feladatával: az emberek gyakorlatában már létező jog megfogalmazása és deklarálása. Ehhez képest radikális változást jelentett, hogy elismerték egy testület (vagy egy személy) jogalkotói hatáskörét, amit az saját akarata alapján gyakorolt. A jog így már nem csak a létező társadalmi rend kifejeződése volt, hanem e társadalmat megváltoztató vagy akár újraalkotó eszköz lett, amivel szemben a *common law* jogászok meglehetősen szkeptikusak voltak.

Blackstone szerint a parlamenti törvényhozás volt az oka annak, hogy Anglia jogát alkotó szabályok nagymértékben inkoherensek, kaotikusak és igazságtalanok lettek, így a parlament jogalkotó tevékenységével kapcsolatos aggodalmak a 18. századra egyre nőttek. A törvényekkel kapcsolatban felmerült probléma Blackstone szerint nem átmeneti jellegű, hanem a parlamenti jog intrinzikus tulajdonsága, hiszen a parlament által alkotott törvény önkényes akaratok időleges aggregátuma, ami sérti a jog természetét és azt a szabadságot, amit a jog nyújtani képes. A parlamenti jog a legfőbb hatalomgyakorlás és befolyásolás látható bizonyítéka, a bírói döntések viszont nem a hatalom gyakorlásának formái,

[6] A jogalkalmazói analógia alapján joghézag felmerülése esetén a bíró az elé kerülő ügyet vagy egy már korábban más esetben alkalmazott szabály, vagy egy általános jogelv alapján dönti el. Az analógia alkalmazásának feltétele a két tényállás lényegi elemeinek hasonlósága. A kontinentális jog ezt a módszert ritkán alkalmazza, a büntetőjog területén pedig kifejezetten megtiltja az analógikus jogalkalmazást.

[7] Fikció alkalmazása esetén a jogalkalmazó (a kontinensen csak a jogalkotó) egy tudottan valótlan dolgot valóságnak fogad el. A magyar polgári törvénykönyv szabályai szerint például dolognak minősülnek a dolog módjára hasznosítható természeti erők is, pl. a villamos energia, a szélenergia és a napenergia. Az analógia és a fikció a jogban az eljárás egyszerűsítését és gyorsítását szolgálja, de nagyon sok bizonytalansági elemet tartalmaz, veszélyeztetheti a jogbiztonságot.

hanem a már létező preskriptív rend felismerésének rekordjai. Ez a rend pedig nem alkotott rend, hanem magának az életnek kifejeződése. Ebben az utóbbi esetben a jog a szabadságot biztosítja, mivel a *common law* az emberek egyetértésén nyugszik, míg a parlamenti jog korlátozza a szabadságot.

A hagyományos elmélet úgy próbálta meg integrálni a parlamenti jogot a maga rendszerébe, hogy egyfelől a parlamenti törvényeket az ősi *common law* (kiterjesztő vagy szűkítő, de nem módosító) deklarációinak tekintette, de ha nyilvánvalóan új jog alkotásának esete állt fenn, akkor viszont arra törekedtek, hogy valamilyen módon beilleszték ezt a törvényt a már létező és alapvetőnek tartott *common law* joganyagába úgy, hogy annak integráns részévé válhasson. Érdemes megjegyezni, hogy a *common law* és az alkotott jog közötti szembenállás nem kizárólag jogtudományi probléma volt, megvoltak ennek az ellentétnek a politikai gyökerei is. A 17. század *common law* elmélete a hatalmi centralizáció és az abszolutista törekvések által előidézett politikai és alkotmányos krízisre adott jogtudományi válasz volt. A korábban független *common law* bíróságok és a jogász elit szembeszállt a királyi felségjogok kiterjesztésével, ehhez a küzdelemhez pedig megfelelő ideológiát keresett.

Mivel a *common law* elméletében a jog az időtlen szokás döntéseinek, ítéleteinek, finomításainak és igazításának felhalmozódása („az angol jogot nem alkották, hanem nőtt és lett” szól a híres aforizma Dicey nyomán), következképpen a jogot csak úgy lehet megérteni, ha megértjük azt a folyamatot is, aminek során kialakult. A Bentham céltáblájául szolgáló William Blackstone *Commentaries* című munkája ennek a folyamatnak és a *common law* elméletének alapos és elegáns összefoglalását nyújtja. A következő részben Bentham kritikájának főbb elemeit ismertetem.

II. A COMMON LAW BENTHAMI BÍRÁLATA

Jeremy Bentham (1748–1832) munkássága óriási hatást gyakorolt a tudományos gondolkodás és a társadalmi praxis számos területére: az etikára, a jogtudományra és joggyakorlatra, a politikaelméletre, valamint a társadalmi és közigazgatási reformkonceptiókra egyaránt. Annak a felvilágosodás korában megjelenő törekvésnek volt a folytatója, amelynek képviselői valamennyi megszilárdult és meggyökeresedett társadalmi intézményt az ész ítélőszéke elé kívántak állítani. Gondolkodására különösen hatottak Helvetius, Beccaria és Voltaire tanai, valamint az angolszász filozófiai hagyomány képviselői közül Hobbes és Hume írásai.

Kimagasló szellemi képességei igen korán megmutatkoztak: háromévesen kezdett latint tanulni és kilenc évvel később már az oxfordi *Queen's College* hallgatója lett. Jogász dinasztiából származott, édesapja őt is jogásznak szánta és a *Lincoln's Inn*ben folytatott jogi tanulmányokat követően 1769-ben felvételt is nyert az ügyvédi kamarába. Peres ügyekben azonban sohasem járt el és nem sokkal később teljesen lemondott az ügyvédi praxis folytatásáról. Feltehetően nehezen tudott beilleszkedni a bíróságok versenyszellemű világába, valamint mélységes elégedetlenséget érezhetett az alkalmazandó angol joggal szemben,

amit precedensek és gyakorlatok rendezetlen és nyomon követhetetlen halmozásának tartott, és amit szerinte kizárólag a jogászok által átlátható fikciók és speciális jogi technikák tartottak össze.^[8]

Az utókor Benthamet az angolszász jogtudomány egyik kulcsfigurájaként tartja számon, mivel ő dolgozta ki először részletesen a jogpozitivizmus elméletét, amelyet utilitarista morálfilozófiájának alaptételére, nevezetesen „a legnagyobb szám legnagyobb boldogsága” elvére épített. Bentham jogtudományi írásai nemcsak a jog általában vett feladatait és természetét firtatják, hanem azt is tárgyalják, hogy mi a szerepe egy normatív erkölcs- és politikaelméletnek a jog természetének meghatározása szempontjából.

Jeremy Bentham egész jogelméleti munkásságát annak szentelte, hogy reformjai eredményeként a jogtudomány felkerüljön a (pozitív) tudományok térképére. A reformokért (vagy sokkal inkább a radikális újr alapozásért) kiáltó kritikája a *common law* fölött azon alapult, hogy e jog nem állapítható meg egyértelműen, mert nem nyilvánosan azonosítható sztenderdek együtteseként áll elő, s ezért alkalmatlan úgy a hivatalos döntések publicitásának és igazoltságának garantálására, mint a végső fokon a társadalmi rend meghatározásában és az együttműködés feltételeinek biztosításában megjelölhető funkciójának teljesítésére egy nagy, heterogén és szokásai kötőerejét elvesztett (modern) társadalomban. Ilyen körülmények között, a közös célok hiánya és a közös tradíciók felbomlása mellett, a jognak kell egyértelmű közös szabályokat kínálnia a társadalom összetartására és a stabilitás fenntartására.

Ugyancsak a szabályok misztikus, természeti eredetét hangoztató *common law* doktrínával szemben hangsúlyozta Bentham a jog *mesterséges* jellegét. Ez pedig azt jelenti, hogy a jogot valaki megalkotja, s mint parancsot közlésezi, azért, hogy eszközként szolgáljon az emberi élethez kívánatos társadalmi viszonyok kialakításához és fenntartásához. A parancs fogalmára épített jogfelfogás teszi lehetővé Bentham számára az érvényesség világos, nyilvános és vitathatatlan kritériumainak megfogalmazását. A parancs fogalma azt is lehetővé teszi Bentham számára, hogy megoldja a jog tartalmának meghatározásából fakadó problémákat, mivel a parancsok a diskurzus, a kommunikáció formái, úgyhogy teljesen természetes úgy felfogni azokat, mint amelyek alá vannak vetve bizonyos kanonikus formuláknak, nyelvezetük világos és szabatos. S végül a parancs fogalma teszi lehetővé azt is, hogy Bentham pontosan és elméletileg gyümölcsözően fogalmazzon meg kérdéseket a törvények közötti logikai viszonyokról és kibontsa a joganyag rendszertani struktúráját, meghatározó elveket.^[9]

Ez az akár szokványosnak is nevezhető (tudományelméleti) pozitivistá felfogás kapcsolódik össze Benthamnál a haszonelvűséggel, mint minden gyakorlati

[8] Bentham életéről és intellektuális fejlődéséről lásd Dinwiddy, J.: *Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1989. című művét.

[9] Ez a gondolatmenet Bentham *Of Laws in General*, London, Athlone Press, 1970. című művének XI. Force of a Law (133-148.), XIII. Signs of a Law (152-155.) és XVI. Separation of the Civil Branch from the Penal (196-208.) című fejezeteire épül.

okfejtés alapjával. A hasznosságra alapított okfejtés nem folyamodhat egyetemes elvekhez: a hasznosságot esetről esetre kell mérlegelni s meg kell állapítani, csak maga a hasznosság szempontja az, ami közös nevezőül szolgál. A hasznosság érvényre juttatásában megjelölt ezen társadalmi funkció az, ami normatív jelleget kölcsönöz a jog természetének: a jog arra való, hogy szolgálja az egyéni és közjót („a legnagyobb szám legnagyobb boldogságát”), amely viszont értékekkel és célokkal telített, s állandó újradefiniálásnak és újraértékelésnek van kitéve.^[10] Nemcsak történeti érdekességgel bír, hanem filozófiai szempontból is alapvető jelentőségű az a vita, amit Bentham a *common law* elméletével folytatott és nagyon nagy hatással bír a jog fogalmával, feladataival és korlátaival foglalkozó kortárs elméletekre is.

A *common law* benthami kritikája arról szól, hogyan alkalmazkodhat a jog a modern (plurális) társadalom koordinációs követelményeihez. Ha az életformák differenciálódása folytán már nincsenek olyan konvencionális értékek, illetve meggyőződések, amelyek önmagukban legitimálhatnák a jogot, akkor annak érvényességi kritériumait tényekre (közhatalmi aktusok tényeire, a szuverén törvények formájában megjelenő akaratára) kell alapozni a vitatható erkölcsi követelmények helyett. A jog autoritásigényét pedig inkább a társadalmi szükségletekre tekintettel kell igazolni egy normatív elmélet keretén belül, nem pedig kétséges morális értékek felmutatásával.^[11]

Bentham saját korának jogát barbárnak, antihumánusnak és kevésbé hatékonynak tartotta, különösen a büntetőjogi szabályokkal volt elégedetlen. A *common law* elleni támadásának első sorozata annak elmélete és gyakorlata közötti inkonzisztenciát érintette. Bentham bírálatának fő célját az *A Fragment on Government* (1776) című művének előszavában fogalmazta meg: „lerántani a rejtélyesség maszkját a jogtudomány arcáról”.^[12] Századok hosszú során keresztül az angol bíróságok gyakorlatát sajátos mítosz lengte körül, amit a 18. század neves jogtudósának, William Blackstone-nak híres műve is felerősített. Bentham meg akart szabadulni a *common law* körülölelő mítosztól, szembesíteni szerette volna az emberek életének valóságával és így bemutatni az elmélet és a gyakorlat között fennálló inkonzisztenciát. A cél nem csupán egy realisabb alap lerakása volt, hanem annak bemutatása, hogy a jogász elit milyen nagy mértékben használta fel ezt a mítoszt saját bűnös és korrupt céljai érdekében.

[10] Postema a következőképpen foglalja össze Bentham utilitarista alapokra épülő jogelméletének lényegét: „The primary and most important function of a system of laws is that of securing community expectations. Its greatest utility lies in defining a stable framework of publicly recognized rules which provide a focus for expectations regarding the behavior of both citizens and officials.” (Egy jogrendszer elsődleges és legfontosabb funkciója a közösség elvárásainak biztosítása. Legnagyobb haszna abban áll, hogy meghatározza a nyilvánosan elismert szabályok szilárd vázát, amely fókuszpontként szolgál a polgárok és a hivatalnokok viselkedése számára egyaránt. – fordítás R. A.) (Postema, G.: *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford, Clarendon Press, 1986, 210.)

[11] Postema: *i. m.* 263.

[12] „... to pluck off the mask of Mystery from the face of Jurisprudence.” (Jeremy Bentham: *A Fragment on Government*. Cambridge, Cambridge University Press, 1988. 21.)

A *common law* legitimáló mítosz két forrásból táplálkozott a 18. század Angliájában. A jogtudósok egyfelől úgy tartották, hogy a *common law* a nép időtlen, öröktől fogva fennálló szokásainak és gyakorlatának kifejeződése. Ezt a gyakorlatot a bíróságok deklarálták, artikulálták és öntötték jogi formába időről időre. A bírák feladata csupán az volt, hogy kinyilvánítsák és konkretizálják azt, ami már eleve létezett a közösség hagyományában, gondolkodásában és cselekvésében. Ebből egyenesen következik, hogy ez a jog legmélyebb értelemben az emberek megegyezésén nyugszik, nem egy önkényes akarat kifejeződése, hanem valami időtlen entitás.

Másfelől a korabeli jogtudósok többsége szerint a *common law* a racionális természetjogot testesítette meg, a természetjogi igazságosság által korigálta a gyakorlatot és a szokásokat. A természetjogra vagy valamilyen gyakorlat ésszerűségére történő hivatkozás Bentham szerint agyrém („*chimera*”). Ez nem valamilyen nyilvános mérce vagy publikus megítélési szempont, sokkal inkább valamiféle magánvélemény kifejezése, amit nyilvános mércékre való hivatkozásként tüntetnek fel. Az *common law* ésszerűségére hivatkozásnak is ugyanez az oka: elfedni azt, hogy csupán megalapozatlan magánvéleményre hivatkoznak. Az ésszerűség itt egy radikálisan relatív mérce: a szabály ésszerűtlensége azt jelenti, hogy aki ésszerűtlenségre hivatkozik, helyteleníti azt a szabályt, ami az ő saját ésszerűségének ellentmond. Ez a fajta relativitás és határozatlanság azonban azonnal eltűnik, amikor a haszonelv válik a hivatkozás alapjává.

A *common law* jogi minőségét Bentham inkoherens fikciónak tekintette.^[13] Szerinte ezt legkönnyebben úgy lehet bizonyítani, ha fel szeretnénk mutatni egy szabályát a *common law*-nak. Ha a *common law* valóban jog, akkor a vizsgálódás céljából izolálni lehetne egy konkrét szabályát, de ez lehetetlen. A *common law* jogász tehát állandóan a következő dilemmával találja szembe magát: vagy jogilag autoritatív entitásokra mutat, amelyek egyáltalán nem törvények (bírói ítéletek), vagy olyan proposíciókra, amelyek bár jogi jellegűek, de nem lehetnek autoritatívak (jogelvek). A *common law* szokásjog, nem a törvényhozói akarat írott formában megjelenő megfogalmazása, hanem egyedi bírói cselekedetek és döntések gyűjteménye, amelyek az egyre szélesebb értelmezésnek köszönhetően (amire Bentham szerint az emberek egyébként is hajlamosak^[14]) az általános törvények hatásával bírnak. Autoritatív parancsok ugyan, de egyedi cselekedetekre vonatkoznak és csak az adott ügyben érintett feleket kötelezik. A bírói aktusok azonban önmagukban nem alkotják a jogot, mivel a jog végtelen számú esetben alkalmazható, általános proposíciókat tartalmaz.

A *common law* elmélete szerint az adott esetben alkalmazandó általános szabályokat a konkrét, egyedi esetek sokaságából extrapoláció révén lehet

[13] Vö. Postema: *i. m.* 287.

[14] „These laws are nothing but so many autocratic acts or orders, which in virtue of the more extensive interpretation which the people are disposed to put upon them, have somewhat of the effect of general laws.” (Ezek a nem mások, mint önkényes rendelkezések vagy parancsok, amik az emberek által alkalmazott kiterjesztő értelmezés következtében az általános törvények hatásával bírnak. – fordítás R. A.) Bentham, J.: *Of Laws in General*. London, Athlone Press, 1970, 152.

kinyerni, amit Bentham egy rejtélyes és metafizikai eljárásnak tartott. Ezeket a szabályokat ugyanis valakinek meg kell fogalmaznia, de felmerül a kérdés, hogy vajon kinek van erre felhatalmazása. Bentham szerint a *common law* dilemmája a következő: ha valakinek megvan erre a felhatalmazása, akkor az törvényhozóvá válik, de ez már a jogalkotás területe. Ha létezik ilyen felhatalmazás, akkor a *common law* esetében ez mindenkire vonatkozik, ami meglehetősen abszurd következményekre vezetne. Ha viszont senki nem rendelkezik ilyen felhatalmazással, akkor nincsenek általános szabályok, és így jog sincs. A bíró konklúziója egy adott esetben egyáltalán nem autoritatívabb, mint bárki másé, csak sokkal megbízhatóbb előrejelzése a valószínű döntésnek. Ha a *common law* egy proposíciója autoritatív, akkor csak az egyedi estre vonatkozóan kötelező, így nem lehet jog. De ha a jog általános szabálya, akkor nem autoritatív, és ezért nem jog.^[15] Bentham úgy tesz, mintha a *common lawt* belülről kritizálná: eszerint a bírók nincsenek feljogosítva jogalkotásra, autoritatív kinyilatkozásaik a már létező jog alkalmazása során meghozott döntések, amelyek csak az esetben érintett feleket kötelezik.

Bentham érve egy nagyon fontos premisszára épül: a jog a jogi szabályok általános autoritatív proposícióiból áll. De abból a tényből, hogy a bírók nem alkotnak jogot és konkrét ítéleteik mindig javíthatók, még nem következik, hogy nincsenek a *common lawban* általános szabályok. Ehhez a konklúzióhoz Benthamnak egy további premisszára is szüksége van: ha egy szabály autoritatív jogi szabály, akkor explicit, rögzített és nyelvileg megfogalmazott.^[16] Csak ezzel az előfeltétellel együtt lehet a *common lawt* inkoherens fikciónak tekinteni és elvetni. De ez a feltételezés éppen azt kéri számon, amit a *common law* elmélete kifejezetten elutasít: a *common law* elmélete szerint a szabályok a fennálló társadalmi vagy jogi gyakorlatból származnak, nem létezik kanonikus verbális megfogalmazásuk.

Bentham érve csak akkor lehet sikeres, ha kívülről veszi ezt az előfeltevést, ami a saját törvényi jogfelfogásán alapul és ezt tekinti mércének. Csak akkor menekül meg Bentham a leegyszerűsítés vádjá alól, ha sokkal általánosabb érvet hoz fel, olyat, ami nem következik közvetlenül pozitivistá jogfelfogásából. Persze így elveszíti immanens kritika jellegét, de ettől még nem lesz kevésbé meggyőző. Ez az érv pedig a jog alapvető feladataival és funkcióival függ össze. Ahhoz, hogy a jog megfelelően ellássa elsődleges feladatait (a biztonság fenntartását), bizonyosnak, nyilvánosnak és kétségtelennek kell lennie. Másrészt így bizonytalanul és íratlanul nem tud kritika tárgyává sem válni, ráadásul vak és passzív engedelmességre kényszeríti az állampolgárokat, nem lehet felelős és kritikai bírálatot gyakorolni felette.

Szigorúan bírálta Bentham a *common lawt* annak visszaható hatálya miatt is.^[17] Úgy vélte, hogy az emberek nem igazíthatják a várakozásaikat és a cseleke-

[15] Bentham: *i. m.* 194.

[16] Bentham: *i. m.* 152.

[17] Bentham: *i. m.* 193–194.

deteiket olyan szabályokhoz, amelyek csak a bírók által megismerhetők és csak az ő fejükben léteznek. Nincsenek előre kihirdetett és megismerhető általános szabályok, így az emberek csak utólag szereznek tudomást arról, hogy korábban esetleg jogsértő magatartást tanúsítottak és ez milyen jogi következményekkel járhat. Egy adott magatartást a bíró csak annak tanúsítása után minősít esetleg jogsértőnek, ha ezt „olvassa ki” a *common law* átláthatatlan anyagából. A jog *ex post facto* jellege több negatív következményt is maga után von, amelyek közül a legsúlyosabb Bentham szerint az, hogy a jog így nem tudja ellátni elsődleges feladatát, nem tudja fenntartani a biztonságot a társadalomban.^[18]

Bentham *common law* kritikája azért bír különösen nagy jelentőséggel, mert benne találjuk meg azokat az érveket és megfontolásokat, amelyek a jog pozitivista felfogása felé terelték őt. A *common law* elméletével és gyakorlatával szembeni radikális kritika azokon az érveken és elveken nyugszik, amelyeket társadalom- és politikaelméletéből vett, különösen a jog elsődleges feladatát és funkcióit illetően és ezeket itt fogalmazza meg a legvilágosabban. Így Benthamnek a jog természetével kapcsolatos felfogása nem semleges normatív értelemben, nem csak analitikus vagy konceptuális megfontolásokon, hanem alapvető társadalmi és emberi szükségletek analízisének nyugszik, illetve annak elemzésén, hogy a jog hogyan tudja ezeket legjobban szolgálni. A jogtudomány közvetlenül felhasználja a politikaelméletet: Bentham ebben az értelemben is utilitarista.

[18] Bentham: *i. m.* 184.