A jog létmódjai: normativitás – döntés – jogviszonyok és közhatalom

JURIS DICTIO
A Széchenyi István Egyetem
Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Karának
kiadványai

SZIGETI PÉTER

A jog létmódjai: normativitás – döntés – jogviszonyok és közhatalom

A JOGI OBJEKTIVÁCIÓ TÁRSADALOM- ÉS JOGELMÉLETE

Gondolat Kiadó – SZE DF ÁJK
Budapest–Győr, 2021

A kötet megjelenését a Magyar Tudományos Akadémia támogatta.

© Szigeti Péter, 2021

Minden jog fenntartva. Bármilyen másolás, sokszorosítás,
illetve adatfeldolgozó rendszerben való tárolás
a kiadó előzetes írásbeli hozzájárulásához van kötve.

www.gondolatkiado.hu
facebook.com/gondolat

A kiadásért felel Bácskai István
Szöveggondozó Horváth Anna
A kötetet tervezte Lipót Éva

ISBN 978 963 ?????????
ISSN 2416–1500

TARTALOM

ELŐSZÓ 11

A kezdet… 13
Szakjogtudományok – jogelmélet 16

I. TÁRSADALMI LÉT – TÖRTÉNETISÉG – ÉS A TÁRSADALMI FORMÁCIÓK SZEKULÁRIS ELMÉLETE 23

1.1. Az ontológia és a szaktudományos ismereti szintek, a létrétegek, a létszférák és a kategóriák 24
1.1.1. A lét, a létrétegek, a létszférák és a kategóriák viszonyáról 27
1.2. A társadalmi lét történetiségének alapvonásai 39
1.3. Irreverzibilis időfolyam és történetiség 44
1.4. Társadalmi formák és a történelem értékelésének rivális megoldásai 47
1.5. Társadalmi-gazdasági alakulat – termelési módok – társadalmi integrációs formák 50
1.6. A formaelmélet, az államelmélet és a jogelmélet kapcsolata: az államtípus (Á) – az államforma (K) és az államrend (E) viszonya 62
1.6.1. A jog genéziséről 65
1.6.2. A jogelmélet alapkategóriái: Jogtípus – Jogcsalád – Jogrend, az Általános – a Különös és az Egyedi meghatározottság szintjén. 66
1.7. Az államfejlődési utak problémája 71
1.8. Az állam elhalásának kérdéséről 73

II. A JOG TÖRTÉNETISÉGÉNEK ELMÉLETI MAGYARÁZATAI – VÁLTOZATOK 81

2.1. A történeti-jogi iskola fellépése Németországban 82
2.2. A történeti iskola hegeliánus kritikája 85
2.3. Lét és érték dualizmusának elvetése a hegeli objektív idealizmus alapján 87
2.4. H. S. Maine: a haladó és a stagnáló társadalmak hatása a jogfejlődésre 88
2.5. Jogelméleti gondolkodás a klasszikus marxizmusban 90
2.6. A mérsékelt pozitivizmus: H. L. A. Hart jogkoncepciója 94

III. A NORMATIVITÁS SZOCIOLÓGIKUMA
A társadalom normarendszerének differenciálódása 99

3.1. A jog a társadalmi normák összefüggésében – a jog normatív oldalának helyi értéke 100
3.1.1. Életszituációk – magatartásformák és normativitás 102
3.1.2. A társadalmi norma és differenciálódása 103
3.1.3. A szokást jellemző tulajdonságok 105
3.1.4. A konvenció 106
3.1.5. A modern jog és formái 107
3.1.6. Kitekintés M. Weber és W. G. Sumner munkásságára 109
3.2. Az antropológia üzenete a szokások jogelméletének: A. Gehlen tehermentesítési elmélete 111
3.3. Somló Bódog felfogásának összevetése a normakontinuum-elmélettel 114

IV. A POLITIKUM KONSTRUKCIÓJA 119

4.1. Módszertani előhang 120
4.2. A politikai megközelítő értékű megoldásai: pánpolitizáló és arisztokratikus felfogás. (Problémafelvetés) 121
4.3. Carl Schmitt megoldása: kritikai átvilágítás és ellenvetések 123
4.4. Az állami és a társadalmi viszonya: Schmitt és Lukács 130
4.5. Uralomelmélet – politikai hatalom: a „politikum" és a „politikai" cselekvés 137
4.6. A statika nézőpontjának felváltása a dinamikával, a politizációs folyamat jellemzése: kétirányú közvetítés a polgári társadalom, a politikai társadalom és a politikai állam között 140
4.6.1. A közpolitika (policy) helye ebben a processzusban 147
4.6.2. A harc és az integráció újratermelődő attitűdjének szociális meghatározottsága. 149

V. A JOG HELYE A TÁRSADALOM TOTALITÁSÁBAN ÉS ÖNREFERENCIÁLIS RENDSZERSZERŰSÉGE 153

5.1. A jog létalapja – dialektikus filozófiai és komplex rendszerelméleti megközelítésben 154
5.2. Az elvont azonosságfilozófiák álláspontja 154
5.3. A konkrét azonosság filozófiai-módszertani álláspontja. 160
5.4. Az önreproduktív-önépítő társadalmi lét és a jog létalapja 164
5.5. A jog létalapjának viszonya a jog önreferenciális rendszerszerűségéhez 170
5.5.1. A jogrendszer immanens, műveleti-jogértelmi zártsága és társadalmi-történelmi környezetének nyitottsága 171
5.6. A jogi objektiváció tételezettsége: ember alkotta, tárgyspecifikus kategóriái 182
5.6.1. Az okság szerepe a jogban 183
5.6.2. A finális determináció a jogban 186
5.6.3. Cél és érték viszonya a jogban 188
5.7. A jog tárgyspecifikus kategóriái: pozitivitás – érvényesség – jogrend – törvényesség – alkotmányosság 192
5.7.1 A jog pozitivitása – amely a forma formalizált mozzanataiból ered 192
5.7.2. A jogi norma érvényessége 194
5.7.3. A jogrend: jelentése és változása ontológiai és hermeneutikai perspektívában 201
5.7.4. A törvényesség 212
5.7.5. A jogbiztonság 215
5.7.6. Az Alkotmányosság jogelméleti kategóriája: a jogimmanens, önreflexiós szint megemelése 217
5.8. A struktúra dinamizmusának következményei: a létmódok. Norma – Döntés – Jogviszonyok és Impérium 222

VI. LEGALITÁS − LEGITIMITÁS, MORALITÁS. ALKOTMÁNYOZÓ HATALOM ÉS ALKOTMÁNY. A JOGALKOTÁS JOGELMÉLETI NÉZŐPONTBÓL: AZ ÁLTALÁNOS AKARAT KÉPZÉSE, TÍPUSAI 231

6.1. Legalitás és legitimitás újkori viszonya 232
6.1.1. Legalitás és moralitás: antinomikus viszony, teista visszavezethetőség vagy „tertium datur”? 238
6.1.2. Alkotmányozó hatalom – alkotmány – alkotmányozás *243*
6.2. A természetjog fogalmilag (M. Weber). Ontológiai, újratermelődő és közvetítő státusza a társadalmi lét és a pozitív jog között ***249***

6.3. A jogszolgáltatás stádiumai: közvetítési folyamat a jog előtti szakasz – a természetjog és a pozitív jog között 252
6.4. Jogalkotás jogelméleti nézőpontból: a minden egyes akaratától az általános akaratig vezető út 261
6.4.1. A közérdek 261
6.4.2. A magánjogi, partikuláris-konfliktusrendező közérdek 263
6.4.3. Paradigmatikus változatok: J. J. Rousseau – G. W. F. Hegel – R. Pound és a politikai piac (Public Choice és a közjavak természetes monopóliuma) 265
6.5. Konklúziók – a közérdek szubsztantív fajtái 288
6.5.1. magánjogi, partikuláris-konfliktusrendező; 6.5.2. empirikus közérdek; 6.5.3. generikus közérdek; 6.5.4. specifikus közérdekek: a kollektív identitás fennmaradása és/vagy fejlesztése. Az érdekek elismerése és priorizáló artikulálása 288

VII. JOGALKALMAZÁS – JOGÉRTELMEZÉS – JOGTALÁLÁS ÉS BÍRÓ ALKOTTA JOG
Elméletek, teorémák, hipotézisek 291

7.1. A bírói szerepfelfogások 292
7.2. Paradigmák a jogalkalmazásban: fogalmi elemzések és jogesetek 298
7.2.1. Racionalista dogmatizmus versus az erkölcsi egyenértékűségek pluralizmusa 298
7.2.2. A bíró „a törvény szavát kimondó száj" montesquieu-i paradigmája: a mechanikus jogalkalmazás modellje vagy a polgári törvényesség 18. századi követelménye? 305
7.2.3. A jogi szillogizmus logikai racionalizmusa – dogmatizmussal és a nélkül 306
7.2.4. A szkepticista relativizmus pszichológiai változata: a jogbiztonság mint apapótlék (J. Frank) 313
7.2.5. Az egységes magyarázat paradigmája: C. Schmitt decizionizmusa 315
7.2.6. Az egységes magyarázat paradigmája: az esetnorma Wolfgang Fikentschernél 323
7.2.7. A könnyű és a nehéz eset között differenciáló megközelítések – a normálforma beiktatása 328
7.2.8. Jogi normák – jogtételek versus szabályok (rules) – egyéb magatartásminták (principles; policy) összevetése 334
7.2.9. Kitekintés: a regulatív és a feladatnorma viszonya a reproduktív és innovatív normához 341

7.3. Casus perplexus vagy joghézag? 343
7.3.1. Palmer vs. Riggs és a nehéz esetek alfajai 344
7.3.2. A joghézag mint olyan: szubjektív és objektív okai – fogalmi síkon és jogesetekben 345
7.3.3. A normakollíziós problematika (bár több norma vagy dogmatikai fogalom is releváns, mégsincs konkluzív törvényi megoldás az életbeli esetre – mint a normálformánál) 349
7.3.4. Alapelvi bíráskodás, ab ovo mérlegelési jogkörben hozott döntés 357
7.3.5. Diszkrecionális döntés és méltányosság 361

VIII. JOGFEJLŐDÉS – AKTÍV ADAPTÁCIÓ A TÁRSADALMI-GAZDASÁGI KIHÍVÁSOKRA: JOGALKOTÁS A MAKROSZINT POLITIKAI KÖZVETÍTETTSÉGÉVEL – ÉS A JOGGYAKORLAT MIKROSZINTJÉN 363

8.1. Expozíció 364
8.2.1. Klasszikusok: Max Weber – a jog varázslat alóli felszabadítása 366
8.2.2. A jogfejlődés fő vonala és a jogi ideáltípusok 367
8.2.3. A jogi racionalitás jelentései 369
8.2.4. Az ideáltipikus megismerés problémái: az empirikus tények teljességéhez és a fejlődéstörténeti rekonstrukcióhoz való viszonya. 371
8.2.5. Kritikai észrevételek: a precedensjog kontinentalizálódása és a kontinentális (EU-) jog esetjogiasodási tendenciája 377
8.2.6. Materiális ellentendenciák és értékelésük a jogfejlődés formális racionalizációjában 380
8.2.7. Weber-értékelés – túl kell lépni Webert (Maine, Pound, Eörsi felé) 383
8.3. Az adaptáció formái és eszközei 390
8.3.1. Jogmegkettőződés – jogi pluralizmus és a régi és új harca a jogfejlődésben 397
8.3.2. Korszakváltásos adaptáció 399
8.3.3. A munkajog liberalizációja: fragmentált munkaerőpiac – flexibilis munkaviszonyok („flexploitation”) 406
8.4. Adaptáció nélküli jogfejlődés: a jog egy hiperciklikusan konstituált magas szelektivitású, autonóm szociális (kommunikatív) rendszer (Gunther Teubner) 409
8.5. A jog fejlettségének helyes jogi mértéke – a végső értékkritérium 414

ÖSSZESÍTETT IRODALOM 417

ELŐSZÓ

Hosszasan érlelődött bennem az a jogfelfogás, melyet e monográfia lapjain kifejtek. Ez ugyanis az utóbbi két évtizedben több tekintetben is módosult és gazdagodott: mind társadalomelméleti megalapozottsága tekintetében (I–II. és V. fejezetek), mind pedig a jog belső komplexitásának tárgyalásmódját illetően (VI., VII. fejezetek). A jogállamiság egykori, monografikus tárgyalását (Napvilág, 1998 és második kiadás 2004, általam írt fejezeteiben) a jog létmódjainak tárgyalásává szélesítettem, a cím mellett alcímet adva munkámnak. Fontos itt a pontosság: a jog mint *ismerettárgy külső és a belső komplexitásának egységét (unitas multiplex) egy ontológiailag megalapozott szintetikus jogfelfogásban lehet érvényesíteni*, aminek előfeltétele az, ahogyan a társadalmiság társadalomelméletileg kidolgozott közös alapzatán a jog, a politikum és az állam sajátosságait és összefüggéseit taglalom. Ezzel a címbeli gondolati artikulációval differenciáltabban jelölöm meg és specifikálom törekvéseim, mint ha mondjuk egy diszciplináris „Jogelmélet" vagy „Szisztematikus jogelmélet" szóba jövő, ám többek által használt fogalmaknál kötöttem volna ki.

Munkám – újabb kutatásaim összegzéseként – jogelméleti életművem betetőzésének szánom. Egyrészt módszertanában egy társadalomontológiailag megalapozott szintetikus jogelméletben a komplex, nem lineáris rendszerek elméletére támaszkodom – a jognak mint alrendszernek a kifejtésében. Azonban részleges kritikával élek a releváns autopoietikus felfogásokra vonatkozóan, mert azoktól eltérően, a *jogi alrendszer relatív autonómiáját* bizonyítom a társadalmi létben. Másrészt az elméleti irodalom engem illető bírálataira és az opponenciákra is reagálni kívánok. A legfontosabb mégis az, hogy az elmúlt évtizedek alatt elsajátított újabb ismereteim kívánom érvényesíteni. Ebben szerepet játszik az a jogalkalmazói tapasztalat is, amelyre a hatalommegosztásban egy semleges ellenőrző szerv, az Országos Választási Bizottság elnökeként tehettem szert (2006 februárja és 2010 augusztusa között).

A jogot nem analitikus[1], hanem szintetikus felfogás perspektívájába helyezem. Mert a társadalmi lét mozgásformáinak gazdasági, szociális, állami-politikai, jogi

[1] A jog meghatározott részterületeit (például normatan, normaszerkezet, felelősségi alakzatok, jogági-jogterületi szabályozások) és intézményi struktúráit szakjellegű, pozitivista jogtudományi és analitikus módszerekkel is lehet és kell kutatni. Ilyen normativista, analitikus, szövegelemző módsze-

és legitimációs szempontú elemzései egymással összefüggő konkrét totalitást alkotnak, melynek gondolati rekonstruálásához nemcsak a részrendszereket és struktúráikat kutató szaktudományok és paradigmák ismeretére van szükségünk, hanem a tárgyi problémák elsődlegességéből kiinduló reális szemléletre is. Ezért és ennyiben változatlanul nagy szükségünk van a társadalomtudományokban és a jogelméletben a „fogalom munkájára" (Georg Wilhelm Friedrich Hegel), a dialektikus és történeti közvetítések figyelembevételére. Legalitás sincs államiság és legitimitás nélkül, de nem közvetlenül esnek egybe, hanem a politikum közvetítése révén, a társadalmiság közös alapzatán. A mindenkori társadalmi lét történeti termék, s az adott kor kihívásaira kell válaszolnia, annak problematikáit kell aktív adaptációval feldolgoznia a jogrendszernek. Kihívások és válaszok dinamikájával. E közvetítések nélkül az empirikusan mérhető és szaktudományosan leírható helyzetek sem kezelhetőek és értelmezhetőek az objektivitás igényének fenntartásával, mert a jelenségek immanens körének számbavétele feltételezi a fogalmi, gondolati tisztázást, az érvényességi reláció és terület behatárolását. Igaz, a konstruktivista, hermeneutikai, szellemtudományos tendenciák hazai újjászületésének idején – melyek nemcsak az empirikus orientációk önelégültségére, a mérhetőség illúziójára adott jogosult reakciók, hanem társadalmi alapjai is vannak – nem könnyű az említett magasrendű tudományossági igény fenntartása sem. Hát még a teljesítése. Törekedni azonban lehetséges, ha a történeti társadalomtudományok (Historische Sozialwissenschaft)[2] megismerési módszereivel élünk szintetikus jogelméletünk kidolgozásakor – és szükséges is egyben. Hátha súlyosabb eredményeket hoz, mint az előző feltevés agnosztikus relativizmusa, amely a befogadó közeg mindenkori szubjektivitását értéknek tekintve annak túlontúl nagy szerepet ad.

A jog természetéről, fogalmáról, szerkezetéről és a jogi objektiváció kategoriális felépítettségéről, azaz teljességének finomszerkezetéről – azt remélem – jól kidolgozott álláspont jelenik meg munkámban. Az objektivációk – az emberi-társadalmi

---

rekkel magunk is élünk e munkában. Szövegelemzéssel élünk Max Weber *jogfejlődési magyarázatának* rekonstruálásakor vagy az *alkotmányosság jogelméleti* kategóriájának a magyar Alkotmánybíróság gyakorlatában fellelhető, jogelvi szintű jogrétegének vagy alapjogi jogviták döntésekben megnyilvánuló, tapasztalati elemzésekor. Az analitikus ismeretek felhalmozódása egyfelől időről időre újraszüli a szintézis megalkotásának megismerési és intellektuális szükségletét, másfelől arra is alkalmas, hogy korrigálja a hamis általánosításokat. Analitikus és szintetikus, induktív és deduktív módszerek együttes alkalmazása egyaránt lehetséges egy szintetikus jogfelfogás keretében. Fordítva nem menne: az analitikus módszer kizárja a szintetikust, míg utóbbi építhet az előzőre. Kiindulóponton mindenkor a közvetlen tárgy, *intencio recta* természete jelöli ki alkalmazásukat. A szintézis létrehozásának analitikus ismeretekre vagy megalapozott deduktív következtetésekre kell támaszkodnia. Mindazonáltal a jog mint ismerettárgy belső és külső komplexitása, „unitas multiplex" (N. Cusanus) jellege alapozza meg szintetikus törekvésünket.

[2] Jürgen Kocka (2011): A történelem és a társadalomtudományok ma. *Eszmélet,* 92; Szigeti József (1984): Egység és ellentét a társadalmi-történeti tudományokban. In *A tudományos gondolkodás forradalma. 315–319.* Kossuth, Budapest.

praxis tárgyiassági formái – az anyagi és szellemi reprodukciós folyamatba ágyazottak, de abból különnemű sajátosságaikkal kiemelkednek a nyelvi, jogi, politikai, tudományos, művészeti és vallási formák.

A jogi objektiváció jellemzését kétfelől, normatív oldaláról (III. fejezet) és lételméleti elemzéssel (V. fejezet) közelítem meg. Miért? Egyfelől, hogy normatív képződményként a társadalom össznormarendszerének differenciálódási folyamatában helyezhessem el a jogot, rávilágítva annak szociologikumára. Másfelől, hogy a filozófiai kategória-elemzés módszerével tisztázzam ontológiai alapját, belső felépítését, s a jogrendszer önszabályozó képességének mechanizmusait és határait: önreferenciálisan zárt, önszabályozó, de mégsem önépítő, hanem társadalmi-történelmi környezetével kölcsönhatásban lévő alrendszeri nyitottságát. A minden létre jellemző *fundamentális*, a létezés különös formáit – így a társadalmi létet – jellemző *különös kategóriák* elemzésén túl a csak és kizárólag a jogi objektivációra jellemző *tárgyspecifikus* kategóriák kidolgozására különleges analitikus figyelmet fordítottam (pozitivitás, érvényesség, jogrend, törvényesség, alkotmányosság).

A KEZDET…

Minden kezdet nehéz. Hol és hogyan kezdjük el egy belső és külső összefüggésrendszerében is magas fokú komplexitással rendelkező ismerettárgy bemutatását? Egykor *A jogállamiság jogelméleté*nél azt a megoldást választottam,[3] hogy a hétköznapokban mindenki számára megnyilvánuló jogi jelenségek reflektálatlan halmazából indítottam el a diszkussziót, rámutatva a jelenségek minősítésének, osztályozásának és magyarázatának nélkülözhetetlenségére, amihez a mindennapi, naiv tudat nem jut és nem is juthat el. Eltérően a tudományos megközelítéstől, amely az antropomorf és teleologikus gondolkozástól és a kognitív disszonancia szociálpszichikumától reflektálandó problémákat lát ott is, ahol ezt a mindennapok látszatai, impressziói elrejtik.[4]

Mostani bevezetőmben ellenben tudományelméleti megfontolásokból, a jogtudomány sajátosságaiból indulok ki a tárgy kifejtésében, rámutatva egy társadalomtudományosodó jogtudomány gondolati alapjaira, módszereire.

A jogtudomány társadalomtudományok közötti különneműségét két oldalról kell megvizsgálni. *Egyfelől* különösségét a hagyományos, fogalomelemző-dogmatikai jogtudomány jogi praxishoz kötöttsége adja, *másfelől* az ettől való elrugaszkodás vezet el a voltaképpeni jogelméleti általánosításokhoz. Ugyanis a joggyakorlat, a jo-

[3] Szigeti Péter – Takács Péter: *A jogállamiság jogelmélete,* Napvilág Kiadó, Budapest, 2004, lásd az 1.1. részben.

[4] Lásd Szigeti Péter: A kritikai társadalomtudományi megismerés specifikumai. *Jog – Állam – Politika,* 2013/1. V. évf.

gászi hivatások és az ezekkel foglalkozó jurisprudencia más tudástípust képviselnek, éspedig az operatív racionalitás tudástípusát, amíg az elméleti jogtudományok a szubsztantív racionalitását. Tegyük meg ezt a közöttük lévő utat, hogy aztán egy társadalomelméletileg felvezetett szintetikus jogelméletig nyomulhassunk előre.[5]

Némi leegyszerűsítéssel azt mondhatjuk, hogy az antikvitásban a természetjogi, a középkorban a szokásjogi jogfelfogás volt az uralkodó, és csak a 19. század derekától kötődik a jogtudomány erőteljesen a tételes joghoz, annak a jogbiztonságot és kiszámíthatóságot hordozó, klasszikus jogpozitivista szemléletű vizsgálatához. Nem függetlenül attól a Max Weber által leírt, kettős racionalitás igényétől – a kalkulatórius kapitalizmus *árugazdasági* és *államhivatali racionalitása* – amelynél a hatalmát már megszilárdított polgárság a polgári nemzetállam uralmi szerkezetében valósított meg. Ekkortól a természetjogi gondolkodásmód már nem dominált, de olyan kivételt jelentett, amely a joganyag értékszempontú vizsgálatával azért törődött – akár a status quót igazoló-megőrző, akár azt kritikailag meghaladni kívánó konzekvenciákkal végezte. *Azonban a különbségek ellenére a hagyományos jogtudomány mindenkor és döntően a jogászképzés szükségleteihez igazodott* – a római jog recepciójának területein („Professorenrechts"), az attól mentes common law-ban, a kánonjog és az újkor hajnalán az itáliai reneszánszban fellépő glosszátorok és kommentátorok esetében, továbbá a partikuláris szokásjogok feudális társadalmaiban is ez volt a helyzet – *sohasem vált teljesen társadalomtudománnyá*. A jogászi szakmák igényeit döntően az egyetemi jogászképzés elégítette ki, ahol a szakjogi joganyagokat el lehetett és kellett sajátíttatni, s ehhez a dogmatikai, fogalomelemző jogtudomány segítségére volt szükség: alkalmazott tudományra. Németországban a hagyományos „Begriffsjurisprudenz", Franciaországban a „l'école de l' exégèse" normativista, szövegelemző, jogértelmezést és rendszertant fejlesztő tudást produkált. Amikor a 19. században a történeti-jogi iskola Németországban éppen a természetjog abszolutisztikus felfogása ellen lépett fel – „a természetjog vak a történelemmel szemben" – Angliában pedig a „Historical Jurisprudence" H. S. Maine kezdeményezte jog-összehasonlítással

[5] Kritikusaim közül többen elismerték (Szabó Miklós 2017, 327; Szilágyi Péter 2017, 328, 331, 341–342; Rigó Anett 2002, 153–159.) jogelméleti, állam- és politikaelméleti *módszertani törekvéseim létjogosultságát*, értékeit. Erdős Csaba akként, hogy „A tudomány mikroszintjét képviselő esetjogi megközelítés, a makroszintet megjelenítő világrendszer-szemlélet, s a »rokontudományágak« figyelembe vételével megvalósuló szintetikus elméletalkotás nemcsak jól megfér egymás mellett, hanem azok szorosan összekapcsolódnak, mivel az egyik a másik nélkül a valóság csak egy szeletének a megvilágítására alkalmas. Minthogy a társadalomtudomány fő feladata »a szakadatlan mozgásban, változásban lévő valóság gondolati birtokba vétele«, nevezetesen »az, hogy az ember társadalmi életét, eseményeit, törekvéseit, megrázkódtatásait dokumentálja és értelmezhetővé tegye«, a társadalomkutatás adekvát módszereként fogadható el Szigeti professzor megközelítése. Nem tagadva a szaktudományok hasznosságát és eredményeik hasznosíthatóságát, azok szintézisbe foglalása olyan távlatokat képes nyitni az összefüggéseik feklismerésében, amelyek többletjelentéssel képesek felruházni az egyébként elkülönülő tudományos teljesítményeket" (2012/1. 188) – írta a *Társadalomkutatás – mi végre?* (2011) című kötetünk recenziójában.

(Ancient Law, 1851) *tágította a jogtudomány horizontját*, kezdetét vette a jog társadalmi alapjainak, a jogalkotás, a jogalkalmazás és a konkrét jogviszonyok társadalmi-történelmi kondicionáltságának vizsgálata. A jogelmélet, a jog-összehasonlítás, a jogi antropológia és a jogszociológia kilépett a jogpozitivizmus jogyakorlathoz kötődő alkalmazott tudományi státuszából, s empirikus-történeti és elméleti-általánosító igényű fellépésétől napjainkig már társadalomtudományi ágnak is tekinthető. Akárcsak a klasszikus marxista és a neomarxista jogelméleti törekvések, melyek alapján a jogtípus-jogcsalád és az egyedi nemzeti jogrendek megkülönböztetését és a jogfejlődés témáját aknázzuk ki.

Alapkérdésünk: hogyan lehetséges a jogtudományt komoly tudományként művelni? – parafrazálhatjuk Edmund Husserlnek eredendően a filozófiára vonatkozó kérdésfelvetését. Bizony a társadalomtudományokat és a jogtudományt egyaránt lehet komolyan művelni, ha azokat nem a természettudományok különnemű mércéjén kívánják „levizsgázatni" – vagy pedig a matematikáén (amely nem természettudomány, hanem hozzávetőleg, az absztrakt mennyiségi viszonyok és a térbeli, geometriai képződmények, elvont formális-univerzális tudománya), amely mivel nem tárgyspecifikus,[6] igen sok területen – így a társadalomtudományokban is – jól alkalmazható, anélkül hogy a társadalomtudományok tudományossága azok matematizáltsági fokán állna vagy bukna.[7] F. C. von Savigny jogász eszméje ugyan hasznos analógia, jól kifejez egy egzaktságigényt – a jogász a matematikai képletek bizonyosságával tudjon számolni a jog fogalmaival – azonban erre sohasem kerülhet sor, mert a jogesetek, különösen a nehéz esetek megoldása aligha képzelhető el „az egyetlen helyes döntés" fogalmilag levezetett bizonyosságával. A jogászi formalizmusokra támaszkodó jogpozitivistáknak a jogrend zártságát tételező felfogását – minden jogi problémának van megoldása, éppen, mert *a jog nem nyitott szövedékű, hanem zárt rend* – alaposan kikezdték a különféle realizmusok. Így már a korszerű *mérsékelt jogi pozitivizmusban* H. L. A. Hartnál a nyelvi probléma – a fogalomértelmezés a nehéz eseteknél a magjelentésen túlnyúló holdudvartartományban szükségképpen bizonytalanságokkal terhelt – realizmusa következtében esik el az egyetlen helyes döntés abszolutisztikus jogbiztonságigénye. Ronald Dworkinnál a *jog teljességeként* felfogott jogelmélet tkp. éppen nem a jog zártsága, hanem a jogalkalmazás rugalmassága révén tudja megoldani az összes problémát. Ehhez a szabályokon túl egyéb magatartásmintákat kell alkalmaznia (elveket [principles]; politikákat [poli-

[6] Ezért van az, hogy a matematikusok gyakran nem is óhajtják megmondani, mivel foglalkoznak, megelégszenek azzal, hogy „nem tudják, de teszik", s az alkalmazhatóság igazolja eredményeiket.

[7] Saját tárgyuk és módszerük van ugyanis. *A társadalmi lét,* amely sajátos praxisforma, nem egyszerűen természeti-fizikai és nem is egyszerűen szellemi realitás, hanem a szervetlen és a szerves természethez képest azokra ráépülő, de megszüntetve-megőrző, tehát kategoriális növumot tartalmazó, s azokat magasabb szinten magukban foglaló létréteg. Épp ezért sokféle módszerrel megközelíthető – s persze sokan, éppen módszertani felkészületlenségük okán – inkább csak lejáratni tudják, semmint művelni a társadalmi-történelmi tudományokat.

cy]; sőt még a jog elméleti felfogásának is szerepe lehet az ítélkezésben). O. Holmesnál a szabály ugyan számíthat, mert a precedensekben történő alkalmazása sokat segíthet a kiszámíthatóságban, „az ítélet a törvény horgonya", de a jogbiztonság a jóslás, és nem a bizonyosság státuszában marad. Míg J. Franknél a jogbiztonság vágya pszichológiai okokból fenntartandó – a felnőtt társadalomnak szüksége van erre az apapótlékra – de elesik a jog kiszámíthatósága, hiszen a normák csak egy előre meghozott, összbenyomáson alapuló döntés utólagos racionalizálásául szolgálnak. Kicserélik a bírót, megváltozik az összbenyomás. Hol itt a szkepticista vagy realista támadások következtében a jogilag megalapozott döntés? Hol az objektivitás, mi a jogtudomány vezérlő eszméje?

Minket tehát bevezetőnkben a jogtudomány létjogosultsága, feladata, értelme foglalkoztat, Nicolai Hartmann-nal szólva – intentio reflecta – problémaként. Azaz itt nem egy primeren természeti vagy társadalmi vagy jogi jelenségen, vizsgálati tárgyon gondolkodunk, hanem azon, hogy mit kezdhet saját tudományunk önmagával, mit kezdhet a közvetlen tárgy helyett saját magát a reflexió elé állító fogalomképzés, megismerés, elméletalkotás? Még tömörebben: nem a tárgyra irányuló közvetlen szemléletre, hanem *a szemlélet szemléletére irányuló kérdésfeltevést igényel a jogtudomány eszméje kérdésének* megválaszolása. A válasznak persze fogalminak kell lennie, hisz aki a perspektíva fogalmi pozicionálása nélkül akar szemlélődni, annak moziba kell járnia, s nem társadalom- vagy éppen jogtudományt űzni – hogy Weber Karl Jaspersnek mondott bonmot-jával világítsuk meg az itt meglévő helyzetet. Előrebocsátva megoldásunkat: a jogtudomány eszméje a jog eszméjének, céljának a szolgálata. Olyan perspektívába kell helyeznie tehát önmagát, ahol hivatását a legjobban a jogeszme megvalósításának, az igazságosságnak a szolgálatába állíthatja. Ha ezt a mércét vezettük be, máris eloldódhattunk a szakjogászi praxishoz kötöttség jogpozitivizmusától, szükséges formalizmusaitól, és a helyes jog jogelméleti kérdésfeltevéséhez közelítettünk.

SZAKJOGTUDOMÁNYOK – JOGELMÉLET

A jogtudomány szerepének témája hosszú múltra tekinthet vissza, s majdnem a joggal egyidős probléma, amennyiben a római jogtudomány genezise a régi jog korszakára vezethető vissza. „Az ősi római jog hivatott ismerői a pontifexek kollégiumának tagjai voltak… s a pontifex maximus vezetésével tartották nyilván »a törvénykezésre az istenek által alkalmasnak nyilvánított napokat« (dies fasti), s így papi funkciójuk a bíráskodással szorosan összefonódott" (Brósz–Pólay, 1992: 74). A modern, nyugati jogtudomány ma már azonban semmiképpen sem mitologikus, és – szerencsénkre – hatalmunkban áll túlvilági erők segítsége nélkül is törvényt alkotni. A jog az euroatlanti térségben, ma formális racionalizációja és szekularizációja következtében elszakadt mágikus eredetétől, noha közismert, hogy a jogtu-

dományi fogalomképzésre, a jog dogmatikájára a teológiai gondolkodás is befolyást gyakorolt, s a kezdetekben jelentősen elősegítette módszertanának, elsősorban a glosszátorok, kommentátorok majd az egzegetikus (l'école de l'exégēs-hez és ahhoz hasonló), szövegelemző-magyarázó jogtudománynak a kialakulását. Kezdjük mi is elemzésünket a szakjogtudományokkal vagy ágazati jogtudományokkal, amennyiben azok a hagyományos jogtudományt, a Jurisprudenzet éppen az értelmezési, a jogdogmatikai, rendszerezési kérdések előtérbe állításával művelik. Miért? Hogyan jellemezhető a jogászi szakmák és a hagyományos jogtudomány kapcsolata?

A szakjogtudomány *alkalmazott tudomány*, melynek teljes a létjogosultsága, s jogágazatok, jogterületek belső problémáival foglalkozik: rendszerező-szisztematizáló, fogalomelemző, jogdogmatikát – az adott jogterület belső jogértelmi összefüggéseit kereső és megtaláló – tehát tantételeket kimunkáló feladatokkal. Így megállapítja, hogy egy tényállás jogi konstrukciójának milyen életbeli magatartásformák, elkövetési módok felelnek meg, vagy éppen hol húzódnak a rokon jogi fogalmak egymás közötti határai (mondjuk a felelősségi alakzatoké, teszem azt, a büntetőjogban a dolus eventuális és a negligencia között). De az absztrakt jogi normák és jogtételek szempontjából releváns jogi tényeket sem lehet a jogágra, jogterületre jellemző – elvileg ellentmondásmentes jogi rend ismerete, a szakma ismerete nélkül megállapítani – vagy pusztán a józan észre támaszkodó emberi értelemmel minősíteni, mert a tapasztalatot és a jogászság mesterséges értelmét csak a jogi oktatáson keresztül és a praxisban lehet elsajátítani. A kötelmi jog általános részének ismerete nélkül nem lehet a kötelmi jog különös részét alkalmazni. Vagy az általános törvényi tényállás büntetőjogban kiművelt fogalma és alakzata nélkül az egyes tényállásokat igen nehéz volna megtanulni, és szerkezetüket, funkciójukat megérteni. A perbeli cselekmények foganatosítása sem megy pusztán az eljárási jogok szerepeinek tapasztalatok nélküli, mechanikus alkalmazásával. Az ágazati jogtudományok alkalmazott (s a jogászi praxisban alkalmazandó) tudása közel esik a jogászi tevékenységek igényeihez, csakhogy a gyakorló jogászság tevékenysége – az iratszerkesztő, kauteláris munka kivételével – mindig ügyekhez, esetekhez, azok eldöntéséhez kapcsolódik. A jogászok mindig megbízóik jogi helyzetét, jogállását, érdekeit védik és képviselik, vagy, mint az ügyészek és a bírák, a jogrendnek megfelelő döntések megszületését szorgalmazzák. *A szakjogtudományok eloldódnak ettől a konkrét esetekhez kötöttségtől,* s a jogszabályok, jogi normák, tantételek és érvelésmódok általánosabb dimenzióit kutatják, de csak meghatározott, határolt jogterületeken (jogágakon belül vagy egy jogterületen). A pozitív jog, a tételes jogi tudás megszerzéséhez, de megalkotásához és alkalmazásához is egyaránt szükséges ez a hagyományos „Jurisprudenz". Nem egyenlő a jogelmélettel, ami nem részterületeken, hanem az egészre, a jogrendszer létokaira, funkcióira, belső tagolódásának mozgására, változásaira is keresi a magyarázatot. A társadalmi-jogi és megfordítva, a jogi-társadalmi változások okaira egyaránt kíváncsi, arra, hogy *a jogrendszer mint egész és egység, mint egy intenzív totalitás részrendszerei és alkotóelemei változásai ellenére meddig ma-*

rad azonos önmagával. Tehát nem pusztán egy-egy jogterület belső sajátosságára reflektál. A jog belső és külső komplexitása itt együtt a vizsgálat tárgya. Ebben az összefüggésben a jogtörténet, a jog-összehasonlítás és a jogszociológia is a jog szintetikus elmélete megalkotásának összetevője. Hiszen *a jogtörténet* a jogrendszerek időbeli változásait, a diakronikus szempontot érvényesítve tárgyalja a nemzeti jogrendszerekben végbemenő és az adott társadalomba beágyazódó folyamatokat. Amíg *a jog-összehasonlítás* – az összehasonlítás alapjának tisztázása után – az azonos alapon fellépő szinkron jelenségek összevetéséből próbál meg jogi jelenségeket magyarázni, lehetséges megoldásokat feltárni, következtetéseket levonni. Elkerülve az *egyidejű különidejűség* történetietlenségének csapdáit. Például olyasmit, hogy egy jogalkotó ott akarjon emberi jogi dimenziójú, igen szubtilis, kifinomult jogvédelmet kreálni, ahol – s többnyire ez a helyzet a hagyományos vagy a vallási jogrendszerekben – nemhogy az alapjogok státuszát, hanem az alanyi jogok fogalmát sem ismerik vagy ismerik el. Ha ugyanis a komparativisztika a különböző fejlettségű, minőségű jogok egyidejű létezése közötti distinkciót nem teszi meg (jogtípusok-jogcsoportok, amelyeket empirikusan a nemzeti jogrendek testesítenek meg), akkor csak az lehet, amit Marcel Proust *Az eltűnt idő nyomában* című nagyszerű regényfolyamában az összehasonlító tudományokról írt: elegáns időtöltés. *A jogszociológia*, a jog okozatos összefüggéseinek, társadalmi feltételezettségének és hatékonyságának kutatását végezve pedig elősegíti a jogérvényesülés mechanizmusainak – az önkéntes jogkövetés motívumainak és a jogérvényesítés eszközrendszerének – a megértését. Ahogyan az engedetlenség különböző formáit – passzív ellenállás; polgári engedetlenség; forradalomhoz való jog – is tanulmányozza.

Azt mondhatjuk most már, hogy végeredményben két szélsőértékként a tudás két típusával állunk szembe: a jogászi hivatások az *operacionális* tudástípust képviselik, esetekhez kötődő műveleteket végeznek a joganyaggal, míg a *szubsztantív racionalitás* tudástípusa ettől eltérő fogalomalkotási stratégiákra irányul: ez az elméleti jogtudományok sajátja. *A kettő között foglalnak helyet a szakjogtudományok*, mert mindkét tudástípus sajátosságaiból részesednek. Nincsenek teljesen a praxishoz kötve, elemelkednek attól és általánosabb jogi konstrukciókat építenek ki (pl. ágazati jogforrástan vagy jogági felelősségi alakzatok, vagy éppen a joganyag rendezésének ott és akkor célszerű módozatai kimunkálásával), de jogági, jogterületi határokon belül maradó összefüggésekig s nem az egész jogrendszer működésmódjáig mennek el.

Weber *Jogszociológiá*jában – tőlünk eltérően – nem tett különbséget az elméleti és gyakorlati jogászi munka között. Azt mondhatnám, hogy az őt foglalkoztató fő probléma vonatkozásában – a jog változásaiban a politikai tényezők (impérium) és a gazdasági feltételek mellett miért jut döntő szerephez a jogászság – ez némelyest megengedhető is volt.[8] (Magyarázataira visszatérünk a jogi racionalitást-jogfejlő-

[8] A jogászi munkába, annak módszerességébe és logikai szempontból legmagasabb fokú racionalitásába beleértve a jogtudományt, a következő öt posztulátumát találta: „1. minden konkrét jogi döntés

dést elemezve). Szerintünk a jogi racionalizmus ezen posztulátumai közül, elsősorban a mai kontinentális jog fejlettségénél, az első kettő tapasztalatilag is előálló evidencia, míg a további három tudományos belátás következménye. Weber ezen jogi racionalitáskövetelményei jól mutatják a prudentia, a szakmai tapasztalat és a tudás egybefonódottságát. Ilyen és hasonló okok következtében vannak, akik a jogtudomány tudomány jellegét is megkérdőjelezik (például Sajó András, 1983). Magam az alkalmazott és az elméleti tudomány fogalmával gondolatilag kezelhetőnek tartom az itt kétségtelenül meglévő problémákat.

Mindazonáltal az operacionális tudás – ami a *szakjogtudományok művelői* esetében eloldódik a konkrét esetekhez, ügyekhez kötöttségtől – egyenesen meg is óvja a szakjogtudóst attól, amit a Russel-paradoxon első állítása mond a szaktudósról. Nevezetesen, így Bertrand Russel, hogy „szaktudós az, aki egyre kevesebbről és kevesebbről egyre többet és többet tud". Ez a tudástípus valószínűleg nagyon jól illik a fizikusra, kémikusra, akik az anyag szerkezeti elemeinek egyre kisebb összetevőit ismerik meg és tárják fel. A makrofizikai testi dolgok mechanikáját a mikrofizikai kvantumelmélet követte, majd az anyag molekuláris és atomi szintjeinek vizsgálata következett, természetesen nem feltétlenül időbelileg, aztán a még kisebb kvarkoknál vagyunk. (A kvarkokon belüli *kishúrok vibráló mozgásáról* pedig lásd a 103. lábjegyzetet.) A jogtudomány azonban nem ezen a módon halad, mert egy roppant gyakorlatias képződmény. Legkisebb, logikailag értelmes egysége a jogtétel – ami értelmes jogi gondolat, nyelvileg kifejezve, anélkül hogy az emberi magatartás elbírálására alkalmas jogi norma lenne – tovább már nem osztható. A szakjogtudományoknak valószínűleg ezért nem sajátja ez a mozgás. Nem fenyegeti az a veszély, ami a russeli értelemben vett szaktudóst, tudniillik hogy tudása a rossz végtelenbe tartana – ami, ha belegondolunk, értelmetlenné is tenné erőfeszítéseit. (Ezért ezzel a definícióval szembeállítható és -állítandó a docta ignorantia, vagy legalábbis annak gyanúja.) A szakjogtudós tudásának határa ugyanis nem egy csökkenő mennyiségű, terjedelmű természetű tárgy, hanem egy állandóan újratermelődő tárgy: *a joganyag: eseteivel, magatartásmintáival, eljárásjogával* (elemi egységeként a jogtétellel). Megismerése nem lehet pusztán esetről esetre következtető („reasoning from case to case"), a tapasztalatot feldolgozó gondolati erőfeszítés, mert az indukció mellett mindig jelen lesz a fogalmi tartalmak és azok összefüggéseit osztályba sorolásaival

---

egy elvont jogi tétel alkalmazása« egy konkrét »tényállásra«, – 2. az érvényes elvont jogi tételekből a jog logikájának segítségével minden konkrét tényállásra levezethetőnek kell lennie valamilyen döntésnek, – 3. az érvényes tárgyi jognak tehát a jogi tételek »hézagmentes« rendszerét kell elénk tárnia, vagy látens módon tartalmaznia, legalábbis jogalkalmazási célokra ilyen rendszerként kell kezelnünk, – 4. amit jogilag nem lehet racionálisan »megkonstruálni«, az jogi szempontból nem is releváns, – 5. az emberek közösségi cselekvését általában úgy kell értelmezni, mint jogi tételek »alkalmazását« vagy »valóra váltását«, vagy éppen ellenkezőleg: mint bizonyos jogi tételekkel szembeni »vétséget« […] mivel a jogrendszer 'hézagmentességének« megfelelően a »jogi rendezettség« is alapkategóriája minden szociális történésnek" (*Jogszociológia,* 1995, 22).

alkalmazó dedukció. Egy számára adott tapasztalati realitás, véges és határolt empíria, pozitív természetű: létezik, mert hat; hat, mert létezik. A szakjogtudós a gyakorlati jogászhoz hasonlóan élvezheti a létezés, a jog pozitivitását. Tudása a *norma*, *döntés* és a döntések által kiváltott *jogviszonyok* vagy autonóm felek által létrehozott akaratmegegyezések, jogügyletek keletkezése, módosítása, megszüntetése, tehát a jogstruktúra elemei közötti dimenzióban mozog, mikroszintű összefüggésekként kezelve e szerkezetet. Amelyet makroszintre emelve-dinamizálva – és ezzel bevonva az elemzésbe a jog funkcióit és közhatalmi elemeit – már a jog létmódjáról beszélhetünk, amihez a társadalomelmélet nézőpontjának felvétele vezet. A mikorszint elemzéséhez elsősorban belső szemlélet kell, mert a joganyag változik és változtatható, amit le kell írni és értelmezni. A jogi változások külső szemléletben látható összefüggéseire nem vagy nem feltétlenül kell, hogy reflektáljon a szakjogtudomány. Saját kompetenciahatárait szakmája magas szintű műveléséhez nem feltétlenül kell de lege ferenda eltolnia, s ezzel a lehetséges jogalkotás, a lehetséges és kívánatos jogintézmények természetjoga felé, a jogalkotás történeti-szociológiai, politológiai, ökonómiai összetevői felé kinyitnia. Ha ezt mégis megteszik, akkor a jogalkalmazás vagy a jogalkotás jogpolitikai összetevőjeként értékelik műveleteiket. Mindenesetre a hatályos joghoz szigorúan kötődő szakjogtudományi felfogás képviselőit rázza meg leginkább az a Julius von Kirchmann által leírt, történelmileg nézve nem is ritka helyzet, hogy a törvényhozó helyesbítő szavára egész könyvtárak válnak makulatúrává. A joganyaghoz kötöttséget persze a szakjogtudós esetében is oldhatja a jogtudományhoz kapcsolódás, amennyiben annak a jogszabályoknál időtállóbb teljesítményei – jogdogmatikája, felelősségi alakzatai, szankciótana, rendszertani klasszifikációi vagy éppen jogtechnikái, melyek a jogforrások értelmezésén keresztül maguk is a joggyakorlat összetevőivé válnak – is munkásságának vizsgálati terepét képezik. Ilyen szempontból a tételes jogtól nemcsak a jogváltoztatás vagy a jogalkalmazás jogpolitikái, hanem a jogtudományok vezérlőeszméi felé is kapcsolatot találhat a szakjogtudós. Ebbe a felfogásba a hagyományos jogtudomány jogfejlesztő hatása belefér tehát, mert a jogtudomány eredményein keresztül értelmezett joganyag maga is jogforrássá válik. Eszerint a doktrinális értelmezés belejátszik a legálisba. Nem azért, mert kötelező, nem az; hanem mert meggyőző erején keresztül hat. A szakjogtudomány a joganyaghoz kötött, de teljesítményével szerepet kap annak újratermelésébe – és ehhez nem kell absztrakt-elméleti, szubsztantív tudásformává válnia, mint a jogelméletnek. Elég a gyakorlati szükségletek fogalmi elrendezésében feladatot vállalnia. Ezt viszont meg is kell tennie, másképp feleslegessé válna, vagy csak oktatási-didaktikai jelentőségűre kárhoztatná magát. Mellesleg a jogászság képzése és képzettsége szempontjából, egy nemzeti jogi kultúra elsajátíttatása szempontjából ez sem kevés. Savigny már említett jogászeszménye, az, hogy a matematikai képletek bizonyosságával tudjon a jogász „számolni" a jog fogalmaival és konstrukcióival, csak abban az esetben mehet megközelítő teljesedésbe, ha az operacionális tudás a felhalmozódó jogászi tapasztalatok mellett a szakjogtudományok

eredményeire, az oktatásra és a jogi kultúrára egyaránt támaszkodik. A jogbiztonság – függően attól, hogy milyen konkrét elvárást fogalmazunk meg vele kapcsolatban, *az 1:1-ben történő kiszámíthatóságot aligha*, ellenben *a jogszerű vagy jogellenes minősítést* illetően viszont *bizonyosságot* várunk – épp ezért a jog eszméjének összetevője. Magas fokú szakjogászi kultúra és jogállami szellemiség nélkül azonban a jog eszméjét, az igazságosságot sem lehet teljesíteni.

Summa summarum: az általunk egyáltalán nem lebecsült alkalmazott tudással (tudósokkal) szemben az *elméleti jogtudósok* munkálják ki a jogról való gondolkodás alapfogalmait (jogtan), „tisztított jelentéstan"-ként finomítják dogmatikai kategóriáit, általánosítanak a jogi élet tapasztalatainak összegyűjtésén és rendszerezésén keresztül (pl.: jogtípusok, jogcsoportok, nemzeti jogrendszerek, jogi kultúrák). *Az elméleti munka – szemben a különbözőségben szétesőː parciális, közvetlen gyakorlati tudattal – mindig a rendezetlenségbe absztrakció útján rendet teremtő „egybelátás"* (teória = egybe és egységbelátást, össz-szemléletet jelent, arisztotelészi értelemben, ami több mint a szemlélődés („contemplatio") és más mint a „visio" és más mint a „praxis", mert a jogi jelenségek sokféleségét és változásait egységes alapon, mozgási és fejlődési törvényszerűségeken keresztül magyarázza. (Külsődleges meghatározás volna, ha pusztán tetszőlegesen megkonstruált frameworknek, fogalmi keretnek tekintenénk. Annak a középszintű modellalkotásban látjuk a létjogosultságát). A szétszórt sokaságot szintetizálja: ez elméletalkotási stratégiája.[9] Hiszen a jog egyidejűleg másodlagos teleologikus képződményként normatételezés, jogkövetés és jogérvényesítés; norma, döntés és jogviszony; alkotmányos alapjog és törvényes jog; tárgyi jog és alanyi jog; jogosultság és kötelezettség; eszme és szervezet; nyelv és igazságosság; társadalmi rendszerfüggőség sokféleségének valaminő egysége. Különböző oldalakra, mozzanatokra bomló ismerettárgy, amely nemcsak ezen *belső komplexitással rendelkezik,* hanem történeti alakulását befolyásolják társadalmi, gazdasági, erkölcsi és politikai környezetének hatásai is. A jog fejlődését az adott társadalom szabályozási szükségletei, igényei is befolyásolják. A jog belső komplexitásának az egyneműsítése, és e változó, dinamikus szerkezet arányainak átrendeződése, intézményi megoldásai *kölcsönhatásban állnak külső komplexitásával.* A társadalmi változások hatnak a jogi változásokra, s a jog megoldásai is befolyásolják az össztársadalmi viszonyok alakulását. *Ezen belső és külső komplexitás egybelátása és láttatása a jogról való elméleti tudás, egy szintetikus jogelmélet feladata, kitüntetett kutatási tárgyaként a jogfejlődést aktív adaptációkénti jellemzésével (VIII. fejezet). A jogelmélet a jog önreflexiója, és nem esik teljesen egybe a jogfilozófiával, ami pedig mindig*

[9] Nem térünk itt ki az analitikus jogelméletekkel való viszonyra, amelyeket nagyra értékelhetünk, de ez nem változtat azon az összefüggésen, hogy éppen az analitikus eredmények felhalmozódása időről időre megszüli a szintézisalkotás lehetőségét és szükségességét. Amíg a szintetikus elméletalkotási stratégia része lehet az analitikus kutatás eredménye, addig fordítva ez nem áll. (Legfeljebb a szintetikus elméletalkotás produktuma is alávethető analitikus megfontolásoknak és kritikáknak, ellenőrzésnek.)

egy meghatározott filozófia – egzisztencialista, neotomista, fenomenológiai, marxista vagy éppen neokantiánus stb. – jogról alkotott reflexiója. Társadalomontológiailag megalapozott szintetikus jogelméletünk módszertani újítása éppen abban áll, ahogy a társadalomtudományosodó jogtudomány eredményeit a dialaketikus fogalomalkotás segítségével köti össze a nem lineáris, komplex rendszerek jogra érvényes elveivel. Ezáltal válik képessé arra, hogy a jogrendszer immanens, műveleti zártságát, önreferencialitását együtt tárgyalhassa nyitottsága társadalmi-történelmi környezetével való kölcsönhatásának, relatív autonómiájának bemutatásával. Nem mechanikusan átvíve e társadalmi praxisra a szerves élet vagy az univerzum autopoietikus jellegére vonatkozó elgondolásokat (V. fejezet).

Végül egy tisztán technikai megjegyzés a tisztelt olvasó számára: az összes fejezet elejére részletes, olvasóbarát tartalommutatót helyeztünk el, míg a munka egészének tematikus szerkezetét a kötet elején lévő, egyszerűsített mutató segít áttekinteni. Fontos ugyanis az egyes témák meg- és visszakereshetősége is egy ilyen átfogó monográfia esetében.

I.
TÁRSADALMI LÉT – TÖRTÉNETISÉG – ÉS A TÁRSADALMI FORMÁCIÓK SZEKULÁRIS ELMÉLETE

1.1. Az ontológia és a szaktudományos ismereti szintek, a létrétegek, a létszférák és a kategóriák 24
1.1.1. A lét, a létrétegek, a létszférák és a kategóriák viszonyáról 27
1.2. A társadalmi lét történetiségének alapvonásai 39
1.3. Irreverzibilis időfolyam és történetiség 44
1.4. Társadalmi formák és a történelem értékelésének rivális megoldásai 47
1.5. Társadalmi-gazdasági alakulat – termelési módok – társadalmi integrációs formák 50
1.6. A formaelmélet, az államelmélet és a jogelmélet kapcsolata: az államtípus (Á) – az államforma (K) és az államrend (E) viszonya 62
1.6.1. A jog genéziséről 65
1.6.2. A jogelmélet alapkategóriái: Jogtípus – Jogcsalád – Jogrend, az Általános – a Különös és az Egyedi meghatározottság szintjén. 66
1.7. Az államfejlődési utak problémája 71
1.8. Az állam elhalásának kérdéséről 73

1.1. AZ ONTOLÓGIA ÉS A SZAKTUDOMÁNYOS ISMERETI SZINTEK, A LÉTRÉTEGEK, A LÉTSZFÉRÁK ÉS A KATEGÓRIÁK

A filozófiai kutatás egyik legfontosabb területe *(philosophia prima)* az ontológia, a létező természetéről szóló elmélet. A lételmélet megismerési érdeklődése elsődlegesen a lét eredendőségének megragadására, a létezés és a konkrét létezők alapjainak és szerkezetének feltárására irányul. Mindez azonban nem történhet a metafizika – a fizikai világon túli létezők – keresésének régi, statikus, teleologizmusokkal terhelt ontológiája szerint. Új ontológiára van szükség, amely nem tapasztalatellenes, figyelembe veszi a szaktudományok eredményeit, de nem is ragad le a természettudomány által adottnak vett empírián, amely csak a külső érzéki tapasztalatot ismeri el. Holott létezik intellektuális és társadalmi tapasztalat is, amely objektív, ellenőrizhető a tudomány számára és kiegészíti az eleve mindig csak korlátozottan rendelkezésre álló érzékelés útján rögzíthető empíriát. Az új ontológia módszerében a létező általában vett gondolati birtokbavétele során nem intuitív, mint az életfilozófiák és a fenomenológia, nem parciális, hanem racionális és az egészre (totalitáselv érvényesítése) irányuló megismerésre törekszik. „A hangsúlyt nem a puszta fenoménre helyezi, nem tekint el attól, ami a fenomén mögött rejtőzködhet (mint a neopozitivizmus teszi); nem is az élet alakulására, csak átélhető folyamatára (mint az életfilozófia teszi); nem is a lényegre, a lényegiségre (mint a fenomenológia)" (H. J. Störig, 1997: 459–460).

A lételmélet a szakadatlanul változó szaktudományos megismerési szintek *fölött általánosít*, nem azok eredményeivel szemben, hanem azok közös, szilárd eredményeit felhasználva, azonban kiemelve az *adott létrétegre vagy azon belüli létszférára, tárgyspecifikus képződményre* jellemző olyan nélkülözhetetlen tulajdonságokat, melyeket a szaktudományok nem vizsgálnak.[10] *A tárgy változásaiban és változatos megjelenési formáiban munkálkodó, önmaguknál maradó szubsztanciális mozzanatokat, melyeket saját, csak rá jellemző határozmányai és konstrukciói hordoznak.* Egyedi, különös és általános meghatározottságok.

[10] Szilágyi Peschka elemzése azt mutatja, hogy amíg a létrétegek és a létszférák megkülönböztetésében Peschka következetes volt, addig maga Lukács nem: hol szinonimákként használta e fogalmakat, hol pedig a létrétegen belüli komplexusokra, így a jogra alkalmazta a létszférát. Utóbbi azt jelenthetné, amit Peschka elvetett, és ebben követjük, mintha a jognak lenne egy regionális ontológiája. A létrétegeken belül, tehát törvényszerűségeiken és kategoriális nóvumukon belül a létszférák egy létréteg különös képződményei lehetnek, sajátosságaikkal. A létszférák között *nincs ontológiai elsőbbség,* de egy történetileg előálló „ott és akkor" helyzetében *valamelyik létszféra túlsúlyos mozzanattá* válhat. (2016–2017, 127., 30. lábj., és 128., 137.) Számunkra különösen a társadalmi lét rétegén belül fontos a *létszféra fogalmának alkalmazása, így a gazdaság vonatkozásában, a politikaira (politikumra) nézve, a szellemi létszférára, a művészetire, a tudomány vagy a vallás vagy a jog szférájáéra (anélkül, hogy ezek regionális ontológiákként lennének tekinthetőek).*

„A régi ontológia, amely Arisztotelésztől a skolasztikáig uralkodott, azon az állításon alapult, hogy a dolgok meghatározó és alakot adó benseje valami általános. Ezt az ontológiát az univerzálék realizmusának nevezhetjük. A régi ontológia szerint a legmagasabb univerzálékból levezethető minden egyedi. Ez az ontológia így akart túllépni az empirikus valóságon. A kritikai ismeretelmélet, csúcspontján Kanttal, végleg szétrombolta az ilyen ontológia előfeltevéseit. E kritika eredményeit többé nem lehet megkerülni. Az új ontológiának szükségképpen kritikainak kell lennie. Nem indulhat ki a priori fogalmakból és módszerekből. A lét kategóriáit nem lehet a priori megismerni" – írja Störig meggyőzően (1997, 464). Valóban, a középkori univerzália-vita nem oldotta meg az általános létmódjának problémáját: a mérsékelt (universalae in re) és az extrém realizmus (universalae ante rem) egyaránt szellemi természetűnek feltételezte az általánost, amelyből a dolgok – bizonyos mértékben – részesülnek, többé vagy kevésbé eleget téve ideális, fogalmi ismérveiknek. A nominalizmus „universalia post rem" álláspontjában az általános az összehasonlító elme utólagos absztrakciója, és elnevezés csupán, nem realitás. Az általános itt is eszmei természetű. Ezekkel szemben a létkategória és az ismeretkategória viszonyáról azt mondanánk: a dolgokban lévő univerzáliát, általános meghatározottságot az összehasonlító elme azért és annyiban tárhatja fel közvetlenül a tárgyra irányuló, intentio recta lételméleti belátásokkal, ha és amennyiben az valóban a dolog tulajdonsága volt. Hogy így van-e ez, vagy pedig valótlan, csak üres absztrakció megismerésének eredménye, azt ellenőriznie kell. Analitikus eljárásokkal, bizonyítottsággal és következtetésekkel tárhatóak fel a lét konstrukciói. Az ismeretek szintjéből, bizonyítottságából következtethetünk vissza a létezőre, annak szerkezetére és a létezés folyamataira. Valóban nem apriorisztikus adottság kérdése, hogy az E (egyedi) – a K (különös) – és az Á (általános) vonások hogyan oszlanak meg egy konkrét létezőn, individuális totalitáson. Miközben egyetlen létező sincs, amelyiken ne *egyedi – általános és a kettő között elhelyezkedő különös tulajdonságok számtalan változatot megengedő találkozásából, kombinációjából épülne fel.* Minden létező ló négylábú, emlősállat (Á meghatározottsága szerint), de közülük sokak igavonóak, mások versenyzésre alkalmatosak, megint mások lipicai fajták lévén kitüntetetten fogathúzó ménesek (K), de nincs két egyforma ló színben, méretben vagy éppen súlyban közöttük, ahogyan juharfán sem nő egyformán két levél (E). Számunkra, az ember számára való használhatóságuk éppen ezen tulajdonságösszességen alapul. Minden egyedi-konkrét létezőben vannak különös és általános tulajdonságok, meghatározottságok. Fajok, nemek és egyedek eltérő képességek dominálta változataiból mi válogathatunk: igavonó erejükre vagy gyorsaságukra, őzbarna vagy ébenfekete színükre van-e éppen szükségünk, vagy mely egyed alkalmas fedezőménnek. Ahogyan a természeti körülmények tartós változása is felerősítheti egyedi vagy éppen különös tulajdonságaikat, önfenntartó alkalmazkodásra késztetve a fajt vagy éppen az erre való képtelensége nyomán ítéli pusztulásra. Ahol eltűnik a generikus, nemre jellemző

általános, ott megszűnt az egyediség is. E – K – Á egymást kölcsönösen feltételezik, eltérő dominanciaviszonyokkal, tulajdonságmegoszlással, ami a különösség szerepét állítja előtérbe. Általános nincs egyedi, konkrét nélkül, mert abban van, de egyedi sincs nem szerinti általánossága nélkül: kétlábú ló nem ló, nem fut, nem húz terhet, nem lehet megülni. Minden létező objektíve E – K – Á meghatározottságok összessége, akkor is, ha a mindennapi élet spontán nyelvhasználatában ezek a kategoriális különbségek eltűnnek: elég a dolgokat azonosításuk céljából megnevezni, elválasztani egymástól, elvonatkoztatva létbeli szerkezetüktől, unitas multiplex (a sokféleség egysége) mivoltuktól. Az ontológiában azonban éppen ezek a végső kategóriák és kategoriális összefüggések játsszák a döntő szerepet, eltérően a szaktudományos megismerés által vizsgált területektől, részrendszerektől, tárgyspecifikus összefüggésektől.[11]

A lételmélet a lét, a létrétegek, a létszférák és a kategóriák viszonyának tisztázásával kezdődhet. A kategória az elvektől és fogalmaktól különböző karakterrel bíró filozófiai terminus technicus: a kategóriák jelentése az arisztoteleszi–spinozai–kanti–hegeli–marxi filozófiai tradíció értelmében „a meghatározott lét formái, azaz egzisztencia-meghatározások", „létezésformák". A kategóriaelemzés célja esetünkben, a kritikai társadalomelmélet kibontása során, hogy a jog mint magatartásszabály, illetőleg a politikai jelenség világ empirikus vonatkozásait a generikus általános tulajdonságok jellemzésével egészítse ki. E tulajdonságok minden jogban és minden politikumban alapvetők és elviek. Célunk tehát annak bemutatása, hogy az egyáltalában vett létre jellemző fundamentális, a társadalmi létezésre jellemző különös kategóriák és a jogi szféra saját kategoriális meghatározottságai hogyan kapcsolódnak össze abban az objektivációban, amely az emberek közötti kapcsolatok konfliktusainak feloldására, a társadalmi érintkezési viszonyok szabályozására hivatott. Kutatásunk tárgya a jogot más nemektől elválasztó, ugyanakkor minden egyesre jellemző általános egzisztencia-meghatározottságoknak a feltárása. A politikum sajátossága is ezen eljárással ragadható meg. Ugyanis osztjuk Günther Thiele optimális világossággal kifejtett, a szaktudományok és a

[11] „Kategoriális összefüggésen a valóság olyan – a szubjektív tudatban fogalmilag csak visszatükröződő – anyagi meghatározásait és nem kevésbé anyagi viszonymozzanatait értem, Marxszal szólva »létezésformákat és egzisztencia–meghatározásokat«, amelyek átfogóbb jellegű és mélyebben rejlő törvények, mint a részrendszerekben érvényesülő, a szaktudományok által feltárt törvények. Végeredményben a világegész törvényei. (És nem a kozmosszal egyértelmű egész világ, az univerzum törvényei.) A filozófia specifikus tárgya ez. Közelebbről és elsősorban az objektív dialektikáé, vagy materialista lételméleté (»ontológia«). Minden részrendszer magában hordozza specifikált formákban és konfigurációkban, tárgyspecifikus módon a világegész kategoriális meghatározásait és összefüggéseit. Ugyanakkor minden részrendszer rendelkezik sajátos kategoriális meghatározásokkal, amelyeket a szaktudományok… fejeznek ki elméletileg" (Szigeti József, 1984: 199–200).

Szintetikus jogfelfogásunknak tehát a minden létezőre jellemző fundamentális, csak a társadalmi létre jellemző különös és a jogi objektivációra jellemző és érvényes tárgyspecifikus kategóriákra egyaránt szüksége lesz.

filozófia viszonyát illető azon, a *Grundriss der Logik und Methaphysik* (1878) előszavában kifejtett nézetét, mely szerint: „A kategóriák Kanttól eredő transzcendentális dedukciója rászorul a részletekig menő végigvitelre, s bármily szükséges is a filozófus számára az egzakt tudományok ismerete, maga ez az ismeret még semmiképpen sem filozófia. A filozófia föladata csak itt kezdődik: *az a priori*t magában az empíriában találja meg, föladata ama kategóriák kimutatása, amelyek ennek a jelenségvilágnak a konstrukciójában ténykednek […].”[12] Mutatis mutandis az ágazati és történeti jogtudományok, a tételes jogot a hagyományos jurisprudencia egzakt ismeretei mellett a jogi objektiváció felépítése és működése – csak ezen vonatkozása, a generikus tulajdonságok – kategóriaelemzéssel hozzáférhető módszerével tehető teljessé. A politikaelmélet, szociológia, államelmélet, alkotmánytan stb., egzakt, leíró szaktudományos eredményei mellett szükségünk lesz a politikai jelenségvilág rejtettebb dimenzióiban mozgó hatalmi-uralmi összetevők analízisére, melyek a mindenkori egészre irányuló politikai döntések, szimbolikus cselekedetek, vélemények generikus általánosságát tárják fel.

1.1.1. A lét, a létrétegek, a létszférák és a kategóriák viszonyáról

Magunk azt a lételméleti felfogást követjük, amely a világ részrendszereit kutató és leképező szaktudományokat nem tekinti a létrétegek megragadására alkalmasnak, mert analitikusan behatárolva, majd egyre szűkítve vizsgálódási tartományaikat, a szaktudósok egyre kevesebbről és kevesebbről akarnak egyre többet és többet megtudni. Felosztott és redukált kutatási területeik gyakran adósak maradnak e területek közötti problématartományokkal, továbbá a részterületekről és struktúrákról megszerzett ismereteket nem helyezik el egy önmagába záródó egész, saját alapjain reprodukálódó totalitás perspektívájában. A létrétegek specifikusan a szaktudományokon túl, a filozófia problématartományában fekszenek. Filozófiai elgondolásunk három nagy létréteget különböztet meg, s emel általánosításával a szaktudományos elemzési szintek fölé: a szervetlen, élettelen természetet, a szerves, élő természetet és a társadalmi létet.

Nicolai Hartmann ontológiájában a lét duális szerkezetű: reális és ideális létre hasad. Az előbbi időbeli és individuális létezőket, utóbbi – az ideális lét – örök, időtlen és általános létezőket (ilyenek a matematikai tárgyak, a lényegiségek, az esztétikai, a vitális és az erkölcsi értékek, például a szüzesség) foglalnak magukban. Mindez analóg a Spinoza bevezette res extenza (kiterjedéssel bíró dolog) és a res cogitans (kiterjedés nélküli, eszmei képződmény) dualizmusára, csak míg emezek *a „substancia causa sui” attribútumai* (a szubsztancia síkján fekvő, az „anyag” önmaga oka

[12] Idézi Szigeti József, „Az azonosság és nem azonosság azonossága.” *Magyar Filozófiai Szemle*, 1998/4–5–6, 463.

nélkülözhetetlen tulajdonságaiként), addig Hartmann-nál ezek nem a lényeg, hanem a lét tartományait alkotják. Továbbmenve, a reális világ ontológiai felépítettsége pedig négy létréteget tartalmaz és ezek mindegyikét átfogja: a szervetlen és a szervest (organikust) mint térbeli létet a szellemi és a lelki mint nem-térbeli létréteg követi. A szaktudományok fölött átalánosít Hartmann is, generalizáló határmegvonása azonban az emberi-társadalmi létezést annak partikulárisabb konstituenciáival, a lelki és a szellemi folyamatokkal jellemzi. A lelki létréteg egyéni akarati és érzelmi (szeretet, megbántottság, öröm stb.) aktusait Hartmann előbb létrétegként önállósítja, majd kapcsolatba hozva a külvilággal, *átlépteti* abba a szellemi létrétegbe, amely már nem merül ki az egyéni tudati jelenségekben. A lelki létréteg átnyúlik a szellemibe.[13] Itt a hegeli objektív szellem produktumaihoz jutottunk el: erkölcs, jog, vallás, művészet, tudomány stb., amelyeket mi a társadalmi létrétegen belüli létszférákként fogunk fel. Eltérően e szellemi és a lelki létrétegektől, amelyek léttelen értékek, és az ideális lét tartományaként érvényességük van, a társadalmi-történelmi létezés tapasztalati adottság. Ezért Hartmanntól különbözően egy materialista lételmélet nem keres a materializmustól és az objektív idealizmustól (a szellemitől) egyaránt eltérő harmadik utat (ez a kritikai realizmus vagy *a semleges ontológia* álláspontja). Ugyanis éppen az anyag önszerveződő képességéből vezeti le az élet megjelenésével az evolúción keresztül az emberi-társadalmi lét genézisét. Ezért nem a lelkit/szellemit állítja szembe a természetivel, hanem a tudat aktivitása és „az emberi" kollektivitása (munkája, személyközi kommunikációja, nyelve) nélkül elképzelhetetlen társadalmit. A társadalmi lét ontológiai előfeltétele és referenciája a természeti (a szervetlen és a szerves). A társadalmi lét az „anyagiság" olyan új létrétege, amely nem merül ki az élettelen anyag és a dologi-tárgyi világ térbeliségében, amelyet a nem-térbeli szellemivel kellene szembeállítani, mert ez az ember alkotta dologi-tárgyi világ közvetíti az emberek, embercsoportok egymás közötti életviszonyait. A társadalmi lét térbeli, relacionista (viszonyjellegű), folyamatszerű és történeti képződmény. Redl Károly arra mutat rá, hogy az ideális lét hartmanni koncepciója „a társadalmiság ontológiai problémájának kidolgozatlanságával függ össze".[14] A mi vállalkozásunk pedig éppen erre irányul.

Ugyanakkor, némiképpen eltérően Redl kritikájától, ha a pszichológiai tudományszakok mai fejlettségére gondolunk – individuálpszichológia, mélylélektan, gyermeklélektan, fejlődéslélektan, szociálpszichológia stb. – akkor nem volna sem indokolatlan, sem elvégezhetetlen feladat egy *lelki létréteg, szaktudományosság fölötti lételméletkénti általánosítása*. Hiszen mind az egyes ember, mind pedig a társadalmi tudat szintjén *érzelmi, indulati, akarati folyamatok, lelki szükségletek motiválják a cselekvést*, illetőleg befolyásolják egy közösség, egy társadalom önmagáról alkotott

[13] N. Hartmann, 1949: 784.
[14] Redl Károly, Előszó. In Hartmann, 1970: 28.

képét, képzeteit, tudatát és öntudatát. Ezt azonban nem a nem-térbeliként felfogott szellemivel kellene szembeállítani, mint Hartmann-nál.[15]

Ami a szellemi létet illeti, az valóban nem térbeli, csak a kisugárzása az, de minden szellemi feltételezi a befogadót, a létrehozójától elváló szubjektumokat – akár közvetlen, akár közvetített, objektivált tudattartalom létrehozásáról vagy kommunikálásáról van szó. A szellemi *aktus*, egy ki nem mondott *gondolat vagy szimbólum*, mindaddig ameddig nem rögzítik vagy kommunikálják, az individuum belsőjében létezik csak. De közlésével, rögzítettségével személyközivé, közösségivé válik: szellemi szférává. A fogalomalkotás, ismeret, tudás, magyarázat, levezetés, feltételezés stb. – másértvalóan magán- és magáértvaló létforma: mindig interperszonális, a zoón politikonnal élő. Az eszmei mozzanat ontológiája – eltérően az egyéni bensőbe zárt lelki vagy szellemi aktusoktól – éppen ezért szerintünk is a társadalmi létbe ágyazottan funkcionál: kifejez, megnevez, kérdez, felfedez, objektivál, motivál, koordinál. A hegeli–hartmanni objektív szellemi képződmények éppen ezért a társadalmi lét szférái. A szellemi megismerés, intellektuális világ csak emberi-közösségi-társadalmi érintkezést feltételezve fungálhat. „A társadalmi lét specifikuma… hogy benne a tudat nemcsak olyan valaminek a tudata, amit ontológiailag teljességgel közönyösen hagy, hogy megismerték, hanem e megismerés megléte vagy hiánya, helyessége vagy téves volta magának a létnek az alkotóeleme, hogy tehát itt »a tudat ontológiai értelemben nem pusztán epifenomenon, függetlenül attól, hogy milyen jelentős vagy elenyészően csekély szerepet játszik az adott esetben«" (Lukács, 1976, I.: 242).

A triális megkülönböztetés – szervetlen–szerves–társadalmi – alapja e három létréteg ontológiai specifikuma. Az élettelen természet uralkodó sajátossága a konkrét létezők fel- és leépülése, a szakadatlan ismétlődés, melynek megvan a maga történetisége: a földtörténet, a hőmérséklet változásainak követése vagy a naprendszer bolygóinak mozgása egyáltalán nem jelent statikus viszonyokat. Ahogyan a szervetlen létrétegen belüli szintek is változnak, a részecskefizikában vagy mondjuk a molekuláris kémiai szinten. Azonban a szervetlen anyagiságban minden változás és a történetileg csak óriási idődimenziókban befogható átalakulás sem jelent evolúciót. A világegyetem, a kozmosz mindig önmagánál marad, mert bárminő változásai közepette sem bomlik fel belső egyensúlya, mert átfogja önmagát és részrendszereit. Az élet megjelenéséig evolúcióra azonban nem képes. Eltérően az élővilágtól, a szerves anyagtól, amely olyan létréteg, aminek *ontológiai nóvuma* a *fejlődés, az evolúció*. A társadalmi létet pedig *a tudat aktivitása*, a munka elemi szerkezetében csíra for-

[15] Voltaképpen – mivel kifejtett megoldást nem adunk – azt is mondhatnánk: egy négy létréteges felfogás is kidolgozható volna. Az anorganikus, organikus, szellemi és lelki semmiképpen sem válthatja ki a társadalmi létet. A lelki létréteg önállósága könnyebben megalapozható szerintünk, mint a szellemi. Annak elválasztása a társadalmiságtól nagyon problematikus következményekhez vezet. Nincs és nem is lehet jelentése befogadó szubjektum nélkül egyetlen szellemi objektivációnak sem. Megfordítva viszont: egy eszmei mozzanatok tevékeny ontológiája nélküli társadalmi létet sem képzelhetünk el, visszaesve a 19. századi mechanikus, vagy a későbbi vulgáris materializmusokba.

májában meglévő és abból kinövő teleologikus meghatározottság (determinációs fajta) jellemzi. Éppen ezért az ember által teremtett tárgyi világ, amely szubsztrátumát gyakran a szervetlen anyagból nyeri, és önmagában dologszerű, fizikai, tehát térbeli képződményekből áll, nem a legalsó, hanem a társadalmi létrétegbe tartozik. Egy embertől érintetlen kődarab a szervetlen természet része, mindaddig, amíg a neolit forradalommal és azon túl célkitűző értelemmel nem használják fel út- vagy házépítéshez. Innentől határátlépés történik, s a munkával átformált szubsztrátum új tárgyiasságként a társadalmi létrétegbe került át, funkcionál. Ha ellenben egy alacsonyabb létrétegre jellemző kategóriát, amely nem ment keresztül átformáláson, átviszünk a magasabbra, akkor nem lehet szó *sem átformálásról*, *sem kategóriaátnyúlásról* (melyet lentebb fejtünk ki), *hanem kategóriahibáról*. „A metafizika legfontosabb hibái az egyes kategóriák érvényességi határainak átlépésében rejlenek, vagyis abban, hogy e kategóriákat olyan tárgyakra *alkalmazzák*, amelyekre nem vonatkoztathatók. …minden balfogás, ami itt előadódik, beláthatatlan következményekkel jár" – írja Hartmann (1970: 193) a kategóriahiba veszélyéről.

A lét legáltalánosabb kategóriái (mennyiség–minőség–mérték; egység–sokféleség; egyediség–különösség–általánosság; azonosság–különbség–ellentét–ellentmondás; ok–okozat–kölcsönhatás; rész–egész–struktúra; matéria–tartalom–forma; kontinuitás–diszkontinuitás stb.) minden létezőben megjelennek. Ezek a minden létréteget átható, *fundamentális kategóriák* (Hartmann, 1964) nem alkotnak elkülönülten létező nemet, nem lehet megfogni, közvetlenül érzékelni ezeket. Az okság mint olyan nem jön velünk szembe az utcán, mégis létezik. A gyümölcs nem önmagában terem, hanem az almában, szilvában, körtében, szőlőben van benne. Nincs tartalom és forma egymásra vonatkozás nélkül, illetve anélkül, hogy ne valaminek a tartalma és formája volna, nincs rész–egész egymás nélkül, illetve anélkül, hogy ne valami jelenjen meg részként és egészként és így tovább. *A fundamentális kategóriák tehát nem alkotnak a különös létezőktől és az egyedi konkrétumoktól független, külön nemet, hanem e létezőkben* (asztalban, autóban, Mari néniben, virágban, jogban) *inherens lét-meghatározottságokként hatnak.* Kölcsönös összefüggésükben (interdependenciájukban) történő kifejtésük az élettelen, az élő és a társadalmi létréteg közös tulajdonságait egyaránt átfogó általános ontológia feladata. Ezek a kategóriapárok és -sorok persze szisztematikusabban kerülnének kifejtésre egy tisztán lételméleti stúdiumban. Nekünk itt csak a társadalomelmélet megalapozásához szükséges mértékig kell tárgyalnunk őket.

Miért beszélünk materialista lételméletről? Azért, mert a filozófiai értelemben vett anyag önteremtő: *genetikusan a mi megismerő tudatunktól függetlenül létező olyan objektív valóság, amelyek megjelenési módja, attribútuma a térben és időben lokalizálható mozgás.* Meghatározott szervezettségi szintjén, evolúciós vívmányként hozza létre legfejlettebb faját és formáját, a tudattal rendelkező emberiséget. Azt, amelyik az evolucióval nem csak *szelektált,* hanem *szelektáló lény:* alakítja, felhasználja saját szervetlen testét, az anyatermészetet. Egészen odaáig, hogy ma már

képes ennek radikális lerombolására. Tézisszerűen: „A történelem a *homo sapiens* biológiai fejlődésének továbbvitele más eszközökkel" – mondja találóan Hobsbawm angol történész (2013: 12).

Miért van szükség a középkor statikus ontológiájával és teremtőt feltételező világképével szemben egy dialektikus belátásokat érvényesítő lételméletre? Amennyiben a világ végső építőköveit, elemi összetevőit keresnénk, s ezt az archét, őselemet a víz, a tűz, a levegő és a föld érzékletes konkrétumaitól az absztraktabb atom felé keresnénk, akkor rögtön a modern fizika és a részterületeket kutató szaktudományok terrénumához érnénk vissza: felválthatjuk a fokozatosan, de nem egyenes vonalúan (nem lineárisan) gazdagodó ismereteink nyomán a nehéz testek fizikáját a részecskefizikával, az atomival, aztán annak szerkezeti leírásával (pozitron–neutron–elektron) vagy napjainkban már a kvarkokkal, de bizonyossághoz nem juthatnánk. Mindig lesz kisebb részecske a fizikában vagy az anyag más szervezettségi szintjein, a biológiában vagy a mikrobiológiában a molekuláris szinttel, vagy éppen a nanotechnológiával, a szaktudományos ismeretek előrehaladásával.[16] *A létezők létalapját (ratio essendi), a lét egészét és végső kategóriáit nem a szaktudományok, hanem a filozófia képes megragadni*.[17]

Tegyük meg kiindulópontnak Descartes *cogito ergo sum* („Gondolkodom – tehát vagyok") létbizonyítékát. A gondolkodás pedig fogalomképzésből, ítéletalkotásból és következtetésekből áll, melyek során absztrahálunk. Ha bármely konkrét létező véges számú tulajdonságaitól fokozatosan elvonatkoztatunk (előbb pl. szagától, színétől, fizikai mivoltától, majd alakjától, formájától, funkciójától és így tovább), akkor az absztrakciós út végén már csak a létezés mint olyan marad vissza. Abban

[16] Ha a szaktudományos ismeretek alkalmazása képes lenne a szervetlen anyagot élővé átalakítani, akkor megdőlne – legalábbis módosulna – a hármas létréteg koncepció. Lee Cronin (University of Glasgow) nanotudomány- és kémiaprofesszor nem tartja elképzelhetetlennek, hogy kísérletei közelebb vihetnek annak megértéséhez, hogyan keletkezett szervetlen anyagokból szerves. „Az élet megjelenése előtt (kb. ötmilliárd évvel ezelőtt – Sz. P.) bolygók nem volt más, mint pusztán szervetlen anyagokból álló anyaghalmaz. Ezután azonban kialakult a szénen alapuló élet! De vajon épülhetett volna az élet másfajta kémiára? Hiszen a világ szerves és szervetlen anyagokból épül fel. Én arra keresem a választ, hogy miként lehet, lehet-e egyáltalán szervetlen anyagokból élő mechanizmusokat készíteni. Hogy hogyan tudnánk létrehozni a szervetlen biológiát?" A választ kereső kísérleteiket pedig a következőképpen jellemezte: „A mi laborunkban, amikor szervetlen életet próbálunk létrehozni, nagyon sok különböző reakciófajtát próbálunk ki. Hatalmas nanomolekulákat készítünk szervetlen alapanyagokból, akkorákat, mint a fehérjék és a DNS. A szén kizárásával olyan szervetlen molekulák 'legokészletét' használjuk ehhez, amelyek képesek összekapcsolódni, sokszorozódni és versengeni." (*Népszabadság*, 2013. 03. 22., 18.) „Egyelőre" azonban nem sikerült a szervetlen molekulák vélelmezett önépítő és önszervező mechanizmusainak alapján a szervetlen anyagokat evolucióképes-ként kimutatni, s ezzel az anorganikus és az organikus (élő) közötti határt áttörni – jellemezhetjük a szaktudományos helyzet állapotát. Ez kategoriális ugrás volna, de „egyelőre" a szerves lét az önépítő.

[17] Ha nem szaktudományos és nem filozófiai, hanem logikai (ontológiai) egységet keresnénk, akkor *a pont* dialektikus fogalmánál köthetnénk ki: „*a kiterjedés nélküli kiterjedés*" határfogalmánál (ahogy ezt egy ízben Pontrjagin szovjet akadémikus definiálta).

az esetben pedig, ha az elvonatkoztatás útját minden egyes létezővel végigjárjuk, s az út végén a létezést mint olyat is tagadjuk, akkor előáll a semmi. A semmi a meghatározatlan, minden meghatározottságától megfosztott lét. Ez gondolati absztrakció csupán, nem létkategória, amennyiben valóban minden meghatározottság nélküli. A lét mint a van pozitivitása és a nemlét mint a semmi negativitása ellenben ontológiai tényállás: a kettő közötti feszültség, amely mozgást indukál, vagyis lét és semmi ellentmondása alkotja a létezés eredendő szerkezetét. Kizárólag ebben az értelemben, az ellentmondás formájában ragadható meg abszolútum a létben, és semmiféle konkrét létező nem lehet ebben a státusban. A létnek ez az általános meghatározottsága (tudniillik hogy végső alapja az ellentmondásban ragadható meg) nyilvánul meg a létezők szerkezetében. Hegel ontikus tényállást kifejező logikáját négy lépésben felfogva, vonjuk be a tagadás és a vonatkozás kategóriáit (Hegel, 1979: 58–86). Figyelembe véve, hogy itt kétféle tagadásformáról van szó: a lét elvont (negatív), kontradiktórius (nem-lét) tagadásán keresztül jutunk el a lét kontrárius, pozitív formára hozott tagadásáig (a *semmi*ig). Amíg a *kontradiktórius tagadás forma* a konkrét azonosságig visz, a lét kizár magából minden elpusztulást, megsemmisülést, ($\bar{A} = A \wedge \neg A$), a meghatározás tagadás, leválasztás minden másról; addig a kontrárius tagadás *ugyanazon dologról, ugyanazon összefüggésben érvényes állítás,* tehát ellentmondás, a lét (+) és a semmi (–) ellentmondása, ahol az egymásra vonatkozó két pólus feszültsége mozgásformában, *a levés mozgásformájában oldódik fel.*

A lét szakadatlanul átcsap a nemlétbe, és fordítva, a nemlét a létbe. Ezt a mozgást fejezi ki a levés, amely nem artikulálja, csak lebegteti a dolgokat. Ezt követi az a létszak, amikor a dolgok szilárd állapotra, tartós egzisztenciára, vagyis meghatározott létezésre tesznek szert. A dolgok megnevezéséhez, azonosításához elég a formális logika elvont azonossága ($A = A$), azonban még a fizikai értelemben vett dologszerűség mögött is önmagukat azonos szinten fenntartó állapotok vannak, az állapotok mögött pedig feszültség és mozgás. Ezért érdemes szakítani a statikus, metafizikus ontológiával, különösen, ha társadalmi folyamatokról, történelemről van szó.

Hogy itt nemcsak logikai játékról van szó, hanem ontológiai tényállásról is, azt könnyen megérthetjük, ha felfedezzük, hogy amikor a lét átmegy a semmibe, az az *elmúlás*, amikor pedig a semmi a létbe, az *a keletkezés, a teremtés folyamata*. A lét, a világ és részrendszerei szakadatlanul a keletkezés és az elmúlás folyamataiból állnak. Minden dolog azonos és nem azonos önmagával. Az önmagából mást kizárás mozzanata, vonatkozása nélkül nincs azonosság. Ez a legalapvetőbb lételméleti belátás, amelyet a konkrét azonosság elve érvényesít, éspedig a kontradiktórius tagadással. A lét és a semmi kontrárius tagadása már ellentmondás, ahol a pólusok feszültsége előbb keletkezteti, majd megsemmisíti a létező dolgokat. A lét és a semmi ellentmondása olyan abszolútum, ami mögé nem lehet gondolatilag visszamenni, ami keletkezésként és megsemmisülésként minden konkrét létezőben benne van. Önmagában nem áll meg sem a lét, sem pedig a semmi, egymásra vonatkozásukban egyidejűleg feltételezik és kizárják egymást. A létezés alapja e két mozzanat

ellentmondása. Az abszolútum tehát nem egyetlen mozzanat, hanem két mozzanat feszültsége, ellentmondása. (Bár az ellentmondás, a contradictio túlzottan szemléletes, logicisztikus elnevezés, azonban itt eredendő ontológiai értelemmel bír: minden entitás lényege a benne rejlő feszültség, nem azonosság, ellentét.) Ily módon választ adtunk Heidegger klasszikus kérdésére: „Miért van egyáltalán létező és nem inkább semmi?" (Heidegger, 1995). Mert a kettő egymást úgy feltételezi, hogy ki is zárja.

***

Ezért hát a filozófia művelője is megkerülhetetlenül a következő választás elé állítódik: a létnek vagy a semminek az álláspontjáról értelmezze a világot? A „vis-a-vis du rien" gondolati és kulturális rendszerek vízválasztója. A semmi álláspontjáról a mi kultúránkban is el lehet jutni a József Attila-i *Reménytelenül* élethelyzetéhez, amely pszichikai-érzelmi állapotot mutat meg:

A semmi ágán ül szívem,
kis teste hangtalan vacog,
köréje gyűlnek szelíden
s nézik, nézik a csillagok.

A filozófia végigjárva a véges meghatározottságaitól megfosztott konkrét létezők útját érkezik el a semmihez. Az egzisztencialista Jean-Paul Sartre filozófiájában az individuum nyughatatlan szubjektivitása találja szembe magát a semmivel, a „lét fellazulásával" (décompression d'être), amit szabadsága kivívására használ. Az életfilozófia az élet átélésére összpontosít. Martin Heideggernél a semmivel való szembenézés a lelki szorongás létélményeként telepszik rá a modern emberre. A keleti filozófiák közül a buddhizmus pedig az emelkedett nyugalom, a teljes megvilágosodás Nirvánába történő elvágyódásaként fogja fel a lét és a semmi azonosságát. Hegel az azonosságban konkrét azonosságot és ellentmondást lát, hogy meginduljon a mozgás, a keletkezés, a változás dialektikája útján. A materialista felfogás a logikai úton levezetett lét kategóriát anyagi természetűnek fogja fel. A lét anyagisága az egyes szubjektumok tudatától függetlenül létező olyan objektív valóság, melynek a mozgás, a tér, az idő nélkülözhetetlen, szubsztanciális tulajdonsága.

Szigeti József egy ízben Willam Blake híres epigrammájának tartalmilag kissé módosított fordításával tette szemléletessé az általános ontológia kiinduló tételét: „*Bármit is tégy, a világ nem látomás, realitás, / mert létalapja az ellentmondás.*"[18]

[18] Eredetiben: „Do what you will, this world's a fiction / And is made up of contradiction": „Bármit is tégy, a világ látomás / Mert létalapja az ellentmondás", ahol tehát a fordításban az ellentmondás – eltérően Blake-től – nem a fikció, hanem a valóság létalapjaként szerepeltetendő, filozófiai tartalomként.

A minden létező közös kategóriáit tartalmazó általános lételmélet viszont nem tartalmazhatja a magasabb, mert gazdagabb, különös (nem fundamentális) létréteg kategoriális sajátosságait. Tisztáznunk szükséges a létrétegek egymáshoz való viszonyát. *Minden magasabb létréteg létezésének előfeltétele az alacsonyabb*: az élettelenre rétegződik rá az élő, az élőre a társadalmi lét, megfordítva azonban *nincs visszavezethetőség*. A társadalmi lét nem redukálható sem az általában vett létre, sem a szervetlen és a szerves természetre, mert olyan *kategoriális nóvumot tartalmaz*, amely a létesülés más szervezettségű, s ebben az értelemben magasabb szintjére emeli a létet.

Ezért állíthatjuk, hogy a társadalmi lét különnemű (tudniillik más szervezettségű és szerkezetű) a megelőző létrétegekhez képest, mert olyan, a létezők minden más formájából hiányzó differenciáltabb konstituenciák jellemzik, mint a munka, a szabadság, a nyelv, az univerzalitás, a társadalmiság. Éppen ezért *kategóriahiba* az alacsonyabb létréteg átvitele a magasabbra, mert az ott vagy már nem érvényes, vagy pedig módosult hatásmechanizmussal érvényesül. Van ráépülés, de nincs visszavezethetőség. Az élővilág természetes szelekciós mechanizmusai az élővilágban érvényesek, illetőleg, mint ezt ma már szaktudományosan bizonyították – mutatis mutandis – annak mikrofolyamataiban, a genetikában is. Problémátlan átvitelük a társadalmi létre azonban szociáldarwinizmushoz vezet. Az evolúció léptető mechanizmusai – a fajok megjelenése után variáció gazdagsága, alkalmazkodása, bizonyos mutánsok stabilizálódása, illetőleg a környezet rajtuk végrehajtott természetes szelekciója – nem úgy érvényesül a társadalmiban, ahogy az élőben: az ember tudata aktivitásával és tevékenységével-munkájával maga is szelektálja természeti környezetét, és átalakítja társadalmi viszonyait. Nem csak az embert szelektálja a természetes kiválasztódás, hanem ő is szelektál tehát.[19] Ezért nem csak az érvényessége korlátozódik a természetes szelekciónak a társadalmi létben, hanem érvényesülését az ember tudatossága, munkája és magának szabott erkölcsi törvényei alakítják. Ezért kategóriahiba a *túlélés (survival) előfeltételt a társadalmi lét mértékévé* tenni. Ráadásul a természettudományok új fejleményei az emberiség evolúciós történetét újra napirendre tűzték, egyfajta neodarwinista biologizmussal szemben. „Először is azzal, hogy az új DNS-elemzés a *homo sapiens* mint faj fejlődésének a korábbinál tudományosan megalapozottabb kronológiáját teremtette meg, és különösen nagyot lendített annak időrendi tisztázásán, hogy az írásos források megjelenése előtt hogyan terjedt el fajunk eredeti bölcsőjétől a világ többi részeiben. Ugyanakkor elősegítette az ebből következő fejlemények kronológiájának tisztázását is. Ezzel egyidejűleg megalapozta az emberiség – földrajzi és paleontológiai szempontok szerinti – meghökkentően rövid történetének elméletét, és egyszeriben kihúzta a talajt az újdarwinista szociobiológiai redukcionista magyarázat alól. A kollektív és egyéni

[19] Bizonyítottan lásd Munkatevékenység és termelés. Természetes kiválasztódás és a természeti feltételek kiválasztása. In Szigeti József, 1984: 158–161.

emberi életnek az elmúlt tízezer évben, vagy pontosabban a megelőző tíz generáció életében bekövetkezett változásai túlságosan jelentősek ahhoz, hogy a gének adta magyarázaton keresztül is tisztán a darwini fejlődési mechanizmussal magyarázzuk. *A változások a kulturális és nem a genetikus mechanizmusok révén járulnak hozzá a szerzett tulajdonságok gyorsuló öröklésének…* A kulturális és a biológiai öröklés nem azonos elvek szerint működik… A történelem a *homo sapiens* biológiai fejlődésének továbbvitele más eszközökkel.

Egyszóval, a DNS-forradalom az emberi faj evolúciójának specifikus kutatómódszerét igényli. …az új evolúciós biológia leszámol a történelem és a természettudományok közötti kategorikus megkülönböztetéssel, amit már jelentősen meggyengített a természettudományoknak az elmúlt évtizedekben tapasztalt szisztematikus »historizációja«" (Hobsbawm, 2013: 11–12., kiemelés tőlem – Sz. P.). Az emberiség evolúciójának régészek és őstörténészek által adott magyarázata csak aláhúzza a materialista társadalom- és történelemfelfogást: a fajunk és környezete közötti interakciókat, kölcsönhatásokat kell kutatni, amelyben az ember lehetőségei szerint egyre inkább ellenőrzése alá vonja természeti és maga teremtette, örökölte alakította társadalmi környezetét.

Az eszmei célkitűzés, a tudat aktivitása *(teleologikus meghatározottság)* csak az emberre jellemző egyik lényeges, nem biológiailag adott, hanem történelmileg szerzett fajspecifikus vonás. Az állat ösztönei nyomására cselekszik, nincs viszonya a természethez. Az embernek van, „*ha a viszony fogalmán a tevékenység szubjektumának és objektumának elválasztottságát és szembeállítottságát, a merőben természeti létből való kiemeltségét értjük*. Az embernél megvan ez a viszony, az elválasztottság és szembeállítottság; munkaeszközei, gondolkodása, társadalmiasultsága révén. Ezért újból és újból létre kell hoznia közvetlen egységét a természettel, anyagi szükségletei kielégítésére. Termelnie kell" (Szigeti J., 1984: 160).

Ez a szükségletkielégítő tevékenység vezeti át a társadalmi lét elméletét a termelési módok problematikájához. Ahhoz, hogy az anyagi és szellemi javak termelése, ennek kommunikációja és társadalomszerkezete milyen újításokon keresztüli felhajtóerőket produkált az emberi szükségletkielégítésben. Az emberi tevékenység eltárgyiasult, objektivált formái a legegyszerűbb élelmiszerektől vagy a ruháktól a szerszámokon keresztül a műalkotásokig csak akkor és addig hordozzák magukon a szellemi mozzanatot, csak addig társadalmi tárgyak, amíg a társadalmi tevékenység, kommunikáció aktuális vagy potenciális tárgyai. Az emberi-társadalmi világ életfolyamatának közvetítője, szervezője ez a tárgyi világ, nem egyszerűen a szellemi világ ellentéteként tételezett fizikai reália . Így a magaskultúra tárgyiassági formái is, bár objektiváltak és a műalkotásokra jellemző tulajdonságokkal bírnak, de mindenkori jelentésüket éppen a termelési és társadalmi viszonyrendszer teljességében kapják meg. Attól nem függetleníthető, szellemi tartalmakat hordozó létezők. Ebben az értelemben nincs objektum szubjektum nélkül. *Az objektum–szubjektum viszony tehát a társadalmi lét egyik kategoriális nóvuma.* (Ha ezt a viszonyt a mindenkori ter-

melés személyi és tárgyi feltételeinek kapcsolatára vonatkoztatjuk – tudniillik arra, hogy miként egyesülnek és mennyiben elválasztottak a termelés tárgyi és személyi feltételei – máris a társadalmi formák Marx alapította elméleténél leszünk, lásd I/4. fejezetünket, 26–36.)

A társadalmi lét kategoriális nóvumai[20] és az alacsonyabb létrétegektől eltérő különneműség ellenére sem volna teljesen meggyőző azonban, ha a jog vagy a politikum sajátossága kategóriaelemzésénél csak a társadalmi létre hivatkoznánk. Politika- és jogelméleti vizsgálódásunk ontológiai perspektívába emelve kívánja elemezni a politikum sajátosságát és a jog mint reális létező tárgyiassági formáját. Ahhoz pedig, hogy a politikum jelenségvilág hordozta esszenciáját és jog ontológiai alapját és belső kategoriális felépítését megragadhassuk, közvetlenül a tárgyra irányuló *(intentio recta)* szemléletre van szükség. A politikumnak mint olyannak a konstrukciója sem ragadható meg gondolatilag, ha nem látjuk, hogy az a társadalmi létből kinövő komplexuma az emberi gyakorlatnak. Ily módon a társadalmi létre alapozott ontológiai reflexió jelöli ki a politikaelméleti és a jogfilozófiai-jogelméleti vizsgálódás közös kutatási tartományát. Mégpedig azért, mert a mindezen objektivációs formákat nemcsak az *általános létkategóriák* és a *különös társadalmi létezés kategóriái* és összefüggéseik alkotják, melyeket egy materialista lételmélet előfeltevéseiként vizsgálunk meg, hanem a csak a jogra, csak a politikumra jellemző olyan *tárgyspecifikus kategóriát* is, mint a jog pozitivitása, normatív érvényessége, a tételezettség, a jogi relevancia, az önszabályozó képesség, jogrend, törvényesség, alkotmányosság; illetőleg a politikai/politikum dualizmusa, a stratégia–taktika–szövetségi politika (barát/ellenség-ellenfél minősítő megkülönböztetés érvényessége), vagy pedig a politizációs processzus. Mert bár a jognak nincs külön ontológiája, a társadalmi léttől minőségileg eltérő jogi létrétege (Peschka, 1988: 19), ugyanakkor szerintünk

[20] Szilágyi Péter értékes felvetése az ontológiához, amit interpretálunk, az, hogy *a kategoriális nóvum kétféle fajtájával* operál: egyfelől, mint egy létrétegben keletkező differenciáló nóvum, *újítás,* amely az alacsonyabbhoz képest fejlettebbé tesz (a teleológia a társadalmi lét szintjén), és a minden létrétegre érvényes (fundamentális) kategóriát egy ilyen a nóvum jelenléte tartalmilag módosítja (az önmagában vak okságot a finális determináció szerkezete átformálja, irányítja). Másfelől mint „*többlettel*" (mennyiségi gyarapodás, variáció gazdagság), mint kategoriális nóvummal differenciál Szilágyi. Ez a társadalmi létrétegen, mint legfejlettebben, szerintünk nem mehet túl. (Földönkívüli fejlettebb lények, szuperemberek, társadalmak aligha vehetőek komolyan). Peschkának egyik helyes érve egy regionális jogontológia önállóságával szemben éppen ez: a társadalmi létréteghez képest a jognak sincs kategoriális nóvuma. A létrétegen belüli létszférák differenciálódására azonban Peschka nem reagált – mondja joggal Szilágyi. (2016–2017, 127–128.) Pedig ez a jogi szférára vonatkozóan történetileg és alrendszerként nézve is eléggé nyilvánvaló. Előre tekintve: magunk a társadalmi-történelmi létezésformát nem azonosítjuk a rendszerelmélet által gondolatilag befogható tartománnyal, de szükségünk van a jogi objektiváció filozófiai szintű elemzésén túl a jognak társadalmi alrendszerként történő vizsgálatára, éppen ebben az alrendszerben meglévő „többletek" – tárgyspecifikus kategóriák és összefüggéseik – vizsgálatára, jogontológia nélkül.

a jogra vagy a politikumra jellemző tárgyspecifikus kategóriák mégsem jellemzik a társadalmi lét egészét. Ahogyan a társadalmi létrétegen (vagy annak szinonimájaként használva: létformán) belül jogi vagy gazdasági vagy szellemi *szféráról* beszélhetünk, de csak egy élet vagy tevékenységi terület megjelölésként, még kategoriális alakzatának kibontása előtt/nélkül. Minden tudásterületnek, szaktudománynak megvannak a saját kategóriái. Mint ahogy a minden létezőt jellemző fundamentális kategóriák és a kizárólag a társadalmi létet artikuláló különös kategóriák (szükségletkielégítés, munka, munkamegosztás, érdek[ek], teleologikus determináció, alternatív tételezés, társadalmi tudat stb.) is sajátos módon jutnak érvényre a különböző objektivációban.

Az ismétlődés minden lét konstituenciája, amely a társadalmi létben a normativitáshoz vezet. Előbbi mintegy átnyúlik utóbbiba, amikor a gyakoriság felhalmozódása a felismerés mozzanata révén szabályossággá erősödik. Be fogjuk mutatni a normakontinuum-elmélet keretében, hogy az ismételtség szokásszerűvé válása minden közösségi-társadalmi létezésben nemcsak megszüntethetetlen, hanem a rutinszerűvé vált eltudattalanodás tehermentesítő hatása révén a magasabbrendű tudás bázisképző funkciójával bír. A normativitás a jogban szokásnormaként is jelen van, éspedig a társadalmi normák különös fajtájaként, azonban ehhez a normativitáshoz képest tételezettsége révén pozitivitásra, majd sajátos érvényességre is szert tesz. Ekkor már a társadalmi cselekvések specifikus jogi relevanciájával, mértékként működik a normativitás. A jog sajátos érvényességgel bíró normativitása pedig a jogi objektiváció létmódját képezi, a döntés és a jogügyletek, illetőleg a döntések joghatását kiváltó jogviszonyok mellett.

Az okság minden létréteg sajátja, de az önmagában vak kauzális determináció finális determinációvá történő átformálása kizárólag a társadalmi létet jellemzi. Sem a szervetlen, sem a szerves természet nem ismeri a finális determinációt. Ezért bár szemléletes, de helytelen, csak analogikus érv a genetikában „ezért és ezért felelős gén"-ről beszélni, mert a sejtek kommunikációja ugyan létezik, a jelek egymásnak átadott komplexitása és funkcióik nélkül az egész önfenntartó képessége veszhetne el, azonban semmiféle szellemi vagy lelki tudatosság és felelősség nincs ebben a folyamatban. Éppen ezért a „tudattalan célszerűség" kanti fogalma, amely a természetes alkalmazkodásban nagy szerepet kap, nem cserélhető fel a tudat aktivitása révén megelőlegezett cél-oksággal, átfogóbban a célkitűző tevékenységekkel, amelyek a fogalmi gondolkodást feltételezik. A szerves létrétegben a részfunkciók célszerűsége az egész önreprodukciójában, önszabályozásában ölt testet, melyet meghatározott feltételek mellett, biológiai diszpozíciók irányítanak – nem pedig egy meghatározott cél felől mozgató okok. Olyanok csak a társadalmi létben hatnak. A finális determináció a jogban nem egyszerűen teleologikus aktivitásként, hanem másodlagos teleologikus tételezésként van jelen. Másodlagos, de nem másodrendű ez az objektiváció, mert egyfelől az elsődleges objektivációs forma, az emberi-társadalmi lét hordozója, a munka marad. Lukácsnál a tárgyteremtő emberi praxis alapja, modellje és

csírája.[21] Másodlagos továbbá, ugyanis a jogalkotó nem a maga számára, hanem a jogalanyok magatartásának irányítására-koordinálására alkot érvényes, tehát kötelező elvárásokat. A tételező alany és a realizáció szubjektuma itt elválik egymástól. Minden létező komplex, elemek és ezek viszonyai által meghatározott egység, vagyis (Nicolaus Cusanus terminológiájával) unitas multiplex, a sokféleség egysége.[22] Ámde az a mód, ahogyan a jog önreferenciális, önszabályozó képességgé kapcsolja össze, foglalja egységbe saját belső és külső társadalmi környezetének komplexitását, nem jellemző sem a nyelvre, sem az erkölcsre, sem az ideológiára, sem a gazdaság működésére, intézményeire. A politikumot is, mint bármely más létezőt, kettős, belső és külső komplexitás jellemez. Azonban a társadalmi létben keletkezett, s minden mástól különböző olyan praxisforma, amely ugyan közvetlenül a jelenségvilágot hozza mozgásba nézetekkel, szimbolikákkal, döntésekkel, cselekvésekkel stb., azonban mindig a társadalmi totalitás újratermelődésének megváltoztatása (vagy éppen megvédése) a funkciója, bármilyen tárgyi területre is vonatkozzék tevékenysége. Ezért van szükség a jogi és a politikai objektivációelméletre, amelynek kiindulópontját és kulcsát a kategóriaelemzés képezi. Tárgyunk kifejtésének menetében kell felmutatnunk egyrészt azt, hogy a kategóriaelemzés lételméleti összefüggéseinek bemutatása nélkül nem alapozható meg objektivációelmélet, melynek kidolgozásában az adott tárgyiasság részstruktúráit leíró és elemző szaktudományos eredményeket is alkalmazni kell, másrészt pedig azt, hogy a politikum és a jog sajátosságainak megragadása során a sui generis kategóriák menynyiben módosulnak az általános érvényű létkategóriákhoz és a társadalmi létezés más – erkölcsi, esztétikai, nyelvi – formáihoz képest. Hiszen különöst a különösről, sajátosságot a más sajátosságairól ismerhetjük fel – akceptálva Lukács György összevetésre irányuló módszertani elvét (1965: 10). A társadalmi lét ontológiája tehát megelőzi saját létszféráinak (gazdaság, kultúra, jog, nyelv stb.) és két, saját objektivációs formájának – a politikumnak és a jog sajátosságának – jellemzését, mert mindkettő közös alapjaként funkcionál. Az *Ontológiá*ban módszertani elv rögzíti: „Feltétlenül ragaszkodnunk kell ahhoz, hogy az egésznek elsőbbsége van a részekkel, az összkomplexusnak az ezt alkotó részkomplexusokkal szemben, mert egyébként – akarva-akaratlanul – extrapoláló módon önállósítjuk azokat az erőket, amelyek a valóságban csupán valamely részkomplexus különösségét határozzák meg a totalitáson belül…" (Lukács, 1976: 286, kiemelés tőlem – Sz. P.). Ugyanakkor

[21] Lukács György társadalomontológiai szisztematizálásában a munka a társadalmi lét *megszüntethetetlen alapja* (mert annak kialakulása… „önállóvá-szerveződése a munkára, vagyis a teleológiai tételezések folyamatos megvalósulására épül fel"); kategoriális felépítése tartalmaival a társadalmi lét *csírája* (16–54.); és egyben a társadalmi gyakorlat *modellje* (1976, II.: 55–99).

[22] N. Cusanus kategóriahasználatát lásd különböző teológiai, filozófiai munkáiban: *A tudós tudatlanság.* Paulus Hungarus – Kairosz Kiadó, Budapest, 1998. (Ford.: Erdő Péter). *Az együgyü ember és a bölcsesség* (Ford.: Révész Mária Magdolna) Budapest, Farkas Lőrinc Imre Könyvkiadó, 2001. *De Deo abscondito. A rejtett Istenről* (Ford.: Alácsi Ervin János) Kairosz Kiadó, Budapest, 2008.

a részkomplexusok relatív autonómiájának, sajátszerűségeiknek a magyarázatában szükségünk lesz a nem-lineáris, dinamikus rendszerek különös, jogra való alkalmazására. A jogrendszerkutatás így lesz a társadalomontológia folytatása. (Kibontva az 5. 4. alatt: *A jog létalapjának viszonya a jog önreferenciális rendszerszerűségéhez. A jogrendszer immanens, műveleti zártsága és nyitottságának társadalmi-történelmi környezetével való kölcsönhatása.*)

A társadalmi lét összfolyamatában keletkezett történeti, politikai, jogi kihívásokra, konfliktusokra adott válaszok bár alternatív karakterűek, azonban mindig egy létszféra objektivációs szerkezetébe és funkcióikba ágyazottan fejtik ki hatásukat. Intézményesült keretekben érvényesülnek a problémákra adott policy döntések, akár gazdaságiakról, vagy politikaiakról vagy éppen jogiakról lett légyen szó. Ezek bemutatása előtt azonban még ki kell térnünk a társadalmi lét történetiségének természetére és magyarázatára. Majd pedig a jog történetiségének rivális felfogásaira, a jogi-történeti iskola német és angol változatára, a hegeli racionalizmusra és a marxi alapozású kritikai elmélet felfogásának tárgyalására. Kitérve H. L. A. Hart mérsékelt, analitikus pozitivizmusának jogfelfogására, amely semmiképpen sem tartozik a történeti jogtudomány körébe, de azzal, hogy mind szociológiai, mind pedig természetjogi elemeket beengedett a jog működésének leírásába, különös figyelmet és hatást kiváltó szerzője a modern jogtudománynak.

1.2. A TÁRSADALMI LÉT TÖRTÉNETISÉGÉNEK ALAPVONÁSAI

A *történetiség* gondolata, bár többféle formában gondolják el, alapvetően azt jelenti, hogy a jelenségek keletkeznek, fennállnak, átalakulnak, majd megszűnnek. Minden létező alá van vetve a keletkezés, változás és megszűnés dialektikájának, s ez alól nincs kivétel. Semmi sem örök (a filozófiai materializmus anyagfogalmát és a teizmus istenfogalmát kivéve). *Ez az anyagi életfolyamat mindig időbelileg játszódik le,* s ahogy Schiller, a nagy német költő mondotta: „Háromféle léptű az idő, lassan, késve közeleg a jövő, nyílsebesen száll a jelen, áll a múlt örökké mereven." A minket körülvevő anyagi-tárgyi világ történetiségét az időfolyam ezen három dimenziójában dolgozzuk fel. A jövővárás türelmetlen feszültségével és az elmúlás fájdalmával. Múltnak, jelennek, jövőnek együttes átélésén keresztül érzékeljük és dolgozzuk fel a valóságot. Az idő mint olyan azonban azonban semmi esetre sem azonosítható *sem az idő átélésével*, a bergsoni tartammal (la durée), *sem az idő mérésével*, *sem pedig a történetiséggel*. Annak ellenére sem azonosítható, hogy minden történeti folyamat időben játszódik le. A társadalmi lét történetiségének conditio sine qua nonja az időbeliség. Distinkcióink persze magyarázatra szorulnak. Mi tehát az idő és hogy viszonyul a történetiséghez, azon történeti társadalomtudomány szerint, amely éppen a *történelmi és a társadalmi oldal különbségeikben is egységes* megismerésére törekszik?

A történeti társadalomtudomány[23] (Historische Sozialwissenschaft), benne a marxizmus, „eredendően német találmány volt, a *Wissenschaft* szó átfogó értelmében[24], amely a kapitalizmus működésére összpontosított, általánosabban véve a történelmi fejlődésre, amelyet „végső soron" a termelőerők és a termelési viszonyok dinamikája határoz meg" – írja Göran Therborn (2010: 148). A módszer itt a nomotetikus, generalizáló fogalomalkotás (termelőerők és termelési viszonyok) és az abból levezetett történeti dinamika egységbe foglalása. Ahhoz azonban, hogy megérthessük, mit jelent az, hogy a történelmi társadalomtudomány eredendően német fogantatású, szükség van a szellemtörténeti helyzet bemutatására, amely sok-sok szerző, munka és hatás révén befolyásolta ezt a 19. század derekán meglévő német intellektuális közeget, miliőt. A társadalom- és történetfelfogási probléma szellemtörténeti helyzetének áttekintéséből indulunk ki. Abból a német történeti gondolkodásból, amely elutasította az abszolutisztikus igénnyel fellépő, örök természetjogi értékrend vagy erkölcs felől vizsgálódó és szubjektíve értékelő, addigi bevettnek számító gondolkodásmódot, s ekként látott hozzá a történetileg keletkező állapotok rekonstrukciójához.

A historizmust a maga legradikálisabb formájában először Herder (1774) képviselte – mutatta ki Georg Iggers – kifejtve „azt a felfogást, hogy minden korszakot a benne rejlő értékfogalmakon keresztül kell szemlélni, hogy tehát a történelemben nem létezik sem haladás, sem hanyatlás, csak értékek különbözősége."[25] A természettudományos megismerés módszereitől helyesen megkülönböztetett történelmi-emberi világ nem tudattalan, hanem akaratlagos-tudatos magatartásokból szerveződő képződmény, amely szerintünk nem azonos az idővel, „a változatlan változással", azonban mindig időben létező, lejátszódó életfolyamat. Nem az idő él, az életfolyamat játszódik le – változóan vagy változatlanul – az időben. Az idő irreverzibilitása pedig az emberi magatartások, események egyedi, egyszeri és megismételhetetlen karakterének elgondolásához kapcsolódott a historizmusban, valaminő szükségképpeni történelmi relativizmussal párosulva. Idő és történetiség viszonyában az

[23] Ahol a történelmi és a társadalmi oldal ugyan közvetlenül nem esik egybe, azonban erős kapcsolat van közöttük: a történelmi megalapozza és áthatja a társadalmit, a társadalmi pedig maga írja át a mindenkori készen kapott történelmit. Egyelőre bővebb kifejtés nélkül indokoljuk meg e felfogás kiinduló pontját.

[24] A Wissenschaft „módszeres tudást" jelent, amelyet a latin nyelvre épülő terminológiákban science-nek neveznek, megkülönböztetve a „lágy" társadalomtudományoktól, a bölcsészeti karok humántudományaitól (humanities). Gyakori, de vulgáris törekvés, hogy a természettudósok megpróbálják a science terminust a maguk számára monopolizálni, s ezzel a társadalomtudományokat explicite vagy implicite a tudományon kívülre száműzni. Itt jegyezzük meg, hogy a világrendszer-elmélet (VRE) történelmi gyökereként Wallerstein is beszél a társadalomtudományi diszciplínáktól a történeti társadalomtudományokig vezető útról (Wallerstein, 2010: 15–55). Utóbbit azonban nem alapozta meg, vezette le és jellemezte, hanem áttért a társadalomtudományon belüli azon négy vitára, amelyek a VRE előzményei voltak (uo., 30–55).

[25] Iggers, 1988: 54.

idiografikus történetírás ehhez tartotta magát, s meghaladása a történelem és a történelmi jelenségek megértésében több oldalról is ezen idiografikus módszertan felváltását igényelte. Akár – és itt időben tekintsünk előre – értékelő kultúrtudományi , akár az ideáltipikus weberi, akár a dialektikus törvényfogalom segítségével ment és mehetett végbe ez a felváltás. A historizmusban vagy az annak válfaját jelentő történeti-jogi iskola gondolkodásmódjában úgy fogták fel a történetírást, hogy voltaképpen minden nemzet, kor és korszak organikus képződményként magában hordja inherens mértékét, amelyet objektíve nem lehet át- vagy felülértékelni.[26] Nincs a történelem fölött lévő magasabb mérce, amelyen keresztül ítélkezhetnénk elmúlt korok fölött. „Istentől minden korszak egyforma távol van": a történészfejedelem Leopold Ranke álláspontja meghatározott paradigmát állított fel. Igaz, az ateisták számára egy nemlétező lénytől való távolság eleve nem mérhető, mérhetetlen, míg a teistáknál az azonos távolság feltételezése az értékközömbösség relativizmusa felé visz. Ez a módszertani pozíció egyszerre zárja ki a generalizálást és az anakronisztikus értékelést. Előbbit tévesen. Utóbbit előnyére. Nem lehet visszavetíteni későbbi és fejlettebb korok mértékeit a megelőzőekre, s ezen keresztül objektív mértéket szabni értékelésüknek. Ha a történetiség *a maga egyediségében megismételhetetlen eseménytörténet* – hogyan is történt valójában? – a „wie es eigentlich gewesen ist" pozitivista történetírást támogató rankei programja[27] – tudniillik annak a leírása és magyarázata, hogy az *események és a körülmények milyen láncolata vezetett ehhez vagy ahhoz a történéshez*, akkor azonban teljességgel megmagyarázhatatlan marad az újratermelés társadalmi és gazdasági feltételeinek a modernitással beköszöntött fordulata. E fordulat ugyanis eseménytörténetileg aligha rekonstruálható, lévén nem a mindennapi élet idősíkján, hanem a strukturális idő síkjában végbemenő változásról volt szó. Megértéséhez ezért a társadalom strukturális változásainak nézőpontját kell felvenni. Nem az egyediség, hanem a különösség–általánosság történeti szerkezetváltozásának szintjét, nézőpontját. A társadalmi alakulatok tradicionális és

[26] Iggers az államot individuumként és öncélként felfogó német historizmusról összefoglalóan írja, hogy az az értékek konkrét történeti szituációhoz kötöttségét ismerte el, sőt, ami történeti, az számukra egyfelől már önmagában értéket jelentett, másfelől pedig másutt átvehetetlennek, utánozhatatlannak tekintették. „Egyetlen személyiséget, intézményt vagy történelmi tettet sem mérhetünk olyan mértékkel, amelyet kívülről kényszerítenénk bármilyen szituációra; a megítélés számára mindig saját, belső értékrendszerük a mérvadó. Eszerint nincsenek olyan racionálisan megalapozott értékkritériumok, amelyek alkalmazhatóak lennének az emberi intézmények sokféleségére" (Iggers, 1988: 19).

[27] Elekes Lajos kimutatta, hogy Ranke sokat idézett metodikai elve voltaképpen nem, vagy legalábbis nem pusztán a forrásokat tisztelő-feldolgozó, empirikus elv volt szerzőjénél, bár sokan ekként vették át, hanem az organikusan növekvő-fejlődő, egymással összemérhetetlen történeti individualitások belső, rejtett lényegének a megértése. És pedig „nem racionális, hanem az értelem körén kívül eső eljárás" az isteni terv megérzése, átélése révén. A világtörténelem útját csak Isten tudja. A kutató a történelmi folyamat természetét megsejtheti, amihez szüksége van a források összegyűjtésére és megértő megérzésein keresztül történő „beszéltetésére", értelmezésére; de nem képzelheti magát Istennek. (Elekes, 1975: 135–138.)

modern formameghatározottságának perspektíváját. A tények önmagukban erről nem beszélnek. Ahogy az Annales-iskola kiváló történésze, Marc Bloch mondotta: „A forrás ugyan tanú, de mint általában a tanúk, nem beszélnek, csak akkor, ha kérdezik őket."[28] A tradicionális (premodern) és modern szerkezetváltás viszonyainak magyarázata pedig a materialista társadalom- és történelemfelfogás kidolgozása közben született meg.

Eltérően Hegeltől, akinél az emberi szellem önfejlődésének folyamatában, a történelem eszmei természetének átlényegített mozgásában teremtődik meg ez az értékelő mérték, a marxi elméletben az emberiség saját történetét gyakorlati tevékenységével írja. Vargabetűivel, stagnációkkal, zsákutcákkal és némi evolúcióval. Visszavetíteni későbbi korok eszményeit, intézményeit, megoldásait nem szabad a korábbiakra, mert nincs mindenütt egybefonódó fejlődési ív, kontinuitás a korábbi és a későbbiek között. Ahol azonban kimutatható a kontinuitás, és a későbbi berendezkedés, kor valóban fejlettebb a korábbinál, ott a fejlettebb megoldások, formák adják a kezdetlegesebbek megítélésének módszerét és értékelő mértékeit. Ott valóban az ember anatómiája a kulcs a majom anatómiájához. Valóban, minden dolog azonos saját történetével („Die Geschichte einer Sache ist selbs die Sache" – Hegel). Minden jelenség, minden létező keletkezik, fennáll, variációgazdagságot ölt, majd alávetett az elmúlásnak – amit *a történetiség egyfajta minimummeghatározásának* tekintünk. Abszolút mozzanatnak, az abszolút és relatív mozzanatok dialektikájában. Korai alkotói periódusában Marxnak és Engelsnek *A német ideológiá*ban megfogalmazott azon híres tételét, mely szerint „Csak egyetlen tudományt ismerünk, a történelem tudományát", ezen a helyiértéken, a kiindulópont minimuma helyiértékén kell kezelnünk.[29] Ugyanis attól, hogy minden történeti termék és minden véges, ez még nem jelenti azt, hogy minden létező egyformán értékes (vagy éppen értéktelen) lenne. Ha minden népet, nemzetet, intézményt, jogrendszert és államot történelmi terméknek tekinthetünk is, ebből nem következik, hogy egyformán járulnak hozzá az emberi szabadsághoz. Nem egyenértékűek, nem egyformák teljesítményeik, különböző mintákat és megoldásokat kínálnak. Az egyes nemzetek történelmének éppen az adja meg az értékét, hogy *mennyit tettek hozzá a világtörténelemhez*, mennyivel járultak hozzá az egyetemes emberi gazdagodáshoz. A történelemben képződő, az események, történések, nemzetek, hétköznapok fölötti értékelő mérték *az egyetemes emberi gazdagodáshoz való hozzájárulás mozzanatában van*, legyen ez szellemi produktum, anyagi termék vagy éppen társadalmi viszonyrendszer. A historizmusban felvetődő történeti relativizmus ekként a nembeli lényeg klasszikus német filozófiában kibomló és Marxnál betetőződő koncepciójával meghaladhatóvá vált. Az „emberi" és a „történelmi" kategóriái nála nem egymás merev ellentétei, s nem is oldják fel az embert a történelemben. A történelmet pedig nem változtatta

[28] idézi: Ránki, 1977: 42.
[29] 27. MEM. 3. k.

egymásból szükségszerűen következő események, korok, társadalmi formációk társadalmi cselekvéssel befolyásolhatatlan láncolatává, „relativizálva minden értéket, s így lehetetlenné téve mindenféle sajátosan erkölcsi s nem pragmatikus alapon nyugvó ítéletet és megítélést. Valójában Marxnál e két, merev ellentétté átváltoztatott és épp ezért tartalmában is teljesen eltorzított mozzanat dialektikus egységet alkot" – csatlakozhatunk Márkus György elemzéséhez, aki ezt az egységet tanulmánya egészében bizonyítja is.[30]

Bizonyos, hogy a kritikai társadalomtudomány itt kezdődik: a mindenkori „egész" fejlettségi szintjén elérhető emberi szabadságfok a kor megítélésének mértéke, amelyet az élenjáró teljesítményekhez viszonyít. Nem elégszik meg a „survival" szociológiában széles körűen elfogadottá vált mércéjével, amely a túlélés biológiai mércéjét viszi át az emberi, társadalmi létre, megfosztottan annak értékvonatkozásaitól. *A túlélés persze előfeltétele a nembeli lényeg történetileg adott fokán kibontakoztatható szabadságnak, de túlzottan alacsonyra tett mérték.* A társadalmi-történelmi jelenségek, események értékeléstől tartózkodó, *leíró társadalomtudomány* ugyan nyújthat fontos információkat, azonban az értékelés kikerülésével eleve nem lehet kritikai. Az *apologetikus* tudomány a fennálló állapotok inherens összefüggéseit nem vizsgálja az ezen állapotok közben keletkező objektív lehetőségek kihasználásának perspektívájából. A *kriticizmus* pedig nem a valóság szerkezetében benne lévő, abból kibomló modalitások, lehetőségek alapján kritizál, hanem ad hoc szubjektív felvetései, értékérzetei felől. Mintegy fordított mikszáthi mamelukként – „nincs az a rendszer, nincs az a kormány, amelyiket én támogatnék" – érték-közömbös elméleti anarchizmusával. A kritikai társadalomelmélet ellenben *kritikus tárgyával*, a modern tőkés gazdaságban és társadalomban elérhető, osztályszempontból roppantul korlátozott emberi emancipációval szemben, és azt nem gondolja a történelem végének. A nembeli lényeg kibontása történelmi folyamat, melynek megértése dialektikus és történelmi fogalomalkotást implikál. Nemcsak a tárgya, hanem a történeti társadalomtudomány *sajátos módszere* is elválasztja ezt a törekvést az egyéb társadalomtudományi orientációktól: kontraktualizmustól, funkcionalizmustól, konzervatív módszertanoktól stb. Ezen a ponton érdemes kibontanunk a *történetiség fogalmi tartalmát, konkrétabb jelentéseit.*

„Csak egyetlen tudományt ismerünk, a történelem tudományát", idéztük a híres tézist. Most folytassuk ezen a szálon, s mutassuk meg ennek a korai gondolatnak korlátozott érvényét, még le nem küzdött hegelianizmusát (tudniillik „a természet történetisége" gondolatának túlzott közelvitelét a társadalom különnemű történetiségéhez, tehát túláltalánosítását). „A történelmet két oldalról lehet szemügyre venni; a természet történetére és az emberek történetére lehet felosztani. Ámde a két oldalt nem szabad elválasztani; ameddig emberek léteznek, a természet története és az emberek története kölcsönösen feltételezik egymást. A természet története,

[30] Márkus,1966: 6.

az úgynevezett természettudomány, itt nem érdekel minket; az emberek történetével azonban foglalkoznunk kell, minthogy szinte az egész ideológia vagy e történet elferdített felfogására, vagy a tőle való teljes elvonatkoztatásra vezetődik vissza. Az ideológia csupán egyik oldala e történetnek."[31]

Azzal a konklúzióval, hogy a történelem tudományának el kell válnia az ideológiától, és azzal is, hogy az emberek társadalomtörténete összefügg a természettörténettel, illetőleg hogy a természetnek is megvan a maga történetisége – ma is egyet lehet érteni. Mindazonáltal maradnak itt meg nem oldott problémák a történetiség vonatkozásában: 1. A természet történetében a *szervetlen, élettelen anyagiság* történetének sem a szerkezete, sem a ritmusa nem egyezik meg a *szerves, az élő anyag* történetiségével. Itt – eltérően a szervetlen anyagtól – már van evolúció. 2. De az evolúció folyamata és léptető mechanizmusainak ritmusa, törvényei nem egyeznek meg a *társadalmi* történetével. A szervetlen, a szerves és a társadalmi lét viszonya nem lehet megoldott a történetiség egységesnek tekintett elvével, mint amelyet egyetlen tudomány kifejezhet, még ha ezt nem kisebb jelentőségű és hatású marxi munka, mint a *Gazdasági-filozófiai kéziratok* (1844) fogalmazta is meg először. „A természettudomány később éppúgy be fogja sorolni maga alá az emberről szóló tudományt, mint az emberről szóló tudomány a természettudományt: *egy* tudomány lesz" (1970: 75). A különbségeket is teoretizálni kell, amit az azonosítás nem támogat. (Ezt mutattuk meg a létrétegek hármas koncepciójával.)

1.3. IRREVERZIBILIS IDŐFOLYAM ÉS TÖRTÉNETISÉG

A materialista lételmélet és a rá épülő ismeretelmélet nem redukálható az egyetlen tudomány tételezésére – még ha ez az 1917-ig kiadatlanul maradt híres kézirat az egyik jelentős lépés a korlátozott feuerbachi materializmus és a hegeli objektív idealizmus bírálatában és részleges meghaladásában. Minden létszféra az időben bomlik ki, de saját különnemű anyagiságként eltérő változatait jelenti a történetiség folyamatának. Idő és történetiség tehát nem esik egybe és nem összekeverhető. *Minden történetiség ontológiai előfeltétele az idő irreverzibilis és végtelen folyamata*, de az idő objektivitása – definiáljuk szemléletesen: *a teret kitöltő pontok közötti lineáris mozgás egy dimenziós kontinuumaként,* „a »most« pillanatot azonnal felváltó »most 1«, az azt felváltó …»most 2« …»most 3 «…»most n« *szakadatlan progresszusa = a változatlan változás*, a változás tiszta formája, melynek eltérően az idő mérésétől, nincs mennyiségi, csak minőségi karaktere" – nem válthatja ki a történetiség mechanizmusait, ahogyan az idő átélése, a tartam szubjektivitása sem cserélhető fel sem az idővel, sem pedig a *történetiséggel, amely egy időben létező konkrét folyamatot, társadalomtörténetet jelent.* Ahogy ezt az antikvitás legfejlettebb történetírója,

[31] MEM, 3. k. 20–21.

Thuküdidész pragmatikus történetfelfogásának elemzése kapcsán Szigeti József bemutatta, a historizmus („ahogy a valóságban történt", tehát a történeti), és a naturalista antropologizmus („az emberi természet alapján") ellentéte közvetíthető és közvetítendő, ha a történetiséget „az emberi természetet hosszú, tehát az emberi történelmi fejlődési folyamatok eredményének ábrázolja, vagyis *társadalmi-történelmi képződménynek*, *amelyben az állandóság felhalmozott változások eredménye, de maga nem végeredmény*, hanem hosszabb–rövidebb ideig reprodukálódó és érvényesülő állapot csupán, amely végül is újabb változásoknak van alávetve. E változások kezdetben csak módosítják, majd gyökeresen átalakítják az egyszer már módosítottakat, úgy, hogy a viszonylagos stabilitás újból elért állapota után a folyamat elölről kezdődjék." [32]

A történetileg elért és hosszabb-rövidebb ideig reprodukálódó állapotok tehát azt jelentik, hogy „ugyanazt máskor is meg lehet tenni (ismételni) – csak kronológiailag nem ugyanakkor." Az időfolyam szakadatlanul túllép önmagán, de az abban lejátszódó történet nem feltétlenül lép túl egy önmagát azonos szinten újratermelő állapoton. Ez, *egy állapot fenntartása vagy megváltoztatása* pedig *társadalmi cselekvések* révén megy végbe: gazdasági, szociális, politikai, jogi és kulturális részrendszerek struktúráiban és intézményes szabályozásai mellett, a fennálló körülmények nyomása közepette. Éspedig millió és millió szereplő, akár tettein, tevésén, akár spontánul (a „nem tudják, de teszik" mechanizmusával) és a mikroszintű szereplők (természetes személyek, jogi személyek és civil szervezetek) tudatosságával. Ahogy a *Brumaire*-ben Marx fogalmazott: „Az emberek maguk csinálják történelmüket, de nem szabadon, nem maguk választotta, hanem közvetlenül készen talált, adott és örökölt körülmények között csinálják. Valamennyi holt nemzedék hagyománya lidércnyomásként nehezedik az élők agyára. És éppen, amikor azzal látszanak foglalkozni, hogy magukat és a dolgokat átalakítsák, hogy valami soha nem voltat teremtsenek, éppen az ilyen forradalmi válság korszakokban idézik fel aggodalmasan a maguk szolgálatára a múlt szellemeit, kölcsönveszik neveiket, harci jelszavaikat, jelmezeiket…"[33] A változások intencionális, akaratlagos befolyásolásában – a változtatásokban – pedig kitüntetett szerepe van a makrotársadalmi viszonyok feletti rendelkező erőknek, a politikai rendszernek, államnak, jognak. Az össztársadalmi változások aktorai a részrendszerek között közvetítő, közpolitikai stratégiájukat – a közjóhoz (bonum commun) vezető, általuk elképzelt út – szakpolitikáikon keresztül érvényesítő államhatalmi-politikai rendszer birtoklásán és befolyásolásán keresztül próbálják érvényesíteni. A politikai (politikum) primátusa az egyéb élettevékenységek és relatíve elkülönült és önálló attribútumokkal rendelkező tevékenységi szférák között éppen ezért külön elemzést igényel a társadalomelméletben. Egy politikai

[32] Szigeti, 1984: 344.

[33] Marx–Engels Válogatott Művek, I. k. Kossuth, 1963, 257.

rendszerben *„a nemtevés" is felérhet a tevéssel*. Minden szociális rendszerben a tabuk mutatják fel legvilágosabban a rendszer uralmi jellegét, határfeltételeit.

A *Német ideológiá*ban (1845) a társadalom történetiségének folyamata a nemzedékek egymásutánjaként fogalmazódott meg, a *szociális tér egyik képződményeként* (mondhatjuk immáron Mannheimmel, 1965), éspedig hasonló kategoriális tartalommal: „A történelem nem egyéb, mint az egyes nemzedékek egymásutánja, amelyek mindegyike kiaknázza azokat az anyagokat, tőkéket, termelőerőket, amelyeket valamennyi elődje reá hagyományozott, ilyenképpen tehát egyfelől a ráhagyott tevékenységet folytatja egészen megváltozott körülmények között, másfelől pedig a régi körülményeket módosítja egészen megváltozott tevékenységgel; s ezt mármost spekulatív módon úgy lehet kiforgatni, hogy a későbbi történelmet a korábbi céljává teszik…"[34] A történetiség objektív folyamata tehát *nem teleologikus képződmény*, nem célkövető folyamat, noha a társadalmi cselekvőknek lehetnek és vannak is céljaik, értékeik, képzeteik, de az összfolyamat uralása nélkül. Az összfolyamat, a történelem azonban nem követ sem egy transzcendens, sem egy immanens célt, hanem a legkülönbözőbb érdekektől vezérelt társadalmi ágensek törekvéseinek mindenkori eredője. Eltérően az egyes ember cél felől mozgatott, célracionális magatartásától vagy életvezetésére vonatkozó alternatív döntéseitől, a történelem összfolyamata nem felülről és kívülről ható célok felől determinált folyamat, hanem a szerteágazó társadalmi tevékenységek, cselekvések egyéni cselekvői szándékoktól független, eredményként előálló artikulációja. Egy olyan anyagi alapzaton lejátszódó folyamat, amelynek következményei vannak, mert strukturális viszonyok közé helyezi a cselekvők életlehetőségeit, aktivitását, tudatállapotát, döntéseit. „Ez a történetfelfogás tehát azon nyugszik – idézhetjük megismerési nézőpontból a szerzőpárt –, hogy a valóságos termelési folyamatot fejti ki – mégpedig a közvetlen élet anyagi termelésében kiindulva –, és az ezzel a termelési móddal összefüggő és általa létrehozott érintkezési formát, tehát a polgári társadalmat a maga különböző fejlődési fokaiban az egész történelem alapzataként fogja fel és egyrészt cselekvésében mint államot ábrázolja, másrészt a tudat összes különböző elméleti termékeit és formáit, vallást, filozófiát, erkölcsöt stb. belőle magyarázza és keletkezésük folyamatát belőlük kiindulva követi, ami által azután természetesen ábrázolni lehet a dolgot a maga teljességében (és ezért e különböző oldalaknak egymásra való kölcsönhatását is)."[35] Ennek az artikulációnak, tehát az anyagi termelés–érintkezési forma–tudatformák és társadalmi cselekvések kölcsönhatásának az eredménye objektíve lehet fejlődés, ami tehát nem azonosítható *a történet-teleologizmussal*[36]*, ahol az összfolyamat eredményét egy cél*

[34] MEM, 3. k. 37.

[35] Uo., 40.

[36] Az eddigi történetfelfogás a történelemnek a valóságos bázisát vagy teljesen figyelmen kívül hagyta, vagy csak mellékes dolognak tekintette, amelynek éppen a történelmi folyamattal nincs összefüggése. Ezért aztán a történelmet mindig valami rajta kívül eső mérce szerint kellett megítélniük

felől mozgatott beteljesedésként értelmezik. Mint ahogy a történelem eredménye egy adott időpontban zsákutcás, stagnáló, degradálódó vagy éppen önpusztító folyamat is lehet. *Annak függvényében, hogy a merőben egyedi események és magatartások tovatűnő tengerét miként szervezik, közvetítik általános meghatározottságok.* Az eseménytörténetet, a cselekvő szubjektumok által elindított partikuláris oksági sorokat és a változó körülmények játékát ugyanis a részrendszerek és intézményeik strukturális viszonyai artikulálják. Társadalmi-gazdasági alakulatok szerkezeti adottságai, általános összefüggései, politikai, gazdasági, jogi, szociokulturális részrendszerei közötti kölcsönhatásos folyamatok és ezek törvényszerűségei. *„A történetiség ezért általánossal közvetített egyediség, s az egyedivel közvetített általánosság"*[37], ahol tehát a társadalmi oldal, a társadalmi lét sajátszerűségeinek kibontásán keresztül konkretizálhatjuk a marxi alapozású társadalomelméletet.

1.4. TÁRSADALMI FORMÁK ÉS A TÖRTÉNELEM ÉRTÉKELÉSÉNEK RIVÁLIS MEGOLDÁSAI

A történelem gazdagsága az egyediség szintjén kimeríthetetlen, végtelen folyamat. Kérdés, hogy a jelenségek és a folyamatok extenzív és intenzív végtelenségében lehetséges-e a tudomány eszközeivel racionális erővonalakat húznunk, azaz gondolatilag-fogalmilag megrögzíteni és elemezni a történelmi tapasztalatot.

Koncentráljunk most már két kérdésre: *egyrészt* a történelem értékelésének objektív alapra helyezhetőségének kérdésére, *másrészt* a társadalmi formaelmélet jelentőségére a történelmi-társadalmi oldal magyarázatában. Ez egyben a gyakorlati materializmus ugrópontja is: éspedig az értékmentes relativizmussal, a történetteleológiával és a szemlélődő materializmussal szemben egyaránt.

Van-e elméleti alternatívája a *rossz végtelenségnek*, a kultúrtudományi *szubjektivizmusnak* (Rickert), a *relativizmusba torkolló Ranke-féle értékközömbösségnek és a weberi értékmentességnek*, illetőleg a történelmi események, folyamatok és emberi sorsok magyarázatához a transzcendens gondviselést segítségül hívó *történetteleológiai magyarázatnak*?

Nézzük először a Windelbend–Rickert féle kultúrtudományi megismerést, amely sajátos neokantianizmusával kívánta meghaladni Kantot.

A badeni iskola kezdeményező erejű vezéralakja, Wilhelm Windelband a tudományos vezérlőelv rangjára emelte a „Kantot megérteni nem más, mint túlhaladni Kanton" gondolatát. Annak jegyében, hogy a „zu rück zu Kant" (O. Liebmann) követelményével *el kell vetnünk a jelenségtől függetlenül, téren és időn kívül létező Ding*

– foglalhatjuk össze a történetfelfogást immanens alapra állító, minden transzcendenciát és szubjektív történet-teleologizmust is elutasító álláspontot. (Vö. MEM, 3. k. 41–42.).

[37] Szigeti, 1984: 349.

an sich gondolatát. Ezen ismeretelméleti szempont mellett pedig a *gyakorlati filozófiák* (erkölcs-, jog- és politikai filozófiák) természetére irányította rá a figyelmet. A badeni vonalon a meghaladás a természettudományos megismeréssel szemben tételezett kultúrtudományhoz vezetett a Windelband–Rickert féle tudománymódszertanban. Ez a módszertan ugyanis a nomotetikus és az idiografikus tudományok szembeállításából indul ki. Amíg a természettudományokra nézve elfogadja és bizonyíthatónak látja, hogy a természetnek vannak általánosítható, törvényszerű vonásai, addig ez *a nem természetiből, a történelmiből és a szellemiből elesik, mert azoknak megszüntethetetlenül individuális karaktere van*. A nomotetikus, törvénykutató természettudomány és az individualizáló történelem és szellemtudomány windelbandi külső dualizmusa aztán Rickertnél belsővé válik (Die Grenzen… 1896–1902). A társadalmi jelenségekre alkalmazza a dualizmust, amennyiben a történettudomány idiografikus jellegét immáron nemcsak és nem elsősorban a generalizáló természettudományokkal, hanem a kultúrtudományok logikájával kell szembeállítani. A kultúrtudomány pedig mindig *szubjektíve választott értékre vonatkoztatottságot* jelent, amit nem lehet meghaladni.[38]

A „történelem értelmetlen végtelenségének" weberi tézise annyiban kétségtelenül jogosult, hogy a történelemnek nincs semmiféle se immanens, se transzcendens célja. Ezért objektíve értékmentes, ahol a megértő szociológia képezhet olyan gondolatilag, szubjektíve előállított mércéket, ideáltípusokat, amelyek alapján értékeli az összfolyamatot. A megismerés heurisztikus konstrukcióként előállított ideáltípusra vagy választott értékre vonatkoztatott kultúrtudomány.[39] Ugyanakkor az a tény, hogy egy folyamat nem cél felől vezetett, egyáltalán nem zárja ki a fejlettebb, magasabb rendű állapotok, berendezkedések, korszakok létrejöttét. Ugyanis egy folyamat

[38] A neokantiánus irányzat áttekintéséről lásd Hans Joachim Störig (2007: 436–442); és Bayer József monográfiáját (1989).

[39] A német historizmus és a neokantiánusok számára történeti folyamat egyedi, egyszeri, megismételhetetlen (irreverzibilis) karaktere felveti azt kérdést, hogy egyfelől az események okságilag kimeríthetetlen, „rossz végtelenségét" (a regressus ad infinitum problémáját) hogyan haladhatja meg a történeti megismerés, másfelől pedig, hogyan értékelhető a történelem folyamata. Mindkét probléma megoldásának kulcsa a neokantianus szellemtudományi-kultúrtudományi megismerés módszertanában van. Az események, történések rossz végtelenségét úgy lehet kiküszöbölni, ha egy meghatározott mérték felőli szelekcióval kiküszöböljük a megoldás önkényességét. *A mérték pedig a tárgyak, események értékre vonatkoztatottságában van.* Így kerülhető el a történeti relativizmus és önkényes szelekció problémája. Amit nem tud kiküszöbölni Leopold Ranke „egyenlő távolság" értékközömbös álláspontja, azt megold(hat)ja a történeti folyamatnak a kultúra értékeire vonatkoztatása, a rickerti értékrevonatkoztatás (Rickert, 1923: 1929). Csak éppen ebben a megoldásban is megjelenik az értékelméletekre általában jellemző azon paradoxon, mely szerint „az érték az értékelésben van", tehát nem függetleníthető az értékelés alanyától, ezért nem objektív. Az individualizáló, idiografikus történetírást objektív alapon, *törvényszerűségek hiányában* nem lehet meghaladni. Eltérően a marxi felfogástól, amely a társadalmi–történeti folyamatokban dialektikus, mozgási és fejlődési törvényszerűségeket kutat, egyesítve a társadalmi (nomotetikus tudományok) és a történelmi oldal (idiografikus tudomány) elválasztottságát (Szigeti József: *Egység és ellentét a társadalmi-történeti tudományokban*. 1984, 315–319).

eredménye akkor is beállhat, ha semminemű előzetes cél nem vezette azt, tudniillik magát az összfolyamatot. A folyamatban résztvevő ágensek tudatossága, célkitűző és realizáló magatartása mindig csak részleges, sohasem kimerítő az összfolyamat mindenkori eredményéhez képest. A nagy német történészfejedelem, Ranke szerint sem lehet objektíve értékelni a történeti képződményeket, mert „Istentől minden korszak egyforma távol van". Elégedjen meg a történész azzal a feladatvállalással, hogy forrásai alapján leírja azt, hogy voltaképpen „hogyan is történt valójában" (wie es eigentlich gewesen ist). Eltekintve attól, hogy aligha mérhető egy nemlétező lénytől való távolság (amiben az ateista világnézetű emberek értenek egyet), még a teisták számára sincs tehát minősítő mérce, mert egyenlő a távolság. Másként kell az értékelés problémáját objektíve megalapoznia, ha nem akarjuk elfogadni a weberi értékmentesség azon válaszát, amely szerint az értékek és értékrendek megszüntethetetlen harcában objektív, tudományos állásfoglalás nem lehetséges, mert az csak az akaró-cselekvő ember dolga lehet, nem a tudományé (Weber, 1970: 152). Értékrendre, értékekre vonatkoztathatja a történelmet bárki, ha el akarja végezni ezt a beszámítást, de ez másokhoz képest csak szubjektív és relatív érvényű értékelésekhez vezethet. Nem úgy, mint a történetteleológia megoldása, amely szerint egy külső, transzcendens célszerűséget követ a történelem. A történetteleológia álláspontján az egyes emberi cselekvések, értelem és akarat képére formálják át a történelmi események magyarázatát, éppen ott, ahol nem tudják megmagyarázni valamilyen reális hatalmaktól, erőktől való függésüket: egységet és tervszerű kormányzást visznek bele a folyamatok magyarázatába, azért, hogy az egyes egyének (extenzív individumok – ahogy Hegel találóan nevezte) és az egész világ alakulásának kapcsolata akaratlagos, célszerű magyarázatot kaphasson. Akár antropomorf módon fogják fel az össztörténeti folyamatot irányító fensőbbséget, akár emberi jegyeitől megfosztottan, dezantropomorf istenfogalomként, amely egy személytelen ész tevékenységeként kormányozza a világbeli történéseket – egyaránt külső célszerűséget tulajdonít annak, ami célszerűségtől független, mindenkori beálló eredmény, mutatta ki a teleológiai gondolkodás mindmáig legjelentősebb kritikusa, Nicolai Hartmann (1970: 88–90).

Nos, a marxi alapozású kritikai társadalomelmélet másként válaszolt e kihívásokra. A társadalmi oldal és a történeti megismerés nem két világ, hanem különbözőségükben is egységet alkotnak. A történelmi és a társadalmi oldal ugyan közvetlenül nem esik egybe, azonban erős kapcsolat van közöttük: a történelmi megalapozza és áthatja a társadalmit, a társadalmi pedig maga írja át saját képére a mindenkori készen kapott történelmit.

1.5. TÁRSADALMI-GAZDASÁGI ALAKULAT – TERMELÉSI MÓDOK – TÁRSADALMI INTEGRÁCIÓS FORMÁK

A marxi materialista történelemfelfogás a társadalmi formák kidolgozásával (formációelmélet) visz megértő-magyarázó rendet a rendezetlenségbe. Hazánkban igen fejlett kutatások folytak e téren. Tőkei Ferenc – a formaelmélet legrangosabb magyar és nemzetközileg is elismert kutatója – teljesítményét három tételben foglalhatjuk össze: 1. A marxi szövegek gondos forráselemző, filológiai és értelmező-kommentáló kutatásmódszertanával új tartalmakat, összefüggéseket tárt fel (vö. a négy nyelven megjelent 1968-as mű; 1977). Ezért nem is vállalkozhatunk e terjedelmes, szövegelemző könyvek mondanivalójának összefoglalására, pusztán jelölhetjük jelenőségét.[40] 2. Az ázsiai termelési mód újszerű rekonstrukciójával nemzetközileg is elismerést vívott ki magának (vö. a hat nyelven kiadott 1965-ös munkája; 1989). 3. Kibillentette a mechanikusan leegyszerűsítő, sokszor vulgarizáló és dogmatikus sztálini típusú marxizmus-*változatot* pozícióiból, amelyek jelentősen hatottak az államszocialista kísérletekbe fogó, Szovjetunió körül tömörült szövetségi rendszerben (értsd: Varsói Szerződés [1949] tagállamai és a KGST-be szervezett országok [1955], mert ezek legitimációs érvkészletéül funkcionáltak. Ezzel hozzájárult a hatvanas-hetvenes évek marxista reneszánszához, amely nálunk komoly teljesítményekben nyilvánult meg. (Például: Lukács György és némely tanítványának néhány, liberális fordulatukat megelőző munkája, vagy Márkus György, Peschka Vilmos, Eörsi Gyula munkássága.)

Tőkei első megközelítésben Marx 1846-ban Annyenkovhoz írt levelét idézi. „Mi a társadalom, bármilyen is a formája?" – kérdi Marx, majd így folytatja: „Az emberek kölcsönös tevékenységének a terméke. Szabadon választhatják-e az emberek ezt vagy azt a társadalmi formát? Semmiképpen sem. Tételezze az emberek termelőképességeinek meghatározott fejlettségi állapotát, és megkapja az érintkezés (commerce) és a fogyasztás megfelelő formáját. Tételezze a termelés, az érintkezés és a fogyasztás meghatározott fejlődési fokát, és megkapja a társadalmi szervezet megfelelő formáját, a család, a rendek vagy az osztályok meghatározott megfelelő szervezetét, egyszóval egy meghatározott polgári társadalmat (société civile). Tételezzen egy meghatározott polgári társadalmat, és megkapja a megfelelő politikai rendszert, mely csak hivatalos kifejezése a polgári társadalomnak" (Tőkei, 1968: 5). A materialista társadalom- és történelemfelfogás ezen egyik első, jelentős, de elvont megfogalmazása nemcsak félreérthető, mint azon legkézenfekvőbb és leglogikusabb interpretáció, amelyet Sztálin 1938-ban kodifikált (Tőkei, 1968: 6–29), hanem további források és meghatározások kibontásával konkrétizálódik és ebből fejleszt-

[40] Felhívjuk az olvasó figyelmét Szerdahelyi István mai, értékes, eligazítást nyújtó összefoglalására (2018). Munkánk és az irodalomjegyzék alapján bárki elérheti és elsajátíthatja a formaelmélet konkrét tartalmi mondanivalóját, szövegelemzéseit.

hető ki a termelési mód marxi fogalma, mutatja meg Tőkei (1968: 31–70). Marx megfeleltetési érvelésének („tételezze… megkapja") jelentőségét azonban éppen a ma álláspontjáról is ki kell ugrasztanunk.

Ignacio Ramonet francia történész azt mutatja meg, hogy a marxi formula alkalmas arra, hogy átvezessen minket az informatikai és technológiai forradalom jelentőségéhez. „Tételezzék nekem a számítógépet, levezetem önöknek a globalizációt." Nem a tőke találmánya, de a tőkés termelési módban való alkalmazása forgatja fel a dolgok rendjét. Az informatikai forradalom a társadalom új mozgáspályáját világítja meg, és hosszú távon érvényes fejleményeket kapcsol össze. „Az információs és kommunikációs technológiák, éppúgy, mint a numerikus forradalom, akarva-akaratlanul új korszakba léptettek be minket, melynek központi jelentőségű karaktere az immateriális adottságok azonnali transzportja, a kapcsolatok elszaporodása és az elektronikus hálózatok. Az internet alkotja a szívét, a keresztútját és a szintézisét ennek a folyamatban lévő nagy változásnak" (2002: 96). [41]

Ezzel már perspektívát nyitottunk a mára, de mégse siessünk ennyire előre. Idézzük Marxnak *A politikai gazdaságtan bírálatához* (1959) híres előszavában adott önértékelését, amely további vizsgálódásai vezérfonala lett. „Életük társadalmi termelésében az emberek meghatározott, szükségszerű, akaratuktól független viszonyokba lépnek, termelési viszonyokba, amelyek anyagi termelőerőik meghatározott fejlődési fokának felelnek meg. E termelési viszonyok összessége alkotja a társadalom gazdasági szerkezetét, azt a reális bázist, amelyen egy jogi és politikai felépítmény emelkedik, és amelynek meghatározott társadalmi tudatformák felelnek meg. Az anyagi élet termelési módja szabja meg a társadalmi, politikai és szellemi életfolyamatot egyáltalában. Nem az emberek tudata az, amely létüket, hanem megfordítva, társadalmi létük az, amely tudatukat meghatározza. Fejlődésük bizonyos fokán a társadalom anyagi termelőerői ellentmondásba jutnak a meglévő termelési viszonyokkal, vagy ami ennek csak jogi kifejezése, azokkal a tulajdonviszonyokkal, amelyek között addig mozogtak. Ezek a viszonyok a termelőerők fejlődési formáiból azok béklyóivá csapnak át. …az ilyen forradalmasodási korszakot sem ítélhetjük meg a maga tudatából, hanem éppenséggel ezt a tudatot kell az anyagi élet ellentmondásaiból, a társadalmi termelő erők és termelési viszonyok közötti meglévő konfliktusból magyarázni. Egy társadalomalakulat soha nem tűnik le addig, amíg nem fejlődtek ki mindazok a termelőerők, amelyeknek számára elég tágas, és új, magasabbrendű termelési viszonyok soha nem lépnek helyébe, amíg anyagi létezési feltételeik magának a régi társadalomnak a méhében ki nem alakultak. Ezért az emberiség mindig csak olyan feladatokat tűz maga elé, amelyeket meg is tud oldani, mert ha pontosabban megvizsgáljuk, mindig azt látjuk, hogy a feladat maga is csak

[41] „A globalizáció nem is annyira az egyes országok, mint inkább a piacok meghódítását célozza. A modern hatalom szándéka valójában nem a területek meghódítása, mint ez a nagy hódításoknál vagy a kolonializmus periódusában volt, hanem a gazdagság birtoklásáé" (I. Ramonet, 2002: 11).

ott merül fel, ahol megoldásának anyagi feltételei már megvannak vagy legalábbis létrejövőfélben vannak. Nagy vonásokban az ázsiai, antik, feudális és modern polgári termelési módok jelölhetőek meg a gazdasági társadalomalakulat progresszív korszakaiként. A polgári termelési viszonyok a társadalmi termelési folyamatnak utolsó antagonisztikus formája, antagonisztikus nem az egyéni antagonizmus, hanem az egyének társadalmi életfeltételeiből sarjadó antagonizmus értelmében: de a polgári társadalom méhében sarjadó termelőerők megalkotják egyúttal az anyagi életfeltételeket ennek az antagonizmusnak a megoldásához. Ezzel a társadalomalakulattal ennélfogva lezárul az emberi társadalom előtörténete" – szól a materialista társadalom- és történelemfelfogásról az egyik legkoncentráltabb alapvetés (*Marx és Engels válogatott művei*, 13. k. 6–7).

Tisztázzuk előbb (1) a társadalmi-gazdasági alakulat, (2) a termelési mód és (3) a társadalmi (integrációs) forma elsődleges tartalmait. Majd az itt szereplő öt *progresszív* alakulat közül – tehát implicite regresszív és stagnáló formákat is tételez a szöveg – az ázsiai és a modern polgári termelési mód jellemzését végezzük el. Továbbá szó sincs itt egymásra szükségszerűen következő fokozatokról, mint ezt nálunk a liberális Marx-kritika az úgynevezett geotektonikus modellként – á la Sztálin – értelmezte, mint ahogy arról se, hogy a magyar társadalom őstörténetében marxista történész megalapozottan fellelhesse a törzsi-nemzetségi szerveződés és a feudális állam között a rabszolgatartást (ahogy egyhelyütt ezt Molnár Erik vélte).

Minden létező *társadalmi-gazdasági alakulat* több termelési módot és termelési formát tartalmaz. Ezért durva hiba a gazdasági alap egymozzanatú alapra cserélése, merthogy összetett építményről, termelési viszonyokról, dinamikus szerkezetről, egy alapépítmény strukturált komplexitásáról van szó. A *sokféle termelési mód és forma együttlétezése mellett*, ami tény, éppen a fejlettebb tőkés termelési mód rendeli maga alá és hierarchizálja a nem kapitalista módozatokat, formákat: kisárutermelőt, napszámost, kézművest, batyuzó kereskedőt, idénymunkást, szolgáló embereket, rabként tartott kelet-európai vagy thaiföldi szexmunkást stb. A kizsákmányolás fejlettebb formái természetesen nem zárják ki a többlet, a többletmunka, a járadék, az „ajándékbeszolgáltatás", hadisarc, uzsora stb. létezését, tehát a fejletlenebb formák létezését, amelyek arányai, szerepük történelmileg változó, de módosítják-átírják azokat. „Minden társadalmi formában egy meghatározott termelés az, amely kijelöli valamennyi többi termelésnek – és amelynek viszonyai ennélfogva kijelölik valamennyi többi viszonynak – a rangját és a befolyását" (Marx, Marx és Engels válogatott művei 46/I.: 32).[42] A domináns termelési mód maga alá rendeli ugyanis a nemzeti és helyi piacokat, értékesítési módokat, uralkodó mértékviszonyainak le- vagy esetenként felértékelő hatásaival. „A termelési mód egy olyan absztrakt-formális tárgyat konstituál, amely a szó szoros értelmében nem létezik a valóságban. … valójában reális konkrét tárgyként csak egy történelmileg determinált társadalom-

[42] Marx, MEM 46/I. 32.

alakulat létezik. […] Ekként a bismarcki Németországot a kapitalista, a feudális és a patriarchális termelési mód specifikus kombinációja jellemzi, amelynek a kombinációja a szó szoros értelmében az egyedüli létező: csak egy történelmileg meghatározott társadalmi alakulat létezik, szinguláris tárgyként. Egy társadalmi alakulat pedig maga hozza létre a komplex egységét egy meghatározott termelési mód dominanciájának, egyéb összetevői felett" – így a francia marxista Poulantzas (1982: 11).

Felfogásunk szerint *a társadalmi forma* azt mutatja meg, hogy a termelés személyi és tárgyi feltételei hogyan, milyen *tulajdonviszonyok és integrációs formák – áruviszony* (piaci integráció), *államiság* (közhatalmiság és közhatalmi redisztribúció), *reciprocitás* – mellett kapcsolódnak egymáshoz, és melyek az uralkodó termelési viszonyok. Minden gazdaságnak – anyagi és szellemi termelésnek, munkamegosztásnak – van egy adott társadalomszerkezete, de egyetlenegy olyan társadalom sincs, amelynek ne lennének gazdaságon túli egyéb integrációs mechanizmusai. Ezzel a megoldásunkkal eltértünk a szokásos és a 19. században még adekvát marxi megoldástól, amely még szinonimaként kezelhette a társadalmi-gazdasági alakulat és a társadalmi forma tartalmait.[43] Sőt, a termelési mód is gyakorta szinonimája az előző kettőnek. Szerdahelyi „az emberiség fejlődésének egy-egy fő lépcsőfokaként" fogja fel ezeket az alapfogalmakat (2018: 179). Ezzel nincs is baj, de analitikusan tovább lehet és kell lépni a fogalomalkotásban.[44] *Így az integrációs formákat ki kell bővítenünk két irányba: egyfelől a kölcsönösség, szolidaritás (reciprocitás) minden társadalmi alakulatban – igen különböző módokon és mértékben – de integráló tényező* (például a családon belül a nemek és a nemzedékek közötti, áruviszonytól mentes tevékenységcseréje biztos, hogy ilyen). Lentebb be fogjuk mutatni azt is, hogy a formaelmélet prekapitalista, természet adta formái esetében hogyan elemezte ki a közösség/község (commune) integráló szerepét („a különös közösség fenntartása") Tőkei Ferenc, összehasonlító módszerrel. Másfelől a termelés és az elosztás 19. században uralkodó egységét bár nem szüntette meg, de jelentős mértékben meg-

[43] Polányi Károly (1886–1964) munkássága hívja fel a figyelmünket arra, hogy a mikroökonómai, *formális* gazdaságfogalom (racionális döntések, kalkuláció stb.) nem pótolhatja *a gazdaság szubsztantív,* tehát szociológiai/antropológiai értelmezését, ahol mindig a társadalom és környezete közötti interaktív folyamatok közepette történik meg az emberi-társadalmi szükségletek kielégítése.

[44] Szerdahelyinél (2018) forma-*elméletekről,* többes számban van szó: az engelsi–sztálini ötlépcsős felosztás után Marx 1959-es elgondolását ütközteti a publikálásra nem szánt, 1857–58-as feudalizmust nélkülöző, ám a szláv és germán formákat szerepeltető írással, továbbá azt mutatja meg, hogy ezek, illetőleg Tőkei Ferencnek *ezeket egyesítő, a tagadás-tagadásának törvényéhez igazított formációelmélete* (2018, 191–196) sok-sok sebből véreznek: ezért kellene előre nyomulni egy új, megalapozott rendszerezés felé, amelyhez – szerintünk – csak eléggé elvont fogódzót jelenthet a Szerdahelyi által Mészáros Istvántól átvett „minden társadalom fejlődőképes működéséhez elengedhetetlenül szükséges feltételek elemzésének" némiképpen váratlan konklúziója. Ugyanis nem ez a formációelmélet alaptémája, hanem a hatalmas történelmi anyag társadalmi formák – hogyan ment végbe a munka és a tulajdon elválasztás utáni egyesítése – szerinti rendszerezhetősége, áttekintése. Ezt igyekszünk továbbvinni (anélkül, hogy Szerdahelyi poszthumusz dolgozatának tételes értékelésébe belemehetnénk).

változtatta az állami elvonások és újraelosztás mértéke, a *redisztribúció* (mert már nem marad a megtermelt értéktömegnek 90%-a az elsődleges jövedelem tulajdonosoknál (profit, munkabér, kamat, földjáradék jogcímeiként), mint a szabadversenyes korban, amit Marx természetesen nem láthatott előre. Marxot tehát nem csak lerontani lehet, mint ezt Kautsky egykor megírta, és ma is vannak követői – számba nem véve a történelmi változásokat és a társadalomtudományok fejlődését.

A *redisztribúció* minden államiság nélkülözhetetlen velejárója, mert adóztató hatalomkénti elvonásokkal és újraelosztással biztosítja egy állam saját működésének alapjait (állami szervezetrendszere és jogrendszere) és önépítő törekvéseit (raison d'État). Hogy ez az újraelosztás milyen célok érdekében és kiknek a javára történik, ökonómiailag, tapasztalatilag és statisztikusan elemzendő kérdés.[45] Hallatlan társadalmi-gazdasági jelentősége ellenére, megértése fogalmilag-elméletileg nem sok nehézséget okoz. Eltérően a *reciprocitás* társadalom- és gazdaságelméleti fogalmától, amelynek tagolt tartalmait Polányi Károly munkásságához és Éric Sabourin (2019) kitűnő mai áttekintő elemzéséhez kapcsolódva jellemezhetünk. A reciprocitás általában a kölcsönösség, kölcsönös függés szinonimája, olyan szolidáris társadalmi berendezkedésé, ahol a tagok kölcsönösen segítik egymást, noha ez a kölcsönösség nemcsak szimmetrikus, hanem aszimmetrikus is lehet. A fogalom relevanciáját napjainkban három értelmezési keretben tárgyalják. Mindhárom – a), b), c) – valaminő társadalmi integrációt mozdít elő, de nemcsak egymás mellett létező, hanem egymástól függetlenül is figuráló integrációs alakzatokként. A gazdasági antropológiával *a)* a *szolidáris gazdaságot* vizsgálva (amely radikális formájában nem piaci és nem monetáris alapú)[46] nézzük az általános síkot; *b)* a *közjavak kezelése* terén a reciprocitással, tehát egy szűkített gazdálkodási dimenzióval, mi a Public Choise és a közjavak természetes monopóliumával operáló felfogás bírálatánál fogunk foglalkozni (Ostrom, lásd *Eszmélet,* 123, 124–125, illetőleg 6.2. alatt). Továbbá csak említést teszünk a reciprocitásfogalom *antropológiai megújítási törekvésére*, amely elsősorban a rurális gazdaságok vizsgálatában és a vegyes formák – árucsere, reciprocitási kapcsolatok különállása és érintkezési felületeik és a plurális gazdaságok – kapcsolatrendjének tárgyalásánál gyümölcsöző.

Polányi gazdasági-társadalmi integrációs sémái közül az árucserétől különböző *reciprocitás és redisztribúció egyaránt képesek piaci formák generálására* – eltérően az *önellátó házi gazdaságtól*, amelyben bár van elosztás és redisztribúció, de nincs

[45] Ilyen elemzést végeztünk a Világrendszernézőben (Napvilág, 2005, különösen: 116–121.) c. könyvünkben.

[46] O. Castel (2003) mérsékelt meghatározása szerint a szolidáris gazdaság nem pusztán versengésen és egyéni hasznon alapul, hanem *a szolidaritás a reciprocitáson keresztül érvényesül*. Olyan elven, amely szerint a termelést és eredményét megosztják „olyan személyek közti kapcsolatok keretében, akik tudtában vannak közös érdekeiknek, s ez *morális kötelességet ébreszt bennük, hogy ne tegyenek olyasmit, ami a közösségnek ártana*" (Sabourin, 2019: 125). Ez tehát a vegyes, piaci és reciprocitáson alapuló hibrid rendszert bevonja a szolidáris gazdaság fogalmi körébe, mintegy külön szektorként.

benne és nem vezet árszabályozó piaci mechanizmushoz. Polányi „a reciprocitást mint *szimmetrikus társadalmi csoportok korrelációs pontjai közötti mozgást* határozza meg; a redisztribúciót az *elsajátítás azon módja gyanánt, ahol a javak valamilyen központ felé, majd onnan kifelé áramlanak*; a csere pedig szerinte *olyan oda-vissza mozgás, mint amilyen a tárgyak egyik kézből a másikba kerülése valamely kereskedelmi rendszerben.*"[47] A formák közötti kapcsolat „nem lineáris, nem kizárólagos és nem feleltethető meg fejlődési fokoknak: *semmiféle időbeli egymásutániságot nem hordoznak*. Majdnem minden gazdasági rendszerben egymás mellett léteznek, még ha egyikük dominánssá is válhat, miként az árucsere a nyugati világban a 19. század óta" (Sabourin, 2019: 125–126). Amíg a *reciprocitás* és *a redisztribúció mindig társadalmilag és kulturálisan beágyazott* – mert normák, értékek befolyásolják miként-jüket – addig *a piaci integráció elszakad ettől a beágyazottságtól.* A klasszikus és neoklasszikus közgazdaságtanban a piac dologszerű racionalitása (a „láthatatlan kéz") egekig magasztalt, miközben egy elkülönült, fetisizált intézményrendszert működtetve nemcsak megszünteti a gazdaság feletti társadalmi kontrollt, hanem súlyos kudarcok – válságok, munkanélküliség, szélsőséges társadalmi egyenlőtlenségek – forrása is. Polányival szólva: „Ahelyett, hogy a gazdaság lenne beágyazva a társadalmi viszonyokba, a társadalmi viszonyok vannak beágyazva a gazdaságba" – írta *A nagy átalakulás*ban (1997: 74). Egy ilyen értékrendbe ágyazott gazdaság pedig felülírja a kereslet és a kínálat törvényeit, akár mindenki által elfogadott értékek (a reciprocitás) felől történik ez, akár pedig egy mindenkinek referenciaként szolgáló központtól (királytól, egyháztól, államtól) való függés következtében. Ha ezen morális vagy társadalmi (érték)kötöttségeitől megszabadul a gazdálkodás, akkor tranzakciói árucserévé, szabadkereskedelemmé válnak. Voltaképpen az érték-beágyazott mozgásokat Polányi prekapitalista formáknak tekinti (noha tekinthette volna államszocialista kísérleteknek is az 1960-as években). Sabourin mutat rá Polányi elméletének azon, legfőbb korlátjára, hogy nem ad magyarázatot arra, hogyan termelődnek *meg azok az értékek*, amelyekbe beágyazódik egy ilyen gazdasági rendszer (*Eszmélet,* 123., 138–139).

Alvin Gouldner (*The Norm of Reciprocity* [A kölcsönösség normája], 1960) és E. Ostrom (*Governing the Commons* [A közjavak igazgatása], 1990) a reciprocitást egyetemes társadalmi normáknak tartják, amelyet együttműködési képességként határoznak meg, amelynek alapja a kölcsönös bizalom. Itt a bizalom előfeltételezett, holott azt a közös források – természeti környezet, tehát a föld, a levegő, a víz, az élővilág és életvilág – megosztásában jelenlévő szimmetrikus reciprocitási kapcsolatok teremtik, vagy legalábbis alapozzák meg. A reciprocitáselmélet közös következtetése – szemben a rational choise individuálliberalizmusával –, hogy „a kollektív források megosztott kezelése jobban működik emberi léptékű csoportokban vagy olyan társadalmakban, amelyek kollektív szabályok megalkotásán és közös tiszte-

[47] Sabourin, *Eszmélet,* 123., 2019, 125.

letén alapulnak. A reciprocitási kapcsolatok annál is inkább jól működnek, hogy a közösség valamennyi tagja tudja, partnerei szintén reciprokatív keretek között léteznek" (Sabourin, 2019: 138).

Elvont értelemben a legtöbb rendszer hibrid-plurális. Napjaink fejlett kapitalizmusra jellemző viszonyai közepette a tőkés vállalkozói osztály magántulajdonosainak piaci integrációja a domináns termelési mód és forma, noha a redisztribúció mértéke igencsak megnövekedve állandósult a 20. század második felétől. A reciprocitás ellenben itt csak alárendelt maradt. Viszont jellemző integrációs forma a gazdaságantropológia terepkutatásai által vizsgált természeti népek körében (például Peru, Bissau-Guinea, Új-Kaledónia, Brazília). Egy dominánsan szolidáris gazdaság pedig a saját normái által megszabott keretek között kellene, hogy tartsa szereplőinek érintkezési formáit, felületeit. (Alighanem, a termelőerők egy fokán, az iparosításon túl ezt nevezhetnénk bárminemű szocializmusnak.) Önmagában az integrációs formák *tulajdonviszonyok és fejlettségi formák nélkül* nem minősíthetnek egyetlenegy konkrét, történeti képződményt sem, ezért van szükség a termelési mód(ok) elemzésére, amely mindig egy társadalmi-gazdasági alakulat összetevője. Ennek figyelembevétele nélkül az árucsere-integráció (gazdaság) éppúgy jelenthetné az ó-indiai faluközösséget, az antik polisz árutermelő gazdaságát, mint a virágzó feudalizmus szabad királyi vagy mezővárosait, vagy mint a kapitalizmust[48] vagy éppen az államszocializmus bizonyos válfajait.[49] Hamis a modern kapitalizmus pusztán piacgazdaságkénti jellemzése, tulajdoni és hatalmi viszonyok nélkül. (A jelzőtlen piacgazdaság-fogalomnak az értelmes referenciája a saját szükségletkielégítését végző naturális gazdaság.)

3. A termelési mód pedig ezen a társadalmi formán *belül, szűkebb kategóriaként* a termelés személyi és tárgyi feltételeinek (termelési eszközök [munkatárgy, munkaeszköz]) kapcsolatát, tehát a tulajdonviszonyokat rögzíti (tehát redisztribúció és reciprocitás nélkül), azaz „a termelési feltételek tulajdonosainak a közvetlen termelőhöz való közvetlen viszonyát", azt a formát, amelyben „a többletmunkát a közvetlen termelőből, a munkásból kipréselik" – mondhatjuk *A Tőke* első kötetének meghatározásaival szólva.[50] Termelés és tulajdon egységének marxi elgondolása áll

[48] Szigeti Péter: *Kapitalizmusfogalmak és a tőkés termelési mód elmélete*, 2017.

[49] Államszocialista kísérletek – történelmi tanulságok. In Krausz-Szigeti (szerk.): *Államszocializmus,* 2007.

[50] Megjegyzendő, hogy a „termelési mód totalitása" marxi fogalma kiterjesztőbben is értelmezhető, amikor e fogalomba inkorporálják nemcsak a termelést és termelési területek új formáit (például: élménytermelés, számítástechnikai instrumentumok, adatgazdaság és információtermelés, tudatipar) és a tulajdonviszonyokat, hanem a szellemi konstruktumokat, intézményeket, hatalmi viszonyokat is (Kapitány Ágnes – Kapitány Gábor, 2013: 17–31). A különös formák bevonása az általános fogalom alá nemcsak megengedett, hanem konkretizáló értéke is lehet, persze ezzel más marxi kategóriapárok (társadalmi uralom – politikai hatalom) és a kategóriák interdependenciája módosul, vagy éppen feleslegessé válik (pl. alapépítmény–felépítmény reflexiós viszonya). Előnye lehet e fogalombővítésnek, hogy a termelési mód jelentése és érvényessége a mai társadalomtudományok eredményei (pl.

a termelési mód fogalmának centrumában, nem pedig annak elszakítása (mint például J. Chesneau-nál, 1982). Továbbá módszertani oldalról a történeti társadalomtudomány éppen a társadalmi és a történelmi oldal fenntartott egységével tér el az ökonómia cselekvéselméleti és a politológia behaviorista fordulatától. A közgazdaságtan cselekvéselméleti és mikroökonómiai fordulata (an action and micro- theoretical turn) az ember időtlen fogalmával dolgozik (J. Kocka, 2011: 92). A modern politikaelmélet behaviorista-szisztemista felfogása szintén saját kutatási tárgyának, alrendszerének történeti meghatározottságától vonatkoztat el.[51]

Az „ázsiai" termelési mód fogalma *előtörténetének* tárgyalása rögtön érdekességekkel szolgál Wiener György elemzésében, amikor bebizonyítja, hogy az Arisztotelész– Montesquieu–Hegel-vonulat – *a Nyugat önképe, legitimálásának axiómája – milyen eltorzított Kelet-fogalommal szemben tételezte önmagát*. A Keletet a despotikus uralom, az állam mindenhatósága, míg a Nyugatot a törvények, a magántulajdon és a kereskedelem révén megjelenő szabadság szelleme jellemez. Tehát a keleti despotizmust a faluközösségek stagnálása, az önmagát képviselő állami elnyomás jellemzi – ezzel szemben a magántulajdon szabadsága. Nem egészen ilyen „kerek" (azaz önérdekből eltorzított) a kép Marx ábrázolásában, mert Hegelt megszüntetve–megőrizve a termelés és a tulajdon azonosságából kiindulva az „ázsiai" társadalmak alapzatát a törzsi-közösségi földtulajdonban találta meg, ahol az egyén csak törzse, közössége tagjaként viszonyulhat a földhöz. A közösség a termelés előfeltétele, ahol a nyugatos felfogástól eltérően a törzsi-közösségi alapzat azt jelenti, hogy a despota eredetileg nem önmagát, hanem a közösséget képviselte. A többletmunka elsajátításának egy része a felsőbb közösségé volt, identitását szervező közfunkcióival, rituáléival, amely végül, mint személy létezett (Wiener, 2009: 81–83). Ez az adó és a félállam titka, s semmi okunk arra, hogy akár az egalitárius törzsi-közösségi viszonyok létét, akár ezek hierarchikussá átalakulását tagadjuk. (Akkor, amikor egyes etnológusok már az állatok viselkedését is a magántulajdon jegyében „magyarázzák".) Köztulajdoniság létezett despotikus államiság nélkül is, és például Tőkei Ferenc dogmamentes Marx-újraértelmezése során a Csou-kori Kína példáján keresztül mutatta ki, hogy a türannisz jellegű uralom megjelenéséig néptől különvált fegyveres közhatalomról alig vagy egyáltalán nem beszélhetünk. Nem állami termelési módról volt szó e társadalmi forma esetében tehát. Az állam általános, „önálló egzisztenciává" csak az antikvitásban vált, a magánföldtulajdontól elkülönült állami föld bázisán (Wiener, 2009: 84–85).

---

munkaszociológia; politikai antropológia) felé nyitnak (miközben a termelési eszközök és a termelés szubjektuma, a munka között kapcsolatot teremtő tulajdoni forma jelentősége gyakorta elvész vagy háttérbe szorul).

[51] Itt tehát *elvi-módszertani és nem műfaji* kérdés a történeti és a társadalmi oldal elválasztottsága, illetőleg autentikus marxizmusbeli egysége. Műfajilag természetesen más vezérlőelveket és apparátust alkalmaz a történeti és mást a szisztematikai elemzés.

Nem követhetjük nyomon Wienert és a majdnem két évszázados szaktudományos- forráselemző és ideológiai-interpretációs vitákat az „ázsiai" termelési módról,[52] amely az ókori Kelet mellett a fekete-afrikai társadalmak esetében is *egy sajátos kettős földtulajdoni struktúrán* egzisztált. A görög antikvitás „ázsiai" előzményét, a mükénei társadalom viszonyait éppúgy impozánsan elemzi szerzőnk, mint a mezopotámiai és malgasi állapotokat. Az „ázsiaiság" (fiataloknak: nem földrajzi fogalom tehát) alapzatát a törzsi-községi földtulajdon alkotta, s nem az állam hozta létre a magántulajdonosok kényszerközösségét, kincstári, adóztatási okokból, tehát nem szerves úton, mint ezt egyesek még az európai közföldek „agrárkommunizmus" magyarázatára is kiterjesztve állítják – hanem a vezéri vagy királyi tulajdon fejlődött ki a közösségiből, gyakran a katonai demokrácián keresztül – tehetjük hozzá.

Marx felfedezése a többlet termelésének, elsajátításának és a felette való rendelkezésnek történelmileg kialakult különböző formáit jellemezte, a magántulajdon antik, ázsiai, germán és modern polgári formáit. Ezek közül első három tulajdoni formának a természet adta meghatározottságai következtében még volt *közösségi előfeltételezettsége*. Ugyanis a tulajdonosi viszonyulás előfeltétele volt, hogy a közösség/község megszerezze (elfoglalja) azt a földet, amelyet közvetít az egyénnek. Mindhárom forma (és változataik) eredendően még feltételezte a közösséget és a köztulajdont, illetőleg ennek módosulásait. És ami a legfontosabb: „mindhárom formában a termelés célja az egyéneknek, mint valamely konkrét közösség tagjának újratermelése, következésképpen a különös közösség fenntartása. A három kapitalizmus előtti forma: munka és tulajdon egységének három formája; a három forma mint termelési folyamat ezért a munka és tulajdon meghatározott egységét igyekszik fenntartani (a rabszolgaság és részben a jobbágyság formájában a nem tulajdonos dolgozót a termelési eszközök közé vetve). …(még) a germán formában is a termelés és a tulajdon előfeltételévé teszi a különös közösséghez való tartozást. Magántulajdonosok hozzák létre a középkor minden rendű és rangú közösségét (éppen ez a *rendiség* alapelve), de a megteremtett közösség az újratermelés folyamatában nyomban előfeltétellé válik, mert tagjai magántulajdonosok akarnak maradni. …az eredeti természetadta jelleget (azért őrizhetik meg), mert a termelőerők még szo-

[52] „A Szovjetunióban lezajló vitát először Tőkei Ferenc értékelte (1965, 7–8). Ágh Attila 1973-ban megjelent tanulmányában elsősorban az ókori keleti vonatkozásokat emelte ki. Krausz Tamás könyvében az ideológiai küzdelem politikai hátterét is körvonalazta, hangsúlyozva, hogy a vita »egyszerre több politikai probléma kereszteződésébe került. Összekapcsolódott a kínai forradalomban követendő taktika kidolgozásával, a munkás-paraszt szövetség értelmezésével, a trockizmus kérdésével, végül pedig maga az ázsiai termelési mód kategóriája az oroszországi szocialista viszonyok politikai kritikájának eszközeként is funkcionálhatott« (Krausz, 1991: 162–163). E politikai szempontok közül a kínai helyzet értékelése játszott döntő szerepet, szemben Karl A. Wittfogel feltételezésével, aki szerint Sztálin a szovjet társadalom despotikus, »hidraulikus« jellegének leplezése érdekében lépett fel az »ázsiai« termelési mód kategóriájával szemben. A szovjet értékelések közül az egyes szereplők pozícióját a kortárs (és résztvevő) nézőpontjából elemezte Varga Jenő *Az ázsiai termelési módról* című írása (1965, 275–279, 284–287)" – írja Wiener (2009: 102).

rosan kötve vannak a közvetlen természetadta jelleghez, például alapvető termelési eszköz a föld" (Tőkei, 1968: 100).

A termelőerőknek ezt az elvileg korlátolt jellegét csak a használati értékre irányuló termelés tarthatja fenn, a csereérték fejlődése ezeket a formákat felbomlasztja és elpusztítja. *A csereérték uralma és az árutermelés készíti elő és bomlasztja fel az egyszerű árutermelést, és majd ezt váltja fel a kifejlett tőkés árutermelés, azonban ehhez a tőke eredeti felhalmozási folyamatára is szükség volt.* Munka és tulajdon egysége teljesen *elválik* egymástól a tőkés termelési módban, amely azonban a termelőerők óriási fejlődését és a természet adta közösségek helyett az *egyetemes érintkezés viszonyait* is megteremti.

A marxi elméletalkotás sarokköve a kétpólusú tőke–bérmunka viszony. Szemügyre kell vennünk azt a dialektikus fogalomalkotást, melynek középpontjában a konkrét azonosság és az ellentmondás dialektikus meghatározottsága áll. A tőke és a munka egymást kölcsönösen feltételezi és ki is zárja. Egyik sem a másik és másik sem az egyik, a tőke nem munka, a munka nem tőke, közvetlen adottságokként felfogva e pólusokat, miközben egymást feltételezik (és kifejletlen ellentmondásként is egymásra vonatkoznak). A dolog önmagával úgy azonos, hogy kizárja referenciáját, a meghatározás itt és ennyiben kontradiktórikus tagadás. Konkrét azonosság. Ha azonban nem statikusan, hanem működő rendszerként vesszük a tőkeviszonyt, és nem pusztán definiálandó azonosságként, mint az előbb, akkor már nemcsak az egyszerű árutermelés forgalmi folyamatának (Á – P – Á) negyedik fejezetbeli marxi jellemzésétől juthatunk el a tőkés forgalmi folyamatot szimbolizáló képletéig, amely „többlet" pénzzel zárul (P – Á – P'), hanem tovább mehetünk a bérmunka–tőke viszony alapkénti, mégpedig egy önfenntartó létalapkénti megértésében is. Marxszal szólva: „Láttuk a negyedik fejezetben: ahhoz, hogy pénzt tőkévé változtassanak, nem volt elegendő az, hogy volt árutermelés és volt áruforgalom. Az kellett ehhez előbb, hogy az egyik oldalon az érték vagy pénz birtokosa, a másikon az értékalkotó szubsztancia birtokosa; az egyik oldalon a termelési és létfenntartási eszközök birtokosa, a másikon a semminek, csak a munkaerőnek a birtokosa egymással mint vevő és eladó lépjenek szembe. A munkaterméknek és magának a munkának, az objektív munkafeltételeknek és a szubjektív munkaerőnek szétválása volt tehát a tőkés termelési folyamat ténylegesen adott alapzata, kiindulópontja" (*A tőke I.*, 532).

Igen, a bérmunka–tőke ellentmondásának meghatározott társadalmi viszonya az, aminek szerkezetét és fejlődését módszertani-filozófiai szempontból tárgyalnunk kell. Nemcsak egymást feltételező és kizáró pólusok kontrárius viszonyáról, kifejlett ellentmondásáról van itt szó, mert ez az ellentmondás már létrehozza, kiépíti saját mozgásformáit, feloldását. Ilyen értelemben a létező kapitalizmus gazdasági, tehát anyagi és szellemi javakat előállító újratermelési alapzata (a görög praxis filozófiai hagyományból jövő Basis funkció egészül ki a a dialektikus filozófia alap (Grundlage)–következmény reflexiós meghatározottságával, amely kitermeli a saját felépítményét (Basis–Überbau; Base, infrastructure–superstructure), az ökonómia

területén túlmutató másik objektivációs formát, amely intézményi (szervek-szervezetek, normák, szerepek) és ideológiai-kulturális összetevőkből áll. Olyan speciális alap–következmény viszonyként, amelyben a megalapozó és a megalapozott egymásra vonatkozik, egymást involválják és nem oksági, hanem átfogó struktúraviszonyként hatnak és ezért így értelmezendőek. Nem merev, mechanikus dualizmusként, hanem egymás párjaiként kerülhetnek itt vagy ott, történelmileg adekvát vagy inadekvát viszonyba. Ha gazdasági alapként (die reale Basis) szerepel az alap, a termelési viszonyok együtteseként, amely a társadalom gazdasági struktúráját konstituálja, munka-tevékenységekkel és szükségletekkel, akkor sem azonosítható az anyagi javak előállításával, mint ezt a vulgáris kritika teszi. Ahogyan a munka–tőke viszony számtalan összetevőjével tovább elemezhető, azonképpen az alap–felépítmény reflexiós kategóriapár is ilyen: nem gátja, hanem kerete a felépítményi összetevők alrendszerekkénti (állami, politikai, jogi, művészeti vagy kulturális stb.) további elemzésének.[53] Éppen azért, mert a téma klasszikusainak teoretizálása e kérdésben valóban nem teljesen koherens és teljeskörű,[54] de továbbfejleszthető és napjainkban is alkalmazható.

Kérdés, hogy önfenntartó produktív alap-e a bérmunka–tőke ellentmondása vagy pedig egy destruktív, romboló alapé? Egy önfenntartó alap létrehozza, újraszüli a neki megfelelő tartós egzisztenciát. Ha bővül, változik és elemei cserélődnek, akkor is magánál marad: eddig ez történt a kapitalizmus fő vonalával a centrumban (bár nem ott és nem véletlenül nem ott, az államszocialista kísérletek ezt ideig-óráig megbontották, legalábbis negatíve megszüntetve az államosítással a tőkés magántulajdont).

Miután a két pólus viszonyát Marx mint alapzatot és kiindulópontot tárgyalta, immáron annak reprodukciós folyamatkénti elemzése követi az előzőben idézetteket.

„Ami azonban kezdetben csak kiindulópont volt, az a folyamat puszta folytonossága, az egyszerű újratermelés révén állandóan újratermelődik és örökössé válik mint a tőkés termelés saját eredménye. Egyrészt a termelési folyamat az anyagi gazdagságot folytonosan átváltoztatja tőkévé, értékesítési és élvezeti eszközökké a tőkés számára. Másrészt a munkás állandóan úgy kerül ki a folyamatból, mint ahogy belépett – mint a gazdagság személyi forrása, de megfosztva minden eszköztől, amelylyel ezt a gazdagságot a maga számára megvalósíthatná. Minthogy saját munkája tőle magától a folyamatba való belépése előtt elidegenült, minthogy a tőkés azt elsajátította és a tőkébe bekebelezte, ez a munka a folyamat alatt állandóan idegen

[53] Analógiával megvilágítva a helyzetet: attól, hogy az atomok és kémiai kötések méretének meghatározására, illetőleg a fény hullámhosszának kifejezésére ångströmöket (Å) használnak, nekünk a hosszúságok mérésében szükségünk lehet és szükségünk is van a méterrúdra és a centiméterekkel való mérésre.

[54] *Dictionnaire critique du marxism* (ed. *Labica, George* é. n., 93–96., PUF, Paris.

termékben tárgyiasul. Minthogy a termelési folyamat egyszersmind a munkaerő elfogyasztásának folyamata a tőkés által, a munkás terméke nemcsak áruvá változik át folytonosan, hanem tőkévé is, olyan értékké, amely az értéket teremtő erőt kiszipolyozza, olyan létfenntartási eszközökké, amelyek személyeket vásárolnak, olyan termelési eszközökké, amelyek a termelőt alkalmazzák. Ezért maga a munkás az objektív gazdagságot állandóan mint tőkét, mint tőle idegen, rajta uralkodó és őt kizsákmányoló hatalmat termeli, és a tőkés éppoly állandóan termeli a munkaerőt mint szubjektív, a saját tárgyiasulási és megvalósulási eszközeitől elválasztott, elvont, pusztán a munkás testében létező gazdagságforrást, egyszóval, a munkást mint bérmunkást. A munkának ez az állandó újratermelése, vagyis megörökítése a tőkés termelés sine qua nonja (elengedhetetlen feltétele)" (*A tőke I.*, 532–533).

Adott kereteink között eltekintünk a tőkés termelési mód ökonómiai megalapozásának további kifejtésétől, amely a formációelméletet *továbbviszi, és kapitalizmuskutatássá változtatja.*[55] Továbbá el kell tekintenünk a globális kapitalizmusra való alkalmazhatóság megoldásaitól, amelyek *a marxi mozgási és fejlődési törvények megkülönböztetésével* igazolhatóak (lásd Szigeti, 2017: 20–36). Ugyanakkor szót kell ejtenünk a marxi alapozású kritikai elmélet saját történelemértékelési módszeréről.

Marx perspektívaválasztása *a „munka társadalmi felszabadítása" és az „elidegenedéssel terhelt társadalmi viszonyok meghaladásának" értékrendje volt. Nem az egyensúlyőrzés és a polgári uralom fenntartása jegyében tanulmányozta kora európai és Európán kívüli világát, mint a klasszikus nemzetgazdaságtan vagy August Comte „Rend és Haladása", vagy a konzervatív F. J. Stahl és sokan mások.* Azért, mert az embert antropológiailag a *társadalmi létébe ágyazott szükségletkielégítő lénynek tekintette* (ezzel elutasítva a látszólagos alternatívát kínáló liberális kontraktualizmust, amely elsősorban akarati, tehát jogi és politikai – az individuumokat tudatosan teremtett intézményekkel összekötő – lényt lát és láttat az emberben). A viszonyokat akaratlagosan szabályozó intézményteremtést nem lehet *összekeverni az alapviszonyok azon strukturális determináltságával, amelyet a formációelmélet objektív alapra helyezett*; nem lehet a változatos és változó állami és jogi szabályozási formákat felcserélni az alapviszonyok szekuláris érvényű, formációkötött mozgási és fejlődési törvényszerűségeivel. (Bizonyítja ezt, amit R. Mertontól tudunk: azt, hogy minden, még a sikeres reguláció manifesztfunkciója mellett is mindenkor fellépnek diszfunk-

[55] Ilyen monografikus feldolgozásokat végeztem a nemzetállami keretek közötti *Szervezett kapitalizmus*ról (1991), a *Világrendszernézőben. Globális „szabadverseny" – a világkapitalizmus jelenlegi stádiuma* (2005) és a *Kapitalizmusfogalmak és a tőkés termelési mód elmélete* (2017) című munkáimban. A történeti fejlődésre érzéketlen, politikai filozófiai alpozású jog- és állambölcseletekből hiányzó, a konkretizáció ellenpólusaként értékeli Szilágyi Péter az *Államelmélet* (2016, 259–264) „példamutató konkrétsággal" általam írt részét, amelynek társdalomelméleti alapját fentebbi (2005) monográfiám képezi. Az állam jelenkori mozgáspályájának átfogó íveként az *éjjeliőr*, minimális államot, a *mérsékelt* államot, a *pluralista demokrácia* államát, a keynesiánus *jóléti államokat* és a *dezetatizációs* („államtalanítási", deregulációs) periódus berendezkedéseit jellemeztem.

ciók, továbbá látens funkciók és következmények.) Ennek az elméletnek *minden más – kontraktualizmustól, organikus, konzervatív etatista vagy kultúrtudományos – törekvéstől megkülönböztetett, sui generis tárgya van: az emberi emancipáció lehetőségeinek, adott fejlettségi fokon elért szabadságfokának vizsgálata az értéktöbblet-termelésen nyugvó modernitásban.* Mindazon törekvések, amelyek Marx eredeti megközelítésének, kérdésfelvetéseinek absztrakciós szintje alatt maradnak, azt megkerülik vagy egyszerűen csak nem érdeklik szerzőit, *irrelevánsak a saját kutatási tárggyal, módszerrel és mércével rendelkező kritikai elmélet nézőpontjából.*

1.6. A FORMAELMÉLET, AZ ÁLLAMELMÉLET ÉS A JOGELMÉLET KAPCSOLATA: AZ ÁLLAMTÍPUS (Á) – AZ ÁLLAMFORMA (K) ÉS AZ ÁLLAMREND (E) VISZONYA

A *társadalom–állam és a politikum/politikai* viszonyának tisztázása nélkül a jog elmélete sem lehet működőképes, ha nem akarjuk eltüntetni belőle valaminő autoritásra hivatkozva a közhatalmi összetevőt, ahogy ezt azonos tőről fakadóan, de eltérő érvelésekkel az angolszász analitikus pozitivizmusban teszik. A társadalmi formák elmélete megtermékenyítően hatott a marxista államelméleti gondolkodásra. Hogyan? Ehhez az ebben a paradigmában gondolkodó szerzők a probléma megoldásához az államtípus általános (Á), az államforma különös (K) és az államrend egyedi-nemzeti (E) meghatározottságait vizsgálják. Az első kettő tipizáló-klasszifikáló, az állam–társadalom viszonyra vonatkozik, míg az államrend – hasonlóan a jogrendhez – egyedi leíró kategória, amely a konkrét intézményesültség közegére fókuszál.

Az államtípus kategóriája — egzisztenciális meghatározottsága — az állam legátfogóbb jellemzésére szolgál, mivel az államnak a társadalmi formával való kapcsolatát fejezi ki. A tőkés formációban a szükségletek zömét olyan vállalkozások révén elégítik ki, amelyeket a tőke és a bérmunka piaci alapú integrációja biztosítja, a reprodukciós folyamat társadalmi-politikai feltételeinek állami biztosítása mellett. Az állam jellegét, típusát pedig ezen társadalmi viszonyok minősítik legátfogóbban, lévén erős kölcsönhatás az állam és közvetlen környezete között. De erős kapcsolat állt fenn az antik (rabszolgatartó) és feudális termelési mód és az ázsiai típusú állam és jog között is, még ha az ott és akkor közhatalmi jellegű alakulatai (görög polisz, római impérium, despotia, hűbéri-rendi regnum, abszolutizmus stb.) nem pontosan vagy csak egy magas absztrakciós szinten feleltethetőek meg a modern államiság attribútumainak.[56] Semmit nem lehet megérteni az állam osztálytermészetéből – amely persze nem redukálható arra, hogy azt csak osztálytermészetű kép-

[56] Igen kiváló összefoglalást ad az állam és a jog eredetéről, az ázsiai, antik, germán út és feudális állam jellemzőiről Szilágyi Péter (2011, 73: 166).

ződménynek tekintsék –, ha nem veszik figyelembe az állam társadalmi rendeltetését, amelyet funkcióin keresztül gyakorol.

Az államtípusoknak ez a materialista felfogása azon alapul, hogy a jogi viszonyok és államformák nem érthetők meg sem önmagukból, sem pedig az emberi szellem általában vett fejlődéséből, hanem azokban az anyagi életviszonyokban gyökereznek, melyek összességét Hegel „polgári társadalomként" *(societas civilis)* foglalta össze. A polgári társadalom anatómiájának kulcsa pedig a politikai gazdaságtani elemzésben van – indokolta Karl Marx egy ízben úttörő felfogását (*Marx és Engels válogatott művei*, 13. k. 6). A közvetlen termelőtől itt az értéktöbblet elsajátítása magántulajdonosok szabad szerződésein keresztül történik, s az államnak kell biztosítania ezen termelési mód feltételeit: a jogegyenlőséget, a magánegyén-jogalanyok szerződési szabadságát, s az egymástól elszigetelten egzisztáló tőke és a munkaerő tulajdonosok , tehát a magántulajdoni dominanciájú rend oltalmazását, elismertetését, legitimitását.

Az *államtípus-kategória* a legáltalánosabb összefüggések kifejezője, az államnak társadalmi és gazdasági alakulata felőli jellemzését adja. Legalábbis különös, amikor az állam természetföldrajzi környezetét számba vevő szerzők nem vizsgálják a társadalmi környezettel való kapcsolatot, pedig történetileg mindig egy adott társadalom államáról van szó. Ha pedig gondolatilag függetlenítik az államot saját társadalmától, konfliktusainak, problémáinak kihívásaitól, akkor eleve elesik az állam osztálytermészetének kérdése. Minden államnak sok-sok funkciót kell ellátnia, történelmileg jelentősen bővültek közfunkciói, *szó sem lehet tehát arról, hogy az államot külső és belső osztályelnyomó funkciójára redukálhassuk*, hiszen gazdasági szervező, kulturális és ideológiai (szocializációs) nevelő funkciója, jogrendet, közbiztonságot és nemzetközi kapcsolatokat építő-fenntartó funkciója, a természet és a társadalom közötti anyagcserét és kapcsolatokat (természeti csapások, veszélyek megelőzése és elhárítása stb.) valaminő egyensúlyban tartó funkciója minden államnak van. Az állam társadalmi rendeltetését ezen funkcióinak gyakorlásával látja el, és *azért osztálytermészetű minden* egyes tőkésállam, *mert a társadalmi újratermelési folyamat zavartalanságát biztosítja és fejlesztését segíti elő, az osztályuralmat realizáló domináns termelési móddal.* Nemcsak az anyagi és a szellemi javak újratermelésének gazdasági feltételrendszeréről van tehát szó, hanem az össztársadalmi viszonyrendszer reprodukálódásának feltételeiről, az érdekviszonyok sokféleségének alakításáról (egyéni, partikuláris és csoportérdekek, réteg- és osztályérdekek, területi, ágazati és funkcionális érdekek, nemzeti érdekek) is, amelyeket igen változatos intézményeken, állami szerveken és szervezeteken keresztül (az állami szervek rendszerén) lát el. Ezt az állami közvetítő-szervező-koordináló tevékenységet Hegel még úgy fogta fel, *hogy a polgári társadalom szükséges kiegészítésre szorul: külső, felette álló rendezőre, mert meg kell fékeznie a korlátlan egyéni önzés világát*, amit a tőkeviszony jelent.

Tehát az egyéni és különös érdekek elismerése mellett kell fenntartania a közérdeket, biztosítania az egész fennmaradását a széthúzó egyéni és különös érdekekkel szemben

a tevékeny államnak. A magasabb elv (állam) ráépül az alacsonyabbakra (a családra és a polgári társadalomra), de *egyetemessé teszi az altruizmust*, meghaladva a kiindulópont, a család korlátolt közösségiségét és a polgári társadalom önzését. A polgárok az államban már nemcsak saját érdekeiket követik, hanem *„az erkölcsi eszme megvalósulásaként az állam"* irányít és teremt új szintézist ebben az etatista megoldásban.

Bármennyire is igaz, hogy minden társadalomban az egyének és csoportjaik közötti termelői- és a más, egyéb természetű érdekviszonyokat közvetíteni szükséges ahhoz, hogy azok integrált egésszé, általános érdekké állhassanak össze, Hegel elemzése roppantul problematikus marad. Azért, mert ezt a közvetítést tökéletesen érdekharmonizálóan és így idealizálóan fogja fel. A tökéletes közvetítés eredményeként az állam által erkölcsiségében és jogilag egyaránt oltalmazott *általános, maradandó tőke* olyan örök észszerűséggé misztifikálódik, amely az immanens végcéljához érő *történelem betetőződése*. Meghaladhatatlan. Mindez nem is kissé tekint el e viszonyrendszer osztályszintű egyenlőtlenségeitől, amelyek egészen addig relevánsak maradnak, *ameddig az egyenlőtlenségek nem pusztán egyének tulajdonságai, hanem a társadalmi viszonyokba ágyazottak, és a reális életlehetőségeket a legátfogóbban determinálják*. Eltekint e rendszer elidegenedéssel és kizsákmányolással terhelt természetétől, továbbá az ebben lejátszódó bérmunka–tőke specifikus közvetítési folyamatában szerepet kapó, államilag intézményesített, kényszerítő irányítási folyamatoktól – elemzi Mészáros István (2008: 31–54). A megtett út végállomása: „megbékélés a valósággal". A rendszer győz a dialektikus módszer felett, mint ezt Marx *A hegeli jogfilozófia kritikájából* című művében (1957 [1843]) elsőként mutatta meg.

Az államtípus általánosságának vizsgálata persze nem helyettesítheti a különös sík, az államforma és ennek egyedi-konkrét síkon való megjelenését, az intézményes megoldások vizsgálatát. Ralph Miliband az államtípus és államforma kapcsolatának kiemelkedő magyarázatát nyújtja (1988, 119: 168), hármas felosztásunk nélkül. Bár minden állam osztályállam, de ez nem szimplifikálható arra, hogy azok pusztán az uralkodó osztályok eszközeként működnének. Utóbbi mellett felhozott szokásos három érv – a vezető réteg jellege, a gazdaságilag domináns osztály nyomása és a termelési mód strukturális kötöttségei (Miliband, 119: 126) – sem alapozhatják meg, hogy eltekintsünk az állam *viszonylagos autonómiájától*, *amely a különös államformák gazdagságában és az állami funkciók gyakorlásán keresztül* bizonyított (142: 150). Utal a szerző a *társadalmi osztályuralom–politikai hatalom dualizmus* jelentőségére az államelméleti kérdések tisztázásakor (1988: 120), anélkül hogy azt összekötötte volna a politizációs folyamat kétirányú közvetítőfunkciójának elemzésével, amivel az állam viszonylagos önállósága bizonyítható. Minden egyedi-konkrét intézményesülés – *nemzeti államrend* – pedig hordozza a különös és az általános meghatározottságokat.[57] (Ennek az elemzési síknak pandant-ja, amikor a jogtípuso-

[57] Azonos módon fogja fel az államok rendszerezését Szilágyi Péter. Az államrendszer egyedi szintje szellemileg újraalkotott konkrétként „tartalmazza azokat a sajátosságokat, amelyeket az adott egyedi

kat, a különös jogcsoportokat és a *jogrend egyedi kategóriáit* vizsgáljuk majd, ahol minden jogi elvárás, magatartásminta, jogképződés, bíró alkotta jog, bevett érvelésmód, dogmatikai jelentés e közeg összetevőjét képezi.)

1.6.1. A jog genéziséről

Az ősi társadalmak felbomlása során a megváltozott társadalmi körülmények és szükségletek új megoldási módokhoz vezettek a normák világában. A normák létét már az ismétlődés, az ismételtség megalapozza. Ezek a szabályosságok azonban nem feltétlenül felismertek, tudatosak, hiszen az állandó körülmények nyomására kialakuló spontán reakciókként állnak elő. A külső körülményekhez való igazodás is megszüli az ismétlődést. A viselkedés tényszerű szabályszerűsége viszont, ha előáll és tartóssá válik, akkor előbb-utóbb tudatosodik is. Előbb csak a tudattalan utánzás („mimézis") ismételtségét észlelik mások, az éppen nem cselekvők, a megfigyelők, majd ezek a természethez való alkalmazkodásban organikusan determinált viselkedési formák normatív – követelmény – jellegre tesznek szert, akkor és azáltal, ha fel- és elismerik őket.

Mikor következik be ez? Két mozzanatot kell itt kiemelnünk. Egyfelől amikor a bevett szokással, a szokásos magatartással szemben valaki *eltér a szokásostól*, akkor probléma tárgyává válik annak „szabály" jellege. Ha lehet másképp is, akkor már elégtelenné válik a „mindig így volt" igazolás: mi az értelme, miért tették addig úgy és nem másképp. *A szokásos magatartástól való eltérés ellenállást vált ki, hisz nagy a szokások ereje, s ez felveti a szabály indokoltságát is és kötelező erejének felvetését is***.** Ezt a szempontot és érvelést Max Webernél találjuk meg. Mindaddig azonban, ameddig a természet adta közösségek, zsákmányszerző és nem gazdálkodó társadalmak szokások uralta rend állott fenn, addig a közösség meglehetős érdekegységben élt. A tradíció szentesítette rend és egyenlőség alapvető viszonyainak és érdekstruktúráinak megbomlásában ezért, az állam keletkezéséhez hasonlóan, a jogéban is nagy szerepet tulajdoníthatunk a többlet megjelenésének és a többlet feletti rendelkezésnek. Ezen rousseau-i ihletettségű (*Értekezés az emberek közötti egyenlőtlenségek eredetéről és alapjairól* [1755]), de Engels és Marx által kidolgozott racionális hipotézis szerint kényszerítő erejűvé, hatalmilag elvárt követendő magatartássá – voltaképpeni jogi normákká – akkor váltak a társadalmi normák, amikor a kötelező erő egy rend biztosításának hatalmához, az államisághoz kapcsolódott.

államra vonatkozó államtípus és államforma kifejeznek, emellett pedig tartalmazhatja mindazt, ami az adott egyedi államra még jellemző" (Szilágyi, 2011: 226–229). Így a központi állami szervek jogilag rögzített viszonyát (államfő, kormány, parlament = a kormányformát), az államszervezet szintenkénti tagoltságát vagy az alkotmányossági kontroll intézményesítettségét vagy éppen annak hiányát stb.

Tehát az osztálytársadalmak kialakulásával a társadalmi egyenlőtlenségek és érdekkülönbségek osztályszintű megjelenése olyan új szabályozási módot – jogot – termelt ki, amely az állam szervezett kényszerítő hatalmán, össztársadalom feletti befolyásán alapult. Többé nem volt elvárható a társadalom tagjaitól, hogy olyan normákat kövessenek, amelyek egyéni érdekeikkel alapvetően ellentétesek. (Például ajándékbeszolgáltatási kötelezettség, terményjáradék vagy robotszolgáltatási kötelezettség, adó vagy hadisarc fizetése, hadkötelezettség teljesítése.) Bizonyos viszonyok ugyan megmaradtak a közösségi szabályozás szintjén, társadalmi normákként, de másokat, melyek lényegesek az adott uralmi rend fenntartásához, már államilag kényszerítettek ki. Ez a jogkeletkezés egyik lehetséges magyarázata, kétféle, egymással kapcsolatba hozható érveléssel: a tradícióktól való eltérés, illetőleg a társadalmi egyenlőtlenségek meghatározott mértékéhez kötődő megoldásokkal.[58]

1.6.2. A jogelmélet alapkategóriái: Jogtípus – Jogcsalád – Jogrend, az Általános – a Különös és az Egyedi meghatározottság szintjén.

A jogi és állami formák és intézményesülés, tehát a berendezkedések alapvető normatív- szervezeti és funkcionális megoldásai (szerepmegoldásai) társadalomtörténeti meghatározottságát aligha kétségbe vonhatóan igazolja a jogtípus és az államtípus kategóriája. Ez egy adott társadalmi forma, berendezkedés joggal és állammal való kapcsolatát írja le és magyarázza. Az államtípus és a jogtípus szintjén a legáltalánosabb, strukturális összefüggéseket mutatva fel egy társadalmi-gazdasági alakulat komplex viszonyrendszerének állama és joga között. Egy társadalmi-gazdasági alakulatot a domináns termelési mód és a neki alárendelten munkálkodó egyéb gazdálkodási módok – termelési, tulajdoni-elosztási viszonyai – és integrációs formái (piaci, közhatalmi, redisztribúciós) jellemzik, együtt alkotva egy társadalmi forma konkrét totalitását. (Ahogy ezt az előzőekben, az 1.4. részben megmutattuk.) Az általános azonban sohasem alkot a különöstől és az egyedi-konkréttól elkülönülten létező nemet, hanem azokkal együtt, azokban létezik. Csak az absztrakció ereje teszi lehetővé a konkrétum gondolati megragadhatóságát, hiszen soha, egyetlen kutatóval sem jön szembe, nem érintkezik a térben és időben empirikusan létező kapitalista jogtípus vagy tőkésállam, amelyeknek ráadásul évszázados történetük van. A tapasztalat által megismert, empirikus jegyek, jellemzők összehasonlítása segíti az osztályozást, általános – különös és egyedi csoportképzők felállítását, de nemcsak ezt: a különbözőségek magyarázatát is felveti. A jelenségeket leíró és osztá-

[58] Saját megoldásomtól különböző, még kétféle megközelítésben tárgyaltam korábban a jog genézisének kérdését: J. Huizinga *Homo Ludens*éből rekonstruálva az agonális játékra építő felfogást, illetőleg B. Malinowskinak *a tabu* elemzéséből kiinduló antropológiai-szociológizáló álláspontját lásd Szigeti–Takács 2004: 13–15.

lyozó szint mellett a különbözőségek túlmutatnak a leíráson, az ismert mellett az ismeretlen, a különbségek magyarázatát is felvetik. Az összehasonlító jogtudomány születésétől (1900, párizsi nemzetközi kongresszus) behatóan foglalkozott és foglalkozik az egyes, nemzeti jogrendszerek jellemzőinek taglalásával. Nem függetlenül attól, hogy a polgári nemzetállamok fénykorában történt mindez, és a nemzeti különbözőségeken túl a közös, összetartó európai jogi kultúra egységének progreszszív lehetőségével léptek fel – hasznosulás nélkül.[59] Ahhoz két világháború nacionalizmusának és imperializmusának elrettentő tapasztalata kellett, hogy egy európai ius commune eszméje a római szerződéstől (1957) politikai, integrációs tényezővé válhasson, a hatok fejlett tőkés berendezkedésében. Ebből fejlődött ki az Európai Közösségek után az Európai Unió (1993), bővülő tagállamisággal és nemzetállamok közötti olyan unikális konstrukciójaként, amely meghatározott körben szupranacionális intézményekkel működik.

Már el is jutottunk a *jogrendszerek összehasonlításának problémáján keresztül az összehasonlító alap* problémájáig. Milyen gondolati alapon hasonlíthatunk össze egész nemzeti jogrendszereket, makroszinten? Több út is kínálkozik. Ami a jogrendszerek *makroszintű* elemzését illeti – hiszen az egyes intézmények, jogszabályok, jogfogalmak vagy jogágak, a mikro- és mezoszint elemzése nem a jogelmélet feladata – leggyakrabban háromféle gondolai alapon (ratio cognoscendi) történnek az összevetések: *nyelvi, vallási-kulturális* és *társadalmi formameghatározottság* alapján. Mindhárom szempont szerinti vizsgálódások termékenyek, s jó érvek hozhatóak fel alkalmazhatóságukat illetően – de az alkalmazott módszer függvényében az átfedések mellett is különböző, sőt ellentmondó megoldásokhoz juthatunk. Jól kimutatható a vallási jogok esetében, hogy az *azonos vallás*, vagy szellemtudományos terminológiával tovább általánosítva, az azonos kultúrkör, melynek mindenkor fontos összetevője a vallás, szintén kedvez az azonos vagy hasonló jogintézmények keletkezésének, átvételének. Hiszen a világlátás egy módjában, felfogásában való szemléleti és értékközösség már könnyen vezethet a hasonló problémákra adható hasonló megoldásokhoz. Így a klasszikus antikvitás kulturális hagyományainak (pl. humanizmus) és a kereszténységnek az egymásra hatása elősegíti az egyedi, nemzeti keretek között létező kontinentális jogrendszerek (másképpen: római–germán jogcsalád) hasonlóságát. Különösen, ha azok eljutottak a modern polgári társadalom fejlettségi fokára, termelőerőik és szükségleti rendszerük reprodukálásában. Ez történt az Európai Közösségek (1957), majd pedig az Európai Unió (1993) joga

[59] Fekete Balázs (2011) monográfiája ezt a *droit comparé* paradigmájának tekinti, amely a nemzeti jogrendszerek fejlesztését és az ezek mögött meghúzódó közös, általános jog létét kereste. Eltérően a történeti jog-összehasonlítás *ezt megelőző* – Maine, Polock, Winogradoff nevével – fémjelezhető, történeti-evulucionista paradigmájától, illetőleg az ezt követő, harmadik paradigmától, amelyet a szovjet és népi demokratikus jogrendszerek értelmezése vetett fel, a kétpólusú világrendszerben. Ez utóbbi paradigmában a joganyag összehasonlításába eredendően bele nem férő – társadalmi és ideológiai – szempontokra tekintettel művelik a komparatisztikát.

esetében, ahol a kulturális kölcsönhatások kiterjedtsége és intenzitása mellett a gazdasági integráció óriási felhajtóerővel bírt: a négy nagy szabadság igényének – tehát a tőkék, az áruk, a szolgáltatások és bizonyos értelemben a munkaerő szabad áramlásának – biztosítása egy nemzetállamok közösségét megteremtő, új integrációban történt.[60] Itt már tetten érhető, hogy az egyedi nemzeti jogrendszerek sohasem egyformák, de vannak olyan különös, tipikus vonásaik, amelyeket akár nyelvi-fogalmi, akár vallási-kulturális, akár termelési-társadalmi viszonyokként rögzíthetünk. Ezért az összehasonlító jogtudomány vagy nyelvi, vagy vallási-kulturális tényezők, vagy társadalmi-gazdasági alakulatok, formák alapján tipizál, rendez.

R. David monumentális munkájában a jogrendszereket *stílusjegyeik* alapján[61] különböztette meg, indokoltan hangsúlyt fektetve a vallási, kulturális, nyelvi rokonságokra, hiszen a jogátvételhez, így a római jog recepciójához a latin nyelv ismerete éppúgy nélkülözhetetlen, ahogy a precedensrendszerű common law-éhoz az angol jogi nyelvé. Egy jogcsaládban a kommunikáció sokkal könnyebb, mint a különböző jogcsaládok között, és a jogátvétel gyakorlati hasznával járhat. Amit valahol másutt kitaláltak és jól alkalmazható, azt nem kell újra felfedezni. A jelenkor nagy jogrendszereit a híres francia szerző négy jogcsaládba sorolta: I. római–germán jogcsalád, II. common law országok családja, III. a szocialista jogok, IV. tradicionális és vallási jogok.

Egy német szerzőpár, Zweigert–Kötz (*Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebite des Privatrechts*, 1971, Mohr, Tübingen) tipológiája *jogkörökkel* (Rechtskreis) osztályozva dolgozott. Eltérő módszertanával differenciálta például a fentebbi I. jogcsaládot: romanista, germanista (ilyen például a híres svájci ZGB, Zivilgesetzbuch, 1912) és északi jogkörre (öt észak-európai országéra, melyeknél alig volt római jogi recepció és a felvilágosodás racionalizáló kódexeszménye sem hatott, mégsem alakult ki bíró alkotta rendszer, mint a szigetországban). A vallási és a hagyományos jogok premodern viszonyokból induló jogcsaládja is bontható: hindu jogra, muzulmán jogra, de egyeseknél a zsidó jog is típusalkotó, vallási-kulturális alapon.

Mindkét érintett munka – Fekete osztályozásában a harmadik paradigmába tartozóak – óriási jogtörténeti és intézményi, szervezeti anyagra hivatkozik, s a tipológiáik e művek olvasásakor meggyőzőek is. Kérdéses marad azonban, hogy a világ

[60] Nem véletlenül hallatlan gazdag az európai magánjogot és a kereskedelemi jogot összehasonlító módon tárgyaló hazai és nemzetközi jogirodalom. Ízelítőül: Hamza Gábor: *Az európai magánjog fejlődése*, Budapest, 2002; Földi András: *Az európai magánjog fejlődésének főbb útjai*, Savaria University Press, Szombathely, 1998, uő: *A jóhiszeműség és a tisztesség elve*, ELTE, Budapest, 2001; G. Benacchio: *Az Európai Közösség magánjoga*, fordító, Osiris, Budapest, 2003; P. Koschaker: *Europa und das römische Recht*, München, 1966 (4. aufl.); F. Wieacker: *A history of private law in Europe*, Oxford, 1995.

[61] A törvényhozás és a precedensjog viszonya; a jogforrások szerkezete; az igazságszolgáltatás és a bíróságok jellemzői; a jogászrend presztízse; terminológiai jellemzők; népi jogi kultúra és jogismereti szint stb.

jogrendszereinek hatalmas tömegében nincs-e a különösség tipológiai síkjánál általánosabb meghatározottság? Felfogásunk szerint a gazdasági és társadalmi viszonyok jellege és fejlettségi foka éppúgy, ha nem erősebben motiválja a jogok kifejlődését, kifejlesztését és recepcióját, mint a szükséges, de nem elégséges nyelvismeret. Egyelőre csak példának okáért az egyszerű árutermelés „egyetemes világjogává" aligha válhatott volna a római jog, ha az élet anyagi és szellemi újratermelésében az áruviszonyok nem igénylik jogi kezelésüket, kifejezésüket a tulajdoni, elosztási és forgalmi viszonyokban egyaránt. Nyilvánvaló, hogy szempontunk a történeti társadalomtudomány tágabb és a társadalmi formációelmélet szűkebb, de egyértelműbb módszertana felől kérdez rá a jogtudományi általánosíthatóságra, nem pusztán tetszőlegesen vizsgált társadalmi vonatkozásokról van ekkor szó. Véleményünk szerint érvényesíthető *az általános, a különös és az egyedi-konkrét szintek, mint domináns szintek megkülönböztetésének bevezetése* mind a minket most érdeklő jogtípus – jogcsalád/jogcsoport – nemzeti jogrend viszonylatában, mind pedig az államelméletben (államtípus – államforma – államrend), ahogy ezt a megelőző alfejezetben kibontottuk (1.10).

A *jogtípus* marxista kategóriája a társadalmi formameghatározottsághoz rendeli hozzá a jog lényegi jellemzőit, legátfogóbb karakterét. Eszerint különböztet meg ázsiai, antik, feudális, modern polgári és szocialista jogtípust, amelyek korszakokon is átívelőek lehetnek. Ezt a különösség síkján bontja tovább, fejlettségi fokok vagy fejlődési utak és a legkülönbözőbb másodlagos tényezők hatása szerint. (Például: a földhöz, mint történetileg évszázadokat átfogóan uraló elsődleges termelési tényezőhöz való társadalmi viszony alapján különbözteti meg a feudális jog korai, majd virágzó szakaszát és a késői, feudális abszolutista jogot és államaikat, melyeknél az államvallástól a reformációig, a szekularizációs tendenciákig és az ellenreformáció erőiig számtalan szellemi és politikai tényező hatott a feudális jog státuszaira, rendi hierarchiájára, éspedig a jogegyenlőtlenség és az előjogok személyi függési viszonylatainak alapzatán és azokon keresztül) .

A *modernitás* egykor a polgári társadalom és a politikai állam elválásával kezdődött. A személyében szabad, de ugyanakkor a gazdasági kényszernek alávetett népesség, a magánegyén (burzsoá) – közember (citoyen) hasadás nélkül *nincs jogegyenlőségi alapú, polgári jogrendszer.* A téma egészének egyik[62] legkiválóbb jellemzője Max Weber (*Jogszociológiá*jában, melyet 1914 előtt írt) világosan látta, hogy a közjog és a magánjog elkülönülésére végképp nem volt lehetőség, amikor minden

[62] Eredendően A. Smithre támaszkodva G. W. F. Hegel tudatosította először elméletileg magas szinten a polgári társadalom és a politikai állam elválását („A polgári társadalom olyan elkülönülés, amely félúton áll a család és az állam között, bár a polgári társadalom fejlődése később kezdődik, mint az állam fejlődése, mert maga az elkülönülés ténye már feltételezi az állam meglétét" = Hegel, *A jogfilozófia alapvonalai*ban (1821), Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971. Őt megszüntetve–megőrizve követték Karl Marx (Unterbau, Basis – Überbau reflexiós meghatározottsága), majd Antonio Gramsci (polgári társadalom – politikai társadalom – állam) kitűnő struktúraelemzései.

jog és minden illetékesség – kiváltképpen minden parancsadási hatalom – személyre szóló privilégium lehetőségét öltötte magára. „Ilyenkor az, hogy valaki jogosult egy meghatározott ügyben bíráskodni, vagy valakit hadba szólítani, illetve más módon engedelmességet követelni tőle, éppúgy »szerzett« alanyi jog, és adott esetben éppúgy jogi – elidegenítési vagy öröklési – ügylet tárgya, mint mondjuk az, hogy jogosult a szántóföld egy meghatározott részét használni. *A politikai hatalomnak ekkor éppen jogi szempontból nincs intézményi struktúrája…* A politikai parancsadási hatalom ekkor lényegében nem különbözik a ház atyjának, a földesúrnak, a hűbérúrnak a parancsadási hatalmától: ez a »patrimonializmus« állapota. Legvégső következményeit tekintve az ilyen jogi struktúra soha nem valósul meg teljesen, de addig a határig, amíg ilyen a jog szerkezete, mindig minden, ami nálunk a »közjognak« felel meg, éppúgy alanyi jog tárgya – a hatalom konkrét birtokosainak alanyi jogáé – mint egy magánjogi igény" [Weber, *Jogszociológia*, 1995, 9, kiemelés tőlem – Sz. P.]. A magánhatalomnak mint alanyi jogi helyzetnek a közhatalommal mint parancskiadási joggal és az ezt követő engedelmeskedéssel való, Weber által leírt egybeesése éppen a polgári társadalom és a politikai állam elválását megelőző helyzetnek, a személyi függés és a dologi, személytelen uralom közötti *különbséget nélkülöző* helyzetnek a következménye. A premodern társadalmi viszonyoké. Végeredményben a modern kapitalizmus az, amely szakít ezzel az összekevert helyzettel, összegubancolódott társadalmi viszonyokkal, s egyértelművé teszi – de nem kivételek nélkül – a közhatalomnak a magánhatalomtól való strukturális elválását és különneműségét, a polgári állam- és jogtípusban. A gazdaság dologi függése a személyi szabadság közegében működik. A prekapitalista viszonyok közötti csak elvi különbségtevés nagyon is gyakorlativá vált *a polgári alkotmányosságon belül* – gondoljunk csak az 1789-es francia *Deklaráció* 4. és 5. §-ára (Az állampolgár mindent megtehet, mert szabad ember, kivéve azt, amit a törvény megtilt számára. A közhatalom [és szervei] viszont csak és kizárólag azt tehetik meg, amire a törvény kifejezett felhatalmazást ad nekik.) A közhatalom nevében, tehát impériummal eljáró hatóságok nem vonhatják ki magukat semmilyen indokkal a törvények és jogszabályok hatálya alól s járhatnak el normatív felhatalmazás nélkül. A közhatalom igazgatási tevékenységének jogiasodása és a közigazgatási jog kialakulása jelentik a közjog fejlődésében azt az ugrópontot, amelyet az államalkotó egyéneknek alattvalóból állampolgárrá válása, illetve a személyes szabadság és a jogegyenlőség státusza indított el a konstitucionalizmussal.

Eörsi Gyula *Magnum Opus*a (1975) az összehasonlítás szempontjából joggal elsődlegesnek tekinti a jogrendszer viszonyát a gazdaság és a társadalom alapvető berendezkedéséhez, amely a további történeti – gazdasági, társadalmi, szellemi – tényezőkkel létrehívott variánsokkal gazdagítja az elsődleges tényezők kínálta állapotokat. „A marxizmusnak azt a leegyszerűsített és ezáltal torzított képét, amely a jogot kizárólag a gazdaság valamiféle váladékának láttatja (ebben Stammler volt az úttörő, tegyük hozzá – Sz. P.) és amely a szocialista jogfelfogás bemutatására törek-

vő legtöbb burzsoá szerzőnek még jóindulattal festett tablóin is elénk tárul, nem nézzük helyesléssel. Lukáccsal valljuk: »…mind az ideológiai fétisizálás, mely valami tökéletes öntörvényű képződményt akar csinálni a jog szférájából, mint pedig a vulgáris materializmus, amely mechanikusan a gazdasági szerkezetből akarja levezetni ezt a komplexust, szükségképpen figyelmen kívül hagyja a tulajdonképpeni problémákat«" (Eörsi, 1975: 18–19). Igen, a jogcsoportok szintjén munkálkodó különös képződmények gazdagsága sem csak a jogi szféra „önnemzéséből" jön létre, fogalmi-logikai alakzatokként, hanem „metajurisztikus" társadalmi tradíciók, gondolkodásmódok, kulturális hatások megszámlálhatatlanul variábilis együtthatása révén, továbbá külső jogi mintaátvételek nyomán működtetik – sajátos módjukon – az újkori burzsoá jogrendszereket. A korai, osztálykompromisszumon alapuló common law-t[63], a következetes polgári forradalmi átalakulás nyomán, a napóleoni kodifikációval új szintre emelkedő francia jogot, vagy az elbukott 1848-as népek tavasza utáni, felülről, dinasztikus úton létrejött, a megkésett polgári átalakulás jogcsoportjait, a német, osztrák és általában kelet-közép-európai térség jogcsaládját egyaránt. A később jövők pedig tanulhatnak és átvehetik elődjeik tapasztalatát, a helyi adottságokon átszűrve. Ilyen a precedensjog esetében a függetlenségi háború után az amerikai recepció, immáron írott alkotmány alapján kibontakoztatva,[64] vagy a számottevő feudális előzményekkel nem terhelt, 20. századi svájci polgári jog. Mint ahogy a globális szabadjog térnyerése az elmúlt évtizedekben, egy új lex Mercatoriával, úgy támaszkodott a jogászrend aktív tevékenységére, hogy maradéktalanul összhangban áll a nemzetállami termelőerőkön túlfejlődő, transznacionális társaságok globális kapitalizmusával.

Az általános, a különös és az egyedi dialektikus kapcsolódásmódjait a későbbiekben egyfelől a jogrend (5.6.4.) részben, továbbá a jogfejlődés eszközei, formái felől VIII. fejezetünkben taglaljuk, érvényesítve a társadalmi-gazdasági kihívásokra reagáló jogrendszerek aktív adaptációjában a kulturális hatások és nemzeti jogrendek jelentőségét.

1.7. AZ ÁLLAMFEJLŐDÉSI UTAK PROBLÉMÁJA

Az egyes államtípusokon belül is vannak fejlődési szakaszok, pl. a feudális államtípus esetén: patrimonializmus, korai feudális államok, a virágzó feudalizmus rendi államai és az abszolutisztikus szakasz államai és ezek egyedi variánsai.

[63] A common law jellemzését, történetét könyvtárnyi mennyiségű irodalom dolgozta fel. Saját, a joguralomtan felőli megközelítésünket lásd Szigeti: A joguralom Angliában. In Szigeti–Takács, 2004: 228–234.

[64] Lásd uo., 234–235.

Az államok csoportosításának más formái is elképzelhetők (pl. a hatalomgyakorlás formái, eszközei stb. alapján), de az államtípus kategóriája ez esetben is a felosztás alapját képezi. Az államtípus–államforma–államrendszer kategóriák megalkotásánál az általános–különös–egyedi logikai kapcsolatára építettünk: a létező államok *statikáját, azaz keresztmetszeti jellemzőit* írtuk le velük. Van azonban az államok *történeti dinamikájának*, tehát azok kölcsönös függésének, egymásra hatásának, kereszteződésének és utánzásának is valóságos története. Ez a fejlődési utak, az alak- és formagazdagság megértésének problémája, melyet idézett szerzőnk szépen kifejt.

„Ebben a tekintetben elsősorban annak van jelentősége, hogy az adott társadalom, amelynek államáról van szó, milyen körülmények között jött létre, és ennek következtében mennyiben tudta sajátosságait kibontakoztatni. Ezen az alapon a fejlődési utak négy elvont változatát különböztetjük meg: az ún. *klasszikus* fejlődési úton kedvező körülmények összekapcsolódása révén először, eredeti módon jött létre fejlődőképes formában az adott társadalmi-gazdasági formáció elsődleges alakzata (pl. az antik Athén, a frank feudalizmus, az újkori Anglia). *Másodlagos* fejlődési útról vagy alakzatról akkor beszélhetünk, ha az új formáció többé-kevésbé már kialakult elemei kedvezőbb továbbfejlődési feltételek közé kerülnek és ezért spontán módon erőteljesebben és tisztábban kibontakoznak sajátosságai (pl. az ókori Róma, az Amerikai Egyesült Államok). *Mintakövető* fejlődési út vagy alakzat esetében a fölzárkózás, a modernizáció érdekében illetőleg céljából valamilyen külső modell tudatos »másolásáról« van szó, amelynek a kialakításában és megvalósításában jelentős az állam, sőt az erőszak szerepe (pl. kelet-közép-európai feudalizmus, Szt. István, az ún. fejlődő országok, az ún. népi demokráciák). Ha a felzárkózás sikeresnek bizonyult, e fejlődési út sajátosságai egyre inkább elhalványulnak, hasonlóvá válnak a klasszikus, illetve a második út jellemző vonásaihoz. (Kiváló példa erre a valamikori európai félperiféria: Németország, Dél- és Észak-Európa államainak fejlődése.) Végül esetenként beszélhetünk *korai vagy eltorzult* fejlődési utakról, amit például Bizánc, a reneszánszkori Itália, vagy a szovjet fejlődés példáz" (Szilágyi, 1998: 156). Utóbbit nem tartjuk kiterjeszthetőnek és zsákutcának a szovjet típusú államigazgatásos szocializmust *meghaladó* kísérletekre nézve.[65]

A klasszikus fejlődési úthoz azt hozzá kell még tennünk, hogy a klasszikusnak nemcsak mintaadó, hanem *mértékadó szerepe* is van. Éppen azért, mert első és eredeti, szolgálhat alapul az újítások megítéléséhez. Különösen akkor, ha már többen átvették, teremt olyan hagyományt, amitől az eltérő megoldások újításnak számítanak. A hagyomány az újítás mértéke. A másodlagos, de éppen nem másodrendű útnál pedig nemcsak az átvevő számára kedvezőbb körülmények hatnak, hanem a

[65] Szilágyi: Államszocialista kísérletek – történelmi tanulságok. In Krausz Tamás és Szigeti Péter (szerk.): *Államszocializmus. Értelmezések – viták – tanulságok*. Budapest, L'Harmattan Kiadó – Eszmélet Alapítvány, különösen: 14–20.

recipiáló állam belső innovációi (például intézményfejlesztései) is belejátszhatnak abba, hogy a tanítvány felülmúlja tanítómesterét.

Az államfejlődési utak sematizációja értelemszerűen az államon belüli és az államok közötti változások tendenciáit jellemzi. Ezen megközelítéssel állítható szembe az államiság tagadásának, meghaladásának útkeresése.

1.8. AZ ÁLLAM ELHALÁSÁNAK KÉRDÉSÉRŐL

Most az állam elhalásának híres-hírhedt kérdését kell még elemeznünk a ma álláspontjáról, mielőtt a jogi objektiváció és a politikum sajátszerűségeire térnénk át. A klasszikus marxizmusban persze a 19. századi körülmények közepette és 19. századi fogalomhasználattal vetődött fel a kérdés, mint a polgári osztályállam *eltörlésének* és meghaladásának ügye. Tömören kifejtve. Az állammal ekkor azonosított „politikai hatalom voltaképpen nem más, mint valamely osztály szervezett hatalma a többiek elnyomására" – a híres megfogalmazás a *Kommunista Kiáltvány*ban (1848) szerepelt, amely aztán sokat differenciálódott. A társadalmi-gazdasági osztályuralom politikai hatalomtól való, jellemzően későbbi megkülönböztetése a 19. századi abszolút monarchiákban vagy a Max Weber jellemezte „honorácior demokráciákban" egyáltalán nem kellett, hogy módosítsa az osztályállam minősítést. Ugyanis a 19. században a gazdaságilag uralkodó osztályok a kettős – vagyoni és műveltségi – cenzussal egyszerűen kirekesztették az alsóbb néprétegek kilenctizedét a közhatalomból. Ezért az osztályuralom-mentes társadalomhoz, elemezte Marx – melyben *a munka gazdasági felszabadítása lehetővé vált – szükség volt a végre felfedezett politikai formára, a kommün típusú államra*. A kommün típusú állam a munkásosztály kormánya volt, amely a termelőosztálynak a kisajátítóosztály ellen vívott harcának eredményeként keletkezett. Ehhez pedig a régi államgépezet elnyomó apparátusát, katonai és polgári bürokráciáját szét kellett zúzni. Marx a további jellemzőkről: „A császárságnak egyenes ellentéte volt a Kommün… első rendelete az állandó hadsereg megszüntetése és a felfegyverzett néppel való helyettesítése volt. A Kommün általános választójog alapján Párizs különböző kerületeiben megválasztott, felelős és bármikor elmozdítható városi tanácsnokokból alakult. Többségük természetszerűleg munkásokból vagy a munkásosztály elismert képviselőiből állott. A Kommünnek nem parlamentáris, hanem dolgozó testületnek kellett lennie, amely végrehajtó és egyszersmind törvényhozó hatalom is. A rendőrséget, amely eddig a központi kormányzat eszköze volt, azonnal megfosztották minden politikai jellegétől, és a Kommün felelős és bármikor elmozdítható szervévé változtatták. Ugyanígy a közigazgatás valamennyi többi ágának hivatalnokait is. A Kommün tagjaitól kezdve lefelé, mindenkinek *munkás-munkabérért* kellett ellátnia a közszolgálatot. A magas állami méltóságok szerzett jogai és reprezentációs költségei eltűntek magukkal a magas méltóságokkal együtt. A köztisztségeket nem kezelhették többé magántulaj-

donukként a központi kormányzat bábjai. Nemcsak a városi közigazgatás, hanem az egész, eddig az állam által gyakorolt kezdeményezés is a Kommün kezébe került… a régi központosított kormány helyébe vidéken is a termelők önkormányzatának kellett volna lépnie… Egy-egy kerület falusi kommünjei közös ügyeiket a kerület székhelyén ülésező küldöttgyűlés útján intézzék, ezek a kerületi gyűlések viszont küldjenek képviselőket Párizsba, a Nemzeti Delegációba; minden delegátus legyen bármikor elmozdítható és a választóitól kapott manda impératif (határozott utasítás) által kötve. (Marx: *A polgárháború Franciaországban*, 1871 in Marx, Engels Válogatott Művek I. kötet, Kossuth 1963: 514–515).

Egy szocialista forradalmat követő *félállam,* illetőleg a társadalomtól elidegenedett, bürokratikus apparátusokat *kiváltó önigazgatói társadalomszerveződés* eszméje azok a cölöpök, amelyek csak a tőkés újratermelés osztályszintű antagonizmussal terhelt viszonyrendszerének a meghaladási folyamatában lehetnek relevánsak. Ezek a tézisek jelölik ki a probléma gondolati átvilágításának keretfeltételeit. Persze itt sem elmélet-, sem politikatörténeti összegzésre nem vállalkozhatunk, ellenben fel tudjuk vázolni e problematika fogalmi kérdéseit.

Az önkormányzás értelme

Az önkormányzás-önigazgatás egy nagyon szép célt kitűző eszme és elv, és igen régi hagyománya van. Nagyon frappánsan fogalmazta meg ezt az elvet, és ennek az eszménynek az értékét Johann Wolfgang Goethe, amikor azt mondta, hogy arra a kérdésre, melyik kormányzat lenne a legjobb, az a válasza, az, amelyik megtanít minket arra, hogy *miként kormányozzuk önmagunkat*. Ha az emberek közösségei képesek saját magukat szervezni, egymással kooperálva irányítani, akkor nem lenne szükség tulajdonképpen külső irányításra és igazgatásra. Az önigazgatás eszméje azt fejezi ki, hogy egy közösség a saját ügyeiben autonóm módon jár el, a szükségletek kielégítését, az érdekkonfliktusok feloldását nem bízza másokra, különálló-külső szervekre, kissé elidegenedett államhatalomra, hanem öntevékenységgel, saját erejéből oldja meg problémáit. Mégsem olyan egyszerű az önkormányzás és az önigazgatás megvalósítása, bár az eszményt rendkívül értékesnek tartjuk.

Hogyan intézményesíthető, valósítható meg ez?

Az egyik fogalmilag-logikailag lehetséges út az az, hogy *az önkormányzatiságot az államiság keretrendszerébe illesztjük, és így kapcsolatba kerül a hatalommegosztással*, a központosított állami szervezetrendszer ellensúlyaként, éspedig annak korlátozásaként is. Ekkor a cél a túlzott és káros hatalomkoncentráció megfékezése, a C. Montesquieu-től származó „pouvoir l'arrête pouvoir" (a hatalmat ellenhatalommal megállítani) egyik összetevőjeként.[66] Alapvetően ez az *önkormányzás polgári demok-*

[66] A teljes mondat: „Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir." „Hogy a hatalommal ne lehessen visszaélni, ahhoz az kell, hogy a dolgok helyes elrendezése folytán a hatalom szabjon határt a hatalomnak." Montesquieu: A törvények szelle-

ratikus válfaja, amelynek területi-lakóhelyi igazgatási alapja van (az önkormányzatiság egyéb, *szakmai*, *egyesületi, vallási*, *köztestületi*, típusai mellett, amelyek ma a civil társadalom gerincét alkotják), de nem érinti a termelési eszközök magántulajdonosi viszonyait piacon keresztül integráló gazdasági struktúrát, az osztályuralmi viszonyokat. A hatalmi ágak megosztásában a területi-lakóhelyi önkormányzat a központi államhatalom részleges, demokratikus ellensúlyaként jelenik meg.

A másik megoldás az lehetne, hogy ha egy társadalomban *gazdasági és társadalmi demokrácia, a teljes önigazgatás, önkormányzás valósulna meg,* az élet minden területén és szintjén. Ekkor – bizonyos értelemben – egymással mellérendeltségi viszonyban működő szolidáris föderációk következtében feleslegessé válna az államhatalom. Ez a *commune* eszménye. De mindez milyen viszonyokat feltételez? Aligha a dominánsan tőkés termelési módon egzisztáló világrendszert – bár néhol éppen annak ellenreakciójaként szerveződnek meg helyi, kommunális hatalmi gócok. Az ellenállás szerveiként.[67]

Claude Henri Saint-Simon utópista szocialista azt gondolta, hogy ha az emberek igazgatását felváltaná a dolgok igazgatása, az lenne a legjobb. Friedrich Engels erősen szimpatizált ezzel az elképzeléssel *A család, a magántulajdon és az állam eredete* című híres munkájában.[68] *Dolgok igazgatása – emberek igazgatása nélkül, amely feltételezi, hogy nincsenek hierarchiák, kiegyensúlyozott, nem túlzottan egyenlőtlen*, hanem egyenlőségi viszonyok vannak egy társadalomban. Kaszárnyáról szó sem lehet, amivel ellenfelei a közösségi társadalom keresése útjának-módjának híveit igyekeznek lejáratni, hiszen a kaszárnya maga az alá-fölé rendeltség, a parancsuralom, mindenféle testületi bölcsesség, közvetlenség nélkül.

Mégis azt kell, hogy mondjuk, hogy a Saint-Simon-féle gondolatot azért kell utópiának tartanunk, mert figyelmen kívül hagyta – s ez a radikális kritika – hogy *befolyásolni csak emberi magatartásokat lehet!* Ergo a dolgokat is csak embereken keresztül lehetne igazgatni. Továbbá, hogyha dolgokat kell igazgatni – a dolgok gyárak, földek, közlekedési eszközök vagy apróbb javakról is szó lehet itt – akkor voltaképpen az ember–dolog viszonyra redukáljuk az együttélést. Valójában „*a dolgok*”

---

méről. Ford. Csécsy Imre – Sebestyén Pál, Budapest, Osiris–Attraktor, 2000, 254. Nálunk Bibó István akadémiai székfoglalója nyomán „a hatalmat ellenhatalommal” formula terjedt el.

[67] Lásd az Eszmélet 123. számában (2019 ősz) a legfrissebb kísérletről, a Venezuella-dossziét (166–215, Lugosi Győző értő bevezetésével).

[68] Az osztályellentéteket megszüntető szocialista átalakuláshoz kötött gondolatról van tehát szó: „Az első aktus, amelyben az állam valóban az egész társadalom képviselőjeként lép fel – a termelési eszközök birtokba vétele a társadalom nevében – egyszersmind utolsó önálló aktusa is mint államnak. Az államhatalomnak a társadalmi viszonyokba való beavatkozása egyik területen a másik után feleslegessé válik és magától elenyészik azután. A személyek feletti kormányzás helyébe dolgoknak az igazgatása és termelési folyamatoknak a vezetése lép. Az államot nem »eltörlik«, *az állam elhal.*” Illetőleg még kategorikusabban: „A társadalom, amely a termelést a termelők szabad és egyenlő társulása alapján újjászervezi, az egész államgépezetet oda helyezi, ahová akkor való lesz: a régiségek múzeumába, a rokka és a bronzbalta mellé” (Marx, Engels: *Válogatott Művek*. II. kötet, Kossuth, Budapest, 1963, 133, 291).

emberek közötti társadalmi *viszonyokat közvetítenek, és Engelsszel szemben mondjuk, nemcsak a termelési eszközök ilyenek, hanem a személyközi-interperszonális és a személyektől független társadalmi viszonyok* egyaránt. A legszemélyesebb szerelmi vagy családi viszonyokban is vannak közvetítések, mondjuk a gyermeknek a szülők közötti viszonyára vonatkozóan a javak („dolgok") családon belüli felhasználása. De a lakhatáshoz való joggal élés (lakásbirtoklás – lakáshasználat – rendelkezés) vagy az anyatermészethez, a társadalom szerves testét jelentő környezethez való viszony is mindig társadalmilag közvetített viszony. A föld mint kitüntetett termelési tényező sem dolgokhoz, hanem emberek, embercsoportok dolgokhoz való viszonyaként működtethető. Hát még a termelőeszközök mozgásba hozása, amely feltételezi a munka megosztását (amely maga is termelőerő), még akkor is, ha sikerülne azt nem hierarchikusan szervezni, koordinálni, közvetíteni – termelői önkormányzatok, szövetkezetek között. Tehát igen nehéz, hogy *a dolgok igazgatása váltsa ki az emberek igazgatását,* miközben a „dolgok" nem egyszerűsödnek (ahogyan Lenin egy forradalmi helyzet forradalomelméletében egykor, az *Állam és forradalom*ban [1918] tévesen feltételezte), hanem bonyolultak és bonyolódnak a történelmi folyamatban. Semmiképpen sem csökken komplexitási fokuk, ezért is szükséges szakértői tudás kezelésükhöz. Ahol nincs szakszerűség, szakmai racionalitások (oktatási, egészségügyi, gazdasági, pénzügyi, jogi racionalitás stb.), ott dilettantizmus honol, nem önigazgatás.[69] *A különböző szakszerűségek vagy egy azonos területen fellépő azonos értékű szakértői rációk közötti döntés maga a politika (ahogy ezt a következő fejezetben részletezzük).* Harmonikus, egyenlőségi, uralommentés és átlátható-tapasztalható viszonyokat feltételezne a teljessé váló önigazgatás, amely közvetlen tapasztalatokat nyújtó kis közösségekben, területeken persze elvileg ma is járható utat jelent. A globális kapitalizmusban ettől messze vagyunk. Az emberiség zöme – több száz éve – alapvetően a bérmunka hierarchikus parancsnoklásának és az értéktöbblet magánelsajátításának viszonyai között él. Ezért erős társadalmi hierarchiák, osztály- és

[69] Vannak olyan közhatalmi (központi állami és/vagy önkormányzati) feladatok, amelyek társadalmasíthatóak, de az önigazgatást ekkor sem a mozgalmi spontaneitás jellemzi, hanem a szervezettség és a szakszerűség. A tűzoltási feladatok vagy népi ülnökök bevonása a bírói ítélkezés munkájába vagy szociális ellátások (például bölcsődei-óvodai kisdedelhelyezés és -nevelés vagy társadalombiztosítási ellátások stb.) megszervezése szervezetet-igazgatást, tehát társadalmi szervezetet igényelnek, hozzáértéssel – akkor is, ha ezeket nem állami, hanem szakszervezetek, vagy lakóhelyi bizottságok látnák el. A termelői önigazgatás sem lehet ad hoc tevékenység, hanem állandósított szervezettséget feltételez. Bizonyos stratégiai döntések telepíthetőek közvetlen demokratikus, bázisdemokratikus szintre – mondjuk egy szövetkezet életében közgyűlési szintre – de egyik társadalmi szervezeti forma sem nélkülözheti a szakszerűség jelenlétét a döntéshozatali folyamatban. A vezetéselmélet tudja, hogy csak a vezérkari típusú vezetési struktúra alkalmas a fegyvernemek közötti együttműködés biztosítására, amit a helyes stratégia kiválasztásában sem helyettesíthet a laikus emberfők tanácskozása. A szovjet–orosz polgárháborúban sem véletlenül jelent meg a katonai rangok visszaállításának követelménye. Az *Állam és forradalm*at író Lenin a későbbiekben, hatalomra jutásuk után *épít a polgári szakemberek tudására, akik mellé ellenőrként bolsevik komisszárt kell állítani.*

rétegtagoltság és magántulajdonosi érdekeltségek közepette vetődik fel az önigazgatás – amely finoman fogalmazva is csak eléggé távol áll egy kooperatív szolidaritási viszonyrendszertől.

Ezért az államiság meghaladásának jövőjéről – a ma álláspontjáról, ahol globális kapitalizmus megteremtett regionális integrációkat, az EU esetében nemzetállamok fölötti, szupranacionális elemekkel – vajmi kevés biztosat lehet mondani. Az elmúlt száz év nem igazolja sem az állam elhalásának feltételezését (Engels, Lenin), sem azt, hogy „a dolgok igazgatása lépne az emberek igazgatása" helyébe (Saint-Simon), sem az állami munka jelentős leegyszerűsödését – miközben inkább bővültek az állami funkciók. Ezért az államilag szervezett társadalom, elkülönült közhatalmával, nehezen látszik meghaladhatónak. A spontán piaci koordináció „láthatatlan keze" (Adam Smith) sem helyettesítheti, ugyanakkor az önigazgatói, önkormányzó közösségek szolidaritásán alapuló szocialista gondolatkörnek sincs közvetlen realitása. Ezek rendkívüli, forradalmi helyzetekben és körülmények között – a munkás-, paraszt- és katonatanácsok szovjetjei, 1945-ben a hazai nemzeti bizottságok, az 1956-os magyar munkástanácsok – spontán kialakuló, kollektív akarattól vezérelt szervekként kezükbe veszik a dolgok irányítását és igazgatását, azonban, amikor eltűnnek a rendkívüli helyzet felhajtóerői, akkor tartósan nem lehet fenntartani a mindennapok normálformájának munkamegosztásában való feladatokat és a közhatalmi funkciók *együttes gyakorlását*. Kevesen vannak, akik Rousseau-féle közemberi (citoyen) elhivatottsággal a közérdeket szolgálnák életük teljességében, magánéletük és munkájuk háttérbe szorításával. Ezért támadhat fel újra és újra az adminisztráció hatalma, munkahelyi, lakóhelyi és állami szinten egyaránt, noha kevesen szeretik a bürokráciákat, kevesen értik a racionális igazgatás funkcióit. Ezek úgy vesznek részt a munkamegosztásban, hogy közvetlenül nem vesznek részt abban, hanem éppen magát a munkamegosztást közvetítik, szervezik. Legalábbis a racionális igazgatás *manifeszt funkciójaként*, amely viszont nagyon különböző mértékben és módokon, *látens funkciókkal* (a bürokratizmus aktatologató, ügyféllel packázó, „l'administration silence" [a hivatal hallgat] stb.) és *diszfunkciókkal* (így a spontán társadalmi mozgások fékezésével, legrosszabb esetben a politikai társadalom szerveződését béklyóba verő bürokratikus uralommal, ahol a bürócélok válnak államcéllá) járhat és jár.

Viszont éppen azért, mert a társadalmilag keletkezett szükségletek kielégítése közben amíg az érdek és eszmei harcok nem szűnnek meg, a konfliktusok újratermelődnek, szükség van a politikai állam konfliktusfeloldó, szabályozó szerepére, jogrendre – funkcióellátásra. Hogy ez az állam mennyire szolgálja majd a társadalom nagy többségének érdekeit, vagy éppen ellenkezőleg, elenyésző kevesekét, mennyire talál humánus és demokratikus megoldásokat a szociális integráció fenntartásának elősegítése érdekében – közel sem közömbös. Az adekvát megoldások keresése az állami emberek részéről növelheti az állam problémamegoldó képességét s a társadalom bizalmának erősödését. A társadalomnak pedig a politikai, közéleti nyilvánosságon és *a demokratikus részvétel közvetlen és közvetett, képviseleti formáin*

keresztül – saját érdekükben is – kontrollálniuk kell az államhatalmat. Közfunkcióinak minőségi színvonalú ellátására kell szorítaniuk államukat. Ugyanis minden hatalom, amelyet ellenőrizetlenül hagynak, nemcsak korrumpálódik, hanem biztos, hogy előbb-utóbb, de el is fajul. Ezek a szempontok vezetnek át a konfliktus és a rend, a harc és az integráció, az állami és a politikai viszonyának problematikái felé.

Ahhoz, hogy ne ezen az államtípuson belüli problémával nézzenek szembe a társadalmak, a tőkés termelést és elosztást és a polgári individum önzését („rational choise") kellene meghaladni, amelyhez – tiszta formában – a termelés és az elosztás szocializálásán és egy félállami, demokratikus hatalomgyakorlási átmeneten keresztül vezethet út, a termelői önigazgatás kikísérletezése és az elidegenedett közhatalom visszavétele nyomán. Ekkor és ennyiben – akár szekuláris tendenciaként is („hosszú átmenet") – racionális történelemfilozófiai probléma az állam elhalása, és a jog mint erőszak-monopóliummal működtetett kényszerrend társadalmi önszabályozó normákkal való kiváltása. Persze további, pozitív felvetések is megfogalmazhatóak a *„félállami"* megoldások irányába, azok kikísérletezhetősége felé. Négy ilyet említünk.

1. Az államszocialista kísérletben a *szövetkezeti közgyűlések* egyfelől stratégiai kérdésekbe beleszólva, másfelől a helyi lakossági igényeit kifejezve már *félállami* megoldásnak voltak tekinthetőek. A szövetkezeti köztulajdon népességeltartó képessége és a helyi közösség valós szükségletei (helyi bölcsőde, óvoda, elérhető közszolgáltatások, lakásépítés segítése stb.), összekapcsolódtak a szakmai vezetők kiválasztásával, a közgyűlések demokratizáló szerepével.
2. Az is nyilvánvaló, hogy a képviselők meghatározott – a működés folyamatosságát biztosító – feltételek melletti *visszahívhatósága*[70] olyan „félállami" intézményt adna a választó megbízók kezébe, amely a pártvezetéshez kötődő és *a parlamenti politikai fegyelmező mechanizmusok majdnem mindent felülíró hatását enyhítené*. Ebből nem kér a politikából élő, azt üzemszerűen működtető, professzionalizálódott politikai osztály. A fegyelmező mechanizmusok oldása nélkül a lelkiismeretükkel küzdő politikusoknak is csak az marad, hogy Bethlen Farkas (1639–1679) erdélyi politikus, kancellár, történetíró szállóigéjével nyugtatatgathatják magukat: „Tudtuk mit kellett vóna tennünk, de tettük amit tennünk kellett."
3. Ahogyan a kommunikációs forradalommal *az országos népszavazások intézménye* is sokkal artikuláltabb, szakmailag és politikailag érdemibb, kidolgozottabb megoldásokkal kerülhetne előbb a választópolgárok, majd – egy eredményes

[70] Nyilván az egyéni választókerületekben megválasztottak esetében jöhet szóba a visszahívhatóság, egy évvel a megválasztásuk után és nem később, mint a mandátum lejárta előtti évben, a létszámukat tekintve egyidejűleg korlátozott eljárások megindíthatósága mellett. Továbbá, a testületi döntéshozatali létszámok érvényességi megoldásait is át kell gondolni a képviselők visszahívhatóságának intézménye esetén. Ezek megoldható kérdések.

népszavazás nyomán – a jogalkotás elé, mint ezen tömeges és gyors hálózati érintkezési formák alkalmazása nélkül (e-demokrácia).

4. A jogrendet mint közhatalmi kényszert alkalmazó megoldást sok helyen kiválthatnák a ma is létező *társadalmi normák*: szokásnormák, erkölcsi normák, közösségek, szakmák önszabályozó normái. Azok, amelyek törzsfogalmát René König a normakontinuum-elméletben (amit részletesen kifejtünk a III. fejezetben) ekként fogott fel: A társadalmi normák olyan reális elvárásokat tartalmaznak, amelyeket egyes csoportok vagy egész társadalmak tagjai kölcsönösen éreztetnek egymással meghatározott „szituációkban", s az elvárást kifejező normától való eltérést vagy egyenesen annak megsértését büntetik, míg követését jutalmazzák. A kölcsönösség viszonya a csoporton belül konstitutív jelentőségű, mert az érvényesség szociális dimenzióját, szituációját s a reá vonatkozó normatív elvárást ez rögzíti.[71]

[71] R. König: A jog a társadalmi normák összefüggésében. In *Jog és Szociológia Válogatott Tanulmányok.* (Összeállította: Sajó András) KJK, 1979: 261–262.

II.
A JOG TÖRTÉNETISÉGÉNEK ELMÉLETI MAGYARÁZATAI – VÁLTOZATOK

2.1. A történeti-jogi iskola fellépése Németországban 82
2.2. A történeti iskola hegeliánus kritikája 85
2.3. Lét és érték dualizmusának elvetése a hegeli objektív idealizmus alapján 87
2.4. H. S. Maine: a haladó és a stagnáló társadalmak hatása a jogfejlődésre 88
2.5. Jogelméleti gondolkodás a klasszikus marxizmusban 90
2.6. A mérsékelt pozitivizmus: H. L. A. Hart jogkoncepciója 94

2.1. A TÖRTÉNETI-JOGI ISKOLA FELLÉPÉSE NÉMETORSZÁGBAN

A német historicizmus a jog történetiségében is kidolgozta saját álláspontjait. Szembefordulva a feltétlen érvényességgel fellépő természetjogi irányzattal, amely teljes mértékben vak volt a történelmi fejlődéssel szemben (Moór Gyula, 1945: 16.), organikus gondolati alapra helyezkedett. A jogi-történeti iskola legfontosabb hozadéka az volt, hogy egyfelől megdöntötte a természetjog évezredes uralmát, másfelől pedig szemléletmódjával és kutatási eredményeivel teret adott a pozitivizmusnak és a jogfejlődéssel kiemelten foglalkozó történeti és szociológiai kutatásoknak. Egyben utat nyitott a jogfejlődést a népszellemre visszavezető történeti iskola hegeli „racionalizáló" kritikájának, majd a hegelit „materializáló" marxi bírálatnak.

Németországban az irányzat első képviselője Gustav Hugo (1764–1844) volt, aki a természetjoggal a tapasztalati úton megismerhető, változó, elsősorban a szokásjogi formában megjelenő joganyagot állította szembe. A szokásjog azért tekinthető a legfontosabb jogforrásnak, mert közvetlenül a nép akaratából ered, és a nép mindennapi életében válik megszokottá. Szilárdságra és kellő ismertségre tesz szert, ezért szabályai a jogbiztonság támaszai. Ezzel szemben csalhatatlan törvénykönyv nem létezik és nem is lehetséges, mert az emberek nem képesek általános érvényű törvényeket alkotni. Ami történelmileg lerakódik, szokásként kikristályosodik, az a leginkább érvényesülő jog.

Hugo felfogása egyoldalúan a szokásjogi jogképződés struktúráira orientálódik, s a múltból átörökítődött joganyag felértékelésével a konzervatív jogszemléletet juttatja érvényre, a „legjobb az, ha nem bolygatjuk a dolgokat" (quieta non movere) maximájának szellemében.

A történeti-jogi irányzat legjelentősebb képviselője, a jogászfejedelemként számon tartott Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), aki a jogtudomány fejlődésének keresztútján állva valóban hatalmas ívű munkásságot fejtett ki (Hamza–Sajó, 1980). A római jog mai rendszerétől és középkori történetétől kezdve a jogtudományi módszerek és kötelmi jog megalapozásáig és a pandektarendszer kimunkálásáig széles problémahorizonton bizonyult termékeny szerzőnek. Felfogásának tartópillére az a feltételezés, hogy egy nép karakterének a nyelv, az erkölcs, az alkotmány és a jog felel meg legjobban. A jog végső forrása az organikus népszellem (Volksgeist), mert ezzel együtt keletkezik, fejlődik és hal el. Az organikus képződmények, miként a kultúrát hordozó nyelv, a népmesék, a népköltészet, csak lassan, észrevétlen fokozatossággal változnak, és nem tűrik el a mesterséges beavatkozásokat. A jog az organikus népszellem termékeként inkább a szokásjogban, mint a törvénykönyvekben nyilvánul meg. A nép szükségletei által kitermelt spontán, tudattalanul fejlődő jogot tehát nem szabad szervetlen, erőszakos beavatkozással eltéríteni természetes mozgáspályájáról. Az állami törvényhozást és a jogalkotás útján megvalósítandó társadalmi változásokat Savigny korrupciónak tekintette. A tudatos jogváltoztatás lehetőségét a jogszabályok egyértelművé tételére korlátozódó körben ismerte csak

el, s annyiban fogadta el a változás lehetőségeit, amennyiben az a régit, a fennálló-továbbadó megőrzését szolgálta. Ezzel a konzervatív felfogással az állami beavatkozás ellen keresett védelmet. Savigny azonban számolt a jog történeti változásával, evolúciójával, és szemléletes magyarázatot dolgozott ki reá vonatkozóan. Az állam által alkotott törvényeket éppúgy, mint a bírói jogfejlesztés lehetőségeit, gyanakodva szemlélte. Mi az, amit ezek után a jogfejlődés motorjává tehetett? Olyan megoldást keresett, amely tulajdonképpen nem is fejleszt jogot, s a saját korára nézve sem hordozza az erőszakos változás veszélyét, ugyanakkor mégis képes organikus fejlődésre, vagyis egy jobb múlt ígéretét hordozza. S ezzel jutott el a jogászrend szerepéhez és a tudományos jogképzés gondolatához. Megkülönböztette a jogfejlődés ifjúkorát és öregkorát. Amíg a jog ifjúkorában és a primitív népeknél elsősorban szimbolikus cselekedetekben létezik, addig öregkorában a tudomány és a törvényalkotás tárja fel a szokásjogon alapuló népszellemet. Ha a népszellem megismerése nem megfelelő, akkor ez azzal a következménnyel jár, hogy a jogalkotás által hozott törvényeket a szokások le fogják rontani (desuetudo). Koncepciója ily módon az úgynevezett jogászjog, a jogtudósi jogfejlesztés és a népszellemből eredő organikus jogfejlődés eszméinek integrációján alapul. Elmélete társadalmi – de legalábbis a jogászok körében kivívott – sikerében nagymértékben közrejátszott, hogy kielégítette az államhatalomtól független jog iránt régóta vágyakozó jogászság igényeit. Éppen ezért egyáltalán nem meglepő, hogy a jogállam-koncepciók egy része és az államiság nélküli jogfelfogás hívei szívesen nyúlnak vissza munkásságához.

A szakjogászság ezen függetlenedési igényét alátámasztotta *a jogalkalmazásról* vallott felfogása is: a bíró által alkalmazott jognak a nép jogi meggyőződésével kell egyeznie, mert a bíró a nép képviselője a jogviták eldöntésében. (Ennek bemutatására a bírói jogalkalmazás szerepfelfogásainak egyikeként térünk vissza a későbbiekben.) Miután láttuk, hogy a jogfejlesztés legfontosabb eszközének a jogtudományt tekintette, ezért foglalkoznunk kell Savigny jogtudomány-felfogásával is. Ahogy egyik híres művében, a *System des heutigen römischen Rechts I.*-ben (1840) összegez: „A jogtudomány történeti szemléletét teljesen félreismerjük és eltorzítjuk, ha úgy fogjuk fel, ahogyan gyakran teszik, hogy ugyanis a múltból eredő jogképződményt a legmagasabbrendűnek tekintik, amelynek változatlan uralmát a jelen és a jövő fölött mindenképpen fenn kell tartani. *A lényeg azonban sokkal inkább minden kor önállóságának és értékének egyforma elismerésében van,* és csak arra helyezi a súlyt, hogy *az az élő összefüggés ismertessék el, amely a jelent a múlthoz köti*, és amelynek ismerete nélkül a jelenkor jogi helyzetét csak mint külső jelenséget észlelhetjük, de belső lényegét nem ragadhatjuk meg" [idézi: Szabadfalvi, 2000: 18, kiemelések tőlem – Sz. P.]. Ezzel tehát a jelen primátusa jegyében túllépett a hagyományos konzervativizmuson, mivel a múltat a jelenhez vezető út megértésére korlátozza, de a történeti értékközömbösség maradt: egyforma elismerés illet meg minden kort.

Ismeretelméleti-metodológiai törekvéseinek középpontjában a jogtudományi fogalomalkotás állt, s mint mondotta, „tudományunkban minden siker a vezérlő

alapelvek birtoklásától függ". A fogalmakat pedig a matematikai bizonyosság fokára kívánta emelni azért, hogy a jogászok számára lehetővé váljon a fogalmakkal való számolás. A fogalmilag kevéssé általánosító római jogot feltehetőleg azért tekintette vonzó példának saját kora számára, mert a római jogászok rendelkeztek a legéletszerűbb szemlélet közös képességével. De sem ezt, sem pedig kora adekvát jogszemléletét – a jognak a népben való létezése szemléletét – nem alapozta meg, hanem egy tovább nem elemezhető, közvetlen adottságnak fogta fel.[72] Tegyük hozzá, a korára jellemző romantika irracionális modorában. A jogi fogalomképzésében és a jogtudomány szisztematizálását követelményként megfogalmazó nézeteiben azonban sok értékes gondolat található. Különösen a civiljog-tudomány mintájának a hézagmentesen rendszerezett, minden jogviszonyra szabályt adó (ezért és ennyiben tételes a jog – szerinte), az egyes jogi fogalmakat a jogszabályokkal egy nagy egységbe foglaló rendszert. Ennek a feladatnak az elvégzésére hivatott tudományt nevezte konstrukciós jogtudománynak (Konstrukzionjurisprudenz; Hamza–Sajó, 1980: 86–89). A tudományos tevékenységet azonban nem azonosította a törvényalkotással és a kodifikációval, hanem a joganyagban való eligazodás szükséges és egyedül lehetséges eszközének tekintette. Kodifikációellenessége részben éppen abból a jogtudományi álláspontból következett, amely kommentálni, rendszerezni kívánta az igencsak zilált állapotban lévő joganyagot, szemben a korában uralkodó kodifikációfelfogással, amely éppen, hogy tiltotta a kommentárokat. Eörsi úgy értelmezi a jogtudomány korabeli állását, hogy míg a természetjogias, racionalizált kodifikáció a polgárosuló Franciaországban helyzetadekvát volt, addig ebben a vonatkozásban Thibault-val szemben Savigny a porosz elmaradottságot, a történelmi jogi iskola pedig a múlt őrzését képviselte (Eörsi, 1975: 148–150).

Már Savignyval kapcsolatban is felmerült az azóta sokat kutatott és vitatott probléma, mely szerint a történeti-jogi iskola képviselői a germán jog keresése közben találták meg a római jogot. Ez a kettősség vezetett az irányzaton belül a német jogtudomány két ágra szakadásához, a germanisták és a romanisták vitájához.

A germanisták a jogrendszer elveit és tételeit a hagyományos germán szokásjogra kívánták építeni, s elutasították a kodifikációt. Otto von Gierke (1842–1921), aki késői germanista lévén fenntartotta az iskola alaptételét, mely szerint a jog nem elvont fogalom, hanem a közösségi-nemzeti élet része, s egyedül a történelem ad kulcsot az emberi és társadalmi jelenségek megértéséhez. A helyes kiindulópont azonban nála is a középkor idealizálásának végeredményébe torkollott. Jó példa erre *Természetjog és német jog* című művének gondolatmenete, amelyben a jog történeti megértését elhatárolta a jogi pozitivizmustól, s bizonyos értelemben a létező jogot a természetjog konkrét kifejeződésének tekintette. Az egyéni jogok római joghagyo-

[72] A történeti iskola gondolkodásmódjáról, ebben Savigny irracionalizmusának típusáról és a modern, a rendi állásponttól a nemzeti konzervativizmus felé mutató törekvéseiről ragyogó elemzéseket ad Mannheim (1994: 140–176).

mányra jellemző kiemelését elvetette, és szembeállította azzal a történelmi germán közösségképet. Az államot sem lehet szerinte pusztán hatalmi rendszernek tekinteni, hiszen az része egy élő, organikus közösségnek. Éles ellentétben Hegellel, akinél a polgári társadalom különös erői tesznek szert általánosságra az államban és éles ellentétben a liberális konszenzusteóriákkal, Gierke az államban autonóm társulásokból álló, összetett organizmust lát. Ezen társulások előzményeit azonban nem a magánjellegű, önkéntes egyesülésekben, hanem a középkori rendi korporációkban keresi. A társulások tehát nem szabad individuumok szerződéssel létrehozott egyesülései, hanem tényleges kollektív személyiséggel rendelkező organizmusok, amelyek mindegyike közösségi alkotmánnyal rendelkezik. Gierke ily módon az autonóm társulások, egyesületek igenlésével egyidejűleg szállt szembe a centralizált, bürokratikus államhatalom és a liberális individualizmus képviselőivel – miközben a Hohenzollernek dinasztikus monarchiáját a 19. századi Németország adekvát politikai formájának tartotta. Ezért aztán egyik kritikusa joggal jegyezhette meg, hogy elmélete voltaképpen meddő kísérlet az összeegyeztethetetlen dolgok összeegyeztetésére, mivel a valódi korporatív autonómia nem békíthető össze az állami szuverenitással (Iggers, 1988: 203–206).

2.2. A TÖRTÉNETI ISKOLA HEGELIÁNUS KRITIKÁJA

A jogfejlődést a népszellemre visszavezető organikus felfogás kritikájaként két fontos elágazás jött létre az irányzatok harcában, egyfelől a történetileg fejlődő tételesjog vizsgálatát a kutatások centrumába emelő pozitivista, másfelől a történetiségnek a hegeli objektív idealista, illetve materialista felfogása, amely a szellemtudományi értelmezés bírálatán keresztül bontakozott ki.

„A történelem… így már nem puszta példagyűjtemény, hanem az egyetlen út saját helyzetünk igazi megértéséhez", idézi Savignyt Iggers, majd így folytatja: „hangsúlyozza [ti. Savigny – Sz. P.], hogy ez nem jelenti a múlt fölényét a jelennel szemben. A történeti iskola felismeri minden egyes korszak értékét és sajátszerűségét; de kitart amellett, hogy vegyük tekintetbe a jelen és a múlt közötti élő kapcsolatot. A jog számára ez annyit jelent, hogy nem létezik absztrakt-filozófiai jog, nem létezik természeti jog, amelyet törvényekbe lehet foglalni; ellenkezőleg, minden jog elválaszthatatlanul összefonódik egy nép egész történeti fejlődésével. A jogász feladata, hogy kiselejtezze a jog azon elemeit, amelyek elavultak és nem tartoznak az élő jelenkorhoz. Savigny ezzel elismeri ugyan a változás elemeit a hagyományon belül, ugyanakkor azonban tagadja is a haladás lehetőségét" (Iggers, 1988: 107). Ha ugyanis minden népet, tettet és korszakot felment és igazol az, hogy a saját céljait és értékeit követi, akkor az organikus népszellem termékeként előálló jognak sem lehet magasabb mértéke. Úgy jó, ahogy van, ebben a meglehetősen lapidáris álláspontban rejlik a történelmi relativizmus minden bölcsessége.

A történeti iskola hegeliánus kritikája azonban rámutatott arra, hogy a „dolog története azonos magával a dologgal" tézisben kifejeződésre jutó történetiség elvéből nem következik az, hogy minden dolog egyformán értékes lenne csak azért, mert történelmi termék. Léteznek ugyanis olyan végső értékek, amelyek magasabb rendű mérceként lehetőséget biztosítanak történeti képződmények értékelő megítélésére. Ily módon lehet megítélni a nemzeti történelmeket, mégpedig aszerint, hogy mivel járulnak hozzá az emberiség történelméhez, az egyetemes haladáshoz, a nembeli lényeg kibontakoztatásához, vagy az objektív szellem egyes tárgyiassági formáit, s így a jogot, mégpedig aszerint, hogy észszerű megoldásokat ad-e, amikor jogossá vagy jogtalanná minősít bizonyos emberi magatartásokat. A jogfelfogás spontán-organikus, egyoldalúan a szokásjogi jogképződésen orientálódó, s ennyiben a középkor viszonyait túláltalánosító koncepciót, melyet az irracionalitás lehelete leng körül, ezért bírálta Hegel a racionálisan tételezett, rendszerező formában kifejtett, kodifikált jog mértékén (1971: 227–233). Ellentétben a tételes joggal, a jogfilozófia feladata éppen az, hogy a jog észszerűségét tegye a jogosság (és jogtalanság) mértékévé (1971: 12–14.). A jog vizsgálatában ez a harmadik módszer, amely szintetizálja az empirikus módszert, amely a jog társadalmi hasznosságát vizsgálja, és a jurisztikus formális tudományos módszert, amelyben voltaképpen a joganyag jogtani szemlélete jut érvényre.

A jog filozófiai vizsgálata tehát általános sajátosságainak és konkrét, empirikus meghatározásainak eleven egysége, szintézise kell, hogy legyen, mert csak így kerülhető el a kanti kriticizmus gyengesége, amely a jogot és az erkölcsiséget (Sittlichkeit) az emberi ész apriorisztikus tulajdonságaira alapozta. A szintézis, vagyis az abszolút erkölcsiség megteremtésének kérdésénél Hegel visszatér a népben élő erkölcsök, a népszellem gondolatához. Csakhogy a megtett úttal a népszellem elvont meghatározottságokat dialektikusan közvetítő fogalma már el is veszítette korábbi irracionális jellegét (amilyen az Savignynál volt), és tapasztalattól való függetlenségét (ahogy ezt Kant feltételezte). A népszellem tehát nem statikus és nem is mérték nélkül való, mert az objektív szellem fejlődési etapjaként, világtörténelemként mutatkozik meg az élenjáró népek esetében. Ezért tekinthetjük a görögséget „az emberiség normális gyermekkorának", ahol bár a szabad embernek szabad emberhez való viszonya állt fenn, ámde a szabad viszonyulást még a rabszolgaság terhelte. A középkori germán világban már mindenki szabad volt, míg az újkorban a nyugati fejlődésben támadt fel az öntudat szabadsága.

A tartalommal telített hegeliánus jogfilozófia a jogot történeti és társadalmi realitásként kezelte, ahogyan ezt Julius Binder megfogalmazta: a „szabadság törvényeinek jelentéstartalmára" volt kíváncsi, nem egyszerűen a jogszabályok és intézmények keletkezésére és leírására. Ennek a szemléletmódnak a létjogosultsága még inkább meggyőzővé válik, ha szembeállítjuk a kizárólag a jogászok által érthető jogászjog technokratikus-elitista felfogásával. Mert amennyire igaz, hogy a jog tárgymeghatározásainak, szabályanyagának, alkalmazásának közegében csak a fel-

készült szakemberek mozoghatnak otthonosan, s munkamegosztásos szerepükre szüksége van a társadalomnak, annyira téves lenne azt gondolni, hogy a jog ügye csak a jogászság ügye lenne. Másról és többről van itt szó, mégpedig a jog társadalmi demokratizmusáról és az emberi szabadságról, vagyis arról, hogy a jog miként érinti, elősegíti-e vagy éppen korlátozza az egyes ember szabadságát. Ahogy Hegel írja a törvény létezéséről: „A jogászrend a törvények különös ismerője, s ezt gyakran a maga monopóliumának tartja, úgy vélvén, hogy akinek nem mestersége, az ne szóljon bele… De ahogyan az embernek nem kell cipésznek lennie, hogy tudja, illik-e neki a cipő, éppúgy nem kell általában valamely mesterséghez tartoznia, hogy általános érdekű dolgokról ismeretei legyenek. A jog a szabadságra vonatkozik, az ember e legfenségesebb és legszentebb birtokára, és ezt ismernie kell, hogy kötelező erejűnek érezhesse" (1971: 233).

2.3. LÉT ÉS ÉRTÉK DUALIZMUSÁNAK ELVETÉSE A HEGELI OBJEKTÍV IDEALIZMUS ALAPJÁN

A hegeliánus jogfilozófia létrejöttének egyik előfeltételeként az előbbiekben már bemutattuk a történeti-jogi iskola kritikáját. A másik előfeltétele Kant kritikájához kapcsolódik. Hegel ugyanis felmutatta, hogy a magánvaló jó, magánvaló érték azon kanti felfogása, amely szemben áll a valósággal, s így a kellés (Sollen) álláspontjáról bírálja a létezőket, nem meggyőző álláspont, az értelmi gondolkodás (Verstand, ratio) álláspontja. Az értelem ugyanis az elvont azonosság (Ă = A) formális logikai követelményeinek megfelelően elszigeteli, elválasztja azokat az összefüggéseket, amelyeket a konkrét azonosság elve (Ă = A és non A) alapján az ész (Vernunft, intellectus) összeköt. Így van ez a tények és az értékek tekintetében is: attól, hogy a két dolog nem azonos egymással, nem jelenti azt, hogy ne lennének közöttük genetikus és funkcionális összefüggések. Bontsuk ki ezt a problémát.

Induljunk ki Hegel legitimációs teorémájából. Az a hegeli tétel, mely szerint „ami észszerű az valóságos, s ami valóságos az észszerű", tulajdonképpen kétféle álláspontot rejt magában. Ha úgy értelmezik, hogy ami fennáll az észszerű is egyben, akkor ez minden létezőt szentesít, igazol, s így egy konzervatív, ó-hegeliánus állásponthoz jutunk. Ez azonban egyáltalán nem meggyőző álláspont. Amint azt *A logika tudománya* kifejti: „A mindennapi életben talán minden ötletet, a tévedést, a gonoszt s ami erre az oldalra tartozik, valamint minden, mégannyira elsatnyult és mulandó egzisztenciát is véletlenül valóságnak neveznek. De már a közönséges érzés számára egy esetleges egzisztencia nem érdemli meg a valóságosnak súlyos nevét – esetleges az olyan egzisztencia, amelynek nincs nagyobb értéke, mint a lehetségesnek, oly egzisztencia, amely éppúgy nem lehet, mint ahogy van" (Hegel, 1979: 42). Ha viszont valóságon nem mindenféle létezőt, hanem csak olyat kell érteni, amely eleget tesz az észszerűség követelményeinek, tehát szükségszerűen alakult azzá, ami, akkor Hegel

formulája a kritika mércéjét tartalmazza: ami észszerű, azt valóságossá kell tenni, meg kell valósítani, ami pedig nem az, azt el kell vetni.

A hegeli életműben meglévő kettősségből – a fennálló valósággal való megbékélés öregkori és az észszerűség kritikai mércéjének ifjúkori álláspontjából – az ifjú hegeliánusok és a marxista tradíció az utóbbi álláspontot vette át: 1. nem kell minden létezőt, fennálló intézményt igazolni, észszerűnek ismerni el csak azért, mert van; 2. nem elégséges a létezőt és az eszményt, a soha el nem érhető értékeket és a valóságot egymást kizáró módon szembeállítani egymással, mert egyfelől amely eszménynek megvan a maga észszerűsége, belső szükségszerűsége, az megvalósítható, másfelől ami esetleges, külsődleges és mulandó tárgy, norma, berendezkedés, állapot, az nem azért szűnik meg, mert egy önmagában vett értékkel (Sollennel), követelménnyel szembesítik, hanem mert nincs általános, észszerű alapja. Amit csak a körülmények véletlen egybeesése tart fenn, az a körülmények megváltozásával megszűnik létezni. A jogfilozófia feladata annak megállapítása, hogy vajon az, amit a hatályos joggal szembeállítunk, szubjektív, esetleges vélemény megnyilvánulása, vagy pedig a szellem valóban szükségszerű, általános kifejeződése. Az értékelés tehát nem helyezkedhet az eszmények olümposzi magaslatára, hanem a valóságos viszonyokban rejlő lehetőségeket, tendenciákat kell figyelembe vennie.

2.4. H. S. MAINE: A HALADÓ ÉS A STAGNÁLÓ TÁRSADALMAK HATÁSA A JOGFEJLŐDÉSRE

Angolszász talajon a Historical Jurisprudence nagymértékben elősegítette a jogi etnológia és antropológia, valamint az összehasonlító jogtudomány kibontakozását is. Angliában a történeti szemléletű jogtudomány a szociológia, a jogi etnológia és az összehasonlító indoeurópai nyelvészet eredményeiből építkezett. Sir Henry Sumner Maine (1822–1888) egyaránt volt gyakorló jogász és a civiljog professzora, akinek nevéhez fűződik a jog-összehasonlítás tudományágának megszületése. Ezt nem öncélúan, nem is a jogtörténet illusztrálásaként, hanem a helyes törvényalkotás és általában a jogfejlesztés fontos eszközének tekintve művelte. *Az ősi jog* című alapvető művében így írt a számára paradigmatikus jelentőségű római jogról: „A megkísérelt vizsgálódás jó része a hasznos eredmény legcsekélyebb reményével sem lett volna véghez vihető, ha nem létezett volna olyan szerves joganyag, mint a rómaiaké, amely legkorábbi részeiben magán viseli a legtávolabbi múlt nyomait, későbbi szabályaival pedig alapanyagot szolgáltatott a polgári intézményeknek, amelyek a modern társadalmat még ma is igazgatják" (Maine, 1988: 7).

Maine a jogot a társadalmi fejlődés folyamatában elemezte, azt, hogy a mindenkori jelen miként jött létre a múlt alakzataiból és milyen eszmékhez kapcsolódott. A természetjogi és a szerződéselméleteket azért bírálta, mert azok az ősi jog természetének megértése során figyelmen kívül hagyták a múlt determináló erejét és

jelentőségét. Az általa képviselt történeti jogtudomány – Historical Jurispudence – kiindulópontja a *haladó és stagnáló társadalmak* megkülönböztetése volt. Nem problémátlan ez a kettéosztás, mert egyfelől a haladó Nyugat kivételességének túlhangsúlyozásával járt, másfelől nem igazolta, s aligha igazolható,[73] hogy a „haladás", illetőleg a „stagnálás" az egyes társadalmak megváltoztathatatlan tulajdonsága lenne. Épp ezért Maine nézeteit, saját kora angolszász viszonyainak és jogi megoldásainak némi visszavetítése miatt, illetőleg azért is bírálták, mert az általa progresszívnek tekintett indoeurópai népeket úgy állította szembe az úgynevezett stagnáló népekkel, hogy ez utóbbiak teljesítményeit, például a kínai civiliáció jogi kultúráját, csak meglehetős felületességgel tanulmányozta. Az azonban ahogy kapcsolatot teremtett a társadalomfejlődés és a jog fejlődése között, máig hatóan érvényes nézőpont, melyet a pragmatizmushoz, Poundhoz, Hegelhez, Marxhoz hasonlóan, mi is alkalmazunk.

Maine rámutatott arra, hogy a haladó társadalmakban a társadalmi szükségletek és a társadalmi vélekedés többé-kevésbé mindig megelőzi a jogot. „Végtelenül közel kerülhetünk a közöttük tátongó hasadék áthidalásához, de örökösen érvényesülő tendencia, hogy az újra megnyíljon. A jog állandó; a társadalmak, amelyekről szó van, haladóak. Egy nép boldogulásának nagyobb vagy kisebb mértéke azon múlik, hogy milyen sebesen szűkíti a rést" (Maine, 1988: 25). A haladó társadalmakban tehát a jogi szabályozás előtt jár egy igény, egy társadalmi szükséglet, méghozzá folyamatosan, utolérhetetlenül. „A stagnáló és haladó társadalmak közötti különbség mindenesetre egyike azoknak a nagy titkoknak, amelyeknek mélyére a kutatásnak még le kell hatolnia." Ám ennél tovább már nem ment az okok kutatásában. (Saját megoldásunkat a jog ontológia alapja, illetőleg a természetjog ontikus státusa tisztázásával adjuk meg.) Maine a primitív jog terminusát nem vonatkoztatta egyetlen meghatározott etnikumra sem, elkerülendő, hogy valamelyik „árja" vagy indogermán irányzat felhasználhassa munkásságát.

A jogfejlődés szakaszait, területeit és intézményeit (például a családi hatalom, az örökösödés, a végrendelet, a tulajdon és a szerződés, valamint a büntetés alakzatait és formáit) gazdag anyagon, történeti összefüggéseikben tárgyalta. Az ítéletet, a szokást és a törvénykönyvet a jogfejlődés fokozataként fogta fel, s vizsgálta az írásbeliség összefüggéseit az első törvénykönyvekkel. A jog keletkezését a bírói jogalkotásra, ítéletekre vezette vissza, s processzuális jogszemléletével összhangban a római actiók és az angol write-ok elemzése alapján az anyagi jogot az eljárásjogból eredeztette. *A jogfejlődés fő vonalát a státusztól a kontraktusig terjedő mozgással ábrázolta.* A hierarchikusan tagolt, státuszrendi társadalomba az egyén beleszületik, s ily módon sorsát a születése által eleve kijelölt társadalmi hely határozza meg. Státuszától

[73] A haladó Nyugat – stagnáló Kelet szembeállítás kritikájához és problématörténetéhez lásd Wiener György: *Közösségi és állami tulajdon az „ázsiai" termelési módban* in: *Állandóság a változásban. T'ung Pien Tőkei Ferenc 70. születésnapjára*. Politika és Kultúra Alapítvány, Budapest, 2000.

függ tehát, hogy milyen előjogokat és privilégiumokat élvezhet, és mik lesznek a kötelezettségei. Ezzel szemben a szerződés által meghatározott kapcsolatok révén szerveződő társadalom a szabadon cselekvő individuumok egyéni akaratmegegyezései által létrejövő mellérendeltségi viszonyokat feltételez.

2.5. JOGELMÉLETI GONDOLKODÁS A KLASSZIKUS MARXIZMUSBAN

A jogelméleti irányzatok harcában jelentős állomásnak bizonyult a hegeli jogfilozófia marxi bírálata. Nemcsak abban, ahogyan a történetiség hegeli elvét átvette, és a polgári társadalom hegeli felfogásának materialista bírálatává fejlesztette, hanem abban is, ahogyan a hegeli dialektikus uralomelméletet gazdaságtanilag megalapozta, s a jog elemzését ehhez a perspektívához kötötte. Marx írásain kívül Engels is foglalkozott a joggal, s így kettejük munkáiból lehet rekonstruálni a klasszikus marxizmus álláspontjait. Anélkül azonban, hogy ezt koherens elméletként kezelhetnénk. E művek nélkül nem igazán érthetőek sem a szovjet korszak jogelméleti tendenciái, gondolunk itt Sztucska, Pasukanisz és Reiszner húszas évekbeli kísérleteire, illetve a megszilárdult sztálini berendezkedés igényeire szabott jogpozitivista, normativista dogmatizmusra, sem pedig a hatvanas, hetvenes és nyolcvanas évek gazdasági reformjaihoz kapcsolódó neomarxizmusra. Látható, hogy még egyetlen irányzaton belül sem csak az eszmék önfejlődéséről, gazdagító, rendszerező áthagyományozásáról van szó, hanem arról, hogy egy már létező hagyomány készen talált gondolati eszköztárát a kor, az új társadalmi szükségletek nyomására átértelmezik. Az eszmei továbbfejlesztés és a szaktudományos alapok változása mindenkor a létfolyamatra reflektált, vagyis a társadalmak történeti „épp-így-léte" és strukturális adottságai írják át az irányzatok folytonos harcát új és új fejezetekké.

Marx múlt századi fellépését a történeti iskola hegeli kritikájának folytatásaként és új alapokra helyezéseként kell felfognunk. Eredetisége abban áll, ahogyan egyesítette a hegeli dialektikát a materialista lételmélettel. Fő vonalaiban arról volt szó, hogy a népszellemet – a jognak a népben való közvetlen szemléletét – tovább nem elemezhető, irracionális adottságként felfogó Savigny-féle álláspontból Hegel a polgári társadalom kategóriáját és építményét bontotta ki. Így került a Volksgeist helyére az elvont jog, a moralitás és az erkölcsiség racionalizált hegeli építménye, amely a polgári társadalom szükségleti rendszerének és alapvető intézményeinek elemzésén alapult. Marx szemléleti-kategoriális fordulata annak felfedezésében rejlik, hogy: „A jogi viszonyok, valamint az államformák nem érthetőek meg sem önmagukból, sem az emberi szellem úgynevezett általános fejlődéséből, hanem éppenséggel azokban az anyagi életviszonyokban gyökereznek, amelyeknek összességét Hegel, a 18. századi angolok és franciák példájára, »polgári társadalom« néven foglalja össze …a polgári társadalom anatómiájának, megértésének kulcsa pedig a politikai

gazdaságtani elemzésben van" (*MEM*, 13. k. 6).[74] Amikor pedig a munkával szabadon reprodukálható javak gazdaságtani magyarázataként A. Smith és D. Ricardo munkaérték-elméletét értéktöbblet-elméletté alakította át, akkor egyfelől új perspektívát nyitott a tulajdon történelmi (antik, hűbéri és modern polgári) formáinak magyarázatában, másfelől a társadalom szociális tagozódását a termelési, a tulajdoni és elosztási viszonyokból vezette le. Reflexiós osztályelméletének gazdasági alapra helyezését összekötötte Hegel dialektikus uralomelméletének logikai struktúrájával, mely szerint a polgári társadalom különös érdekei tesznek szert általánosságra az államban, a törvényes erőszak szervezetében. A kapitalista berendezkedésben a polgárság különössége válik általánossá, saját partikuláris érdekeit, értékeit, normáit és világképét közvetíti és fogadtatja el a társadalom egészével, az alávetett osztályokkal. A jog végső forrásaként felfogott népszellemből Hegel megalkotta a polgári társadalmat, s a polgári társadalomból Marx osztályérdekek és akaratok egységét elemezte ki. Ezt fejezi ki a *Kommunista kiáltvány* híres gondolata: „jogotok nem más, mint osztályotok törvényerőre emelt akarata, olyan akarat, amelynek tartalma adva van osztályotok anyagi életfeltételeiben." (MEM, 4. k. 456)[75].

Az érdek- és akaratkutató jogtudományi irányzatok – R. Jhering vagy a pragmatista irányzat – sem látnak mást a jogban, mint a konfliktusfeloldás és az érdekharmonizáció mechanizmusait, anélkül persze, hogy ezeket az osztályok uralmi szerkezetéből vezetnék le. Mindenesetre az aligha tagadható, hogy az újhegeliánus Eduard Gansnál egykor jogi stúdiumokat hallgató Karl Marx számos megállapításával széles horizonton nyitott új kutatási perspektívákat.

Engels a római jog recepciójára azt a plauzibilis magyarázatot adta, hogy az árutermelés egyetemes világjogára mindenütt szükség van, ahol az árugazdaságok viszonyai elterjednek. Hiszen a készen talált civilizációs értékeket, melyeket egyszer már felfedeztek, nem kell újra fáradságos munkával előállítani, elég átvenni. Az a probléma pedig, amin a német jogtudományban a germanisták és a romanisták megfelelő megoldás nélkül annyit vitatkoztak, hogy tudniillik a recipiált római jog miként felelhet meg a germán népszellemnek, könnyen megoldhatóvá vált a gazdasági szükségletek és a jogi formák közötti kapcsolat megteremtésével. Amíg Savigny a recepció jelenségében a szellemi folyamatosságot kereste csupán, addig Engels a társadalmi viszonyok objektív szükségleteivel kötötte össze az eszmei mozzanat jelentőségét. Ahogy a *Ludvig Feuerbach és a klasszikus német filozófia felbomlása* (1886) című érett munkájában differenciáltan fogta fel: „Ha az államot és a közjogot a gazdasági viszonyok határozzák meg, akkor természetesen meghatározzák a magánjogot is, amely lényegében csak szentesíti az egyének között fennálló, az adott körülmények között normális gazdasági kapcsolatokat. De a forma, melyben ez történik, igen különböző lehet. Megtarthatják nagyrészt – mint Angliában az

[74] A politikai gazdaságtan bírálatához. Előszó.
[75] A Kommunista Párt kiáltványa.

egész nemzeti fejlődéssel összhangban történt – a régi feudális jog formáit, és megtölthetik őket polgári tartalommal, sőt, a feudális elnevezésnek egyenesen polgári értelmet is tulajdoníthatnak; de alapul vehetik – mint a kontinentális Nyugat-Európában – az árutermelő társadalom első világjogát, a római jogot is, amely utolérhetetlen szabatossággal kidolgozta az egyszerű árutulajdonosok minden lényeges jogviszonyát (vevő és eladó, hitelező és adós, szerződés, kötelezettség stb.). Ennek során megtehetik, hogy – egy még kispolgári és feudális társadalom hasznára és javára – vagy egyszerűen a bírósági gyakorlat útján lesüllyeszthetik azt e társadalom színvonalára (közönséges jog), vagy pedig állítólag felvilágosodott, moralizáló jogászok segítségével feldolgozzák e társadalmi színvonalnak megfelelő külön törvénykönyvvé, amely ilyen körülmények között még jogi szempontból is rossz lesz (porosz Landrecht); megtehetik azonban ennek során azt is, hogy egy nagy polgári forradalom után, éppen ennek a római jognak az alapján, kidolgozhatják a burzsoá társadalomnak olyan klasszikus törvénykönyvét is, amilyen a *Code civil*. Ha tehát a polgári jogszabályok csak a társadalom gazdasági életfeltételeit fejezik ki jogi formában, ez a körülmények szerint jól vagy rosszul történhetik" (Engels, 1963, II. kötet: 358–359).[76]

Eltérően a fentebbiektől, ahol a polgári társadalom termelési és életviszonyai mellett a *jogi formák jelentőségére és változatosságára* mutatott rá Engels, nem szabad figyelmen kívül hagyni azt a tényt sem, hogy jogfelfogásukban vannak olyan túl általánosító megfogalmazások, amelyek nem állták ki a kritika próbáját. *A német ideológia* (1845) című korai, sokáig kéziratban maradt munkájukban – melyet retrospektív önértékelésben szívesen át is engedtek az egerek rágcsáló bírálatának – például tagadják a jog önálló mozgását, amennyiben a jogtörténetet feloldják a társadalomtörténetben. Ezt az egyoldalúságot korrigálják, amikor az anyagi alapzattal, a reális bázissal szemben a felépítményi objektivációk nagyfokú, de sohasem abszolút autonómiáját hangsúlyozzák, s azt, hogy ez érvényesül a jogfejlődés menetében is. Ezt a korrekciót Engels a következőképpen fogalmazza meg: „Mihelyt szükségessé válik az új munkamegosztás, amely hivatásos jogászokat teremt, ismét egy új, önálló terület nyílik meg, amely bár általánosan függ a termeléstől és a kereskedelemtől, mindamellett különös visszaható ereje is van ezekre a területekre. Modern államban a jog nemcsak az általános gazdasági helyzetnek kell, hogy megfeleljen, nemcsak azt kell kifejeznie, hanem önmagában összefüggő kifejezésnek kell lennie, amely nem csapja önmagát arcul belső ellentmondásokkal. S ennek elérése kedvéért mind kevésbé lesz hű a gazdasági viszonyok visszatükrözés… így a »jogfejlődés« menete nagyrészt csupán abból áll, hogy előbb igyekeznek kiküszöbölni azokat az ellentmondásokat, amelyek a gazdasági viszonyoknak közvetlenül jogi alapelvekre való lefordításából adódnak, igyekeznek harmonikus jogrendszert létrehozni; aztán pedig a gazdasági továbbfejlődés hatása és kényszerítő ereje újra meg újra áttöri és

[76] Feuerbach és a klasszikus német filozóia felbomlása.

új ellentmondásokba bonyolítja ezt a rendszert (itt egyelőre csak a polgári jogról beszélek) (Marx és Engels Művei 37. k. 480).

Engels jogfejlődési magyarázata szerint tehát a jognak önmagában összefüggő, ellentmondásmentes, azaz koherens rendszert kell alkotnia, amely nemcsak kifejezi, hanem alakítja is a társadalmi viszonyokat. Ha egy törvénykönyv nyersen, hamisítatlanul fejezné ki egy osztály uralmát, ez már maga ellentmondana a „jogfogalomnak" – írja a *Code Napoleon*ról, amelyet – sokáig, tegyük hozzá a ma álláspontjáról – a világban minden új kodifikálás alapjául fogadtak el. A harmonikus jogrendszer létrehozására irányuló „jogfejlődés" az időben előre haladva egyre kevésbé fejezi ki hűen saját alapjait, egyre jobban elszakad attól, hogy aztán bizonyos pontokon a külső ellentmondások áttörjék ezt az önmozgást. Ezért a jog – abszolút értelemben – sohasem állhat magasabb fokon, mint az alapjául szolgáló társadalmi viszonyok, melyeket szabályoz, mert a társadalom részrendszerei egymással és az összfejlődéssel koordinálódnak. Az engelsi álláspont kiterjesztő interpretációja hozzávetőlegesen ez lehet: a jogrendnek belső koherenciára, ellentmondás-mentességre kell törekednie, hogy feloldhassa, szabályozhassa és integrálhassa az alapjául szolgáló konfliktusokat, azonban a kívülről jövő új szükségletek előbb vagy utóbb, de szükségképpen áttörik a rendszer immanenciáját, új mozgáspályára állítják jogát, hogy aztán e mozgás, immáron más szintről, elölről kezdődhessék.

A jog változásai ekként vagy a külső társadalmi változások nyomán keletkeznek, amikor az új és új szükségletek az eszmék és a természetjog közvetítésével törnek be a jogrendbe, majd intézményesülnek és pozitivizálódnak. Vagy pedig a jog belső fejlődése hozza magával az új megoldásokat, intézményesülést (normatív, szervezeti, vagy pedig új munkamegosztásos szerepek formájában megjelenő intézményeket) vagy az új joggyakorlatot. A jognak (és az államnak) tehát megvan a saját belső történetisége és külső társadalomtörténete. A jogtörténet nagy korszakait éppen ezért a társadalomtörténet is írja. A társadalmi változásoknak a jogra gyakorolt hatása mellett azonban a fordított összefüggés is igaz: a jogi szabályozás és változásai aktívan befolyásolják a társadalmi viszonyokat, az emberek közötti gazdasági, szociális, erkölcsi, politikai kötelékeket. A társadalom és a jog viszonyában tehát kétirányú, de nem egyenlő erejű befolyás érvényesül. A társadalom mint egész történeti fejlődése átfogóbban határozza meg saját részrendszerének, a jognak a változásait, mint ahogy a jog befolyásolja a társadalom életét. Egymástól kölcsönösen függő, de aszimmetrikus viszonyban állnak tehát. A jog relatíve önálló részrendszere a társadalomnak. Aktívan szabályozza az alapjául fekvő társadalmi viszonyokat, konfliktusfeloldó, regulatív és szociálintegráló funkcióin keresztül, de alá van vetve a társadalom történeti változásának, az összfejlődés követelményeinek.

2.6. A MÉRSÉKELT POZITIVIZMUS: H. L. A. HART JOGKONCEPCIÓJA

Jogelméleti felfogásunk – éppen társadalomelméleti megalapozása következtében – a történeti társadalomtudományok orientációjára nem kis mértékben támaszkodik. Ezért is vizsgáltuk a jog történeti felfogása három reprezentáns irányzatának gondolkodóit. Ha most eltérünk ettől, és egy az analitikus filozófia hatása alatt kidolgozott mérsékelt pozitivista jogfelfogásra térünk át, akkor ennek két indoka van. Egyrészt a 20. század egyik legbefolyásosabb gondolkodóját vesszük, akinek munkásságát meghatározott tematikai vonatkozásokban is érinteni fogjuk (így a jog nyitott szövedéke; az elismerési szabály, a jog és az erkölcs viszonyának kérdése). Másrészt Hart felfogásából (*The Concept of Law*, eredetileg 1961) éppen a jog kezdeti állapotaival szembeállított fejlett jogrendszerek összevetésével bontotta ki eredeti pozícióját. Ez pedig a kezdetek és kifejlett formaösszevető perspektíváját megadva, igaz, csak részlegesen, de történeti nézőpontot tartalmaz. Eredménye ennek központi tézise, „a jog mint elsődleges és másodlagos szabályok egysége" (law as a union of primary and secondary rules), amivel meggyőzően magyarázza és artikulálja a jogrendszer centrumát.

Miben látjuk az eredeti jogfelfogást? Abban, ahogy Hart egy nagyon is szokásos nézőpontot újszerűen fog fel, s újítása mögé rakja a jogelmélet számos hagyományos problémáját. Hányan indultak már ki abból, hogy a jog genus proximuma az, hogy szabály, amihez képest keresték a differentia specificát?! Pozitivista neokantiánusok, vegyük ezúttal példaként Somló Bódogot, fokozatos elhatároló ismérvekkel (abszolút és empirikus, akarati, normák közül az utóbbi a jog, amely egyedi és meghatározott követelményeket fejez ki stb., vö.: következő, III. fejezetünk 2.4. részét) közelítette meg sajátos ismerettárgyát, a normatív, tehát nem ontikus, hanem „legyen" értelmű szabályok világán belül. Jogszociológusok, mondjuk Th. Geiger és R. König a társadalmi norma fogalmán belül – olyan reális társadalmi elvárás, melyet a csoport tagjai kölcsönösen éreztetnek egymással, és amelytől való eltérést a közösség szankcionál, büntet vagy jutalmaz – specifikálják a jogot. Történetesen a magas fokú racionalizáltsággal és állami elismertséggel, szankcionáltsággal.

Hart kiinduló megfontolása az, hogy a jog az szabály, ami szabály, az pedig már kötelez valamire. Behatárolja a megengedett cselekvési teret. Kötelez, mert a szabály referenciája a nem szabályozott, spontán cselekvés. Tehát nem alanyi jog a jog, nem jogosultság, hanem valami, ami kötelez. (A kiindulóponttól messze a természetjog!) De nem úgy, mint ezt Austin felfogta, hogy a jog az a szuverén parancsa volna, parancs, aminek imperatív ereje van. Nem attól kötelez, mert parancsolják, hanem attól, hogy a szabályok megfelelnek – autoritatív kötelezés nélkül vagy azzal együtt is – a körülményeknek, a társadalom elvárásainak, nyomásának. Kötelezettséget írnak elő arra vonatkozóan, hogy valamit tegyünk vagy éppen ne tegyünk, de kényszerítő mozzanat nélküli és előtti módon is megvan a szabály rációja. Minden kötelezett-

ség normán nyugszik, de nem minden szabály kötelezettség is egyben. (Például az illemszabályok utóbbiakhoz tartoznak.)

Hart kudarcnak, de tanulságos kudarcnak látja a kritikailag vállalt elől, a nagy analitikus, Austin erőfeszítéseit, s teljességgel tudatában van annak, hogy a maga részéről új kiindulópontot talált (1995: 16–24, 99–101). Ebben a bravúrja, gondolati leleménye: a jogot elsődleges és másodlagos szabályok rendszereként, egységeként tudja leírni, s ez az egyszerű modell szemléletes is, működik is. Az érvelésekben sok a distinkció, a nyelvfilozófiai levezetés, jelentéskeresés. Számunkra a konstrukción a hangsúly.

A kötelezettséget előíró elsődleges, vagy alapvető szabályok „azt várják el az emberi lényektől, hogy akár tetszik ez nekik, akár nem, tegyenek vagy ne tegyenek meg bizonyos dolgokat". A másodlagos szabályok pedig arra szolgálnak, hogy „emberi lények bizonyos dolgok megtételével vagy kimondásával bevezethessenek új elsődleges szabályokat, megszüntethessenek vagy módosíthassanak régieket, különböző módon meghatározhassák e szabályok előfordulását, vagy irányíthassák érvényesülésüket". Az elsődleges szabályok kötelezettséget állapítanak meg. A rajtuk „élősködő" *másodlagos, hatalmat átruházó normák* alapvetően kétfélék lehetnek. Vannak, melyek közügyek vitelére ruháznak fel: azaz törvényhozásra, igazságszolgáltatásra, közigazgatásra. Mások magánhatalommal, jogügylet megkötésére. Hiszen saját ügyemben lehetek ezzel törvényhozó, az érvényes jognyilatkozat tétel, joghatás kiváltása értelmében. Egyedi normát mondok ki rendelkező erőmmel, magánhatalmammal, s ruházom át a létrejött jogviszony tartalma szerint más jogalanyra. (Persze a dolog kölcsönös is lehet.) Hivatkozik is Hart e ponton Kelsen tanára, hisz az érvelés léptetőrugója nála is az „egyedi norma" – amelynek természetével mi a jog egyik létmódjaként foglalkozunk (V. fejezet, 5.7. alatt).

Majdnem kész az elméleti koncepció. A szabály kötelezettség, csak az a kérdés, hogy *ki, hogyan, milyen körben alkothatja meg és ki alkalmazhatja, továbbá hogyan lehet megváltoztatni, módosítani* (jogalkotással – Sz. P.) *és megszüntetni* (hatályon kívül helyezéssel – Sz. P.). De minden egyszerűvé vált, mert felfűzhető az elsődleges és másodlagos szabályok megkülönböztetésére. Tartalmilag a kötelezettség a fontos, ami a szabályból jön – az akarati tartalom, mondotta volna az akaratkutató jogtudomány – de megalkotásuk, módosításuk és alkalmazásuk módja is kell a joghoz. A fejletlen jog éppen utóbbi eljárások tekintetében tartalmazott rengeteg bizonytalansági elemet, érvényességi problémát. Ezen hibák, bizonytalanságok kiküszöbölésére vezeti be a modern jog a másodlagos normák újabb fajtáit. *Nélkülük a jog bizonytalan, statikus és alacsony hatékonyságú lenne.* Mit jelent ez a három hibaforrás, amik kiküszöbölése nélkül csak a jog elemei vannak meg, de még nincs jogrendszer? Azt, hogy kis közösségben a kötelezettséget megállapító szabályokat még viszonylag egyértelműen alkalmazhatják, másodlagos szabályok nélkül is, feltéve hogy többségben legyenek azok, akik elfogadják a szabályokat. Ha azonban sokan lennének olyanok, akik elvitatják ezeket, és azok is, akik egyenesen megsértik

őket, már rengeteg probléma lép fel. Érvényes-e a norma? Honnan ered? Ki alkotta? Milyen eljárás hivatott arra, hogy ezeket a kérdéseket megválaszolja? Elvileg létezhet tehát az elsődleges szabályok által irányított társadalmi szerkezet is, csak éppen bizonytalanságokkal terhelt. (René König ezt a hagyományos jogelméleti problémát úgy mondotta volna, hogy a normát érvényesnek minősítő hatalom és az érvényesülését biztosító hatalom specializáció nélkül, diffúz módon oszlik meg még a közösségben.)

Továbbá, statikusak lennének a szabályai a jognak, ha csak elsődleges normái lennének. Nem lenne, aki megmondja, hogy min lehet és kell változtatni. Spontánul-tudattalanul, észrevétlenül ekkor is változnának a normák, de csak abban az értelemben, hogy lassan újak alakulnának, ki és éppilyen lassan régiek lehanyatlanának, elkopnának. Nem volna eszköz arra, hogy régi szabályok megszüntetésével és újak bevezetésével tudatosan és manifeszt módon hozzáigazodjunk a megváltozott körülményekhez. *Statikus* lenne a jog. Ez pedig kiküszöbölendő.

Ahol csak elsődleges normák vannak, de a többség követni kész azokat, ott még elvileg működhet a szabályozásnak ez az egyszerű, másodlagos szabályok nélküli formája, de a szabályokat fenntartó társadalmi nyomás mégiscsak szétszórt, tehát alacsony hatékonyságú volna. Ennek a kiküszöbölését a jogtörténet úgy hozta magával, hogy „kidifferenciálta" magából a társadalom egyrészt azt a szervet, amelyik a szabályszegés tényének hivatalos megállapítására hivatott, másrészt később azt is, amelyik a megállapított normaszegést szankcionálja, bünteti-végrehajtja. (Most vesszük észre: az „ausdifferenzierung" – funkcionalista, rendszerelméleti terminusának helye lehet egy angol szövegben. Nem véletlenül hivatkozhat Hartra a részlegesen autonóm jog felé történő átmenetként G. Teubner a maga hiperciklikus, autopoietikus felfogásának kifejtése során.)

A másodlagos szabályok azonban kiküszöbölik e hiányosságokat, s a jog előtti világból a jog világába vezetnek. A modern jog az elsődleges és másodlagos szabályok rendszert alkotó egysége. A másodlagos szabályok – *elismerési, változtatási és ítélkezési szabályok* – differenciációi átfogják a jogfejlődés fő problémáit, s kiküszöbölik azokat. Jogrendszerhez vezetnek (Hart, 1995: 111–132). Hogyan?

Az *elismerési szabályok* (rules of recognition) a rögzítettséggel (pl. írásba foglalás vagy emlékműbe vésett hivatalos lista) és a hivatalos jelleggel megszüntetik a szabályok létével és értelmével kapcsolatos bizonytalanságokat. Tartalmazzák azt vagy azokat a kritériumokat, melyek miatt a többi szabály a jogrendszer része, érvényes szabálya. Ahol pedig már sok a szabály és ellentmondásaik miatt külön értelmezésre szorulnak, ott hierarchiába rendezik azokat, vagy a szokást és a precedenst alárendelik a magasabb jogforrásnak minősített írott törvénynek. Azonban az elismerési szabály a jogrendszer *érvényességi főszabálya*, a legfőbb (normaütközés esetére) és végső (döntő kritériumú) összetevője.

A statikus jelleget pedig a *változtatási szabályok* úgy küszöbölik ki, hogy megmondják, hogyan kell az elsődleges szabályokat módosítani, megváltoztatni, hatá-

lyon kívül helyezni egy adott körben. Az ítélkezési szabályok pedig megállapítják, hogy ki és milyen eljárásban és hatáskörrel jogosult ítélkezni.

Ha a bíróságot vagy más hatóságot felhatalmazták a szabályszegés tényének hivatalos megállapítására, akkor az előzőleg már állást foglalt arról, mik a szabályok. Ezzel az ítélkezési joggal felhatalmazó szabály egyfelől a társadalmi nyomást központosítva küszöböli ki a diffuzitás hatástalanságát, másfelől egyben *az elismerési szabály részévé válik az ítélkezés.* A bíróságok az ítélkezésen keresztül megállapítják, mert *fel- és elismerik* a kötelezettségeket megállapító elsődleges normákat. Idézzük a gyakorlatias szemlélete nyomán a méltán híres gondolatot – melynek mélyebb teoretikus értelmét kapjuk Hartnál –, „jog az, amit a bíróságok és hatóságok tesznek" – formulázhazjuk. (Távol vagyunk az érvényesség szellemtudományi megközelítésétől.)

Hart az elismerési szabályok bevezetésével tehát kiküszöbölte az elsődleges szabályok bizonytalanságait, érvényességproblémáit. Ezzel a normák érvényességének jogpozitivista, de a szociológiai szemlélettől nem teljesen elzárkózó megalapozását adta. Ennek nem kell csak a szervezett erőszak megnyilvánulási formáira, a hatóságok tevékenységére alapoznia az érvényességet (mint a skandináv realistáknak), hanem a jog hatósági és nem-hatósági (magánhatalom átruházása), szociológiai tényezőire együttesen is alapozható. H. L. A. Hart, mint láttuk, amikor a kötelezettséget megállapító elsődleges jogi normákat hiányosságaik, bizonytalanságuk kiküszöbölése végett az elismerési szabályok (rules of recognition) bírói tesztjének vetette alá érvényességük megállapítása céljából, akkor némiképp a kelseni hipotetikus alapnormát szociologizálta. Azt, hogy bíróságok, hatóságok és a magánszemélyek elismerik és alkalmazzák a rekogníciós szabályokat, s ezzel teszik érvényessé a jogot. Az érvényességet így nem kell a „léttelen érték" (H. Lotze) platonizáló, neokantiánus világába száműzni. Amit soha senki nem alkalmazott, nem ellenőrzött – mitől lehetne érvényes? Aminthogy nem is lehet sem feltételezett, éppúgy tételezett sem. Hart úgy segít *az elismerési szabály és ezzel a jogrendszer megalapozásában* és azonosításában, hogy egyszerre tekinti jognak (normának) és ténynek. *Kívülről* nézve a jog (norma) egy társadalmi tény, merthogy az emberi gyakorlat része. Tegyük hozzá kritikailag: ezzel persze kikapcsolta a genézis kérdését (ahogyan a common law jogcsaládban nem lelkesednek túlzottan a jogalkotásért: „az ítélet a törvény horgonya" alapon). De *belülről* nézve (tehát a bíróságok, a hatóságok és a magánemberek egyező gyakorlatában véve) azzal derül ki az elismerési szabály (mint érvényességi főszabály) „érvényessége", ami nem vezethető le másból, mint abból, hogy elfogadottnak tekintik, elismerik – éppen használatával. Ahogy a párizsi méterrúddal kapcsolatban nem vethető fel, hogy pontos-e, hiszen maga a hosszúságmérés mértéke, azonképpen az elismerési szabály is ilyen. Elfogadott minden további magyarázat nélkül.

Látható: Hartnak sikerült a legelemibb, elsődleges szabályok mögé telepítenie tulajdonképpen a jogtörténet több tanulságát, s a jogelmélet majd minden lényeges problémáját: jogkeletkezést, jogalkalmazást, érvényességet, érvényesülést. Termé-

keny volt a nézőpont felvétele, ami az Austin-kritika tapasztalatából következett. Jól kell tudni megválasztani a kiindulópontot – tehetjük hozzá tanulságként. Ez pedig akkor is igaz marad, ha Harttal figyelmeztetünk arra, hogy: „Az elsődleges és másodlagos szabályok egysége egy jogrendszernek a középpontja, de nem maga az egész jogrendszer, s ahogy távolodunk a középponttól, úgy kell helyt adnunk… másféle elemeknek is" (Hart, 1995: 120).

A jogelméleti irányzatok nézőpontjából itt az analitikus pozitivizmusnak nem a szabálypozitivista, hanem az úgynevezett mérsékelt pozitivista felfogásával van dolgunk. Azért, mert a szabályok szociológiai vonatkozásai mellett jut hely az etika számára is. Nem szükséges, hogy a jog kielégítse az erkölcs követelményeit, de kielégítheti. Sőt, a természetjogi minimumoknak, melyek még nem rontják le a jogpozitivista megközelítést, kidolgozott helye van Hart felfogásában. Ezt fejti ki könyve IX. fejezetében. Hasonló megfontolásokhoz, sőt, néha megoldásokhoz jut el itt Hart, mint a kitűnő pragmatista Roscoe Pound, az adott hely és idő civilizációjának megfelelő jogi posztulátumok kidolgozásával (egoizmus, altruizmus, sebezhetőség problémája, tulajdon és felelősség megalapozása a kölcsönös előnyök alapján stb.). Ha Poundot egykoron azzal támadták, hogy relatív természetjoga nem is annyira relatív, hanem nagyon is minden jogrendszer működésének előfeltételeit vette számba, s kevéssé volt történeti az eljárása, akkor a természetjogi minimumok ezen „idő felettisége" még inkább jellemző Hartra. Érdemének tudhatjuk, hogy nem is törekedett másra. Volt arányérzéke ahhoz, hogy a jog világába annyi és csak annyi szociológiai, politológiai és etikai ismeretet engedjen be, amennyire a szabályok világa belső rendszerének megértéséhez szükség van . Így sajátos színt adhatott az analitikus, jogpozitivista tradíciónak, anélkül hogy szétfeszítette volna annak kereteit. A korról, annak társadalmáról és jogáról, melyben élt és élünk, csak rejtett ismereteket fedezhetünk fel könyvében. A történetiség, korhoz kötöttség és a társadalmi rendszerfüggőség szempontjait nem igazán dolgozta ki. Ilyen messzire nem kívánt menni, és nem is ment, mert nem ezek az analitikus irányzat kérdésfelvetései. Viszont könnyen megérthetjük A JOGOT, mint elsődleges és másodlagos szabályok rendszerét. Ezt gondolta át igen alaposan és rögzítette jól felismerhetően – tehát érvényesen.

III.
A NORMATIVITÁS SZOCIOLÓGIKUMA

A társadalom normarendszerének differenciálódása

3.1. A jog a társadalmi normák összefüggésében – a jog normatív oldalának helyi értéke 100
3.1.1. Életszituációk – magatartásformák és normativitás 102
3.1.2. A társadalmi norma és differenciálódása 103
3.1.3. A szokást jellemző tulajdonságok 105
3.1.4. A konvenció 106
3.1.5. A modern jog és formái 107
3.1.6. Kitekintés M. Weber és W. G. Sumner munkásságára 109
3.2. Az antropológia üzenete a szokások jogelméletének: A. Gehlen tehermentesítési elmélete 111
3.3. Somló Bódog felfogásának összevetése a normakontinuum-elmélettel 114

3.1. A JOG A TÁRSADALMI NORMÁK ÖSSZEFÜGGÉSÉBEN – A JOG NORMATÍV OLDALÁNAK HELYI ÉRTÉKE

Az emberi magatartásformák végtelen tengerében, a változó és változatos életszituációkban többféle normatív képződmény keletkezik és fejti ki hatását. Ezek számbavétele egyaránt foglalkoztatja a szociológiát, az antropológiát, a pszichológiát, az etikát, a filozófiát és a jogtudományt. Ez utóbbit illetően a római jogtudósok is különbséget tettek a ius, a fas és a mos formái között. A jogtudomány saját kutatási tárgyának, problémahorizontjának szempontjából alapvető, hogy egyrészt az emberi magatartásformák sokféleségétől el tudja választani a normatív jelenségeket, másrészt a normatív jelenségeken belül specifikálja a jogot. Mert bár minden jog normatív képződmény, magatartásszabály, nem minden magatartásszabály jog is egyben.

A téma kutatásának könyvtárakat megtöltő irodalma jelzi, hogy a különféle felfogások között szinte lehetetlen a leltározó, tipizáló rendteremtés. Annyiban azonban nincs is szükség erre, amennyiben mi – szemben a normaközpontú irodalommal – a jog sajátosságát nem redukáljuk pusztán normatív természetére, hanem a társadalmi lét objektivációs formájaként is figyelembe vesszük. Ezért és ezáltal nem is kell túlterhelnünk a jog mint normatív képződmény természetének megragadását a szokásokkal és az erkölccsel szembeállítottan, mint ezt a vonatkozó jogtudományi irodalom zöme teszi. Nem kell, mert a jog nemcsak magatartásszabály, hanem jogviszony, és szervezeti hatalommal, autoritással alátámasztott döntés is. Nem totalitas homogenea, hanem totalitas heterogenea.

Továbbá a normatív képződmények közötti határok relatív természetűek: a szokásból és a konvencióból jog lesz, a jogból pedig szokás. Az emberi magatartásformák pedig a mindennapi életszituációkban sokoldalúan motiváltak, s éppúgy keletkeztetik, fenntartják a jog, a konvenció és a szokás meghatározott formáit, mint ahogy a mindennapi életben hozott döntéseinket számos egyéb megfontolás mellett (a körülmények hatalma, a várható következmények felől való mérlegelés) normák motiválják. A tapasztalati valóságban lejátszódó cselekvések tömeges-tipikus ismétlődés esetén normatív képződményeket szülnek, s a már létrejött, rögzített normák, ha és amennyiben bizonyos életszituációkra és viselkedésformákra vonatkoznak, azokra érvényesek, akkor döntéseink normatív keretéül, motívumaiul szolgálnak.

Norma, cselekvés és az életszituációk kölcsönhatásos folyamatában különülnek el és önállósulnak tipikus normatív képződményekként az emberi magatartást irányító társadalmi normák fajtái, anélkül hogy valóságos különbségeik, illetve ezek elméleti megragadásai megszüntethetnék a társadalom életének összfolyamatába való beágyazottságukat.

Ezért sem követjük a tiszta jogtan azon jogpozitivista megoldását, mely szerint a jogi norma teljesen elválasztható és elválasztandó minden más normatív képződménytől, mégpedig azon az alapon, hogy: „A pozitív jog olyan kényszerrend,

amelynek normáit emberi lények akarati aktusai – azaz törvényhozói, bírói vagy közigazgatási szervek, avagy emberi lények akarati aktusai által létesített szokások – alkotják" (H. Kelsen, 1963). Nem követhetjük Kelsent, mert a differentia specifica szerepét betöltő „kényszerrend" ismérv a szokásra és a konvencióra is áll, hiszen esetükben is érvényesülnek a kényszerítés enyhébb vagy súlyosabb formái. Ráadásul a konvenciók szintén mutatnak rendezettséget, noha a kelseni elmélet botránykövének számító „alapnormára való visszavezethetőség" rendkritériumának bizonyosan nem felelnek meg, különösen ha figyelembe vesszük, hogy ez a jogi norma esetében is csak fiktív, hipotetikus jellegű megoldás. A rokonjelenségektől való elhatárolás tehát nem lehet abszolút igényű, ahogyan ezt a kelseni elmélet metajurisztikus módszertisztaság követelményének engedelmeskedve és a valóságos átmenetek elemzését figyelmen kívül hagyva feltételezi.

A legalitás és a moralitás között nemcsak különbség és ellentét lehetséges, hanem egy harmadik reláció is, tudniillik az egybeesés. Az úgynevezett elemi normák („ne ölj", „ne lopj" stb.) éppúgy részei a jognak, mint a világi vagy éppen a vallásos morálnak. Georg Jellinek például a normatív jelenségek ezen közös tartományát tekintette a „jog etikai minimumának".

Ezért ki kell egészíteni a jog normatív természetének feltárására irányuló vizsgálódásokat a jogi objektiváció kategoriális felépítésének elemzésével, mert csak ezáltal válhat világossá, hogy a társadalmi lét anyagi és szellemi konstituenciái milyen mozgástérben és tartalommal működtetik a sajátosan jogi normákat, érvényes magatartásmintákat.

Jean Carbonnier szemléletes hipotézisekkel határolta körül a jogrend monizmusának tagadásaként saját jogpluralista álláspontját, a jogszociológiai, a hipotéziseket empirikus alapon igazoló kutatások számára. E szerint „a jog tágabb a jog formális forrásainál", amely mint határérték-minimum utat nyit a pozitivista, dogmatikus jogtudomány monista jogrend fogalmának tágítása felé – a jog materiális tartalmai felé, tehetjük hozzá –, de felülről, a határérték-maximum felől kiegészítendő a realista hipotézissel: „A jog kisebb, mint az emberek közötti kapcsolatok összessége" (J. Carbonnier, 1969). Ez utóbbi ismérv pedig azért fontos – s erre nyomatékkal kell rámutatnunk –, mert elkerüli Ehrlich „élő" jogának parttalanságát, vagyis annak veszélyét, hogy a jog különösségét elveszítvén feloldódik a társadalmi viszonyokban. A jogképződéshez megszámlálhatatlanul sokféle társadalmi tényező járulhat hozzá, de sohasem jogiasodik minden társadalmi kapcsolat, viszony. A jogi szféra terjedelme változik és változtatható, de sohasem fogja át az alapjául és matériájául szolgáló társadalmi viszonyokat. A két hipotézist a jogszociológia az „ott és akkor", a térben és időben lokalizált társadalmi közegben empirikusan igazolni is tudja. Ez a felfogás összhangban lesz a normakontinuumra épített magyarázatunkkal, amely éppen ezért a társadalmi norma törzsfogalmán belül specifikálja a jogi normát. Innen származik magyarázó erejének fölénye a tiszta jogtan valóságidegen, logicisztikus merevségével szemben. Amit viszont a jogszociológia nem tehet meg, az éppen annak a

teoretikus kérdésnek a megválaszolása, hogy miért van ez így? Hogyan szerveződik a jogi objektiváció mozgástere, autonómiája, s milyen a jog belső kategoriális felépítése? Ezért van szükség a jogszociológia mellett egy olyan jogelméletre, amely a jogi objektiváció kategóriaelemzésén alapul.

3.1.1. Életszituációk – magatartásformák és normativitás

Az emberek társadalmi magatartását befolyásoló életszituációk és eszmei képzetek (vallási, szociális, erkölcsi képzetek, hiedelmek stb.) sokfélesége önmagában nem normatív természetű. Ahhoz, hogy a normatív jelenségeket tágan felfogva számba vehessük, és kialakíthassuk a társadalmi norma fogalmát, először el kell választanunk mindattól, ami eszmei természetű ugyan, de nincs normatív rangja. Vázlatosan áttekintve a problémát, ilyenek mindenekelőtt az erkölcsi kategóriák közül a maximák és az értékek. Igaz, ezek esetében a viselkedésre egyértelműben vonatkoztatható követelményekről van szó, mint a különféle világi és vallásos képzetek, mítoszok és előítéletek, világképtöredékek esetében, de az etikai „kellés", értékképzet mégsem a tényleges viselkedésre vonatkozik. „Szeresd felebarátodat, mint tenmagad" – hangzik az újszövetségi maxima, mely bár útmutatást ad, de nem mondja ki a helyes cselekvés mértékét.

Kant nevezetes erkölcsi maximája („cselekedj úgy, hogy cselekedeted az általános erkölcsi törvény rangjával bírjon") sem teszi világossá, hogy milyen cselekedet nem bír ezzel a ranggal. Azt az implicit segítséget megkapjuk a maximától, hogy ha nem így cselekszünk, akkor mások sem fognak ilyen módon viselkedni, s így a rossz példa mutatásával a saját helyzetünket is veszélyeztetjük, de hogy tartalmilag mi az általános erkölcsi törvény itt és ott, ebben és abban a helyzetben, ez nem derül ki az útmutatóban támasztott elvárásból. Ezért nem lehet a magatartás zsinórmértéke sem, amit büntetni vagy jutalmazni lehetne. Hasonlóan az erkölcsi értékekhez, minőségekhez, melyek elvárásaikban konkrétabbak, mint a maximák, de a bátorság, a vakmerőség, becsületesség vagy az erényes magatartás stb. erkölcsi értéke sem szolgálhat a cselekedet megítélésének mértékéül, mert tartalmi szituáltságuk hiánya következtében nem lehetnek kölcsönösek a különböző embereknél az erkölcsi fogalmak. A becsületesség érték, etikaiminőség-kategória, de nem norma, mert e minőség nincs a cselekvés megengedett, tiltott vagy eltűrt mértékére vonatkoztatva.

Az igazság feltétlen érték a gyermek világképében, például akkor, amikor így kiált: „Nem igaz, Tomi, első az igazság, második a hazugság" – de az igazság mástól való elvitatásának és magának vindikálásának eljárása annyira általános, annyira mindenre alkalmazható, annyira mellőzi mindenféle ismereti kiindulóalap tisztázását, hogy nem lehet érvényességről beszélni, nem lehet szituatíve megfeleltetni az adott tényállást az igazolás magasrendű – erkölcsi értelemben magasrendű – igényének. A normák érvénye, rangja szituatív, feltételekkel behatároltan alkalmazható, s így

mondanak ki mértékeket. Az erkölcs, az eszmény absztraktabb, általánosabb. A jogi norma pedig egyenesen kettős hipotetikus szerkezettel adja meg – mint a későbbiekben látni fogjuk – alkalmazhatóságának feltételeit, kritériumait. Az erkölcsi és világnézeti értékek, szemléletek világából e szituációra vonatkoztatottság szükségképpen hiányzik. A cselekvésnek, életvezetésnek, világlátásnak sokkal általánosabb eszmei alapjairól van ott szó, mint a normativitás esetében, amely tartalmi oldalról nem lehet sem túl tág, általános, mindenre kiterjedő, sem túl szűk, egyedi, hanem a tipikusság–különösség szintjén adja meg a cselekvés büntetett vagy jutalmazott mértékeit. A tipikusság a normativitás létmódja, érvényes életszituációja.

3.1.2. A társadalmi norma és differenciálódása

A társadalom össznormarendszerén belül a jogi norma különösségének feltárásában meggyőző eredményeket ért el René König német szociológus, jogtudós, akinek a jelenségeket egységes alapon magyarázó normakontinuum sémájára a továbbiakban jelentős mértékben támaszkodunk (König, 1979).

Azzal a kiegészítéssel, hogy egyfelől jelezzük azokat a teoretikus pontokat, ahol interpretációnkban eltérünk megoldásaitól vagy bővítjük azokat, s hogy másfelől bemutatjuk a téma más klasszikusainak (W.G. Sumner, M. Weber) megoldásait is, amennyiben erre a kifejtés logikája lehetőséget kínál.

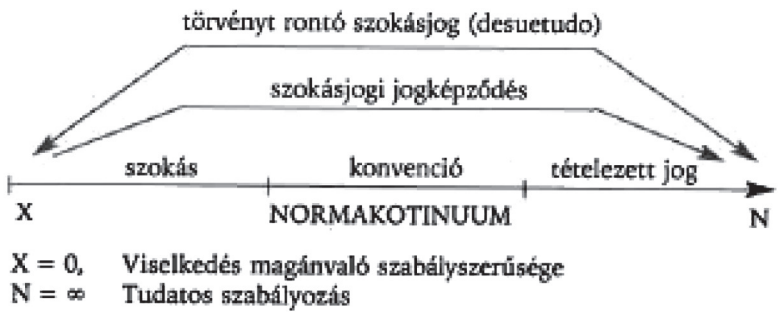
König szerint az általában vett eszmékkel szemben a társadalmi normák reális elvárásokat tartalmaznak, melyeket egyes csoportok vagy egész társadalmak tagjai kölcsönösen éreztetnek egymással meghatározott „szituációkban", s az elvárást kifejező normától való eltérést vagy egyenesen annak megsértését büntetik, míg követését jutalmazzák. A kölcsönösség viszonya a csoporton belül konstitutív jelentőségű, mert az érvényesség szociális dimenzióját, szituációját, s a reá vonatkozó normatív elvárást ez rögzíti.

A normák viselkedéshez kötöttsége, szituatív ténylegessége tehát leválaszthatóvá teszi azokat az etikai kellésről. Elismerve tehát a normatíve nem szabályozott társadalmi magatartások létét, s az etika, filozófia, individuál- és szociálpszichológia stb. teljes jogú érdeklődését ezen morális és hitbeli értékképzetek, egyéni és kollektív tudatformák iránt, figyelmünket ezután a társadalmi normarendszeren belüli különbségekre irányítjuk.

König a normarendszerek differenciálhatóságánál abból a Theodor Geigertől származó belátásból indul ki, mely szerint a viselkedés magánvaló szabályszerűségét és a szabályozottságnak, mint tudatos (normatív) tevékenységnek az eredményét el kell választanunk egymástól. Ezt az elválasztást oly módon kell végrehajtani, hogy az általunk feltételezett viselkedést szabályozó normakontinuum kiindulópontját (minimumát) tudatosság nélküliként kell felfognunk, míg a kontinuum másik lehetséges szélsőértékét, tudniillik a végpontját, tudatossági (és racionalizáltsági) ma-

ximumként gondoljuk el. A végpont felé haladva a normák egyre jobban eltávolodnak a viselkedés spontán, társadalmi viszonyok általi koordináltságától, és egyre nagyobb mértékben valósítják meg a magatartás kifejezett szabályozását. Amennyiben elfogadjuk és kibővítjük ezt az egységes alapú megközelítést, akkor a szokástól kiindulva eljuthatunk a konvención keresztül a joghoz, annak különös formáihoz (szokásjogi jogképződés; jogszokás; tételezett jog; tervező-szervező közigazgatási normák).

A normakontinuum ábrázolva:



Hogyan jöhetnek létre és hathatnak öntudatlanul a szokások az emberek társadalmi viselkedésében? A magyarázatot kétféle mechanizmusban találhatjuk meg.

I. A normával szabályozott viselkedés határa az öntudatlan póluson ott van, ahol a viselkedés tisztán az inger–válasz jellegzetességét veszi fel. Ahol állandóan ismétlődő, azonos környezeti ingerekre azonos reakciókat adunk, ott a magánvaló szabályszerűség a magatartás társadalmi viszonyokba ágyazottságának spontán koordinációjából adódik. A környezethez való alkalmazkodás kényszerének, a viszonyok objektivitásának akkor lesz normatív hatalma, ha e viszonyok által kiváltott reakciók ismétlődnek. A sokszor, tömegesen ismétlődő tapasztalat pedig előbb vagy utóbb valaminő tudatosodásra, az ismétlődés felismerésén keresztüli normativitásra tesz szert. A környezethez való alkalmazkodás kezdetben teljesen „tudattalan célszerűségét" (Kant), a viselkedés spontán, környezetimmanens determináltságát áttöri a tudati mozzanat megjelenése, de anélkül hogy a tudat aktivitása bekapcsolódna a normát szülő adaptációs folyamatba. A normagenezis ezen formája áll legközelebb az élővilág természetes szelekciós mechanizmusához, az emberi viselkedés az állatihoz, anélkül persze,, hogy egybeesnék azzal.

II. Ha már léteznek társadalmi normák, akkor az emberi viselkedésnek az öntudatlan póluson van egy további felhajtómechanizmusa is. Itt sem áll szubjektíve vélt értelem a viselkedés mögött, de állhat norma, mint a múlt jelenbe integrálódott kulturális mintája, amely eredeti keletkezésétől és funkciójától akár teljesen függetlenedhet. „A társadalmi létet átjárja az olyan kulturális természetű viselkedési minták (patterns of culture) sokasága, amelyek mint tényleges szokások ránehezednek a jelenre, és azt meghatározott csatornákba terelik. Ide tartozik a »kulturális evidenciák« óriási sokasága is, amelyek pontosan azon alapulnak, hogy szabályozásuk tényét már egyáltalán nem veszik észre" (König, 1979: 264). Se szeri, se száma az egyedfejlődésben azoknak a kulturális mintáknak, evidenciáknak, melyek értelmére, keletkezéskori funkciójára nem kérdezünk rá, hanem csak a tanulás elemi formájával, az utánzással (mimézis) követjük a készen talált, át nem gondolt mintát. A norma ösztönös interiorizálásával egyben az emberi nem, a kulturális minta által közvetített kollektív tapasztalat részeseivé válunk, vagyis szocializálódunk. Az individuum szocializációja ezért itt a nem reprodukciója, de nem produkciója.

A II. mechanizmus összekapcsolódhat a környezeti inger–reakció normát keletkeztető mechanizmusával (I.) – de a kritérium, mely szerint nem tudják, hogy norma alapján teszik, de azt teszik, ettől még érvényes maradhat.

A tényleges viselkedés és a normativitás – nem lévén tiszta formák, kísérleti szituációk – az I. és II. mechanizmus esetében alig-alig válnak el egymástól.

Lehetetlen megállapítani, hogy mindennapi szociális viselkedésünkben hány olyan alkotóelem van, amely elvesztette eredeti értelmi összefüggését és funkcióját, de lerakódott kulturális maradványként befolyásolja, nyomást gyakorol viselkedésünkre.

3.1.3. A szokást jellemző tulajdonságok

Magatartásunknak az I. és II. mechanizmusban kifejtett mozgatórugóit, melyek teljesen reflektálatlanok és rendszertelenek, szokásoknak nevezzük. Milyen további tulajdonságok jellemzik szokásainkat?

a) A szokást a „mindig így volt" tradicionális igazoltsága élteti, nem kíván külön magyarázatot, mert a cselekvő számára fel sem tűnik, hogy itt szokásról van szó. Csak a külső megfigyelő tud különbséget tenni norma és viselkedés között: „A szokás épp azért szokás, mert szokásos" tautologikus formulájának mélyebb értelme éppen abban van, hogy kifejezi a létező objektivitását, azt, hogy a szokások értékeléstől, véleménytől függetlenül fejtik ki hatásukat, ha már egyszer létrejöttek.

b) A szokás valóban irtózik minden magyarázattól, ezért is jellemzi a szokásszerű viszonyokat nagyfokú inkonzisztencia. Mégis nagy lehet a szokás hatalma, iner-

ciája: túléli saját léte alapjait, s jó, hasznos és rossz, káros szokásként könnyíti-nehezíti életünket.

c) Az, hogy a szokás közvetlenül bele van ágyazva a viselkedésbe, s „a szokások valóban áthatják az életet" (Geiger), nem jelenti azt, hogy a szokásnak ne lenne normatív természete, s a szokástól való eltérésnek ne lenne szankciója, még ha be nem tartása enyhe szankciót is von maga után: a szokást megsértőt kinevetik vagy kitárgyalják. De tessék mondani, ki bírná azt tartósan elviselni, hogy állandóan kinevessék vagy kitárgyalják? Ami egyszer-egyszer előfordulva enyhe szankciónak számít, az tartósan elviselhetetlenné válik.

3.1.4. A konvenció

A hagyomány karakterizálása a szokással szembeállítva történhet, ha a normakontinuum egységén belül kívánunk differenciálni. A hagyományt a tudatosság és viselkedés racionális megokolásának magasabb foka jellemzi, mint a szokást. A szokás a normatív szabályozás azon tartományába tartozik, amelyet csak hallgatólagos, s nem explicitté tett megegyezés övez. A hagyomány (mores, mores maiorum) viszont egyfelől nemcsak tradicionálisan, hanem emocionálisan is meghatározott, másfelől pedig kifejezetten mond valamit léte értelméről, s ekként nyelvi formát ölt.

A hagyomány már elválik a viselkedéstől, többet árul el saját megokolásából, mint a szokás, s a hagyomány jellemzője az, hogy intencionális tartalmai szerint szisztematizálódik, vagyis megszűnik inkoherenciája és diffuzitása, mert mindig egy adott korszakhoz („a posztmodern kor hagyománya"), generációs rendhez („a fényes szellők nemzedéke", „juppik"), szociális osztályhoz, réteghez („a polgárság szokásai", „a papi rend hagyománya") tartozik. A konvenció ezért már gondolkodási formát ölt, tudatossági fok jellemzi, etikai, filozófiai dimenzióival bír.

Az emberi élet fázisaihoz kapcsolódó hagyományok (születési szertartások, névadás, körülmetélés, beavatási szertartás, eljegyzés, házasságkötési és elhalálozási rítusok) értelemmel és jelentéssel bírnak a közösség számára. Az újszülött azonosítása, családi kapcsolatainak manifesztálása, vagy az ifjúnak az első vadászaton való részvétellel a felnőttség rangjára emelése, vagy a szexuális életre való alkalmasság szociális-biológiai érettségének deklarálása, vagy a házasságkötési szándéknyilatkozatnak a közhírré tétele az alapvető mondanivalója az említett hagyományoknak.

Karl Mannheim arra mutatott rá, hogy amíg a szociális térben nehezen definiálható képződmény egy-egy nemzedék, mert hiszen biológiai értelemben azáltal, hogy a nap minden órájában, s minden óra minden percében vannak újszülöttek – tehát a generációs folytonosság uralkodik a megszakítottság felett –, addig a családban a szülők és leszármazottak (atyák és fiúk) viszonyában biológiailag is világos a nemzedékek léte. Ennek ellenére a generáció elsősorban mégsem biológiai, hanem szociális és történelmi képződmény. A születés biológiai ritmusa csak előfeltétele a

generációknak, mégsem ragadható meg a generációk jelensége pusztán évjáratok szerint (1, 7–10, 15, 30 évet javasolnak a különböző biologizáló, pozitivista elméletek a probléma megoldására), hanem a szociális tér olyan csoportképződményeiről van szó, amelyek különös történelmi körülmények szülte tapasztalatok, élmények által keletkeznek. Ha nem lett volna 1945 után felszabadulás az ország újjáépítési lendületével, optimista perspektíváival, akkor nem létezik a „fényes szellők nemzedékének" generációs hagyománya sem, melyet utóbb a művészet és a tudomány érzékileg megjeleníthet, vagy elméletileg megragadhat. A történelem, s nem a biológia a nemzedékek eltérő hagyományainak az okozója, akkor is, ha a különös tartalmak, tapasztalatok váltakozásában, ismétlődésében az örök emberi konfliktus formailag tetten érhető. Ebben az összefüggésben jellemezte Karl Marx a generációs hagyományokat akként, hogy „Minden korábbi letűnt nemzedék hagyománya lidércnyomásként nehezedik az élők agyára". Szüleink bennünk vannak, s mégis át kell lépnünk árnyékukon.

A hagyomány, így a jogra vonatkozó hagyományok is gyakran közmondásszerű szólásokban verbalizálódnak. Például „Rövid, mint a pünkösdi királyság", „Törvényben nem jó a hamarság", „Ki a közöst nem becsüli, a büntetést megérdemli" (Ó. Nagy, 1966). Ilyenkor a nyelvi megformáltság tökéletessége csak elősegíti a társadalmi vélekedés, jelentés kibontását, és megkönnyíti az ítélőerőt segítő tapasztalat áthagyományozását a következő nemzedékekre.

Ezáltal a hagyományoknak magas fokú fegyelmezőerejük van, s szankcióik – összhangban a tudatosság magasabb fokával, ami a társadalmi elvárhatósági szint növekedését is maga után vonja – erőteljesebbek a szokás szankcióinál: a kifejezett (verbális) figyelmeztetéstől és helytelenítéstől kezdve egészen a kiközösítésig és bojkottig terjednek.

A szokás és a hagyomány tudatosságban – nyelvi és szimbolikus rögzítettségben és szankcionáltságban meglévő különbözősége ellenére – egy sávban egybe is esik egymással. A szokást felfoghatjuk „megdermedt" hagyománynak, miként a konvenciót pedig olyan szokásnak, amely nemzedékről nemzedékre szakadatlanul újratermelődik és átöröklődik (Gofman–Levkovics, 131). Ezért és ebben a szűk, közel sem minden jelenségre kiterjedő érvényességi körben tekinthetjük tehát a kettejük viszonyát relatívnak.

3.1.5. A modern jog és formái

A szokás és a konvenció a társadalmi szabályozás azon formája, ahol a holt uralkodik az élő felett. Ezzel szemben a modern jogot nem az állandóság, az idő szentesíti, hanem a modern jog. Ebből fakad számtalan olyan sajátossága (rendelkezés, célkitűző emberi tevékenység eredménye, nem tradíció, hanem újítás, avagy a hegeli jogfilozófia nyelvén kifejezve: a jog tételezett), amelyeket most König nyomán csak

felsorolásszerűen kell számba vennünk, hisz a részletes kifejtés az egész munkánk feladata.

A modern, tehát nem prekapitalista jog, bár összefügg a társadalmi valóságban a jogon kívüli társadalmi normákkal, azokra támaszkodhat is – például az élő jogra, szokásra, hagyományra, jogszokásra –, de alapvető meghatározottságában, keletkezésekor valódi rendelkezés. „Ahogy a fejlett vallások a helyi istenekkel, rendszerint úgy fordulnak szembe a történelem nagy jogalkotásai a sok, regionálisan különböző hagyománnyal, amennyiben egységes normarendszert teremtenek meg" (König, 1979: 270). Ezt a modern, tételezett jogot szilárd nyelvi és írásos formába öntik, jogtételei rögzítettek (1).

A racionális kifejtés fokozatosan megszabadít az Őskultusz hiedelmétől, a hagyománynak közmondásos formában továbbadott bölcs tanácsától (2).

Rendszerezett, világos, egymással összefüggő definíciókkal operál (3), melyeket külső formájában ellentmondásmentesen, racionálisan kell kifejteni (4). Tartalmilag a normarendszerben egyre több érték és célracionális mozzanat bukkan fel (5). A jogi norma betartása felett a rendezettség ezen szintjén már nem a csoport egésze őrködik diffúz módon, mint a hagyománynál, hanem specializált területté válik, alá lesz vetve a társadalmi munkamegosztásnak, s normasértés esetére állami kényszerítő eszközöket alkalmaznak, vagy legalábbis helyeznek kilátásba, szankcióként (6). A jogalkotás és a jogmegvalósítás, kevés kivételtől eltekintve (például választott bíráskodás) állami monopóliummá lesz. A jog és a hatalom, ha tetszik, ha nem, kétes frigyre lépnek (7). Egyre több olyan tényállás jogiasodik, amelyet korábban a hagyomány szabályozott (8). Ezekkel a jog normarendszere a jogalkotásban és a jogszolgáltatásban is egyre jobban beágyazódik az állam szervezett intézményeibe, s weberi értelemben bürokratizálódik (9). Nemcsak a társadalom össznormarendszerébe ágyazódik a modern jog, hanem az állami szervezetrendszerbe is. A modern jog normarendszere túlmegy a fennálló valóságon: megpróbál diszpozitív módon a jövőre hatást gyakorolni, tételezettségével új viselkedési formákat teremteni (10). Nem áthagyományozódik, nem a tényleges viselkedéshez tapad, hanem speciális módon a viselkedésnek mint olyannak a szabályozására törekszik. A jog tudatos normatív tevékenység eredménye (11). Tekintettel arra, hogy az előző tulajdonságok állandósulnak és szisztematizálódnak, a jogba integrálódik a racionális tervezés mozzanata (12). A jogi normából annak rendelkezőereje folytán a társadalmi ellenőrzés eszköze lesz (13). Itt, a tudatosság ezen maximumainál érkezünk el a jogrendszer határához: bizonyíthatatlan, hogy képes-e és milyen mértékben a jogrendszer a viselkedés szabályozására, és hogy más normarendszerek nem hatékonyabbak-e nála a társadalmi ellenőrzésben (14).

A társadalom össznormarendszeréből, melynek része volt, kiemelkedett a jog. Frigyre lépve a hatalommal bekapcsolódott az állami szervezetrendszerbe, de kérdésessé vált egyúttal, hogy képes-e – és ha igen, milyen mértékben – beépülni a tényleges társadalmi cselekvésbe.

A normakontinuum funkcionális sémája:

A reprodukció alacsonyabb szintjén uralkodó kategória a magasabb (N), tételezett jog szintjén visszatér: a kezdetben innovatív tételezés a szokásszerűvé válással eltudattalonodik, ha és amennyiben adekvát tételezés volt.

3.1.6. Kitekintés M. Weber és W. G. Sumner munkásságára

Az eddig tárgyaltakkal ellentétesen oldotta meg Max Weber a „bevett szokás" kategóriaspecifikálását, melynek megsértése esetén szerinte mindenféle késztetés hiányzik a közösség, a társulás részéről. Ellenben a konvenció szankcionált azon emberek körének helyeslő vagy helytelenítő befolyásával, akik a cselekvő környezetét alkotják. Ez a befolyásolás sokféle módon történhet, de nem történhet a szervezeti kényszer útján: ez a jogrend nélkülözhetetlen tulajdonsága (de nem a konvencióé, és nem a szokásé). Weber maga is hangsúlyozza, s ezzel maradéktalanul egyetértünk, hogy e formák között képlékeny átmenetek léteznek (Weber, 1992: 16, 22).

Weber rendszerezésével egyben utat nyit az egyidejűleg érvényes többféle jogrend elfogadásának, a jog plurális felfogásának. Az állami jog és a kánonjog egyaránt eleget tesz a szervezetikényszer-kritériumnak: mindkettő jog és nem más (Weber, 1992: 16–27). Ha viszont a szervezeti kényszer a differentia specifica a jogrend esetében és nem más, úgy a maffiatípusú közösségek vagy a szervezettbűnöző-csoportok normáit is jognak kell tekintenünk, holott azok az állami jog felől nézve illegális képződmények. Szervezeti erőszak-érvényesítő képességük – fizikai és/vagy pszichikai kényszer alkalmazása – nem a törvényes erőszak monopóliumán nyugszik, mint ahogy ez az állami szervek esetében a weberi, szervezetszociológiai ismérv, hanem részben társadalmi normák hatalmán, részben pedig expressis verbis törvénytelen, jogellenes kényszeren. Épp ezért a szervezet által alkalmazott kényszer jogkritériumkénti alkalmazása nem tűnik elégségesnek, mert a jogellenest nem lehet legálisnak tekinteni, hiszen ezzel elismernénk a jogegyenlőtlenség jogát, és lerontanánk a jogrend egységét.

Weber konstrukciója persze összhangban áll megértő szociológiájának rendszerével (és módszerével), s tagadhatatlan, hogy számtalan értékes magyarázatot ad a gazdaság, a társadalmi rend és a társadalmi hatalom kérdéseire. A jelenlegi, szűkebb problémánkra adott megoldás szempontjából azonban rá kell mutatnunk arra, hogy felfogásával szemben König – azáltal, hogy először bevezette a társadalmi norma törzsfogalmát, s ezután differenciál a szokás, a konvenció és a jog formái között, és a modern jogrendet az állami kényszerrel specifikálja – kiküszöböli a fenti implicite meglévő legális/illegális jogrendfogalom ellentmondását, ami a szervezeti szankciókritérium alkalmazásával áll elő.

Tévedés volna azt gondolnunk, hogy itt pusztán a fogalmi elrendezés vagy az elméletalkotás tárgyi súllyal nem rendelkező problémájáról van szó. Egy mai példán megvilágítjuk a dolog jelentőségét. A volt Szovjetunióban 1994 elején a maffiagazdaság 5000 szervezetet foglalt magában, s körülbelül 3 millió embert foglalkoztatott. Összgazdasági súlyát, potenciálját legalább 25, de inkább 33%-osra becsülik. Zárt rendszerről van szó, amelybe nem könnyű bekerülni. A felettesnek, az elöljárónak való engedelmességet feltétlen követelménynek tekintik.

Ezért a maffiába való felvételt kemény próbához, gyakran családtag meggyilkolásához kötik. Legfelsőbb szinteken nyilvánvaló, hogy az állami életre formális és informális kapcsolatokon keresztül egyaránt hatni képesek, s a pénzügyi és bankvilágban, valamint nem utolsósorban a privatizációs hatóságoknál jelentős befolyással rendelkeznek. Tehát „gazdaság a gazdaságban" (maffiagazdaság a többszektorú gazdaságban) és „állam az államban" helyzet alakult ki. Mi a valóság ezen állásának jogelméleti jelentősége? Az, hogyha az eddigi Weber-szövegek alapján szemléljük, ítéljük meg, akkor el kell fogadni: a szociális realitás azonos minőségeiről van itt szó, a törvényes gazdasági szektor és az illegális, az állami és maffialét egyenrangú annyiban, amennyiben mindkettőnek megvan a maga egymás mellett párhuzamosan létező jogrendje. Ez esetben azonban az állami szuverenitás, az általános akarat képződése nem épülhet fel az általános választójog formális politikai és jogi egyenlőségén, mert lerontja azt a maffiagazdaság illegitim jogképzőereje. A maffiagazdaság szervezett bűnözése olyan hatalmi centrummá vált az egykori Szovjetunióban, amely olyan uralmi jogosítványokat gyakorol befelé, saját szervezetén belül, amely az alávetettek számára gyakorlatilag jelentősebb, mint az állam jogrendjének előírásai, s miközben azt – contra legem – követik, megsértik, lerontják, delegitimálják a legális rendet. Kifelé, össztársadalmi hatásában pedig „a formális jogot materiális tartalommal töltik ki, áttörik a jogegyenlőséget, új függőségi viszonyokat hoznak létre, és végül a gazdaságról áttérnek az állam politikájára, hogy annak hatalmi szerveit céljaik szolgálatába állítsák" (Hilferding , 1924). Jól látható, hogy Rudolf Hilferding államteorémája pontosan megragadja a „kétféle jogrend, mert kétféle szervezeti rend" helyzete társadalmi tartalmát.

William Graham Sumner 1906-os klasszikus munkájában *(Népszokások)* tudatosan arra törekedett, hogy a társadalmi viselkedési formák szinte mindegyikét (szo-

kást, hagyományt, ethoszt, de még a kobold- és démonképzeteket, sőt a véletlenről kialakított primitív nézeteket is) bevonta vizsgálataiba, amennyiben azok szükségletek kielégítésére irányuló törekvésekből fakadnak, és semmiféle hatóság nem hangolja össze őket (Sumner, 1978: 5–7 és 21–122). Ezzel rendkívül érdekes, értékes és hatalmas anyagát hozta össze és dolgozta fel a lehető legtágabban értelmezett viselkedési formáknak, ahogy ő bátor, sőt némiképp vakmerő neologizmussal elnevezte: a népszokásoknak. Mindez azonban nem változtat azon, hogy nem minden emberi viselkedésforma normatív természetű, s ezért a jogelmélet szempontjából csak az hasznosítható, amelynek jogképző ereje van. A szociális viselkedés megértésének tágabb, szociológiai, antropológiai és filozófiai dimenzióit nekünk egy szintetikus jogelméletben is csak annyiban kell tárgyalnunk, amennyiben azok belejátszanak a társadalmi normák alakulásába.

Annak a helyzetnek a kifejtése pedig, hogy „az eszméknek, képzeteknek, a tudatnak a termelése először is közvetlenül bele van szőve az emberek anyagi tevékenységébe és anyagi érintkezésébe, a valóságos élet nyelvébe" (MEM 3. k. 24.) nem a jog normatív, magatartásszabály-természetéhez tartozik, hanem a jogi objektiváció kategóriaelemzéséhez.

3.2. AZ ANTROPOLÓGIA ÜZENETE A SZOKÁSOK JOGELMÉLETÉNEK: A. GEHLEN TEHERMENTESÍTÉSI ELMÉLETE

Amikor a környezeti inger–reakció mechanizmust az „ismétlődésmozzanat" felmutatása végett kiemeltük a viselkedésformák komplexitásából, akkor egy pillanatra sem gondolhatjuk, hogy itt – az öntudatlanság okán – az állatokéval egybeesően szerveződne az emberi viselkedés. Van hasonlóság, de antropológiai, filozófiai értelemben a különbség a döntő, amint ezt az Aquinói Tamás–Kant–Hegel–Schiller–Herder–Marx–Hartmann–Gehlen–stb.- vonulaton, különbségeik ellenére, sokféleképpen kimutatták. Herder a következőképpen: „Az állat és a növény esetében a természet nem csupán a meghatározást adja meg, hanem egymaga kivitelezi is. Az embernek azonban csak a meghatározást adja, és a kivitelezést Őrá bízza. Valamennyi ismert lény közül csakis az embernek van meg az előjoga, hogy a szükségszerűség gyűrűjébe, mely puszta természeti lények számára szétthephetetlen, akaratával belenyúljon, és jelenségeknek egészen új sorát kezdje el önnönmagában (ez a szabadság kanti definíciója – emlékeztet Gehlen). Az aktust, mellyel ezt végbeviszi, kiváltképpen cselekedetnek… nevezi" (Gehlen, 1976: 42). Nem osztjuk tehát az embert a magasabb rendű emlősállatokkal meglévő hasonlóságok alapján az állatvilághoz közelítő (biologizáló és/vagy információelméleti) felfogásokat, melyek a szervetlen és a szerves létszférához képest nem látják a kategoriális ugrást, melyet a munka, a társadalmiság, a nyelv és a szabadság együttesen hordoz az evolúció eredményeként a filogenezisben. De mit üzen az antropológia a szokások elméletének?

Erre a kérdésre próbálunk meg válaszolni századunk talán legjelentősebb kutatójának tekinthető Arnold Gehlen (1904–1976) munkásságának a felhasználásával.

Minden tartalmi és kifejtésbeli gazdagsága ellenére is jelezni kell, hogy nem problémátlan a gehleni filozófiai antropológia tehermentesítési elméletének megalapozása a biológiailag-fizikailag specializálatlan, eredendően fogyatékos lény posztulálásával, amely e teória szerint a nemet mondani képes szabad cselekvéssel küzdi le létének anyagi, biológiai előfeltételeit (Ágh, 1976). Azonban az általános elv, a tehermentesítés elvének sokféle értelme közül a szokások tehermentesítő szerepéről mondottak témánk szempontjából teljességgel figyelemre méltóak, s éppen az állat közvetlen, szituatív viselkedésének biológiai szükségletek uralta zárt világával szembeállított emberi tevékenység általánosítási képességének leírása szempontjából antropológiailag is helytállóak. Arról van szó, hogy a szituativitástól eloldódó emberi viselkedésnek a szokás közvetítő eszköze (nem organikus médiuma) lesz a viselkedésben, ami a cselekvés és a gondolkodás tehermentesítésével hozzásegíti a közvetlenség uralmának felfüggesztéséhez, s ezen keresztül lehetővé teszi a jövőre irányuló általános tartalmak kibontakoztatásának elősegítését. Gehlen egy helyütt így fogalmazza meg viselkedésünkben a szokás rendkívüli szerepét a magasabb tudati, szellemi funkciók előtérbe kerülését illetően: „A szokás tehermentesít, mégpedig először is abban az értelemben, hogy egy megszokott viselkedés esetében elesik a motiválás és az ellenőrzés munkája, a kiigazítással való fáradozás és az affektív töltés. »A mindennapi életben – mondja Guillaume – megszokott aktusainkat bizonyos tárgyak észlelése váltja ki; ezekre a tárgyakra automatikusan reagálunk.« Az ily módon szokásszerűvé tett viselkedés éppen azáltal, hogy kisiklik a tudat beavatkozása alól és leülepszik, egyben stabilizálódik is, ellenállóvá lesz a kritikával, immunissá az ellenvetésekkel szemben, s így alapjává lesz egy fölötte emelkedő, magasabb, változékony viselkedésnek. Csak aki például biztosan és folyékonyan tudja egy idegen nyelv mindennapi szó- és alakkészletét, csak az képes a nyelvi finomságok kidolgozására fordítani figyelmét. Ezt a fontos tehermentesítési folyamatot, melynek során a szokásképzés lerakja egy magasabb viselkedés alapjait, egészen a feltételes reflexig nyomon követhetjük" (Gehlen, 90–91).

S érdemes a viselkedés pszichés alapjainak gehleni elemzését a feltételes reflexek szerepének értelmezéséig nyomon követnünk, mert e területen szaktudományosan is megalapozva építi fel antropológiáját (szemben azzal, amikor a biológiából a metafizika felé fordul a társadalmiság kimunkálása helyett, melyre számunkra a jogi objektiváció megalapozása szempontjából különösen nagy szükség lenne). Így folytatja: „A feltételes reflex-képződés eredményeképpen egy elsődleges ingerrel összekapcsolt reakció (pl. nyálelválasztás a táplálék megpillantásakor) már egy véletlen inger hatására is bekövetkezik, ha az rendszeresen megelőzte a feltételes ingert, ahogy a csengőhang a táplálék megpillantását.

Kétségtelen, hogy ezzel az ösztönös első reakció struktúrája a szokáshoz közeledik, mert az automatizmus egy olyan szituációhoz társul, mely rendszeresen

ugyanazon szituációként ismétlődik meg, miközben bizonyos, különben jelentőség nélküli ingerek gátlásfeloldó értékre tesznek szert, amennyiben szabályszerűen ismétlődnek.

Így már itt megmutatkozik a szokásképzés bázisfunkciója: ez a folyamat ugyanis rögzít egy viselkedési szintet az ingerekkel szemben, innen kiindulva további új tartalmakat lehet megélni és bevonni az értékesítés körébe [kiemelés tőlem – Sz. P.]. Az így keletkező másodfokú, feltételes reflex azt jelenti, hogy az elsőfokú reflex alapján kiszélesedik a meghódított környezet: Pavlov megfigyelte, hogy valamely első jelzéshez társuló érték átvihető egy második jelzésre. Ha már a táplálékot jelző metronómhang felszabadítja a nyálelválasztást a gátlás alól, úgy végül a metronómhangot megelőző fénnyel is elérheti ezt a hatást. Ez annyi, mint az ingermező kiszélesítése valamely előbb szerzett szokás alapján. Az ember valamennyi magasabb funkciója az intellektuális és morális élet minden területén, sőt a kifinomodott mozgások és cselekvések is mind csak azáltal fejlődnek ki, hogy a megalapozott, szilárd alapszokások kialakulása tehermentesíti és »átadja a magasabb szinteknek« az eredetileg ezen a szinten bevetett motivációs, kísérletezési és ellenőrzési energiákat" (Gehlen, 90–91).

Szólnunk kell a „szilárd alapszokások magasabb szinteknek teret nyitó" hasznos tulajdonsága (tudniillik az embert emberré tevő antropológiai tényállása) mellett a szokások immáron nem antropológiai, hanem szociológiai relevanciájáról. Amennyiben szociológiailag vizsgáljuk a problémát, különbséget kell tennünk a szokások jó (tehermentesítő) és rossz szokásként ható funkciója között. Ez utóbbi esetben a szokások ha tetszik, cum grano salis terheket rónak a cselekvő emberre. Arról van szó, hogy nagy a szokások ereje, s így a tehetetlenségi nyomatéka is, melyek gátolják a cselekvőt az újítások megtételében. Az emberi cselekvés szociológiája jó szokásként tartja számon, ha tudatosan kialakított mindennapi cselekvéseinkbe rendezettséget viszünk, például azzal, hogy mindig ugyanabba a zsebünkbe tesszük autókulcsunkat.

Ez ugyanis megkímél bennünket attól, hogy gondolati erőfeszítést kelljen tennünk, amikor indítani kívánjuk az autót. Elesik ettől az előnytől az az ember, aki rendetlen, s mindig keresgélnie kell kulcsait, pénztárcáját stb. A szokásszerűvé tétellel, automatizálással hasznosítjuk a rend nyújtotta előnyöket, s elesünk ettől, ha hasznos szokásaink nem lévén, rendetlenek vagyunk. Ahogy a magyar szólás tömören kifejezi: „jó szokás gazda a háznál" (Tárkány Szücs, 1981: 781). Viszont kialakított tanulási szokásaink, amelyek jól beváltak egy helyütt, teszem azt a tételes jog elsajátítása közegében (például joghallgatók esetében), gátolni fogják a tudás más típusának megszerzését, például a történelmi, filozófiai ismeretek megszerzését, mert azok kevésbé mozognak a fogalmak definiálásának formalizált világában, kevésbé rendszerezhetőek a főszabály, kivétel plusz „egyéb" tanulástechnikailag rögzített sémájába.

Elevenebb szemléletet, a keletkezés és a fejlődés nézőpontjait jobban előtérbe állító, a dialektikus átmenetek iránti fogékonyságot, diszkurzív gondolkodási eljárásokat igé-

nyelnek a történelmi-társadalmi, filozófiai ismeretek a pozitív jog dogmatikai elsajátításához képest. Ezért megváltozott közegben akár hátrányos is lehet a változatlan szokások erejének, tehetetlenségének érvényre jutása. „Rossz szokásainkat" csak tudatos erőfeszítéssel győzhetjük le, új, helyzet- és feladatadekvát „jó szokások" kialakításával.

3.3. SOMLÓ BÓDOG FELFOGÁSÁNAK ÖSSZEVETÉSE A NORMAKONTINUUM-ELMÉLETTEL

Mire jutott a magyar jogelmélet pozitivista és neokantiánus klasszikusa, Somló Bódog a szabály és a szabályosság viszonya klasszikus problémájának tisztázásakor? Somlóra azért érdemes reflektálnunk, mert kifejezetten foglalkozott a szabályosságnak a jogfogalomban való elhelyezkedésével is. Mint a *Juristische Grundlehre*ben írja: „Hogy a jogszabály fogalma a szabályos fogalmához is kapcsolódik, gyakran érzékelik, de ez az érzés a legtévesebb tanításokban fejeződött már ki. Figyelmen kívül hagyják, hogy még akkor is, ha bizonyos jogszabályok gyakran csak *az emberemlékezet óta mindennapi gyakorlatot követelik* [kiemelés tőlem – Sz. P.], a gyakorlat – legalábbis jogilag – még ekkor is *követelt* gyakorlat, és ha ez is a helyzet, a gyakorlat a benne kifejeződő követelményekre mindig visszavezethető" (*Modern polgári jogelméleti tanulmányok*, MTA ÁJI, Budapest, szerk. Varga Csaba, 1977: 57). Tehát (1) vannak szabályosságok (Normalität), amelyek nem jelennek meg követelményként és olyanok, (2) amelyeket követelménnyé, Sollen-természetűvé tesz a jogszabály. Egyetértésünk mellett húzzuk alá Somló harmadik megfontolását, hogy amikor a gyakorlat a jogszabályban rögzített követelmény, „a gyakorlat a benne kifejeződő követelményekre mindig visszavezethető", mondhatjuk kapcsolatban áll a dolog természetével. Tehát ekkor, a jogilag követelt gyakorlat is visszavezethető közös alapjukra, az emberi-társadalmi életre, gyakorlatra. Itt és ekkor viszont együtt van a Sein és a Sollen, ami éppen nem támogatja a módszerdualista elválasztást. Ez az a megfontolás, amelyet Somló a későbbiekben nem igazán alkalmaz. Pedig erős példaként ilyen a nemzetközi kapcsolatok joga jogszabálynak nem minősülő azon jogforrása, amely a nemzetközi gazdasági kapcsolatok körében kialakult (főleg kereskedelmi) szokásokat és szokványokat vesz át a praxisból (lásd Vörös Imre, 8.3.3. alatt).

A probléma jelentőségét illetően tehát Somló megerősíti törekvéseinket, amennyiben ő is tárgyalja a szabály és a tapasztalati szabályosságok kettősségének viszonyát. Az eltérés okát a módszerdualizmussal kijelölt fogalomalkotásban és azon jogpozitivista törekvésében kell megtalálnunk, *amely a jogi alapfogalmakat élesen szétválasztani igyekszik a tételes jog változó tartalmaitól* (Moór, 1921: 1) – következésképp mind a szociológiai, mindpedig a természetjogias mozzanatoktól.[77] Mindez

[77] Ha nem a módszerdualizmusból, hanem a tárgyra irányuló közvetlen szemléletből indulunk ki – bár tudjuk, hogy Somló határmegvonásait éppen *nem* ez vezette –, akkor könnyen belátható, hogy

részéről teljesen legitim eljárás, csak éppen a módszertani döntéseknek konzekvenciái vannak. Somló a szabály szónak és a vele szinonimának tekintett normának, törvénynek kettős, ontologikus (szabályosság) és normatív (legyen) értelmet tulajdonít. Ezért némiképp meglepő, hogy amikor a jog genus proximumát keresi, mégis már a jelentés második értelme, a legyen mellett köt ki. „A jog genus proximuma a megtörténni követeltnek, s nem pedig a történés rendszerességének a fogalma", mondja (1977: 56). Ugyanis – a jog fogalmának tudományon belüli meghatározása során – már a módszerdualizmus szemüvegén keresztül nézi a problémát, s így adódik a *jog genus proximumaként a szabály fogalma – amihez képest lesz specifikálandó a legyen, az akarati (Sollen) tartalmú jogi norma* (hogy aztán ezt ruházza fel különböző, összefüggéseiben releváns attributumokkal.[78] Egyik hátrányos konzekvenciája döntésének, hogy a genezis mozzanatára érzéketlenné válik a módszerdualista szemlélet: annak a mozzanatnak a feltárására, amely a szociális térben, a társadalmi lét szituációiban találja meg a normativitás szülőanyját, az ismétlődés erejénél, a tényszerűség normatív hatalmánál fogva. A tényleges viselkedés eleve különbözik a jogszabály akarati tartalmú normafogalmától. Ez a jogpozitivizmusának pozíciója. Valójában és a normakontinuum-elméletben a normativitás, mintakövetés a társadalmi együttélés tapasztalati adottsága. A másik hátrány pedig az, hogy a szokásjogi jogképződés rendszertanilag különnemű, másutt tárgyalandó problémává válik. A minden tételesjog előfeltételéül szolgáló, pozitivista fogalommeghatározásokra való törekvése – ezen konzekvenciák nyomán – eleve kizárja tehát a normakontinuumot, amely szociológiailag, ontológiailag és pszichológiailag alapozódik meg. Eljárásában az ismétlődést mint abszolút szükségszerűséget a nomotetikus tudományosságnak adja (voltaképpen a természettudományoknak). Míg a jogérvényesülésbe általa is elismerten szerepet kapó hatásosság-ismétlődés, mint ami a Sein, a tények világának tartozéka, ki van zárva a Sollen-típusú képződmények világát leíró

---

a tényeknek, körülményeknek, azok ismétlődésének jut szerep a szabályalkotásban, így a jogalkotó hatalom által alkotott szabályokéban. Ahogy az *Institutiones* egy helyütt mondja: „A ius gentium pedig az egész emberi nemre nézve közös. Mert a szokás hatalma és az emberi szükségletek nyomása alatt valamennyi nép bizonyos szabályokat állapított meg magának…" (*Justinianus császár Institutiói.* Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1997, 15). Tehát szemben a görög „diké" archaikus, az élet egész rendjét egységbe foglaló szavával, a jog népénél, a rómaiaknál nem úgy szakadt el egymástól a szokás és a jog, hogy megszűnt volna közöttük mindennemű kapcsolat – mint ezt Jhering bizonyos fejtegetéseire támaszkodva Somló bizonyítani igyekszik.

[78] Anélkül, hogy részletesebben taglalnánk, Somló természetesen megoldja a jogi szabály (norma) specifikálását. Az abszolút érvényű, másra vissza nem vezethető szabályosságokkal szemben *az emberi-akarati normák közül a jogi szabály differentia specificuma az lesz, hogy egyedi, meghatározott (empirikus) követelményeket tartalmazó, hatásos és a legfőbb jogalkotó hatalomtól eredő norma* (*Jogbölcsészet.* Prudentia Iuris 1. Miskolc, 1995, 14–22). Vagy a jog meghatározásaként, a jogalkotó hatalom felől nézve: „Jog alatt egy rendszerint engedelmességgel találkozó, széles körre kiterjedő és állandójellegű legmagasabbrendű hatalom *szabályait* értjük" (1977: 55).

fogalomképzésből. Ezért elesik a követelt gyakorlat kapcsolata közös alapjukra, az emberi-társadalmi életre – noha láttuk, hogy felvetette ennek relevanciáját.

Saját megoldásunk felől nézve: a valóság ontológiai felépítettségében azonban az *ismétlődésnek kiiktathatatlan szerepe van:* minden létszféra, egyaránt a szervetlen, a szerves természet és a társadalmiság kategóriája. A társadalmi létben már különös módon, *normativitásként* van jelen az ismétlődés, szokásként, hagyományként, ami a genetikus szemponton túlmenően, funkcionálisan verbalizált (írott, íratlan vagy szimbolizált formákban). Normakontinuum-elméletünkben a folyamatosságban ez a megszakítottság, ami a társadalmi norma törzsfogalmát differenciálja: tudatosságában, instrumentális racionalizáltságában[79] és szankcionáltságában.

Genetikus szempontból nem dobható ki a szabályosság a jogból. Ugyanis a normativitás a társadalmi élet terméke, s ahogyan az emberi magatartások is lehetnek tudattalanok, tudatosságot mellőzőek, azonképpen a normativitás is lehet néma. Nem pusztán logos és nem is pusztán csak értelmi rendszer, mint ezt elemzéseikben többen felfogják, hanem társadalmi tapasztalat, praxis is. Az életszituációktól függetlenül nem lennének szokásnormák. Azért nem, mert a szokás, majd a szokásnormák a körülmények, a társadalmi helyzetek nyomására jönnek létre. Az emberek „nem tudják, de teszik" a normának megfelelő magatartást, mert a normát is és annak tudattalan célszerűségét is a fennálló, stabilizálódott életkörülményekhez való alkalmazkodás váltja ki. A probléma jól érthetővé válik a kanti *célszerűtlen célszerűség (Az ítélőerő kritikája)* felvetése nyomán, de az *adaptáció, mint evolúciós léptetőrugó* is rámutat *a nem értelmileg vezérelt cselekvések* jelentőségére a társadalmi létezésben.

A *szabály* (ismételtség, szabályosság) és a *norma* (előírás, követelmény) különbsége felfogásunkban analóg azzal a problémával, amit a célszerűség és a tudatos, célkitűző tevékenység hartmanni elemzése mutat fel. Minden célszerűséget akadálytalanul lehet egy céltevékenység eredményének tekinteni. Ez az azonosítás azon alapul, hogy „egy folyamat lefolyásáról, mint olyanról, főként ha egy folyamat-szerkezetben zajlik le, sohasem olvasható le közvetlenül, hogyan van determinálva, vajon abban a létrehozó okok valóságos, azaz ad finem kiválasztott eszközök–e vagy sem. Ezt a jelenségek »determinatív semlegességének« is nevezhetjük" (N. Hartmann, 1970:

[79] Az instrumentális racionalitás kezdetét alighanem az írásbeliség hatása jelenti a jogfejlődésre. Úgy, ahogy ezt H. S. Maine felfogta: „Az ősi törvénykönyvek alkotására kétségkívül eredetileg az írás mesterségének felfedezése és elterjedése ösztönzött. Igaz, hogy az arisztokráciák láthatólag visszaéltek a jogi ismeretek monopóliumával, és mindenestre az, hogy kizárólagos birtokosai voltak a jognak, óriási akadályt jelentett a népi mozgalmak sikerének útján, melyek kezdtek általánossá válni a nyugati világban. Mindazonáltal a demokratikus érzület ugyan hozzájárulhatott népszerűségükhöz, de a lényeget tekintve a törvénykönyvek bizonyosan *az írás feltalálásának közvetlen eredményei voltak. A bevésett táblákat a jog jobb tárainak és pontos alkalmazása nagyobb biztosítékának tekintették, mint* néhány ember emlékezetét, bármennyire erősítette is azt a mindennapi gyakorlat" [kiemelés tőlem – Sz. P.] (Maine: *Az ősi jog.* Gondolat, Budapest, 1988, 17–18). Általánosítva azt lehet mondani, hogy a jogi formalizmusok is az instrumentális racionalitás kategóriája alá tartoznak.

76). Hasonlóan keverhető össze a determinatív semlegesség következtében a szabályosság ténye, megjelenése a szabályozottságával. A szabályosság előállhat úgy is a társadalmi viselkedésben, hogy a körülmények és a dolgok jellemzője, nem pedig az életviszonyokba a jogalkotó vagy magánfelek által – a normák mint magatartást előíró eszközök erejével – bevitt rendezettség. A szabályozottság mint rendelkező értelem-erő eredménye pedig spontánul, észrevétlenül is azonosnak mutatkozhat a rendelkező erőtől függetlenül előálló szabályosságokkal.

Más a helyzet, ha nem genetikusan, hanem *funkcionálisan* nézzük a normativitást. Ez esetben a némaság elesik, mert magatartás megítélésének mértékévé egy szabályosság csak verbalizáltan válhat. Előírni valamit csak értelmileg lehet. Kimondása, leírása, szimbolizálása nélkül nem lehet az egyedi magatartások megítélője, mert néma mértéket nem lehet alkalmazni. Ahol normát abból a célból alkalmaznak, hogy minősíthessék vele az egyedi konkrét magatartást, ott a normának mint mértéknek már követelmény (Sollen) jellege lesz. Akkor is, ha norma pusztán a gyakorlatot, az ismételtséget fejezi ki, és akkor is, ha attól teljesen eltérően vezet be még nem létező követelményeket. Ha a szabály ismételtséget fejez ki, s az emberek zöme a bevett szokás rangján követi azokat, a leíró norma megsértőjének magatartását ekkor is valaminő módon helytelenítik, elítélik. *A szabály fogalmát ebben az ismételtséget, szabályosságot leíró – tehát a szabály a szokásosat teszi mértékké, követelménnyé – értelemben, míg a norma fogalmát a követelményt előíró szabályozás értelemben használjuk, egyezően Somlóval. Ami nála hiányzik, az az, hogy a norma fogalmában megszüntetve megőrződik a genetikus összefüggés.* A kérdés ilyen módon való megközelítése pedig megmutatja, hogy miért a társadalom össznormarendszerébe kell elhelyezni a jogi normát, rámutatva a közös mozzanatokra, mielőtt a különbözőségek normatani, filozófiaikategória-elemző, értéktani vagy logikai elemzése felé mennénk.

Hogyan függ össze továbbá az ismétlődés az érvényesség csak jogi normára jellemző sajátosságával?

Az ismétlődés egyrészt a jog keletkezésébe játszik bele, s ez a modern jogok esetében is annyiban így van, amennyiben a reprodukció magasabb fokán (tételezett jog) sem múlnak ki teljesen az alacsonyabb fok képződményei (szokásjogi jogképződés). Másrészt a norma érvényesülésén keresztül – az autoritatív tételezések preskripciója *érvényességének megerősítésében* – erős funkcionális szerepet tölt be. Ezen megerősítésből – akár hatósági jogérvényesítésről, akár önkéntes jogkövetésről van szó – csak a „papírjog" (law in books) marad ki. Az a papírjog, amit – az állítás szoros értelmében véve – sehol, semmilyen hatóság nem alkalmazott, és senki, egyetlen jogalany sem követett. *Az érvényesülés egy minimuma nélkül az érvényesség léttelen érték marad*, azaz a preskriptív norma „legyen" (Sollen) jellege a valóságtól függetlenedik, a hiposztazált mozzanat státuszába kerül.

Eltérően az egyéb társadalmi normáktól, a jogban a társadalmi normativitás mértékfunkciója sajátos érvényességre tesz szert, amellyel a szokás, a hagyomány és más

társadalmi normák (erkölcsi normák, politikai normák, vallási normák) *nem* rendelkeznek. *Az érvényesség a jog saját, másra nem jellemző tárgyspecifikus kategóriája.* Valójában tehát nem Somló módszerdualizmusból fakadó gondolatmenetével vitáztunk, pusztán csak arra kellett rámutatnunk, hogy módszere nehezíti annak felismerését, hogy *a jogi normában lévő követelménymozzanat kettős természetű: egyfelől akkor is fennáll, amikor a szokás szabályosságát mértékké teszi, átvezetve a tapasztalatot a fennállót reprodukáló normákba (ehhez kell azt verbalizálni), aminek történetileg tiszta esetei voltak a középkor szokásjogi jogkönyvei, gyűjteményei. Másfelől a tudatos szabályozás maximumaként előálló innovatív norma – a tételesjog egyik válfajaként – éppúgy követelményjellegű, mint a pusztán reproduktív normák vagy az írott (verbalizált) szokásjog. A determinatív semlegesség eltakarja a módszerdualizmus számára azt, amit kategóriaelemzésben lehet tisztázni.*

IV.
A POLITIKUM KONSTRUKCIÓJA

4.1. Módszertani előhang 120
4.2. A politikai megközelítő értékű megoldásai: pánpolitizáló és arisztokratikus felfogás. (Problémafelvetés) 121
4.3. Carl Schmitt megoldása: kritikai átvilágítás és ellenvetések 123
4.4. Az állami és a társadalmi viszonya: Schmitt és Lukács 130
4.5. Uralomelmélet – politikai hatalom: a „politikum" és a „politikai" cselekvés 137
4.6. A statika nézőpontjának felváltása a dinamikával, a politizációs folyamat jellemzése: kétirányú közvetítés a polgári társadalom, a politikai társadalom és a politikai állam között 140
4.6.1. A közpolitika (policy) helye ebben a processzusban 147
4.6.2. A harc és az integráció újratermelődő attitűdjének szociális meghatározottsága. 149

4.1. MÓDSZERTANI ELŐHANG

Három klasszikus paradigma, három különböző aspektus, három megoldás (Carl Schmitt, Max Weber és a neomarxisták), néhol kitekintéssel más szerzőkre. Egy azonos problémára reagáló különböző megoldások összehasonlító elemzésére törekszünk.

Már ebből következik, hogy az azonos jelenségnek különböző tulajdonságai kerülnek felszínre, sőt, így háromféle politikafogalom keletkezik. A kifejtésben mindezek egybeláttatására törekszünk. „Egybelátás" (syn-opsis), tehát összenézés az elméletalkotás értelmében,[80] ahol ez a kutatási eredményt követő kifejtés lesz: tudniillik miután fél élet munkássága alatt feldolgoztuk és megértettük szerzőink álláspontjait, csak azután nyílt lehetőség e jelentős gondolkodók saját leleményeinek egybenézésére. Nem szintézisre, mert az a történetileg adott és azt elméletileg kifejező politikafogalmak (megközelítések) „ott és akkor" érvényességére vonatkozóan lehetséges csak, *vagy* pedig egy elméleti paradigmaválasztás elvi-módszertani egységességén belül adható meg. A három megközelítés: materialista lét-, társadalom- és politikaelmélet; megértő szociológia; neokantiánus decizionizmus versus rendpárti értelmezés. Eljárásunk persze magára vonhatja az eklekticizmus-szinkretizmus vádját, hiszen irányzatok és módszertanok felől nézve különböző teljesít-

[80] Hazánkban nem ismeretlen a szinoptikus eljárás. Így Horváth Barna neokantiánus módszerdualizmusra építő jogszociológiája (vö. Barna Horváth: *Rechtssoziologie. Probleme der Gesellschafts- und Geschichtslehre des Rechts*. Berlin-Grunwald, 1934, Verlag für Staatswissenschaft und Geschichte; Szigeti Péter – Takács Péter: *A jogállamiság jogelmélete*. Budapest, 2004, Napvilág Kiadó, 70–76.) vagy újabban Cs. Kiss Lajos erőteljes törekvéseire utalhatok (vö. Cs. Kiss Lajos: Elméletalkotási stratégiák az államelméletben. In Szigeti Péter (szerk.): *Államelmélet – Politikai filozófia – Jogbölcselet*. Leviatán, (különszám) 2005, Győr, Universitas Kht, 51–84.; uő: Állam, politika, erkölcs. In Cs. Kiss Lajos – Karádi Éva (szerk.): *Az igazságosság dilemmái. Ünnepi kötet Földesi Tamás 75. születésnapjára*. Budapest, 2004, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, 80–105.) Itt szükséges megjegyezni, hogy Cs. Kiss nem Horváth Barna jogszociológiájának a folytatásával, hanem Max Weber megértő szociológiai és Mannheim Károly tudásszociológiai nézőpontjának diskurzuselméleti átalakításával tesz kísérletet egy szinoptikus szemlélet államelméleti alkalmazására. Magam nem követem a neokantiánus módszerdualizmusból következő utat, amely a módszertisztaság jegyében utasítja el a kauzalitás és a normativitás bárminő egységesítésének lehetőségét. Ez a paradigma csak akkor áll elő, ha a kauzalitást (Sein) a természetre korlátozzák, a normativitást (Sollen) pedig léttelen értéknek tekintik, amelynek a tapasztalattól (Faktizität) független az érvényessége (Geltung). A társadalmi cselekvésekben azonban, és csakis azokban, megszüntethetetlenül és együtt van jelen az oksági és az eszmei mozzanat, értékmozzanat. A problémához explicit formában lásd e kötet V. fejezetét, illetőleg Szigeti Péter: Emberi praxisra épülő társadalmi lét kontra módszerdualizmus. In Szigeti Péter: Természetjog és pozitív jog viszonya: negatio és affirmatio jogon belüli feszültségének dialektikus közvetítettsége. In Szabó Miklós (szerk.): *Natura Juris*. Miskolc, 2002, Bíbor Kiadó, 116–118; Szigeti Péter – Takács Péter: *A jogállamiság jogelmélete*. Budapest, 2004, Napvilág, 141–146. Így tehát részemről a szinoptikus módszer összehasonlító egybenézést jelent – módszerdualizmus nélkül.

ményeket tesz összehasonlíthatóvá.[81] Mégsem tekintjük külsődleges összerántásnak és illegitim eljárás következményének mondandónkat, mert a politikai/politikum természetének komplemeneter viszonyaira éppen ez az eljárásunk mutat rá azzal, hogy kijelöli a számba vett tulajdonságok helyiértékeit és relációit. Ugyanis minden politikaelméletnek, amely valóban megérdemli az elmélet nevet, van racionális magva, magyarázó értéke. Az elméletek módszertani-fogalmi különbözőségén túl éppen azért összehasonlíthatóak egy azonos tárgy – a politikai/politikum – vonatkozásában, mert eltérő relációk különböző terjedelmű (helyiértékű) sajátosságainak érvényességét mutatják. Ezt bontjuk ki, előbb a politikai *statika*, majd a politikai *dinamika* (folyamatelemzés) perspektívájából. A politizálódási folyamat mutatja meg igazán *a politikai relatív autonómiáját*. Azt, hogy nem vezethető vissza egyetlen tényezőre: a társadalom szociális életére, erkölcsére, az állam vagy a gazdaság életének egyetlen területére. Azért sem, mert mindezek a részrendszerek belső komplexitással rendelkeznek, és éppen a politizációs folyamatba illeszkedő mozzanataik válnak túlsúlyossá, vagy éppen rendezik át más részrendszerekkel, területekkel való addigi kapcsolataikat. Közel sem lineáris kauzalitással, sokkalta inkább a társadalmi létet jellemző önreproduktív cirkulációkkal. Utóbbi cirkuláció, a politizálódási folyamat nélkül pedig *a jogalkotás kikerülne a tételező alany hatóköréből*, amit a normakontinum-felfogás tudatossági és racionalizáltsági maximum rendelkező erejeként jellemezett, és pusztán a valamikor és valahol érvényes és hatályos pozitív jog jogforrásra lecsupaszított eredményének látszana. Társadalom-, jog- és politikaelméleti elemzésben ez pedig megengedhetetlen szimplifikálás volna. Ehelyett az általános akaratig vezető érdekartikulációt és a közérdek tipikus alakzatait vizsgálva kötjük össze a politikum szerveződésmódját a tételezett törvényhozói joggal, melyben tisztázódik a társadalom és az állam viszonya is.

4.2. A POLITIKAI MEGKÖZELÍTŐ ÉRTÉKŰ MEGOLDÁSAI: PÁNPOLITIZÁLÓ ÉS ARISZTOKRATIKUS FELFOGÁS. (PROBLÉMAFELVETÉS)

A politikai problémája viszonylag egyszerűen, könnyű fajsúlyú megoldásokkal is megválaszolható, csak éppen az efféle megoldások bizonytalanságokkal terheltek. Például akkor, ha a politikait a nem-politikaival állítjuk szembe, s valaminő határmegvonással próbáljuk specifikálni. Két ilyen határmegvonási kísérlettel

[81] Körösényi András helyesen mutat rá, hogy „Schmitt kritikájának középpontjában a fő ellenfeleinek tekintett liberálisok és marxisták állnak" (Körösényi András: A politikai mint konstitutív. *Századvég*, 2011/2, 7). Magunk sem feledkeztünk el arról, hogy a konzervatív, a liberális és a marxista Schmitt interpretációk élesen szembenálló paradigmák, elméleti alapok mentén szerveződnek, melyekre a kifejtés során utalni fogunk. Dolgozatunk azonban nem polemikusan, hanem elemző-megértő módban közelít témájához.

mutathatunk rá e megoldások sebezhetőségére. A politika mint társadalmi jelenség lokalizálását – a társadalom életének más jelenségeitől – *megközelítő* meghatározással már specifikálhatóvá tehetjük, de eléggé pontatlanul. Kijelölünk két szélsőértéket, a *pánpolitizáló* felfogást és a túlságosan leszűkítő *arisztokratikusat* – ahogy ezt Gombár Csaba nevezte egykor –, s a két rossz szélsőség, egyfelől a „minden, ami mozog politika" és a politikai jelenségeket csak az állami életre, a kormányzati tárgyakra szűkítő felfogás között keresünk arany középutat. Valószínű, hogy mondjuk a művészi megjelenítés formai, technikai elemei vagy a nyelvi változások jelenségei ez esetben nem fognak beleesni a politika jelenségvilágába, de a túlságosan statikus határmegvonás nem tudja kiszűrni a mindenkor változó, potenciálisan mindenütt jelen lévő, de önmagukban nem mindig megfogható politikai jelenségeket, tárgyakat. Biztos, hogy a pártok, az adózás, a nemzeti jövedelem elosztása középütt van e sémában, s tisztán *politikai*nak minősíthető. De az, hogy hány Vasas játékos szerepelt a nemzeti tizenegyben, az az államszocializmus bizonyos időszakában politikai kérdésnek minősült, ma senkit sem érdekel; vagy a hulladékgyűjtés elvileg a politikai életvilág körén kívül esik, gondolhatják ifjú nemzedékek, azonban a Rákosi-korszakban, a „Gyűjtsd a vasat és az ércet – ezzel is a békét véded!" jelszó beemelte e hétköznapi tevékenységet a politikai térbe, és politikaivá minősült. A plágiumügyek időtlen idők óta szerzői jogi problémákként eminenter a jog világába tartoztak, hogy aztán napjainkban nálunk politikai üggyé nemesedhessenek, néhány közszereplő, sőt, az egyik államfő politikus esetének támadhatósága következtében. A politikait tárgyai felől önmagában nem lehet lehatárolni, mert egyszer elillan egy korábban volt tárgyköre, mint a kámfor (ércgyűjtés vagy csapat-összeállítás évekkel később), másszor pedig váratlanul felés előtűnik az éj homályából (plágium). Ezért e megoldás a pánpolitizáló felfogás felől nyitott, megoldatlan.

A határmegvonásos megoldások egy másik módja, amikor a „minden politikai közügy, de nem minden közügy politikai" formula a definiálás kiinduló, általános feltétele, hogy ezt a specifikáció szűkíthesse tovább: a közügyek közül csak az válik politikaivá, amelyik az *államhatalom*ra vonatkozik. Az angolszász irodalomban is vannak rokon törekvések. John Bell szerint a politikai az, amely (államilag) befolyásolja a társadalmi folyamatok alakulásának mikéntjét, mert változtat, eldönti, hogy a lehetséges alternatívák közül melyik irányt fogja követni a társadalom, legalább az emberek egy viszonylag nagy csoportjára kiterjedően.[82] A politikai döntésnek társadalmi hatása van, a közügyet írja körül más fogalmakkal. Ezt a fajta magyarázó teorémát már könnyen tovább lehet fejleszteni értelmes irányokba. Például úgy, hogy modern viszonyok – vagyis a polgári társadalom és a politikai állam strukturális elválasztottságának körülményei – között tekintjük érvényesnek, ahol az államhatalom, attribútumai következtében, tehát a leghatá-

[82] John Bell: *Policy Arguments in Judical Decision*. Clarendon Press, Oxford, 1983, 6.

sosabb makroszintű, össztársadalmi viszonyok felett rendelkező erőként fogjuk fel. Kitüntetett szereppel a politikai rendszerben, és nemcsak a klasszikus korban, hanem az intervencionista és/vagy totális állam időszakában is használható teorémaként.

4.3. CARL SCHMITT MEGOLDÁSA: KRITIKAI ÁTVILÁGÍTÁS ÉS ELLENVETÉSEK

A politikai/politikum problémájának szisztematikus kutatása jellemezte Carl Schmitt német alkotmányjogász, politikai gondolkodó munkásságát. 1932-es alapmunkájának *(A politikai fogalmáról)* 1963-as újranyomása okán írt előszavában méltán jellemzi vállalkozását „egy mérhetetlen probléma elméleti körülhatárolásának" (2002: 7), amely az olvasó számára kihívást és provokációt is jelent. Azonban vannak válaszai. Nézzük meg, melyek ezek, s hol szorulnak kiegészítésre vagy kritikára.

„Az állam fogalma előfeltételezi a politikai fogalmát" (2002: 15) – mondja markáns indító tézise, s voltaképpen minden állami biztos, hogy egyben politikai is. Megfordítva azonban nem így áll, mert nem minden politikai állami, mivel a politikai szélesebb fogalom az államinál – legalábbis, ha nem a schmitti értelemben vett úgynevezett *totális államot* tekintjük, ahol minden ügy potenciálisan politikaivá válik. „A totális államban ennek következtében minden – legalábbis lehetőség szerint – politikai, és az államra való hivatkozás nem képes arra, hogy a »politikai« specifikus ismertető jegyét megindokolja" (2002: 16). Ha pedig elesik a vallás, a gazdaság, a képzés, a művészet, a kultúra stb. úgynevezett totális állam előtti semlegessége, depolitizáltsága, mint ahogy ez a totális állam esetében történik, akkor a politikai *sui generis* minősége nem adható meg immáron az államival. Voltak egyszer az úgynevezett boldog békeidők, amikor is a politikai állami volt (érvényesnek tekinthető volt egy leszűkítő „arisztokratikus-elitista" politikafelfogás, azonban az állami beavatkozással, *noch dazu* a totális állammal elesik az állami = kormányzati minősítő ismérve). Hol keressük és hol találhatjuk meg immáron az államon kívüli politikait? Schmitt híres és hírhedt dolgozatának 2., 3. és 4. pontjában megkapjuk a kihívásra adott provokatív választ.

A politikai olyan sajátos kritériumokkal rendelkezik, amelyek az emberi gondolkodás és cselekvés – előbb felsorolt – relatíve önálló tárgyi területeivel szemben jellegzetes módon válnak hatékonnyá. „A specifikus politikai megkülönböztetés, melyre a politikai cselekvések és motívumok visszavezethetőek, a barát és az ellenség megkülönböztetése. Ez egy kritérium értelmében nyújt fogalmi meghatározást, nem kimerítő definícióként vagy a tartalom megjelöléseként. […] E megkülönböztetés mindenesetre önálló, de nem egy saját új tárgyi terület értelmében, hanem oly módon, hogy nem alapulhat az említett más ellentétek egyikén vagy közülük többön, s nem is vezethető vissza ezekre. Ha a jó és rossz [erkölcsi – Sz. P.] ellentéte

minden további nélkül és egyszerűen nem azonos a szép és a rút [esztétikai – Sz. P.] vagy a hasznos és a káros [gazdasági – Sz. P.] megkülönböztetéseivel, és közvetlenül nem redukálható rájuk, akkor még kevésbé szabad a barát és az ellenség ellentétét felcserélni vagy összevegyíteni. A barát és ellenség megkülönböztetésnek az az értelme, hogy megjelölje az összekapcsolódás vagy szétválás, az egyesülés vagy felbomlás intenzitásának legvégső fokát. […] A politikai ellenségnek nem szükséges erkölcsileg rossznak, esztétikailag rútnak lennie; nem kell gazdasági versenytársként fellépnie, és talán előnyösnek is tűnhet üzletet kötni vele. Az ellenség éppen a másik, az idegen, és lényegéhez elegendő, hogy különösen intenzív értelemben egzisztenciálisan valami más és idegen, úgy, hogy szélsőséges esetben konfliktusok lehetségesek vele, melyek nem dönthetőek el sem előzetesen meghozott általános normatív szabályozással, sem a konfliktusban »részt nem vevő« és ezért »pártatlan« harmadik ítéletével" (2002: 19).

Röviden összefoglalva: a politikai ismérve Schmittnél az, hogy bármely tárgyi terület politikaivá válhat, ha felveszi a barát és ellenség megkülönböztetést, mégpedig a következő szükséges megszorításokkal: az ellenség (1) nem versenytárs, és (2) nem is magánellenfél. Az ellenség, hangsúlyozza Schmitt, hostis és nem inimicus, tehát nem magánéleti viszonyról van itt szó. „Az embernek politikai értelemben nem szükséges személyesen gyűlölnie az ellenséget, az a maxima pedig, hogy »ellenségünket«, vagyis ellenfelünket szeretni kell, először csak a magán szférájában rendelkezik értelemmel." (2002, 21.). Az emberek közötti magánviszonylatokban gyakran benne rejtőzködő taktikai kérdés, ha tetszik, életvezetési megfontolás – nősüljek-e most? – politikai, de nem közpolitikai, hanem magánpolitikai megfontolás, ahogy egy férjét ügyesen irányító asszony politikája is az (e helyütt Max Weber példájával szólva).

Továbbmenve pedig Schmitt tendenciatörvényként is megfogalmazza a politikai elsődleges fogalmát: *„A politikai ellentét a legintenzívebb és legvégsőbb ellentét és minden konkrét ellentétesség annál inkább politikaivá válik, minél inkább közeledik a legszélső ponthoz, a barát/ellenség-csoportosításhoz*. Az államon mint szervezett politikai közösségen belül, amely a maga számára mint egész hozza meg a barát/ellenség-döntést, ezenkívül az elsődleges politikai döntések mellett és a meghozott döntés védelmében a »politikainak« számtalan másodlagos fogalma is létrejön" (Schmitt, 2002: 21).

Fontos, hogy legalábbis tendenciájában a politikai legvégső fokát az egzisztenciálisan is megsemmisítendő ellenségben nyeri el. Az ellenség formáinak schmitti elemzését – a háború külső ellenségét, a partizánt („aki a klasszikus hadviselés szempontjából »irreguláris« harcos", puszta peremfigura volt, időközben a világforradalmi hadviselés kulcsfigurájává vált" – írta az 1963-as előszóban [2002: 14]), a terroristát és a forradalmárt mint belső ellenségeket nem jellemezzük részletezően (vö. például Szabó Márton, 2000: 24–50). Az értelmezési lehetőségek számosak. Magam azt a kulcsfontosságú mozzanatot emelem ki, hogy *a barát–ellenség (ellenfél)*

kritérium a politikát immanensen jellemző további kategóriákat von maga után: a *programot* – a *stratégiát* (szövetségesek körének, a fő csapás irányának; stratégiai minimum–maximumnak a meghatározása); a *taktikát* (offenzív-defenzív, reformista-forradalmi, békés-fegyveres, legális-illegális, anarchista-pacifista stb.). A politikai fogalmát kiegészítő három elem lehetővé teszi azt is, hogy a „politikai" és a „politikum" szintjei közötti különbséget és egyben átjárást magyarázzuk.

Schmitt maga arra törekedett az alapszöveghez írt három kiegészítő korollárium-ában, hogy elméletét egységesnek, szerves egésznek olvassák. Nos, ez mind a mai napig nem történt meg, s nem is fog a paradoxonok és a rejtett ellentmondások, továbbá a szerző szituacionista jellegű gondolkodásmódjának következtében. Hasonlóan a „das Politische" (politikai/politikum) terminus magyarra fordítási vitájához (Cs. Kiss, 2004: 417–419; Kende, 2004: 223–226), amely szintén nem juthat nyugvópontra. Azért nem, mert nem nyelvi-fordítási, hanem teoretikus kérdésről van szó, viszont szerzőnknél (s emiatt a fordításokban) éppen ebben vannak bizonytalansági relációk. Az adekvát nyelvi megközelítés pedig a teoretikus összefüggés, tartalom függvényében változik – amit alább kibontunk. Körösényi dolgozata Schmitt „politikai" fogalmának újszerűségét és sajátosságait hangsúlyozva hét téma interpretációs vitáit mutatja meg (2011: 7–20), Gedő Éva pedig áttekinti a rendpárti és a döntésközpontú értelmezési lehetőségek fő vonalát (2010: 92–94). Mindkét elemzés bizonyíték fentebbi állításunkra.

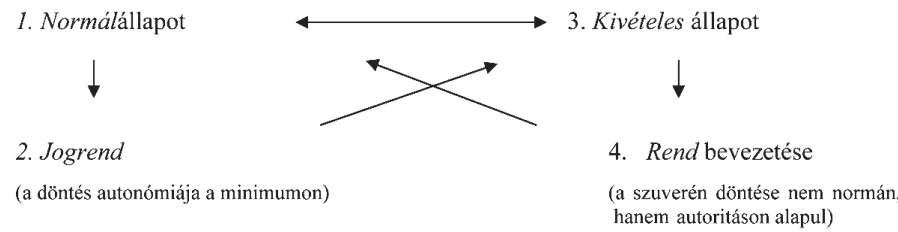
Vitathatatlanul nehéz kérdések tűnnek fel itt: például, hogy az ellenfél is egzisztenciálisan megsemmisítendő ellenség-e? – ahogyan erre a német nemzetiszocializmus az *Übermensch* ideológia alapján, az európai humanizmus szégyeneként az *Endlösung*gal törekedett, s amihez a *Großraum* (nagytérség) koncepciója és a *Großlebensraum* (élettér) között az adott korban fennálló kapcsolat következtében szerzőnk nem csekély mértékben hozzájárult. A politikai azonos-e a politikummal? Mi választja el az ellentétet, annak intenzitási fokát az ellentmondástól és ahhoz képest az antagonizmustól? Olyan problémák ezek, amelyeket Schmitt vagy fel sem vetett, vagy az ellentét intenzitási foka („a legintenzívebb, a legvégsőbb ellentét a politikai") megfogalmazással rejtett el. Magam ezt a problémát, az ellentét intenzitási fokának fokozatai meghatározhatóságát a teoretikus bizonytalanságok kulcskérdésének tekintem, és az alábbi megoldásokat ajánlom.

Vissza kell térnünk korábbi elemzéseinkhez, ahol a *decizionizmust* mint a szuverenitást makroszinten elemző álláspontot elemeztük (Szigeti, 2004: 338–345; ugyanez németül: 2005, 313–334). Voltaképpen ahhoz az analitikusan kibontott lehetőséghez, amelyre problémánk – *a politikai és a politikum fogalmi megkülönböztetésének érvénye* – megoldásához szükségünk van. Az ellentét intenzitási fokának schmitti gondolata ugyanis elrejti, hogy *három meglehetősen különböző mozgásformát, ontikus tényállást jelent az ellentétviszony, az ellentmondás viszonya és az antagonisztikus ellentmondás* előzőtől eltérő kategoriális szerkezete. Ennek nemcsak a jogrend normálformája és a rendkívüli állapot jogelméleti kérdései, továbbá a jogállamiság

érvényességi tartománya aspektusában van jelentősége és jelentése, amit hivatkozott tanulmányunkban bemutattunk, hanem rávilágít a politikai élővilág mozgásának szerkezeti különbségeire. Hol válik el a politikai a politikumtól, és miért maradnak mégis kapcsolatban egymással? – formulázhatjuk a dialektikus problémát dialektikusan, hogy aztán analitikusan explicitté tehessük.

Induljunk ki a kivételes állapot problémájából, éppen azért, mert mintegy közbenső helyzetet alkot a rendes állapot jogrendje, a politikai normálformája és az antagonisztikus ellentmondások politikuma között. Ismeretes, hogy Schmitt munkásságában azért is bírálja a parlamentáris jogállamot és *in concreto* a weimari demokráciát, mert az a pluralista erők széthúzása következtében nem képes előállítani az államélet alapját képező politikai egységet. A húszas években Schmitt teoretikus erőfeszítései még az alkotmányvédelem megtalálására irányulnak, s a diktatúra kivételessége azáltal kap etatista igazolást, hogy az állam és az alkotmányosság helyreállításának eszközeként értelmezte. Pethő Sándor hasonlóan fogja fel Schmitt szituacionizmusát és törekvését (1993: 137–143). A kérdés tehát az, hogy Schmitt milyen kategoriális szerkezetben és hogyan értelmezi a döntés és a norma kapcsolatát. „Az állam léte ebben az esetben [ti. a kivételes állapotéban – Sz. P.] minden kétséget kizáró bizonyítéka annak, hogy a jogi normák érvényessége fölött fölényben van. A döntés megszabadul minden normatív kötelektől, és a szó tényleges értelmében abszolúttá válik. A kivételes állapot idején az állam az önfenntartáshoz való jog alapján, ahogy mondani szokás, felfüggeszti a jogrendet. A jogrend két eleme – fogalmi önállóságuk bizonyítékaként – szembekerül egymással. Ahogy rendes körülmények között a döntés autonóm mozzanata a minimumra szorítható vissza, úgy semmisül meg a norma kivételes állapot idején. Ennek ellenére a kivételes állapot fogalma még mindig megközelíthető a jog oldaláról, mivel mindkét eleme, a norma és a döntés egyaránt a jog keretein belül marad. Ha a kivételes állapotot azon az alapon, hogy nincs jogi jelentősége, csupán szociológiai fogalomnak tartanánk, ez nem lenne más, mint a jogtudomány és a szociológia sematikus szétválasztásának durva utánzása. A kivétel nem rendelhető alá semminek, és kívül áll az általánosság keretein, ám ezzel egyidejűleg sajátos jogi formát is jelent, a döntést a maga teljes tisztaságában. A kivételes állapot akkor valósul meg teljesen, amikor ahhoz, hogy a jogtételek érvényesülhessenek, előbb meg kell teremteni az arra alkalmas helyzetet. Minden általános norma rendezett életviszonyokat követel meg, olyanokat, amelyekre alkalmazható a tényállás, és amelyek alkalmasak a normatív szabályozásra. A normának homogén közvetítő közegre van szüksége" (Schmitt, 1992: 5).

A normálállapot normatív rendjét és a kivételes állapot nem-normatív rendjét a következő ábrán szemléltethetjük:



A normálállapot (1.) és a kivételes állapot (3.) két minőségileg eltérő helyzet, melyek kiélezetten szemben állnak egymással. A normálállapotnak van jogrendje (2.), amit normán alapuló döntésekkel jogrendként konkretizálnak. A megbomlott normálállapot és jogrendjének tagadása átalakul kivételes állapottá (3.), melynek nincsenek alkotmányból levezethető konkrét jogviszonyai, jogrendje, csak a szuverénnek van autoritáson alapuló felhatalmazása erről az állapotról dönteni. A kivételes állapotról, annak bevezetéséről meghozott döntés és a kivételes állapotban gyakorolt normatív és egyedi rendelkezések és reálaktusok egyaránt a szuverén konstitutív aktusai, melyeknek elvileg az a céljuk, hogy biztosítsák a visszatérést a rendhez (4.), amely nem anarchikus helyzet, uralomnélküliség, hanem az autoritas potestasa által uralt kivételesség, és nem káosz, amelyben a felbomlás erőiből egy új rend felé lehetne kijutni – ez esetben ugyanis antagonizmust, és nem ellentétviszonyt kellene tételeznie –, hanem visszatérés a normál állapot jogrendjéhez (1.). Ezért konzervatív, etatista politikai filozófia Schmitt megoldása a *Politikai teológiá*ban, mert éppen az a célja, immanens értelme a kivételességnek, hogy a felbomlás erőiből ne új rend keletkezzék, hanem ennek megakadályozásaként visszatérés a régi rendhez. *In concreto:* a szocialista forradalom helyett – itt és ekkor, 1923 előtt – a weimari polgári államhoz. A különbség külső, közömbös viszonyát az ellentétviszony váltja fel, amely még – kerülő úton, a kivételes állapot és rendje bevezetésével (4.) – közvetíthető.

Schmitt nem mondja, de mi a hegeli–marxi dialektika ismeretében és alkalmazásával rámutathatunk, hogy – eltérően a forradalmi, ellenforradalmi helyzetektől és a polgárháborús konfliktusoktól, ahol az ellentét már nem közvetíthető, mert az események folyamatszerű kibomlásában a helyzet kategoriális szerkezete ellentmondásba, mégpedig antagonisztikus ellentmondásba nő át – a kivételes állapotban még számít a formális jogszerűség közvetítése. A kivételes állapotban a barát és az ellenség megkülönböztetése, intenzitási fokát illetően, nem megy el a totális ellenfél totális megsemmisítéséig. Elégséges a kivételes állapot politikai kutyaólába helyezni az ellenfelet/ellenséget,[83] rendkívüli jogrenddel átformálni a politikai erőviszonyokat. Nem így áll ez akkor, amikor az ellentétviszony tovalendül: antagonizmussá vá-

[83] Erre a helyzetre egy politikatörténeti példa: 1981. december 13-án Lengyelországban Jaruzelski államfő az Államtanács határozata alapján bejelentette a hadiállapot bevezetését és a Nemzeti Megmentés Katonai Tanácsának megalakulását.

lik, ami nyelvileg tehát kibékíthetetlen, már feloldhatatlan, nem közvetíthető ellentétviszony (vagy éppen megnevezésében speciális ellentmondásnak is nevezhető). Itt elesik a közvetítés lehetősége. Kategoriálisan, egzisztenciameghatározottságként pedig ez azt jelenti, hogy közvetítés hiányában az egyik politikai pólus (+) fennmaradása nem lehetséges a másik (–) megsemmisítése nélkül, és fordítva. Vagy a forradalmi vagy az ellenforradalmi erők *alakítják át a társadalmi élet totalitását, és a politikum* ezen kiélezett formája többé már nem találhat mozgásformát a kivételes állapot bevezetéséről szóló döntéssel (és a nyomában életbe léptetett konkrét rendelkezésekkel). Amikor az ellentétviszony a jog semlegesítő, leszerelő hatású beiktatásával még közvetíthető, az a kivételesség; amikor a különböző politikai minőségek különbsége – bár egymás iránt nem közömbösek, mert versengenek, de – nem éri el az „ellentét olyan intenzitási fokát", amely a szuverén döntését igényelné, akkor tulajdonképpen – gyenge határhelyzetként – a schmitti elmélet alapján is belátható a pluralista demokrácia „szabályozott verseny" helyzete. Amely a politika normálformájává csak a II. világháború után vált a centrumkapitalizmus országaiban, a pluralista demokráciákban, széles körű állami beavatkozás mellett. A kivételes állapot és a forradalmi/ellenforradalmi (polgárháborús) helyzethez képest íme a harmadik módozat. Ezt azonban inkább csak utólag, a II. világháború utáni tapasztalatok politikatörténete nyomán lehet beleszuszakolni Schmitt elméletébe, s közel sem véletlen, hogy ő ezt akkor nem tette meg. Ez a megoldás azonban a *Begriff des Politischen* 1932-es konstrukciójába is belefér, kényszeredett és kitágított interpretáció mellett (ekkor és ennyiben Schmitt valóban nem volna bellicista) – figyelmen kívül hagyva, hogy a két világháború közötti németországi társadalmi harcokat és politikai folyamatokat elméletileg adekvát módon éppen a szoros és nem a kitágított interpretáció fejezi ki.

Ha most már eddigi elemzésünket gondolatilag összekötjük a politikai/politikum fogalmával, három egymástól eltérő konzekvenciájú helyzettel találjuk szembe magunkat, aszerint, ahogy a barát és az ellenség megkülönböztetés intenzitását értelmezzük, azaz analitikusan kibontjuk:

1. Az *ellentétviszony,* mint ami már csak a kivételes állapot rendkívüli jogrendjével közvetíthető, de még feloldható helyzet; a közvetítés eredményétől függően visszatérés a politikai normálformájához vagy ellenkezőleg, átmenet a politikum-helyzet felé, amely forradalmat, ellenforradalmat, polgárháborút jelent. Itt nem a rendpárti oldal, hanem az új rendet megalapító döntés felé mozognak az események.
2. Az ellentét (vagy ellentmondás) mint *antagonizmus* közvetíthetetlen helyzete, ahol az egyik pólus fennmaradása csak a másik megsemmisítésén keresztül történhet. Ilyen politikai helyzet következményeképpen áll elő gyakorta az illegitim jogképződés jelensége: polgárháború, kiélezett osztályharc, forradalmak nyomán. Egy régi rend álláspontjáról minden új jogrend illegitim – a győztesek

álláspontjáról pedig legitim, kiépítendő, autentikus rend. Nem pusztán az ellenzéket, hanem az „ellentársadalom" státuszát képviseli a másik különös pólus.

3. Olyan *ellentmondás* (viszony), ahol a különbségek egymásra nézve nem maradnak közömbösek, amennyiben a felek, pólusok versengenek egymással, de amely a szuverén döntése nélkül is közvetíthető, mert jogilag szabályozott versenyhelyzettel talál magának politikai mozgásformát. A versengő pólusok (politikai erők, eltérő minőségek) egymást kölcsönösen feltételezik, mert egymásra vonatkoznak (reflexiós meghatározottságokként), ugyanakkor ki is zárja egyik a másikat, mert nem egyesülnek, viszont feszültségük feloldódik a versengés újratermelődő folyamatában. Stacioner társadalmi állapotokban ez a normálforma a „politikai" helyzete, és ekkor érvényes a jogrend normatív rendje (a legalitás), amely alkotmányjogilag legitimálja a választásokon győztes párt (pártok, politikai erők koalíciója) főhatalmát. Ekkor a politikai jelenségvilága nem érinti az uralmi viszonyok struktúráit, nincs ellenség, csak eltérő politikai pozíciókat elfoglaló ellenfelek, s a különböző konfliktusok az ellentmondás mozgásformájában újratermelődnek.

Szögezzük le: Schmitt nem látta az (1.) és (2.) kategoriális szerkezetének különbségét, mert a (2.) lehetőségét nem dolgozta ki. Számára ugyanis – a normálforma érvényességét megszüntetve – minden rendkívüli; a rendkívüliséget és az ellenség nemlétének kívánását egybecsúsztatta (mondván, hogy egyik sem normatív). Az általa használt „intenzitási fok" terminusban ugyanis eltűnik az azonosság, különbség, ellentét, ellentmondás és antagonisztikus ellentmondás *kategoriális felépítettségének különbözősége*. A létezők rendjében a *különbségek* külsődlegesek, közömbösek egymásra nézve. Az *ellentétviszonyban* az alkotóelemek között van feszültség, kapcsolatba kerülnek, de közöttük található egy semleges, közvetítő elem, mint a mágnes pozitív és negatív pólusai között. Az *ellentmondás* ellentétes pólusainak reflexiós viszonyában a pólusok egymást kölcsönösen feltételezik és kizárják, feszültségük mozgást eredményez, amely egy mozgásformában oldódik fel. A versengő pártok dinamikus rendszerében végbemenő politikai folyamat, egy pártrendszer mozgása ilyen. Vagy marxi, paradigmatikus példával szólva: a bérmunka és a tőke viszonyában a bérmunka nem tőke, s a tőke nem bérmunka, de reflexiós meghatározottságokként szükségképpen egymásra vonatkoznak, s a tőkefelhalmozás mozgásformájában újratermelődnek. Az *antagonisztikus ellentmondás* határhelyzetében pedig a régi általánosságot hordozó különösséggel egy másik, az új áll szemben: saját különösségét kívánja össztársadalmi, nemzeti rangra emelni. Ilyenkor válik nyilvánvalóvá Disraeli angol kormányfő mondásának érvénye: „Minden nemzetben több nemzet van" (anélkül, hogy itt szólnánk az általa ajánlott „ott és akkor" konzervatív érdekegyesítés lehetőségéről). *A különösök között póluscsere megy végbe*, s oldhatja fel az antagonizmust; az új hordozza a társadalmi alakulat egzigenciáit, intézményes berendezkedését. Jegyezzük meg, az

általunk javasolt kategóriaelemző megoldást nemcsak a hegeliánus Schmittnél, hanem magánál Hegelnél és Marxnál sem találjuk meg.

Bár Schmitt az (1.) és a (3.) helyzet különbségét érzékelte, de nála a politikai mint a megkülönböztetés intenzitása az antagonizmus felől értelmeződik (túláltalánosított „ellenség"-felfogása miatt), anélkül hogy a forradalmi/polgárháborús helyzettel – tárgyilag – állította volna szembe a kivételes állapotot, annak formális, kiszámítható jogszerűségét (és nem pusztán a jogtudományi és a szociológiai mozzanatok – sematikus – szétválasztásának helytelenségét vette volna számba, mint ezt tette).

A „politikai" fogalmát tehát a stacioner társadalmi állapotokra és az azokat kifejező összefüggésekre célszerű fenntartanunk, ahol a versengő erők, kormány és ellenzéke szabályozott harca folyik a főhatalomért, a jogrend keretei között. Ennek a normálformának a tagadása a polgárháborús, a forradalmi, az ellenforradalmi és a kettős hatalmi helyzet, amikor valóban a „ki kit győz le" antagonisztikus ellentmondása képezi a „politikum" fogalmát.[84] Az ellenség itt legyőzendő – nem vagy nem feltétlenül a fizikai, egzisztenciális megsemmisítés értelmében, hanem politikai értelemben: egy berendezkedés megvédése vagy egy teljesen új rend alapító aktusa a tét.[85]

4.4. AZ ÁLLAMI ÉS A TÁRSADALMI VISZONYA: SCHMITT ÉS LUKÁCS

Lukács György társadalomontológiai alapvetésének szisztematikus részében szintén érzékelte a problémát, amikor a politikumról értekezett. Minden emberi közösségben megjelenik a politikai problémája, mégis „lehetetlen definiálni, vagyis gondolatilag formálisan meghúzni annak határait, hogy hol kezdődik, illetve hol végződik a politika. […] Még elképzelni is nehéz a társadalmi gyakorlat olyan típusát, amely bizonyos

[84] Gedő Éva mutat rá arra, hogy az alapmű 1971-es olasz kiadásához írt bevezetőjében Schmitt azt írja: „az állam klasszikus arculata széttört akkor amikor politika-monopóliuma (Politik-Monopol) megszűnt. Az ember a »politikát« most megkülönböztette a »politikumtól«. (Man unterschied jetzt die »Politik« von dem »Politischen«.") A mai német politikaelméleti irodalomban úgyszintén a politika és a politikum közötti fogalmi distinkció elfogadott" (2010: 91).

[85] Gyulai Attila elemzése foglalkozik (A döntés fogalma Paul de Mannál, 2012, MTA TK PTI, kézirat, 7–9) Schmitt 1921-es *Diktatúra* könyve kapcsán azzal, hogy a szuverénnek a kivételes állapotban, a „normatív semmi" alapján hozott döntése egzisztenciális beavatkozást jelent. Ha pedig a *döntést* így fogjuk fel, akkor a szuverén döntési aktusa nemcsak egy rend helyreállítása, hanem olyan *rendszeralapító aktus* is lehet, ahol a döntés éppen az új alapításában ölt testet, ahol a politikai mozzanata „a partikulárisból a totális felé való elmozdulás paradigmája mentén szerveződik". A kérdés igencsak releváns: Lenin kapitalizmusra vonatkozó elemzéseiben a harcot előtérbe állító (osztályharcot, tömegharcot = a „ki kit győz le?" kérdését) felfogása *átvihetetlennek* bizonyult életében a forradalom utáni időszakra (1918–1924). Nem véletlenül. Azért, mert az akkori orosz történelem felvetette a harc és az integráció (de milyen?), a konfliktus és az új rend kettősségének kérdését. Olyan későbbi, neomarxistáknak is bátran nevezhető megoldásoknál, mint Antonio Gramsci (1977), az alkotmányjogász-politológus Maurice Duverger (1973) vagy a szociológus Alain Touraine-nél (1973) szintézisre hozott a két ellentétes mozzanat a politikaiban.

körülmények között ne nőhetne az egész közösség fontos, esetleg sorsdöntő kérdésévé. Ez természetesen csak lehetőség, amely ritkán válik valóra." Lukács felfogásában „a politika a társadalmi totalitás egyetemes komplexusa, de a gyakorlatnak, mégpedig a közvetett gyakorlatnak a komplexusa, amely ezért nem emelkedhet olyanfajta spontán és állandó egyetemességre, mint a nyelv, amely a világ elsajátításának elsődleges szerve. […] *A politika olyan gyakorlat, amely végső soron a társadalom totalitására irányul, de úgy, hogy közvetlenül mozgásba hozza a társadalmi jelenségvilágot mint a változásnak, vagyis a mindenkori lét megtartásának vagy szétrombolásának terepét*, ám az így kiváltott gyakorlatot közvetett módon elkerülhetetlenül a lényeg is mozgatja, és ez, szintén közvetett módon, intenciója szerint közvetlenül a lényegre irányul. A lényeg és a jelenség társadalomban megvalósuló ellentmondásos egysége a politikai gyakorlatban világos formát ölt" (Lukács, 1976: 487–488).

A politika a társadalmi totalitásra irányul tehát, a minőségi értelemben vett egészre, s nem minden létezőre, nem bármely emberi magatartásra (amit Lukács az idézet előtt, némiképp nehézkesen, de kifejt). A politika azonban nem közvetlenül, hanem közvetítések révén irányul a társadalmi egészre. Bár közvetlenül a jelenségvilágot hozza mozgásba, ahogy bizonyos kérdéseket tematizál, de ez intenciója szerint a lényegesre, és nem a lényegtelenre irányul. Az pedig, hogy a lehetséges politikai kérdések közül melyek lesznek valóságosan is azok, ezekre formálisan nem lehet választ adni. Lényeg és jelenség mozgása közben veti fel Lukács a lehetőség–valóság dialektikáját, anélkül azonban, hogy megoldaná, miféle szelekció játszódik le, amely a politikai lehetőségét valóságossá teszi.

Ez a kérdés Schmittnél úgy szerepelt, hogy mit vonnak ki a semlegesített kérdések sorából, azaz mit politizálnak. Teoretikus érdemének tartjuk, hogy nemcsak feltette a lehetőség–valóság politikai dialektikájára vonatkozó kérdést – eddig mások is eljutottak –, hanem meg is próbálta kibontani a kérdésre adott magyarázatot.

Mindenesetre a politikai jelenségvilág és a politikum, mint a berendezkedés lényeges dimenzióit, a társadalmi egészet (totalitást) érintő tételezések és az intencionális cselekedetek ellentmondásos egységét jobban megértjük, ha az ellentét (a robbanás előtti feszültségek rendkívüli állapottal történő kezelésének helyzete), az ellentmondás (stacioner társadalmi állapotokban a szabályozott versenyhelyzet mozgásformája) és az antagonizmus (az általánosságot hordozó különös pólusok, politikai erők cseréje) kategóriáit alkalmazzuk ismerettárgyunkra, a politikára.

Ily módon a barát–ellenség kritériummegkülönböztetés érvényességének terjedelmét – szerzőnk megoldását megszüntetve–megőrizve – tovább tagoltuk háromfelé. Ezzel kizártuk azt a lehetőséget, hogy a politikait azonosítsák az államival. Azt, hogy nem minden politikai egyúttal állami, a fennálló államhatalom megdöntésére irányuló „mouvements anti-systemiques" jelenségei bizonyítják. Továbbá rá kell mutatni egy másik tisztázatlan kérdésre: Schmitt megoldása vajon csak a totális államra, vagy a totális állam előtti klasszikus helyzetre is érvényes? Ez a kérdés átvezet az állam és a társadalom viszonyának tisztázásához.

Az állami és társadalmi viszonya

Az „állami" és a „társadalmi" azonosítása Schmitt totálisállam-felfogásának a tézise. Ez azonban félrevezető, „mert ekkor minden eddigi államinak számító ügy társadalmivá, és megfordítva, minden eddig »csak« társadalminak számító ügy államivá válik, miként az egy demokratikusan szervezett közösségi szervezetben szükségszerű módon bekövetkezik. Ekkor az eddig »semleges« területek – vallás, kultúra, képzés, gazdaság – az azonosítással megszűnnek »semlegesnek« lenni a nem-állami és a nem-politikai értelmében. A fontos tárgyi területek ilyen jellegű semlegesítődésével és depolitizálódásával szemben polemikus ellenfogalomként jelenik meg az állam és a társadalom azonosságát kifejező, egyetlen tárgyi területtel szemben sem közömbös, potenciálisan minden területet megragadó totális állam. A totális államban ennek következtében minden – legalábbis lehetőség szerint – politikai, és az államra való hivatkozás már nem képes arra, hogy a »politikai« specifikus megkülönböztető ismertetőjegyét megindokolja" (Schmitt, 2002: 16).

Jó érveink vannak tehát amellett, hogy nemcsak a politikait, hanem a társadalmit és az államit is specifikálni kell. Schmitt azonban nem teoretizálta a társadalmiság fogalmát,[86] így, jóllehet a kiinduló tézise igaz, nem biztos hogy sikerült megoldania a specifikáció problémáját. Teoretikusan releváns, hogy ne csak a politikait, hanem a társadalmit és az államit is specifikáljuk. Saját törekvésem felől nézve: az állam és a társadalom azonossága sohasem áll meg, ha valaki a társadalmiságot képes teoretikusan megragadni. Erre ma a marxi alapozású kritikai társadalomelméletek mellett a szociológia bizonyos törekvései, a rendszerelméletek (közismerten Durkheim szociológiája, Parsons és Luhmann rendszerelméleti törekvései, a Berger–Luckmann szerzőpáros [1998] könyve), valamint a konzervatív szociológia is képessé vált. A társulásra építő, liberális kontraktualizmusban ez ab ovo elesik, hiszen az egyén itt döntően nem szükségletkielégítő, társadalmi lény, hanem jogi és politikai, tehát dominánsan akarati lény. Nem oszthatjuk tehát Körösényi azon értelmezését sem, amely a schmitti politikai elsődlegességének nézőpontjából a marxizmust – mások mellett – redukcionistának tartja, mondván, „a politikát/politikait az emberi lét más területeiből kívánja levezetni" (Körösényi, 2011: 7). Igaz ugyanis, hogy a jogból, az erkölcsből, a tudományból vagy a közgazdaságból (public choise) a társadalmiság nem levezethető, ezek részrendszerek (illetve azokat vizsgáló szaktudományok), hiszen a társadalmi lét nem egy különös terület, részrendszer – és nem is azonosítható akármelyik „szociológiaival" –, *hanem a szervetlen (élettelen) és a szerves anyagra*

[86] Annyit azért mond, hogy „A sokértelmű szó, »társadalom«, amennyiben itt ez érdeklődésre tart számot, még ma is mindenekelőtt azt jelöli, ami *nem* állam, s alkalomadtán ezenkívül azt is, ami nem egyház". Majd az állításhoz fűzött lábjegyzetben Eduard Spranger meghatározását kritikailag értékeli, annak pusztán negatív jellege miatt, és azért is, mert nem veszi figyelembe azt a történelmi tényt, hogy a „társadalom" kifejezés a 19. században sajátosan politikai, polemikus értelemmel bír. Így a *societas*-ból képzett olyan fogalmak, mint a „szocializmus" és a „szociológia" többnyire ellenzéki értelemmel bírnak. (2002: 211, 238).

(előre) épülő autonóm létszféra, melynek sui generis kategóriái és törvényszerűségei vannak. Így egyedül a társadalmi lét sajátja az objektum–szubjektum viszony, az emberi tudat aktivitása, benne a finális determinációval, a cél- és értékracionális cselekvések világával, ennek a létszférának és minden különös részrendszerének immanens tulajdonságaként. A társadalmi megelőzi a politikait, anélkül hogy a politikában tagadnia kellene az akarat vagy a mesterséges értelem vezette intézmények szerepét. Ezért a részrendszerek differenciálódása csak az emberi-társadalmi létezés közös alapzatán mehet végbe. Ezek nélkül, a tudat aktivitása nélkül éppen hogy a barát–ellenség megkülönböztetés is elesne. „A politikai mint konstitutív" (Körösényi, 2011) tehát szerintünk *nem a társadalmi léttől függetlenül, hanem éppen annak egyik következményeként lehetséges*. Azért, mert a társadalmi lét nem egyik részrendszere a többinek, joginak, gazdaságinak, politikainak stb., hanem éppen az a létszféra, amely a politikai/politikum konfliktusos alapja: ahol az anyagi (primer, szekunder) és a szellemi (társas-közösségi; szellemi; lelki) szükségletek kielégítésében soha nem áll elő teljes egyensúly, szűkek a rendelkezésre álló javak, források. A „minden kielégített szükséglet új szükségletet szül" dinamikája következtében kielégítetlenek maradnak bizonyos szükségletek. Következésképp feszültségek, érdekek és érdekharcok keletkeznek, amelyekben aktoraik politikai igényekkel lépnek fel, akarati tartalommal: barát–ellenfél (ellenség) megkülönböztetéssel, politikai cselekvéssel, stratégiai-taktikai döntésekkel.

Ahol jut hely a társadalmiság fogalma számára az elméletalkotásban – legalább közelítőleg, az embert szükségletkielégítő, s a szükségletek termelését és újratermelését munkamegosztásban végző társas-közösségi lénynek tekintik –, ott kizárt, hogy az állam egybeessen a társadalommal, kizárt, hogy a társadalmat a szó szoros értelmében véve államosíthassák. Termelő, szükségletkielégítő közhatalomról nem halhattunk, noha parciálisan, ilyen alapviszonyokban is részt vehet az állam. Átfogó értelemben azonban mindig a társadalom gazdálkodik, sohasem az állam. (Még a legdirektebben államigazgatásos, azaz a legtöbb közigazgatással működtetett szovjet típusú államszocializmusban, ahol a termelő–elosztó, forgalmat lebonyolító gazdálkodó tevékenységekhez valóban közel esett a közigazgatás, ott sem esett egybe az alapviszony a szabályozási viszonyokkal, a gazdálkodási tevékenységet végző munkafolyamat szervezete az államigazgatás szervezetrendszerével. Aki gazdálkodik, nem gyakorol közhatalmat, aki pedig közhatalmat gyakorol, nem gazdálkodik közben.)

A nem egybeesés ezen helyzetének pedig világos jogtudományi leképeződése az a distinkció, amely különbséget tesz a közhatalmat gyakorló (iure imperii) és magánjogi ügyleti (iure gestionis) minőségében eljáró állami szervek között. Ezért Schmittet át kell fogalmaznunk: a totális államban sem lehet minden társadalmi, az úgynevezett semlegesítés alól kivont terület egyben állami/politikai is. Legfeljebb lehetősége szerint, de nem valóságosan. Terjedelmileg pedig sohasem eshet egybe a társadalmiság mezője saját részrendszerével, az államisággal vagy a politikai

rendszerrel. A politikai pedig, bár változó és változatos módon sok mindent, bármit átfoghat – Schmitt politikai fogalma ezt kitűnően ragadja meg –, de nem foghatja át maradéktalanul sohasem az egészet.[87] Amikor viszont az egésznek nem a terjedelme, hanem a minősége, struktúrája, részrendszereinek funkciói kerülnek előtérbe, amikor nem terjedelmi, hanem lényegi, funkcionális értelmében véve valóban „mindent" átfog, akkor határhelyzet lép fel: az uralmi berendezkedés válik kérdésessé. Így már nem a nagyon is problematikus totális állam, hanem sokkal inkább a forradalmak, háborúk, polgárháborúk, ellenforradalmak határhelyzeteiben politizálódik az idézőjelben értendő „minden", ekkor tényleg nincs és nem is lehetséges semlegesítés, de nem terjedelmi minden ez, hanem a berendezkedés „túlsúlyos mozzanatai" (Lukács), intézményesülései, döntő részterületei. Eltérően a liberalizmus konszenzusos (Heller, Sartori, lásd Körösényi, 2011: 9), a kompromisszumos megoldások lehetőségeit a saját valós érvényességén, konkrét lehetőségein túlfeszítő álláspontjától,[88] ekkor a tulajdonosi és munkamegosztási viszonyok kétségbe vonása következtében bellicziózus a politikum. Ekkor nem ad megoldást a „politikai" mozgásformája, mert már a „politikumé" kerül előtérbe. A társadalmi uralom és a társadalmiság kidolgozott fogalma nélkül ehhez nehéz vagy egyenesen nem is lehet eljutni, de Schmitt reális problémafelvetést oldott meg, közel sem teljes értékűen. Hasonlóan Lukács György jellemzéséhez, tehát *mindkettejüknél hiányzik annak megválaszolása, hogy a politikai/politikum absztrakt lehetősége mikor és mitől válik valósággá*: egészre irányuló tételezéssé Lukácsnál, illetőleg egy semleges terület miért a barát–ellenség megkülönböztetést aktualizálja Schmittnél? (Mi éppen a társadalmi tagozódás és a politikai tagoltság közötti dinamikus viszonyrendszerrel fogjuk ezt megmagyarázni, ami az osztállyá szerveződés marxi koncepciójának általánosítása, politizációs folyamatként.)

Schmitt megoldása a pluralista demokráciák államaira – melyek csak II. világháború utáni realitások – az volt, hogy azokat szétesőalakulatoknak fogta fel. Miért? Erre ad választ az alapmű 4. pontja, melynek címe Bayer József fordításában *A pluralizmus mint az állam felbomlasztásának elmélete*. „Az, hogy az állam egység, mégpedig a mérvadó egység, az állam politikai jellegén alapul. A pluralista elmélet vagy a társadalmi szövetségek föderalizmusa útján egységre jutó állam államelméle-

[87] Ha ezt megértjük, akkor persze nem sokat ér a totális állam vagy bizonyos totalitarizmus-felfogások (pl: Friedrich) elméleti kreációja. Elfogadása esetén a politikai lehetősége – valósága, követelése – tényszerűsége közötti feszültség, reflexivitás tűnne el, megszüntetve a társadalmi (és ökonómiai) viszonylagos önmozgását. A rész pánpolitizmusa kiszorítaná a nagyobb egészt, a társadalmiságot.

[88] A kompromisszum fogalmilag = „mindenki kapjon valamennyit, senki ne kapjon meg mindent" (R. Dahl). Ha a kormányzatnak 100 egységnyi erőforrása van öt probléma megoldására, ahol 15 – 25 – 30 – 20 – 10 arányban osztja fel támogatásait, akkor lehet, hogy minden probléma megmarad (pl. minden cég tönkremegy), holott ha 33 – 33 – 33 arányban nyújtja támogatásait, három probléma is megoldódhatott volna (három cég is túlél, s csak kettő megy tönkre). Tehát *nemcsak elvi* határai vannak a kompromisszumoknak a politikában, hanem *mértékbeliek* is.

te, vagy csupán az állam felbomlasztásának vagy tagadásának elmélete. Ha elvitatja az állam egységét, és »politikai társulásként« lényegileg egyenlőként állítja más, pl. vallási vagy gazdasági társulások mellé, akkor mindenekelőtt a politikum specifikus tartalmának kérdésére kell választ adnia. Azonban Laski számos könyvének egyikében sem található a politikum egy meghatározott definíciója, jóllehet folyton az államról, politikáról, szuverenitásról és »government«-ről esik szó. Az állam itt egyszerűen átalakul egy olyan társulássá, amely más társulásokkal konkurál: társasággá lesz néhány, az államon belül vagy kívül fennálló más társaságok között és mellett" (Bayer, 1985: 132). Ugyanezen szöveghely Cs. Kiss Lajos fordításában (2002: 29) *Az állam mint a politikai egység pluralizmus által megkérdőjelezett formája* címmel található meg, amihez azt a nyomatékosító megjegyzést kell fűznünk, hogy nem a pluralizmus, hanem a Carl Schmitt szerint értelmezett pluralizmus kérdőjelezi meg az állam egységét. Ha Schmitt ismerte és elismerte volna a *Politik als Beruf* szerzőjének addigra (tehát 1932-re) már közismertté vált megoldását, akkor aligha vált volna tarthatóvá az az álláspontja, amely az államot csak az egyik társaságnak (szervezetnek) tartja más társaságok között és mellett. Max Weber ugyanis a következőképp határozta meg az államot: „Az erőszak természetesen nem az állam szokásos vagy egyetlen eszköze, hanem igenis a rá jellemző speciális eszköz. […] …az állam az az emberi közösség, amely egy bizonyos területen belül – ez a »terület« hozzátartozik az ismertetőjegyhez – a legitim fizikai erőszak monopóliumára (sikerrel) tart igényt. A jelen specifikus vonása ugyanis az, hogy bármilyen más szervezetnek vagy személynek a fizikai erőszakhoz való jogát csak akkor ismerik el, ha az állam a maga részéről engedélyezi alkalmazását: az állam számít az erőszakhoz való »jog« egyedüli forrásának. […] Azt a tisztán fogalmi mozzanatot rögzítem, hogy a modern állam intézményes uralmi szervezet, amely eredményesen törekedett arra, hogy bizonyos területen belül monopolizálja a legitim fizikai erőszakot mint az uralom eszközét, s evégett irányítóinak kezében összpontosította a dologi uralmi eszközöket" (Max Weber, 1989: 6–7, 14).

Bizonyos, hogy más szervezetek, társulások nem rendelkeznek sem az erőszak-alkalmazás, sem a törvényhozás (jogalkotás, hatósági határozatok kibocsátása, utasítás, költségvetés stb.), sem a költségvetés uralmi eszközeivel, erre csak és kizárólag az állam feljogosított. Sajátlagos eszközei következtében leggyakrabban az állam – váltóőr módjára – dönti el, hogy az érdekek dinamikája a tömeges-tipikus társadalmi cselekvéseket milyen pályára állítja. Ezért érdemes hatalomra kerülni, s nem pusztán befolyást gyakorolni egy pluralista demokráciában.

A pluralizmuselméletekben az állam mint uralmi szervezet és a társadalmi szervezetek, társulások közötti döntő különbség valóban gyakran megengedhetetlenül relativizálódik. Holott a kormányzati hatalom és a társadalmi hatalmak, befolyások közötti érvényes különbség a pluralista demokráciákban is megmaradt: a „sikerre tarthat igényt" nem jelent és jelenthet omnipotenciát, s ennyiben az államcentrikus felfogás oldható és oldandó a pluralisztikusan szerveződő politikai univerzumban,

de az eszközfölény, az impérium birtoklásának ténye nem eliminálható. Az állami-kormányzati szervek *conditio sine qua non*ja, hogy *a törvényes erőszak monopóliumának birtokában járnak el, s ezzel, mivel a legális kényszerítés – ténylegestől a potenciálisig terjedő – eszközrendszere áll rendelkezésükre, ennyiben sikerre tarthatnak igényt*. Szemben a politikai tagoltság egyéb szereplőivel, a parlamenti és parlamenten kívüli ellenzékkel, amely politikai céljai realizálásához nem rendelkezik impériummal. Kedvező esetben persze lehet befolyásuk a közhatalmi-közpolitikai döntésekre, ettől azonban *a döntésbefolyásolásból még nem lesz döntés*. A hatalom = döntés *(Power = Decision)* jogrendben formalizált világát (joghatóság–hatáskör–illetékesség) nem szünteti meg az, hogy a közösségi döntésekbe bevonnak magán (piaci) és civil szereplőket, érintetteket és tanácsadókat, s minden döntéshozatalban szerepet kap bizonyos informalitás[89] és intuitivitás[90]. Utóbbi megszüntethetetlen, előbbi *a döntéshozatali folyamat demokratizmusát és hatékonyságát is növelheti, de értelmetlen alanytalan „network-döntésről" beszélni*, amely a sokirányú, fordulatokban bővelkedő döntés-paradigelőkészítő, kooperációs, koordinációs folyamatokat („szemetesedény-modell", flipperhasonlat: [Gajduschek, 2009: 75]) összekeveri a közhatalmi döntést meghozó állami szervekkel. Voltaképpen a politikai társadalmon belüli és a politikai állam közötti interakciókat, dinamikus viszonyokat nevezhetik akár „policy networknek", új fogalmat alkotva a régi problémákra. Ettől azonban a közhatalmi erővel bíró döntéshozatal alanyai maradtak a politikai államban.

A politikai és politikum specifikus megkülönböztető jegyeit tehát mind az államira – ebben elfogadva Weber megoldását – mind pedig a társadalmira vonatkoztatottan meg kell tudnunk indokolni. Úgy, hogy elhagyva Schmittet, kilépünk a politikai/politikum egykritériumos, statikus megoldást adó paradigmájából, és a politikum társadalmi alapok felől szerveződő magyarázatára térünk át. Felfogásunkban a társadalmi szerepének magyarázatául *a politizációs folyamat szolgál, amely kétirányú közvetítést jelent a polgári társadalom, annak uralmi viszonyai és az államhatalom között*. Közvetítést, ahol az egyik szint meghatározott tulajdonságokat ad át a másiknak, amely átformálva használja fel ezeket „saját kódjai" szerint, emergensen. Először a két végpontot, a polgári társadalmat uralmi viszonyaival és az államhatalmat

[89] Vö. például Carl Schmitt elemzését a formális hatalom, az auctoritas és a potestas különbségéről, a semleges államfő tana kapcsán (2003: 263–264).

[90] „A politikai intuíció nem a művészetben, hanem a »vezetőben« testesül meg, s az intuíción nem az »egyes dolgok ismeretét« kell érteni, hanem az egymáshoz képest látszólag külsődleges tények összekapcsolásának gyorsaságát és azoknak az eszközöknek a megalkotását, amelyek összhangban állnak a céllal, azaz a szemben álló érdekek feltárásával, az emberi szenvedélyek felszításával és az embereknek egy bizonyos akcióra való ösztönzésével. A »vezető« a »cselekvésben« fejeződik ki (pozitív vagy negatív értelemben, azaz valamely cselekvés kirobbantásában vagy egy adott, az elérendő céllal összeegyeztethető vagy összeegyeztethetetlen cselekvés bekövetkeztének megakadályozásában" – írta Antonio Gramsci (1977: 177).

kell számba vennünk ahhoz, hogy a közöttük kapcsolatot teremtő politizációs folyamatot kifejthessük. Antonio Gramscival szólva és részben őt is követve: *a polgári társadalom – a politikai társadalom* – és *a politikai állam* tagolódását.

4.5. URALOMELMÉLET – POLITIKAI HATALOM: A „POLITIKUM" ÉS A „POLITIKAI" CSELEKVÉS

A politikai hatalom és a társadalmi-gazdasági uralom kettőssége végigkíséri a polgári társadalom minden történelmi korszakát. A hatalom–uralom dichotómia alkalmazása nélkül egyenesen félrevezető minden teoretikus törekvés, amely a modern tőkés társadalmakat, a polgári társadalom és a politikai állam elválasztása mellett szerveződő formációkat kívánja leírni. (Ezt alapoztuk meg munkánk 1.10. és 1.11. alatti fejtegetéseiben.) Nem pusztán terminológiai kérdésről van szó, bár a hatalom és az uralom terminológiailag akár felcserélhető illetve bizonyos összefüggésekben egymás szinonimái is lehetnek. Teoretikus helyiértékük különbözőségét jól mutatja, hogy a társadalomtudomány két olyan klasszikusa, mint Karl Marx és Max Weber (Herrschaft, illetőleg Macht és Gewalt) egyaránt két teoretikus fogalmat használt a két szint gondolati leképezésére. *Mert szintek csak akkor és annyiban vannak, amennyiben különböző törvényszerűségeknek, összefüggéseknek engedelmeskednek*. Az elitelméletek közös álláspontjáról – elit az, amely kiválasztja saját útját (amire a passzív, szellemtelen tömegek nem képesek) – eleve elesik a hatalom és az uralom két szintje, mert gondolatilag egybecsúsztatottakká válnak. A történelmet az elitek csinálják, mert ők a folyamatok kizárólagos protagonistái, szubjektív aktorai. Így a hatalom uralom nélküli. Redukcionista felfogásuk sok oldalról bírálható. Diametrálisan ellentétes álláspontot képvisel a Hardt–Negri szerzőpáros *Empire* (2000) című könyve, amelyben a Birodalomnak, mint új szuverénnek a globalizációs folyamattal való felemelkedése egy megnevezhetetlenül anonim, szubjektivitás és döntési erő nélküli uralmat valósít meg. Hatalom nélküli uralmat.[91] Marx és Weber viszonyában – anélkül, hogy most a kérdést teljes elmélettörténeti fegyverzetében kellene mozgatnunk – *a dualizmus szükségességének módszertani egységén belül* találunk poláris ellentétet. Amíg az ökonómus-filozófus Marx a magántulajdon történelmi formáiban, a többlettermék közvetlen termelőtől való elsajátításának módjában találta meg az uralmi és szolgasági viszonyok objektív, rejtett alapzatát (Klassenherrschaft), s a politikai hatalmat tekintette a cselekvő aktorok befolyásolási dimenziójának, addig Weber – a polgárság „szociológus Marxa" – épp fordítva járt el. Szerinte egy beren-

[91] A hatalom nélküli uralom álláspontjának problematikusságát megmutattuk korábbi dolgozatunk önálló fejezetében (vö. Szigeti Péter: A politikai hatalom – társadalmi uralom: a „politikum", a „politikai cselekvés" és az „állami" mozzanatainak viszonya. In Szigeti Péter (szerk.): *Államelmélet – Politikai filozófia – Jogbölcselet*. *Leviatán* különszáma, 99–105).

dezkedés szubjektív, igazoló, meggyőző jegyeire tekintettel képződnek az uralom legitimációs módozatai, alaptípusaiban a karizmatikus, a tradicionális és a legális uralom, míg az objektív síkot, az erőfölényt, amivel szembeni ellenszegülés esetén is érvényt szerez a monopolhelyzetben, döntő erőfölényben lévő fél („Macht"), tekintette objektivisztikus összefüggésnek. Közös nevezőre redukáltan tehát: ami Marxnál az objektív adottság, amit az individuális cselekvők tudata, akaratlagos törekvése nem változtat meg, az uralom, az Webernél a szubjektív sík, a meggyőzés nyomán létrejövő engedelmesség; és fordítva, ami Webernél az objektív helyzet, az erőfölény, a hatalom, amely ellenállás esetén is engedelmességet kényszerít ki, az Marxnál a befolyásolható, akaratlagos politikai erőfeszítéssel megváltoztatható politikai hatalom. Számunkra azonban nem a szerteágazó belső fogalomalkotási problémakör az igazán fontos, ahol természetesen mindennek csak a saját teóriájában van megfelelő érvénye, a weberi ideáltipikus magatartáskutatásban éppúgy, mint a marxi dialektikus törvénytudományban, hanem az objektív és szubjektív szintek kettőssége: uralom és hatalom, illetve hatalom és uralmi módozatok kettősségének fenntartása. Komoly társadalomelmélet e nélkül, az objektum és a szubjektum dialektikája nélkül nem képzelhető el. Ma, amikor valaminő posztmodern szociológia, posztmodern tudományosság álláspontjáról gyakran mindkettőjüket a múlt rekvizitumaiként kezelik[92] – következésképpen sok mindent félreértenek a modernitás és a kapitalizmus természetéből –, jó lesz komolyan vennünk eljárásuk közös magvát, immáron módszertanilag alátámasztva és választott, következetes terminológiahasználattal: az objektivisztikus uralmi viszonyok, tehát értékek, javak, jószágok termelésének, elosztásának strukturális adottságai és a szubjektív hatókörű politikai hatalom, rendelkezőerő kettősségének társadalomelméleti kifejtésével.

Az uralomelmélet *archetípusát* G. W. F. Hegel alkotta meg *A szellem fenomenológiájá*ban (eredetileg: 1806; 1961: 101–110). Abból indult ki, hogy önálló tudattal, öntudattal az úr rendelkezik, a szolga pedig önállótlan. Az ember szükségletkielégítő lény, de van, aki nem saját, hanem mások munkájával elégíti ki szükségleteit. Az úr megparancsolja szolgájának, hogy mit tegyen, s ezzel saját szükségletei és a szükségletkielégítést biztosító javak közé állítja a szolgát. Az öntudatlan, engedelmeskedő szolga az öntudatos úr élvezetét szolgálja. A kezdetben egyirányú, aszimmetrikus függésben döntő szerephez jut az emberi munka. Mert ha a munkafolyamat sokszor ismétlődik, rutinszerűvé válik, akkor egyfelől felesleges, hogy az úr parancsba adja a teendőket, a szolga úgyis tudja már, és teszi a dolgát. Miközben e kölcsönhatásos viszonyban az úr passzívabbá válik, s egyre inkább a szolga lesz az aktív fél. Tehát éppen a munkához való pozitív és negatív vonatkozásuk nyomán kezd megfordulni a viszony közöttük. Míg az úr képességei elsorvadnak, mert feleslegesek, s nem gyakorolja azokat, aközben a szolga munkájával nemcsak a természeti tárgyat alakítja át

[92] Lásd Szigeti Péter: Kapitalizmusfogalmak és a tőkés termelési mód elmélete. *Eszmélet* 115. melléklete, 2017, 59.

hasznos jószággá, ura szükségleteit kielégítő termékké, hanem egyre jobban kimunkálja személyes képességeit, fejleszti azokat. Már nincs szüksége irányításra, fokozatosan függetlenedik, míg végül képességeit vesztett ura lesz őrá utalva. A kezdeti öntudatlan pólus öntudatosodik, míg az öntudatos másik fél degradálódik. A munka és az ökonómia nagy problémái merülnek itt fel, anélkül hogy a viszony – melyet Hegel a kapitalizmust megelőző társadalmak körülményein modellezett – teljesen átfordult volna. Ugyanis a szolga csak a boldogtalan tudat belső szabadságáig (sztoicizmus, szkepticizmus), s nem az uralommal szembeni cselekvésig jut el, s ezért csak részlegesen emancipálódik. Marx ezt az objektív dialektikát vette figyelembe, amikor a munka társadalmi felszabadításának máig megvalósulatlan programját adta.[93]

Az uralmi–szolgasági viszonyok kulcsát a többlettermék elsajátításának történelmi módozataiban találta meg – ezek a társadalmi-gazdasági alakulatok, formációk. Az eleven emberi munka alárendelődése a holt munkának (tőkének) az értéktöbblet-termelésen alapuló modern kapitalizmus, a munka–tőke közötti pólusok ellentmondásában reprodukálódik. Az uralom a kapitalizmusban a magán és magáért való osztályviszonyok dialektikája, ami a globális kapitalizmusban, a mai világgazdaságban úgy érvényesül, hogy a polgárság magáért való létre (für sich Sein), azaz szervezettségre és ideológiai-kulturális hegemóniára tett szert. Ezzel szemben a munkatársadalom (Arbeitsgesellschaft), ami nem azonos a 19. századi proletariátussal, a magánvaló lét (an sich Sein) állapotait ölti magára, öntudata egy dezintegrált tudat kultúripar által előállított visszfénye csupán.

Két szemléletes I. Wallerstein-idézetünk az uralom mai állására vonatkoztatja alapvetésünket: „Ha a burzsoáziát úgy definiáljuk, mint a nem általa termelt értéktöbblet olyan elsajátítóját, amely a többlet egy részét tőkefelhalmozásra fordítja, ebből következően a proletariátus az az osztály, amely a mások számára termelt érték egy részéből részesül. Ebben az értelemben a tőkés termelési módban csak burzsoázia és proletariátus létezik. A polaritás strukturális" (1976: 7). „Így a kapitalizmus nemcsak a többlettermeknek a tulajdonos által a munkástól való elsajátítását jelenti, hanem az egész világgazdaság többletének az elsajátítását is a centrum-területek által. Ez egyaránt fennállt a mezőgazdasági és az ipari kapitalizmusban is" (1980: 116). Számunkra nyilvánvaló, hogy ezen alaptagoltságon kívül egy társadalomban az emberösszesség még nagyon sokféle megoszlást mutat, kulturális arculata, világnézete, vallási hovatartozása, választói magatartása, jövedelmi viszonyai vagy éppen lakóhelyének különbözőségei okán. Mindez azonban nem szünteti meg *az alapta-*

[93] Herbert Marcuse a hegeli politikai filozófia rekonstrukciója során teljesen nyilvánvalóvá teszi ezt a kapcsolatot, amikor a *Jogfilozófia* (1821) öregkori Hegelét elemzi. Hegelnél az államtól elváló polgári társadalom szabja meg a termelés folyamatának menetét, amelyben az egyén nem szükségleteinek és képességeinek, hanem „tőkéjének" megfelelő helyet foglal el. „Mivel az általános gazdagságban való részesedés lehetősége a tőkétől függ, ez a rendszer egyre nagyobb egyenlőtlenségeket szül" (*Jogfilozófia,* 200. §, illetve Marcuse, 1982: 237, 238).

goltság, tehát *a gazdaság társadalomstruktúrájának, tulajdoni és munkamegosztási viszonyainak, uralmi szerkezetének jelentőségét.*

Amíg az elitelméletek hatalmi kérdéssé egyszerűsítik a társadalom osztályuralmi viszonyait s az abban rejlő politikumot, fordított arány- és funkciótévesztésről is beszélhetünk, amikor az uralmi viszonyokban feloldódik a politikai hatalomgyakorlás jelentősége, eltűnnek cselekvő protagonistái, szereplői, akik a jelenségvilágot hozzák mozgásba, de tételezéseik önmagukon túlmutató hatásokkal járhatnak. Ekkor a gazdasági-társadalmi uralom objektív mechanizmusai, strukturális adottságai hatalom nélkül, attól függetlenül működnek. Mintha a társadalmi viszonyok teljesen naturalizálódhatnának. Mintha a világgazdaság kétségtelenül homogenizálódó tőkeviszonyai magukba olvasztanák (elnyelhetnék) a megszüntethetetlenül heterogén világtársadalmat, következésképpen a szuverenitás politikai-jogi aspektusait, a politikai hatalom és cselekvő protagonistáinak szubjektív mozgásterét, amelyek pedig mind nemzetállami, mind világrendszerbeli szinten léteznek.

Ha mármost elfogadva a hatalom–uralom kétszintű elemzését, amelyet a barát- ellenség schmitti megkülönböztetés igencsak elrejtve, kifejtetlenül tartalmaz, mégpedig a politikai–politikum differenciálatlan kettősségeként, akkor levonhatjuk elemzéseink következményeit: mikor és mitől jutunk el az uralmi viszonyokkal terhelt társadalmi létezésmódból a politikai cselekvésig és viszont?

4.6. A STATIKA NÉZŐPONTJÁNAK FELVÁLTÁSA A DINAMIKÁVAL, A POLITIZÁCIÓS FOLYAMAT JELLEMZÉSE: KÉTIRÁNYÚ KÖZVETÍTÉS A POLGÁRI TÁRSADALOM, A POLITIKAI TÁRSADALOM ÉS A POLITIKAI ÁLLAM KÖZÖTT

Aktualizálva korábbi tanulmányaimat (Szigeti 1988 és 2006), az eddig követett szinoptikus és jobbára statikus nézőpontot *cseréljük fel a politikai dinamika nézőpontjára*. Módszertani kiindulópontnak választhattuk Marxnak a magánvaló és magáértvaló osztályról szóló elemzéseit, amely a politizálódási folyamat különös, mintegy száz esztendőn keresztül, a „szociáldemokrata évszázadban" (Ralf Dahrendorf) kitüntetett szerephez jutó formája volt. Megengedhető e különös forma általánosítása a mai viszonyokra, mert hiszen az „en sich Sein" és a „für sich Sein" princípium az eredeti, hegeli lételméleti intencióval szerepelnek Marxnál az osztállyá szerveződésre vonatkoztatva. És így, mint egy folyamat kifejletlen és kifejlett stádiumának, a kezdetnek és a kifejlett formának a különbségét kifejező kategóriák, átvihetők a politikai jelenségek egyéb megjelenési formáira. Ehhez kapcsolódtak a neomarxista törekvések, mutatis mutandis reagálva a klasszikus, liberális kapitalizmushoz képest megváltozott helyzetre. Így követhetjük Antonio Gramsci *Új fejedelem* című munkájának hegemóniakoncepcióját és annak jelentős elmélettöredékével (1977: 85–89) vagy Claus Offe elemzéseit (1977, 1982), de a neomarxizmustól függetlenül, a fran-

cia politológiában meglévő dinamikai elemzési módszert (G. Burdeau, Ch. Debbas, Y. Daudet, G. Lavau). Ehhez a hagyományhoz kapcsolódva a politikai statika egykritériumos – bár általunk a normálforma versengő rendje, a kivételes állapot és az antagonisztikus-polgárháborús állapot irányába már differenciált – nézőpontja mögötti dinamikus magyarázó folyamatokig nyomulunk előre.[94] A politizáció problémája a mai politológiában leszűkített terjedelemmel, a közpolitika elemzéseként kerül előtérbe. Ebben ab ovo elesik a széthulló, elhasználódott politikai hatalommal szemben fellépő: 1. „negatív egységek" ismétlődő jelensége és 2. a kivételes és 3. az antagonisztikus állapoté. Marad a normálforma szabályozott politikai versenyhelyzete, tehát az uralmi viszonyokat meg nem kérdőjelező mozgásforma – megfelelően a centrumországok belső status quójának.

A *public policy* elméletek is azt vizsgálják, hogy miként és mitől emelkedik ki egy probléma a létviszonyokból, mi, ki és miként tematizálódik politikaiként, s a döntés-előkészítés – döntés – döntésvégrehajtás folyamatát milyen szereplők befolyásolják, illetőleg hajtják végre (determination of the problem – agenda setting – project – decision – implementation – outcome), hogy aztán a kormányzást (gouvernance) érintő követelések és támogatások megváltozott feltételekkel kezdődjenek újra (Bayer, 2001: 15–17). Így áll elő a kormányzati folyamatok elemzése, amely egyfelől valóságos ugrópontot jelent, mert a közpolitikára fókuszálás megfelel a beavatkozó, intervencionista állam körülményeinek, ahol a redisztribúció mértéke már nem egy számjegyű, mint a minimális állam idején 1914 előtt: az EU-ban 45–48%, az USA-ban kevesebb, de jelentős, 32% körüli.[95] Másfelől egyértelmű, hogy a public policy a társadalmi problémák mérséklésére, megoldására irányul – és nem rendszertranszcendens irányultságú. Márpedig ez akkor is releváns, ha a mainstream angolszász politikatudomány tudomást sem kíván venni egy társadalom uralmi viszonyairól policy-kutatásaiban.

A politikai cselekvéseket, döntéseket megelőző politizációs folyamatok a társadalmi tagoltságból – egyének, csoportok, rétegek, osztályok – annak érdekkonfliktusaiból indulnak ki. Alapjuk a társadalmi struktúra, a strukturált társadalom léte.

[94] A legújabb, globális kapitalizmussal összefüggő fejleményt pedig a világrendszer-kutatás mondja ki a legvilágosabban: amíg a nemzetállami keretekben lejátszódó politikai cselekvés *tárgya* – a politizációs folyamat nyomán – *a nemzetállam volt*, aktorai pedig a nemzeti társadalom belső erőviszonyaiban fellépő osztályok, csoportok, rétegek, mozgalmak, politikai pártok, addig a világrendszer elemzési dimenziójában a cselekvés *tárgya a világrendszerben elfoglalt hely*, a cselekvő *alanyok* pedig – az említett nemzetállamiak mellett – belépő új szereplők: regionális integrációk, TNC-k, WTO, IMF, hitelminősítők, röviden: a globális kapitalizmus szuperstruktúrája (vö. leírását és értelmezését: *A nemzetállami szuverenitás közjogi fogalmának védhetősége és ami azon túl van,* Szigeti, 2014).

[95] Prioritásait tiszta formában már nem a neokeynesianizmus, hanem a kínálati gazdaságtan és a monetáris ellenforradalom jelölik ki. Saját célkitűzései szempontjából az amerikai neokonzervatív és az európai neoliberális – dezetatizációs, deregulációs offenzív politika – ezen a területen (redisztribúció mértéke) képtelen volt sikeressé válni. Ehhez lásd adatokkal és oksági magyarázatokkal Szigeti Péter, 2005 b: 101–120.

A polgári társadalom szükségletkielégítő és termelőtevékenységek, továbbá tevékenységcserék összessége. Nem egyénösszességről, hanem tulajdoni, munkamegosztási, elosztási, hatalmi-befolyásolási és szellemi-kulturális tényezők által való meghatározottságokról van szó. A politizálódás a sui generis politikum előtt kezdődik, mert társadalmi tényezőkön, a „societas civilis"-en nyugszik, s ezért a specifikus politikai mozgásformák csak viszonylag önállóak. A barát–ellenség statikus és egyetlen kritériumos megkülönböztetése mögött az ahhoz vezető dinamikus folyamatot kell látnunk. A társadalmi tagoltság alanyainak kielégítetlen szükségletei, az elosztás szűk keresztmetszetei vezetnek az érdekek artikulációjához és harcához. A társadalmi struktúra érdekviszonyainak alakulását a következő elemek határozzák meg: tulajdon (a tőkésíthető vagyon értelmében) – tulajdonnélküliség;[96] szektorális érdekkülönbségek és ellentétek az ipari, kereskedelmi, szolgáltató és pénzügyi szektorban érintettek között; a jövedelmi és hatalmi pozicionáltság. Ezek az elemek nem egyszerűen a népesség sokasági megoszlásának rendezését jelentik, hanem potenciális politikummal bírnak. A fennálló fenntartására, illetőleg megváltoztatására irányuló politikai cselekvések a társadalmi struktúrában elfoglalt helyzetből, szükségletkielégítési törekvésekből értelmezhetőek. A rendelkezésre álló javak – bővülő történeti reprodukciójuk esetén is – mindig korlátozottabbak, mint a szükségleti igények, mert minden kielégített szükséglet egyben új szükségletet szül.[97] Közömbös, hogy anyagi vagy szellemi, közösségi, oktatási vagy kulturális kielégítetlen szükségletről van szó. Akár más embercsoportok kedvezőbb helyzete, akár intézményes rend áll a szükségletkielégítés útjába, a feszültség politizálódhat. „Embercsoportok vagy intézmények uralma?" – tette fel a klasszikus kérdést Claus Offe (*Politische Herrschaft und Klassenstrukturen*, 1982). A konzervatív politikaelméletek az előbbit, az elitek vagy a vezér tekintélyét, autoritását helyezik előtérbe, így C. Schmitt is, míg a liberális orientáció „piac Istenhez" hasonlóan, az intézmények személytől független, dologszerű racionalitását keresi az intézmények működésében. Számunkra viszont *az intézmények közvetítik, szervezik, biztosítják a különböző – szubjektivitással rendelkező – embercsoportok helyzetét, uralmi viszonyait, mégpedig az individuális tudatoktól függetlenül létező, objektív társadalmi viszonyok nyomásának körülményei között.*

[96] Madison – meggyőzően – egyenesen a pártosodás legfőbb forrásának nevezi ezt a megoszlást: „A pártoskodás leggyakoribb és legtartósabb forrása azonban a tulajdon különböző és egyenlőtlen elosztása. A társadalomban mindig is ellentétes érdekei voltak a tulajdonosoknak és a tulajdonnélkülieknek. Hasonló érdekkülönbségek választják el a hitelezőket az adósoktól. Földbirtokos, gyáripari, kereskedői, pénzügyi és egyéb, kisebb súlyú érdekcsoportok szükségszerű velejárói a civilizált országoknak, és a nemzeteket különböző társadalmi osztályokra tagolják, amelyeket eltérő érzelmek és nézetek mozgatnak" – írta a *Föderalista* 10. számában, 1787. november 22.

[97] Marx szükségletelmélete (vö. *A német ideológia*, MEM 3. k. Budapest, 1960. 29. és köv. oldalak), Heller Ágnes: *A szükségletek elmélete Marxnál*, Maslow szükséglet-piramisa, R. Pound pragmatizmusa elegendő elméleti bizonyítékul szolgál tézisünkhöz.

Nem akként politizálódnak a feszültségek, hogy a társadalmi tagozódásból, annak érdekviszonyaiból közvetlenül, automatikusan levezethetőek volnának a politikai cselekvések, orientációk. Mert amennyire igaz az, hogy a társadalmi struktúra érdekviszonyai gyakran rejtett, potenciális politikai mozzanatot tartalmaznak, a politikait és a politikumot magánvalóságuk értelmében, annyira hamis volna megfordítani az összefüggést, s azt állítani, hogy a politikai folyamatok csak a társadalmi struktúra érdekviszonyainak kifejeződései. Másról és többről van szó. A politikai társadalom és tagoltsága (pártok, mozgalmak, érdekcsoportok, lobbik) nem azonos és nem leképeződése a társadalmi tagozódásnak, s nem is csak egyszerűen a léthelyzetek különböző tudatossági fokon való kifejeződése, mint ezt „a hozzárendelt osztálytudat" teoretikusai gondolták. Azonban a politizációs folyamat megszüntethetetlen kiindulópontja. Egy egyszerű, terjedelmi indexszel kifejezve: a népesség és a politikai népesség egyetlen társadalomban sem esik egybe. A *politikai névtelenek* (Gombár, 1980: 142), az angolszász mintázatú *„loyalty" eszménnyel élők*, a francia republikanizmus hagyományából keletkezett *citoyen-ethosz* által áthatottak és az orosz *hivatásos forradalmár* (valamint a partizán és a terrorista) habituális differenciái szemléletesen mutatják az egyén felől nézve ezt az egybe nem esést. Utóbbiaknál a politika már alapvető belső szükségletté válik, mert egész életüket, tevékenységüket ennek rendelik alá.

Ha bizonyos társadalmi feltételek, intézmények vagy más osztályok, ezek rétegei vagy különböző csoportok valamely szükségletének kielégítését akadályozzák, akkor manifesztálódik az érdek, mert konfliktushelyzet állt elő. Ha például egy társadalmi csoportnak, ifjúságnak a képzési, oktatási igényeit vagy intellektuális megismerés iránti szükségletét az adott oktatási rendszer gátolja – vagy mert megfizethetetlen számára, vagy elitista szelekciójú –, akkor ezek az érdekek politizálódhatnak. Nemcsak anyagi szükségletek (táplálkozás, lakhatás, ruházkodás, egyed- és fajfenntartás), hanem társas közösségi, intellektuális és morális szükségletek kielégítetlensége is politizálódhat adott feltételek mellett.

A társadalmi létet az erőforrások mindenkor véges készletei, illetve lehetőségei és az ezeket felülmúló szükségletdinamika jellemzi. Elvileg nem lehet telítettség, mert a szükségletfajták végtelen progresszusa és az erőforrások véges készlete áll szemben egymással. Ha végtelenek lennének a szükségletkielégítés forrásai, akkor nem lennének konfliktusok és érdekek sem. Mint ahogy ott, ahol aktuálisan a kielégítettség állapota áll fenn, nincs is érdekmotiváció. A szociális tagozódás alanyainak igényei ott válnak érdekké és ezzel a politikai cselekvés mozgatórugójává, ahol a szükségletkielégítésben konfliktusos helyzet jön létre közöttük: legalábbis érdekellentétek. A különbségek önmagukban nem jelentik a politikai cselekvés motivációit. Ezért nincs egyetlen társadalom sem állandóan a „bellum omnium contra omnes" állapotában. A véges készletek osztályspecifikus egyenlőtlenségei nyomán az érdekkonfliktusok még szélesebb és mélyebb dimenziókat ölthetnek, mint azok

nélkül.[98] Tézisünket törvényszerűségként fogalmazva: amíg a szükségletdinamika az adott berendezkedésen belüli „politikait" generálja, addig a barátok az ellenféllel küzdenek szabályozott versenyhelyzetben, illetőleg működnek közre a közpolitikai döntésekben. Ellenben amikor a termelési eszközök tulajdonviszonyainak és a belőlük következő *elsődleges jövedelemmegoszlás nyomán* „az életlehetőségek közösségének" potenciális politikuma aktualizálódik, vagy más rendszerszintű probléma lép fel, akkor a barátok és az ellenségek „politikumának" területére érkezünk. Stacioner társadalmi állapotokban utóbbiak nem lépnek fel.

A társadalmi struktúrában elfoglalt helyzet érdekmozgásokat involvál. Mégsem csak a szociális struktúrabeli helyzetből, hanem *egyéb sajátos érdekviszonyokból* is táplálkozik a politizációs folyamat. Területi és regionális fejlettségi szintkülönbségekből fakadó érdekek, a világgazdaság egyenlőtlen és hierarchizáló tendenciái is potenciális politikumot tartalmaznak, vagy demográfiai csoportok érdekei (nemzedékek és nemek között egyaránt), nemzetiségi és etnikai, vallási-kulturális közösségi és nemzeti érdekek sokfélesége politizálódhat. Partikuláris és általánosabb érdekeké egyaránt. Seymour Martin Lipset és Stein Rokkan elmélete (1990) azt a négy nagy törésvonalat azonosította, amely a 20. század harmadik évtizedétől a hetvenes évekig domináns volt: tulajdonos–bérmunkás; centrum–periféria; mezőgazdaság–ipar; vidék–város; állam–egyház közötti „cleavages"-eket. Ezek intézményesült politikai megjelenéseként interpretálta a pártokat, pártrendszereket, sőt, a választói magatartásokat is. A centrum–periféria megoszlás ma is óriási jelentőségű, míg a tulajdonos–bérmunkás klasszikus ellentét sokat veszített intenzitásából. Részben éppen azért, mert mint Wallersteinnel jeleztük, a kizsákmányolás (a meg nem fizetett többletmunka magánelsajátítása, amelynek fokát m/v aránya fejezi ki) – ma jelentős mértékben a világgazdaságban megszerezhető profitok (m / c + v) kérdésévé

[98] „Az a sajátos gazdasági forma, amelyben a meg nem fizetett többletmunkát a közvetlen termelőkből kisajtolják, meghatározza az uralmi és szolgasági viszonyt, ahogyan az közvetlenül magából a termelésből kinő és meghatározó módon ismét visszahat erre. De ezen a formán alapul a gazdasági, magukból a termelési viszonyokból kinövő közösség egész alakzata s ezzel egyszersmind a sajátos politikai alakja is. Mindig a termelési feltételek tulajdonosainak a közvetlen termelőhöz való közvetlen viszonya – e viszony mindenkori formája természetszerűen mindig a munkamód meghatározott fejlettségi fokának, ennélfogva a munka társadalmi termelőerejének felel meg – az a viszony, amelyben az egész társadalmi szerkezetnek, és ennélfogva a szuverenitási és függőségi viszony politikai formájának is, egyszóval a mindenkori sajátos államformának a legbensőbb titkát, rejtett alapzatát megtaláljuk. Ez nem akadálya annak, hogy ugyanaz a gazdasági bázis – fő feltételeiben ugyanaz – számtalan különböző empirikus körülmény, természeti feltétel, faji viszonyok, kívülről ható történelmi befolyások stb. következtében végtelen sok változatot és fokozatot mutathat megjelenésében, amelyeket csak ezeknek az empirikusan adott körülményeknek az elemzése útján lehet megérteni" (K. Marx: *A tőke*. III. könyv MEM 25. Budapest 1974. 745–746.). Az uralmi viszonyok politikumának eme mérvadó jellemzése éppen nem zárta ki Marxnál, hogy legjobb politikai tárgyú elemzéseiben *(Brumaire, Osztályharcok, Polgárháború Franciaországban)* az államformákat és a politikai szintű mozgásokat, érveket, összefüggéseket konkrétan elemezze. Áll ez napjainkban a végtelen sok változatot és fejlettségi fokozatot mutató tőkés társadalmi-gazdasági alakulatokra is.

alakult át – átkerült a nemzetgazdasági keretekből a regionális integrációk és a világrendszer szintjére.[99] A másik kettő közül pedig az agrárius–merkantil ellentét a mezőgazdaság iparszerűvé válása következtében majdnem teljesen eltűnt (miközben a város–vidék rokon törésvonal gyakran hatást kiváltó, élő maradt). Amióta a politikai katolicizmust felváltották a modern kereszténydemokrata, keresztényszociális irányzatok, rendezettebbé, konfliktusmentesebbé vált az állam–egyház viszony.

A kérdés most már az, hogy az érdektípusok potenciális politikuma miként aktualizálódik, mi módon tesz szert érdekérvényesítő hatékonyságra? Ahhoz, hogy az objektív érdekek egyéni érintettjei valóságos eredményt érhessenek el helyzetük kedvezőbbé tételében, a primer, még nem tudatosult érdekeknek át kell menniük *egy felismerési és szerveződési folyamaton*. Az érdekek objektivitása az érintett individuumok szempontjából azt jelenti, hogy kielégítetlen igényeiknek spontán, kevéssé tudatosult formában, de mégiscsak cselekvést motiváló hatásuk van. Mindaddig, amíg egy társadalom képes egyedei szükségleteit kielégíteni, vagy ennek lehetőségét nem zárja ki, a polgár toleráns, lojális, elfogadja a fennálló állapotokat, léthelyzetét. Ha viszont ennek lehetősége elesik, és nem pusztán egyesek, hanem azonos helyzetben lévő sokaság – csoport, réteg, osztály – körében, akkor felismerhetővé válik az egyének problémáinak önmagukon túlmutató jelentősége. A közös érdek meglétén, a sokaság viszonylag homogén helyzetén kívül szükséges még, hogy a sokaságot alkotó egyének között legyen kommunikáció, információ-, vélemény- és tapasztalatátadás. Röviden: tapasztalatcsere. Ha ezt a kialakult intézmények, jogszabályok (az egyesülési és gyülekezési jog gyakorlására, a sajtó- és véleményszabadságra vagy a sztrájkjogra vonatkozóan) akadályozzák vagy szelektíve preformálják, hatalmi eszközökkel manipulálják, és/vagy területileg és időben túlzottan megosztottan jelentkeznek a negatív tapasztalatok, úgy az érdekek politizálódása megakadhat. Nem jöhet létre, mert a tudatosítás és a szerveződés, az érdekek politizálódásának előfeltételei ki vannak zárva. A szétszórt sokaságot össze kell fogni, helyzete tudatára kell ébreszteni és meg is kell szervezni ahhoz, hogy érdekérvényesítési képességre tehessen szert.

A politizáció kollektív érdekérvényesítés, ami akkor lehet igazán eredményes, ha nemcsak a *szerveződésre való képesség* jellemzett feltételei adottak, hanem a *konfliktusképesség* is. Két együttes, konjunktív feltételről van tehát szó – mutatta ki C. Offe (1982). Konfliktusképesek azok a társadalmi csoportok, amelyeknek telje-

[99] A legújabb, globális kapitalizmussal összefüggő fejleményt a világrendszer-kutatás mondja ki a legvilágosabban: amíg a nemzetállami keretekben lejátszódó politikai cselekvés *tárgya* – politizációs folyamat nyomán – *a nemzetállam volt*, aktorai pedig a nemzeti társadalom belső erőviszonyaiban fellépő osztályok, csoportok, rétegek, mozgalmak, politikai pártok, addig a világrendszer elemzési dimenziójában a cselekvés *tárgya a világrendszerben elfoglalt hely*, a cselekvő *alanyok* pedig – az említett nemzetállamiak mellett – belépő új szereplők: regionális integrációk, TNC-k, WTO, IMF, hitelminősítők, röviden: a globális kapitalizmus *szuperstruktúrájának a protagonistái* (vö. leírását és értelmezését: Szigeti, 2005b, V. fejezetében).

sítmény-visszatartó, teljesítménymegvonó képességük van. Piacilag integrált tőkés árugazdaság esetében minden olyan csoport rendelkezik ezzel a képességgel, amelyiknek teljesítmény-visszatartása/teljesítménymegvonása *zavart okoz a tőke értékesülési folyamatában*. Ezért lehet különösen hatékony a repülőgép-irányítók, a mozdonyvezetők érdekérvényesítése, vagy egy gazdasági ágazatot megbénítani képes sztrájk, illetve egy ország gazdaságát megbénító általános sztrájk. Ellenben a háziasszonyok – elszigetelten tevékenykedve és sporadikus kommunikációs helyzetben lévén – nemcsak nehezen szervezhetők, hanem nincs piacilag értékelhető teljesítményük sem, amit megvonhatnának az árugazdaságtól. A diákság jól szervezhető, azonban csekély mértékben konfliktusképes társadalmi csoport. Egy piacilag integrált cseregazdaságban sem lehetetlen azonban a politizáció – konfliktusképesség nélkül. „Nehezebben vagy egyáltalán nem lehet megszervezni azokat az életszükségleteket, melyek nem világosan elhatárolható státusz- vagy funkcionális csoportokhoz, hanem az emberek összességéhez tartoznak" – írja Offe. Így a katonai-ipari lobbi sokkal hatékonyabban és gyakrabban tud fellépni érdekeinek érvényesítésében, mint a pacifisták, akiknek nincs piaci teljesítmény-visszatartó képességük. Viszont bizonyos történelmi helyzetekben elementáris, össztársadalmi erővel törhet fel a béke utáni vágy – a teljesítménymegvonás képessége nélkül, – mégis tömegnyomás alá helyezve a háborút csinálókat (például 1918 elementáris békevágya az I. világháborúban). A *humán szükségletek* (béke, egészség, egészséges környezet, autonómia, nemi identitás stb.), amelyek nem vagy nem teljesen mentek át az áruvá válás és kereskedelmi értékesítés (commodification/marchandisation) folyamatán, nehezebben érvényesíthetők, mint inverzeik, azonban ezek is politizálódhatnak.

Elérkeztünk *a politikai társadalom, a politikai tagoltság szintjére*, ahol pártok, mozgalmak, irányzatok, nyomáscsoportok és NGO-k egymástól elkülönült politikai minőségei már artikulálják az összfolyamatot. Kialakítják „mi"-tudatukat, magukat másoktól megkülönböztető és másokkal szemben megfogalmazó identitásukat és identitáspolitikájukat, továbbá valamilyen szinten szervezetileg is formalizáltak. A legenyhébb „flashmob" érdek- és nézetközösség esetén is szükséges az érintkezés, és az ad hoc demonstrációk, manifesztációk vagy nyomást gyakorló csoportok fellépését is szervezni kell. Egészen a szervezett tömegpártokig, ahol – mint Gramsci kimutatta – a tagság (szétszórt elem) és a vezetés (fő összetartó elem) között állandósul egy közbülső elem, amely nemcsak fizikailag, hanem szellemileg és erkölcsileg is közvetíti, szervezi a két pólus kapcsolatát (1977: 45–47). Utóbbit illetően tegyük hozzá: aktivisták, pártmunkások, militánsok praxisán keresztül.

A politizálódási folyamat második, intézményesült politikai tagoltságot eredményező szintjén kollektív törekvések, érdekérvényesítési igények fogalmazódnak meg. Közbenső, átmeneti szint a potenciális politikai/politikum és a kifejlett, magáért való szint között. A nyers formából a kollektivitáson keresztül érdekérvényesítésre tör, tehát már artikulált és szervezett, identitással rendelkező erő, a politikai társadalom aktora: szövetségi politikájával, stratégiájával, taktikájával. Másfelől

megszerveződése önmagában nem jelent eredményt, mert nem jelenti a politikai állam, a hatalmi viszonyok döntésbefolyásolását, sikeres stratégiával vezetett taktikai manővereket, és ezeken keresztül a szükségletkielégítésben való kedvezőbb helyzet elérését. A politika magáért való formája az össztársadalmi viszonyok befolyásolása, a valóság mint eredmény alakítása, és nem pusztán mint elvont lehetőség. Ettől és ekkor konstitutív.

4.6.1. A közpolitika (policy) helye ebben a processzusban

A politikai államot („kényszerrel páncélozott hegemónia" – A. Gramsci) különleges hatósugarú cselekvőképessége, döntéseinek sajátlagos eszközrendszere (törvényhozási többsége, kormányzati hatalma, anyagi erőforrásai, redisztributív hatalma, presztízsviszonyokat alakító hatása, ideológiai államapparátusa) teszik alkalmassá arra, hogy makrotársadalmi szintű rendelkezőerő lehessen. Nem omnipotens, de ezen a szinten is potens – eltérően a hatalom mikro- és mezoszintjeinek alacsonyabb fokú hatókörétől. A politikai állam a követelések és a támogatások szorításában szelektív közpolitikai teljesítményeivel integrálhatja saját potenciális szövetségeseit, olyan politikai alternatívák kidolgozásával, amelyek képesek minimalizálni a széthúzó érdekellentéteket, miközben az objektíve számára meg nem nyerhető pártok, mozgalmak dezintegrálására törekedhet. A szükségletek részleges vagy teljes kielégítésétől kezdve az érdekérvényesítő törekvések megosztásáig, az engedményektől az információáramlás blokkolásáig ehhez széles körű taktikai repertoár áll rendelkezésére.

A kormányzati közpolitika olyan aktív adaptáció a politikai tagoltsághoz és benne a korunkban kitüntetett szerepet játszó parlamenti erőviszonyokhoz, *amelyen keresztül döntéseit aktorainak a várható következmények felől kell mérlegelniük. Ez a politikai sajátlagos racionalitása* – a klasszikus weberi megoldás értelmében. Miért, hogyan?

A kormányzati politika, közpolitika politikai társadalomra – követelésekre, támogatásokra – adott reagálásait mindenkor nagy szakapparátusok és többé-kevésbé felkészült szakemberek segítik. A kormányzati politika szelekciós viszonya a különböző tárgyi területekre, ügyekre, alternatívákra vonatkozóan – megoldásom szerint – akkor és ott kezdődik, ahol és amikor:

1. *többféle szakterület* – gazdasági, műszaki, jogi, egészségügyi, környezeti stb. – *szakmai racionalitása ütközik egymással* (közpolitika), vagy pedig,
2. *azonos területen többféle egyenértékű vagy közel egyenértékűen szakszerű megoldás kínálkozik* (szakpolitika).

Ami tisztán szakkérdés és akként eldönthető, az nem politikai ügy, legfeljebb az olyan politikus keze alatt lesz azzá, akit valamilyen ügy elkötelezettjeként szándéketikai túlfűtöttség vezet, anélkül hogy számolna vagy számolni volna képes döntése kihatásával. A kormányzati politika, közpolitika – kedvező esetben – tehát nem az akarnok dilettánsok és a dilettantizmus világa.

Ha nem lenne fentebbi 1 és 2 esetkör, akkor eleve nem lehetne megalapozni a politikusi hivatást mint olyat, aminek megvan a maga saját szakszerűsége – az adott tárgyi területhez, problémához képest – *amellyel eltérő kihatású érdekpályákra tereli a társadalmi cselekvéseket. Kormányzati politika (közpolitika) per definitionem a különböző szakracionalitások ütközése vagy az azonos területen fellépő egyenértékű – s ezért technokratikus észszerűséggel nem súlyozható – megoldások közötti döntés. A kormányzatot mindig nyomja a döntés vagy nem-döntés súlya, és a meghozott vagy elhalasztott cselekvést mindig a tényleges és lehetséges következmények felől kell mérlegelnie. Így a nem-döntés éppúgy lehet a rendszer strukturális feltételeinek érintetlenül hagyása, meg nem kérdőjelezése (Systembezogen, rendszerfüggő mozzanat), mint a kormányzat védekezése az adott körülmények között ki nem elégíthető, túlterhelő követelésekkel szemben.* Ebben nem tud a szakember a politikus helyett dönteni, ebben az úgynevezett szakpolitika nem váltja ki a közpolitikát, mert éppen ez a saját minősége, létértelme és oka, egzisztenciamódja. Ebben a minőségében a közpolitika és a politikai nem helyettesíthető, nem váltható ki a technokráciával, ezért és ennyiben *irányítja a politikai mozzanata az igazgatást, végrehajtást*. (Akkor is, ha éppen a politikusok szívesen tüntetik fel magukat szakembernek, hivatkoznak szakértelmükre, szakpolitikai jártasságukra, nem tudván, hogy ezzel tulajdonképpen hivatásuk értelmét kérdőjelezik meg. Delegitimálják azt, amit legitimálni szeretnének.)

A kormányzati politika genus proximuma[100] *tehát a politikai tagoltság, amelyben a kormányzás felülről lefelé ható, alternatív tételezéseket, döntéseket és nem-döntéseket valósít meg.* A tételezés mint döntés pedig a kormányzati politika differentia specificája: döntésének vagy nem döntésének mindenkor a következmények felőli mérlegelés adja meg az értelmét, közel se vulgárisan, hanem a szándéketika és az eredményetika egybeérésének, a felelősségteljes politikusi hivatásnak weberi értelmében (1989: 81, 84–86), amely túl van az érzület – etikai túlfűtöttség szubjektivitásán, s az ezzel járó dilettantizmuson, populizmuson és az időnként fellépő paranoián.

A közpolitika „a tulajdonképpeni politikacsinálásra, mint döntéshozatali folyamatra irányul" (Bayer). Főbb területeinek tartalmi osztályozása is megmutatja (lásd a Windhoff-Héritier szerzőpárost idézve Bayer, 2001: 13-14, felsorolását[101]), hogy

[100] Genus proximum: a legközelebbi nem; az az általánosabbkörű fogalom, amely alá az osztályozandó dolog közvetlenül tartozik.

[101] Ezek a következők: *a)* anyagi juttatások; *b)* nem anyagi jellegű, szociális szolgáltatások; *c)* pénzügyi segélyprogramok, szubvenciók, adó- és hitelkedvezmények, ártámogatások; *d)* infrastrukturális fejlesztési programok; *e)* egyedi szakprogramok, mint például a gyógyszerellátás, mozgáskorlátozottak segítése; *f)* jogszabályi előírások, reguláció.

a politikai hatalom – társadalmi uralom dualizmus problémaszintjébe a közpolitikaiból csak a politikai fér bele. Kiesik itt a társadalmi uralom, a politikum dimenziója, amelyet a politikai tagozódás éppúgy kifejezhet, alanyai képviselhetik, mint az előzőt. A politikai képviselet ugyanis kiterjedhet rendszerkritikai és rendszerellenes mozgalmakra, pártokra. Utóbbiak nem az ellenzék, hanem az ellentársadalom képviselői: a fennállótól esszenciálisan különböző társadalomintegrációban érdekeltek (a fennálló berendezkedéshez képest „akár jobbról, akár balról", akár a múlt felől, akár egy elképzelt jövőbeni berendezkedés felől tegyék is ezt). Ebből következik, hogy közel sem véletlen az a megoldás, amely azt mutatja meg, hogy miért nemcsak különbözik egymástól a politikai és a politikum, hanem össze is kötődhet a politikai dimenzió az uralmi viszonyokkal, a politikummal. Azért, mert a léthelyzetekből, a tulajdoni, a munkamegosztási, a jövedelmi viszonyokból és a hatalom megoszlásából való részesedése a népességet habituálisan differenciálja, s mint Maurice Duverger kifejtette: a politika Janus-arcú: múltra és jövőre, harcra és integrációra egyszerre tekint.

4.6.2. A harc és az integráció újratermelődő attitűdjének szociális meghatározottsága.

Azért nem lehet a politikát objektív értelemben kimerítően meghatározni, mert annak lényege, hogy egyszerre érdekalapú, és bizonyos értékrend jegyében történő választásokat, döntéseket tartalmaz – nem tudományos igazságokat. A politikatudomány demaszkírozhatja a politikai döntéseket, azon azonban nem tud változtatni, hogy a társadalmi-emberi-politikai értékítéletek egyszerre objektívek és szubjektívek. Egy adott szakaszra vagy helyzetre nézve megmondhatjuk, hogy abban mi tekinthető liberális, szocialista, konzervatív vagy nacionalista politikának. Azt azonban egyik perspektívából sem lehet megválaszolni, hogy mi maga a politika objektív értelemben, függetlenül ezektől a feltételektől. Mivel a politika mindig érdek- és értéktörekvéseket, a valóság egyfajta észlelését, gondolati feldolgozását, értelmezését tartalmazza, ezért összefüggésbe kell hozni a harc és az integráció alapvető attitűdjeivel. Akik a politikában harcot, háborút látnak, azok számára a politika arra való, hogy fenntartsa egy kisebbség privilégiumait, ha azt támadják, a többség felett; illetőleg hogy a többség harcoljon egy ilyen nemkívánatos helyzet ellen. A politika harc az elnyomás fenntartásáért vagy az elnyomás ellen. Ezzel diametrálisan ellentétesen, az integráció attitűdje felől érzékelve, a politika az individuumok társadalomba történő integrálásának eszköze. Mindkét attitűd hátterében szociális determinánsok húzódnak meg. A harcattitűd hátterében az elégedetlenek, vagyontalanok, tulajdonnélküliek állnak. Számukra a hatalom által biztosított rend a privilégiumok rendje, ami egy igazi rend (természetjog) szempontjából csak a rend karikatúrája. Míg az integrációs attitűd szociális hátterében az elégedett osztályok, csoportok, a

vagyonos személyek állnak. Számukra a társadalomban harmónia van, és a hatalom egy autentikus, legitim rendet tart fenn: a politika integrációt jelent. Utóbbi képviselőinek gyakran sikerül meggyőzni a vagyontalanokat, tulajdonnélkülieket, hogy a politikai harc erkölcstelen, egészségtelen, és csak önző egyéni érdekeket követ. Teszik ezt azért, mert minden depolitizálás, demobilizálás a fennálló rendnek, mozdulatlanságnak, konzervativizmusnak kedvez. Magának a politikának a saját belső természete tehát az ambivalencia, Janus-arcúság: *a hatalmi-politikai intézmények és folyamatok egyszerre, egyidejűleg eszközei embercsoportok, osztályok mások feletti uralmának (vagy az ezzel szembeni ellenállásnak) és egy szociális rend biztosításának, az egyének társadalomba integrálásának* (Duverger, 1973: 15, 22–23). Ezért a politikum és a politikai annak függvényében egyszerre is fellép, hogy ki a politikai tagoltság cselekvő alanya, és harci vagy ellenkezőleg, integrációs attitűddel politizál.

***

A politizációt tehát kétirányú („az alulról jövő nyomás összeegyeztetése a felülről való irányítással" – Gramsci[102]), azonban eltérő funkciójú, megalapozó és differenciáló determinációs folyamatként jellemeztük. A *megalapozó determinációs folyamat (I)* alulról, a fundáló társadalmi létviszonyoktól indul, és felfelé, az átfogóbb, kollektív érdekfelismerések és szerveződő igények reprezentációjától a politikai társadalom különösségén át a politikai államig, a kormányzásig vezet. *A differenciáló determinációs folyamat (II)* a kormányzástól, a politikai államtól visszafelé halad, a létviszonyokat átalakító társadalmi cselekvésekig. Ebben a kormányzati politika (közpolitika) felülről lefelé futó viszonyokat differenciáló beavatkozása (a jogalkotás révén, az igazgatás és a végrehajtás politikai irányításán át; II. összefüggés) mindig előfeltételezi az alulról felfelé futó, megalapozó politizációs folyamatot (I.). A politizálódást megalapozó gazdasági és társadalmi viszonyok, érdek- és értéktagozódások (reprezentáció) nélkül tehát nem jöhetne létre a felülről lefelé differenciáló, valóságos lehetőségeket realizáló és kifejlesztő kormányzás. A II., a kormányzás előfeltétele I., a politikai tagoltság megléte, azonban a II. determinációs összefüggés mindig többletet hordoz az I.-höz képest: az ideológiai faktort és a hatalmi faktor integráló és dezintegráló hatását. Tételezéseivel, döntéseivel vagy integrálja, egyensúlyba hozza a különböző politikai erőket, pártokat, korporációkat, civilszervezeteket (kooperációval, kompromisszumokkal), vagy pedig éppen ellenkezőleg, a divide et impera szellemében a dezintegrálódás irányába rendezi át a politikai tagoltságot. Amennyiben a kormányzás nem képes politikailag integrálni, vagy nem képes a dezintegráltak felett hatalmi eszközökkel uralkodni, akkor vele szemben szerveződik át a politikai tagoltság, s annak ismert jelensége, a negatív egység lép fel. Kormányon maradni vagy ellenzékbe kerülni, esetleg a múlt részévé válni, egészen a széthullásig.

[102] Gramsci: *Filozófiai írások.* 1970, 325.

Ez a kormányzás dinamikus jellemzése a politizációs folyamatban, amely nemcsak a politikai/politikum relatív autonómiájának bizonyítéka az önreproduktív társadalmi létben, hanem egyben annak is magyarázatát adja, hogy ez a processzus miért és hogyan közvetít a társadalom részrendszerei, egyes tevékenységi területei – gazdaság, jog, kultúra stb. és ezek szakpolitikái – között. Az államhatalom megszerzésének éppen a makroviszonyok befolyásolásában betöltött általános közvetítő funkciója miatt van kitüntetett jelentősége. A politizációs folyamatban elhelyezkedő államhatalom, hasonlóan a pénzhez, tehát általános közvetítő médiuma az emberek közötti társadalmi kapcsolatoknak, noha közel sem mindenható.

V.
A JOG HELYE A TÁRSADALOM TOTALITÁSÁBAN ÉS ÖNREFERENCIÁLIS RENDSZERSZERŰSÉGE

5.1. A jog létalapja – dialektikus filozófiai és komplex rendszerelméleti megközelítésben 154
5.2. Az elvont azonosságfilozófiák álláspontja 154
5.3. A konkrét azonosság filozófiai-módszertani álláspontja. 160
5.4. Az önreproduktív-önépítő társadalmi lét és a jog létalapja 164
5.5. A jog létalapjának viszonya a jog önreferenciális rendszerszerűségéhez 170
5.5.1. A jogrendszer immanens, műveleti-jogértelmi zártsága és társadalmi-történelmi környezetének nyitottsága 171
5.6. A jogi objektiváció tételezettsége: ember alkotta, tárgyspecifikus kategóriái 182
5.6.1. Az okság szerepe a jogban 183
5.6.2. A finális determináció a jogban 186
5.6.3. Cél és érték viszonya a jogban 188
5.7. A jog tárgyspecifikus kategóriái: pozitivitás – érvényesség – jogrend – törvényesség – alkotmányosság 192
5.7.1 A jog pozitivitása – amely a forma formalizált mozzanataiból ered 192
5.7.2. A jogi norma érvényessége 194
5.7.3. A jogrend: jelentése és változása ontológiai és hermeneutikai perspektívában 201
5.7.4. A törvényesség 212
5.7.5. A jogbiztonság 215
5.7.6. Az Alkotmányosság jogelméleti kategóriája: a jogimmanens, önreflexiós szint megemelése 217
5.8. A struktúra dinamizmusának következményei: a létmódok. Norma – Döntés – Jogviszonyok és Impérium 222

5.1. A JOG LÉTALAPJA – DIALEKTIKUS FILOZÓFIAI ÉS KOMPLEX RENDSZERELMÉLETI MEGKÖZELÍTÉSBEN

A jog létalapja kérdésének megválaszolásához két gondolati utat kell megtennünk: az elvont azonosságfilozófiák módszertani álláspontjáét és a konkrét azonosság gondolati alapján (ratio cognoscendi) a szintetikus azonosságfilozófia álláspontját. Ehhez módszertani alapot nyújt a hegeli–marxi dialektikus filozófia és a rendszer- és komplexitáselméletek közötti gondolati viszony.[103] Ezt a kétféle azonosság felfogás logikai-módszertani tárgyalása után mutatjuk be.

5.2. AZ ELVONT AZONOSSÁGFILOZÓFIÁK ÁLLÁSPONTJA

Ha az elvont azonosságfilozófiák kiindulópontját elfogadjuk és átvisszük egy különös létezőre, a jogra (amit megtehetünk, mert a magasabb az alacsonyabbra épül rá, noha nem azonos azzal), akkor ebből az következik, hogy a jog egyenlő a joggal. E tétel szerint tehát a dolog önmagával való azonossága ontológiája (és az ebből következő elvont azonosság logikája: A = A, a princípium identitatis elve értelmében) alapján ebből a jog elvont azonosságfilozófiai szemlélete, azaz zárt rendszerként való felfogása következik. Ha a jog önmagába záródó egész, vagyis önfelépítő képességgel bíró autopoietikusan zárt rendszer volna, akkor fejlődésének csak külsődleges feltételét képezhetné változó társadalmi környezete, mert reakciói kizárólag saját önmeghatározó képességéből következnének. Ahogy Teubner kifejti, „a rendszer valamennyi alkotórésze önreproduktív módon jön létre… specifikus különálló kommunikációk… önmaguk által konstituált rendszerkörnyezetek, önmaguk által meghatározott azonosság" (1994a: 70). A mai jogelméletben markánsan, de prob-

[103] Ludwig von Bertalanffy, az általános rendszerelmélet megalkotója Marxot is – mások, így Leibniz, Nicolaus Cusanus, Jean Baptista Vico, Goethe, Whitehead mellett – a rendszerelmélet előfutáraként, illetőleg első művelőinek egyikeként emlegeti. A témával és benne a marxizmussal foglalkozó rendszerelméleti szakirodalomból bőséges irodalomjegyzéket tartalmaz Losoncz Márk tanulmánya (2018: 70–86). A *komplexitáselméleten* pedig azt „a szintén rendkívül gazdag és szövevényes irányzatot érti, amely a komplex, azaz emergens tulajdonságokkal és szintekkel rendelkező, az önszerveződés jegyeit mutató, nem lineáris, a viselkedésüket illetően sosem teljesen előre jelezhető, a rend és a káosz között ingadozó, adaptációra kész rendszerekkel foglalkozik" (Losoncz, 2018: 71). Az irodalomban elterjedt rendszer- és komplexitáselmélet, illetőleg a dinamikus-komplex rendszer terminusokat mi is alkalmazzuk a megfelelő összefüggésekben. Azonban azzal a szükséges specifikációval, hogy csak *a társadalmi lét mint önreproduktív képződmény* tekinthető önépítőnek, míg ennek részrendszere és összetevője, a jogrendszer, bár rendelkezik belső diszpozíciói révén az önszabályozás képességével, és ebből is fakadóan egyik legfontosabb tulajdonsága a jogi kiszámíthatóság, azonban sohasem lehet teljesen zárt, kizárólag önmagára alapozódottan épülő képződmény. Félig zárt és félig nyitott egy jogrendszer, amely mindenkor eleven kölcsönhatásban marad léte alapjaival, a nála átfogóbb társadalmi-történelmi összfolyamattal vagy annak belső komponenseivel.

lematikusan képviseli ezt az álláspontot a konstruktivista vonulat (Cs. Kiss–Karácsony [szerk.], 1994). Elemezzük részletesebben ezt a rendszerelméleti elgondolást.

A konstruktivista-autopoietikus felfogás kevéssé kapcsolódik a hagyományos jogelméleti-jogfilozófiai megközelítésekhez, inkább egyes mai rendszer- és társadalomelméletek bizonyos belátásainak a jogra való egyfajta alkalmazása. Elméleti keretei, fogalmai és bizonyítási eljárásai a 20. század utolsó három évtizedének tudományában keletkeztek, elsősorban a biológiából, a funkcionalista rendszerelméletből, a fenomenológiából és a kommunikációelméletből. De a hermeneutikai megértés önmegfigyelő értelemadását, a jogi gondolattartalom és nyelvi kifejezése közötti alkotóviszony mondanivalóját is hasznosítják. A konstruktivizmus igen absztrakt, a valóságos jogi konkrétumoktól és a jogelméleti elméletalkotástól messze eső mesterséges gondolati világok felépítésén keresztül jött létre, ámde mégis eredményeket produkált. Elsősorban abban, hogy radikális nézőpontváltásával nem azt kérdezi, hogy milyen a jog, hanem azt, hogy miként működik (itt a rendszerelmélet funkcionalista).

Az e nézőpontból következő törekvések egységesek abban, hogy az objektivisztikus felfogásukon belül a rendszert mint aktor önteremtményét állítják elénk. A jognak nincsenek „szülei", önmagától fiadzó lény, alanyoktól, szubjektumoktól függetlenül cselekszik. A *szociális rendszereket, melyen kommunikatív értelmi rendszert értenek* – s ezen belül egyenértékűen a jogot is – a rendszer saját konstrukciójának tekintik, olyan önreferenciális, autopoietikus képződményeknek, melyek saját maguk képesek önmagukat elemeikből és struktúráikból felépíteni, és határaikat meghúzni. A jog tehát képes saját jogi valóságának konstruálására. „Az az értelem rendelkezik jogi normativitással, amelyik valamely elemet a jogrendszerhez tartozóként határoz meg. Ez nemcsak a törvényekre és a szerződésekre érvényes, hanem azokra a döntésekre, igényekre és elvárásokra is, melyek azáltal rendelődnek a jogrendszerhez, hogy visszautalnak a jogi normatív értelemre. (És erre bármely kommunikáció visszautalhat – Sz. P.) A jog autopoiézisze nem más, mint ezen lehetőség reprodukciója és folyamatos átfordítása az aktuális átélésbe és cselekvésbe… A jogi követelmény a *rendszer egységét és zártságát szimbolizálja. Jogon kívül nem létezik jog*, tehát a rendszernek társadalmi környezetéhez való viszonyában nincs sem jogi *input,* sem jogi *output.* Más szavakkal: a jog társadalmi funkcióját kizárólag a jogrendszerben észleljük, és sehol másutt" (N. Luhmann, 1994: 51). Luhman szerint az autopoietikus jogrendszer „hajlíthatatlam keménységgel" rendelkezik, a mindent vagy semmit álláspontján áll, amely kizárja a jogi autonómia fokozatokként létrejöttét – amit Teubner és mások is okkal bíráltak (Teubner, 1994: 95–99).

Az önreferenciálisan zárt jogrendszer saját maga húzza meg *határait* azokkal a műveletekkel, amelyeket elvégez. Amit a jog nem von be saját értékelési körébe, az kívül marad a jogrendszeren: „minden olyan kommunikáció, ami egy jogi állítást tételez vagy elhárít, a jogrendszer belső művelete, függetlenül attól, hogy mindez esetleg a szomszédokkal folytatott vitában, közlekedési balesetnél, rendőrségi ellen-

őrzéskor vagy bármely más okból történik is" (Luhmann, 1994: 59). Szerintünk nem függetlenül ezektől. Két kritikai felvetésünk is kézenfekvő. 1. Az elhárítás előtt kell lenni valami elhárítandónak, amire reagál. A jogos–jogtalan bináris kódjára visszavezetés, a kód működése – hogy funkcionalista módon beszéljünk a jogképződésről, a jogalkotásról és a jogalkalmazásról – *előfeltételezi a jogi relevancia kérdését. Azt, hogy a társadalmi kapcsolatok, események, viszonylatok vetik fel az igényt arra vonatkozólag, hogy jogilag releváns vagy irreleváns-e egy kérdés, egy probléma*. A minősítést mind a relevancia hiánya, mind pedig annak megléte esetében történő jogosként vagy jogtalanként való értékelését a jog végzi el, de csak akkor, *ha van mire vonatkoznia*: életanyagra, tényre, viszonyra, értékre.[104] Valaminek *fel kell hívnia* a figyelmet a jogrendszer jogszempontú szelekciójára. Ezt a problémát hagyományosan – és e munka is – a jogi relevancia és a jogi okság összefüggéseinél tárgyalja. 2. Itt azonban nem csak az az állítás érdekes, hogy a jog érzékeli, szelektálja és a saját kódjai szerint feldolgozza környezetének információit, hanem az is, hogy *ha ezt a környezetet információvá írják át*, mint a konstruktivisták teszik, *akkor a jogrendszer és a környezete interakciójában a környezet már semmit sem szelektál a jog számára.* Ezzel az átírással tárgyi alakzatát, súlyát, matériáját stb. vesztett dologgá, azaz információvá válik a társadalmi környezet közege, egy olyan potenciális univerzummá, melyet a jog belső műveletei a jogos/jogtalan bináris kód felől szelektálnak. A környezeti univerzum – legyen az természeti tárgy, föld, tenger, immateriális jószág vagy akár a gazdaság rendszere – semmiféle tulajdonsággal, önmeghatározási képességgel nem rendelkezik, ami a jogrendszer számára jelentőséggel és jelentéssel bírna, *csak felkínálja magát arra, hogy a jog műveleteket végezzen vele, s így normatív értelemadásával tulajdonságok nélküli potenciálokat aktualizáljon*. Az önreferenciális rendszerek logikájának engedelmeskedve mindent a jog szelektál, és számára semmi sem szelektálódik a megformálandó tárgy tulajdonságaiból. *A nemlétezőt ellenben nem szelektálhatják*. Az értékeléshez fel kell vetődnie egy létező tárgykör, konfliktus, állapot, esemény *szabályozása iránti igénynek*. Ez az alapkérdés, és mi itt még csak vázlatosan sem követhetjük azt a szerteágazó és bonyolult irodalmat, melyet egyes szerzők pályafutásuk során – nemegyszer önellentmondásos módon – létrehoztak. Továbbá nem követhetjük az irányzaton belüli számottevő vitákat, azon problémákra adott különböző megoldásokat – teszem azt Luhmann fentebbi pozíciója vagy Teubner azon felfogása között, ahol utóbbi a műveleti zártságot információs nyitottsággal párosítja a rendszer és környezete viszonyában (Teubner, 1994a:70 –71), vagy amely a bináris kód egyértelműségéről, keménységéről szól – mert figyelmünket a központi jelentőségű végeredményre, és nem az előfeltevések kritikájára kívánjuk összpontosítani. Ha elfogadjuk a rendszer- és kommunikációel-

[104] A *tényszerűség*től teljes mértékben függetlenített jogi *érvényesség*-koncepciókat nemcsak mi, hanem például J. Habermas (1992) sem osztja, hiszen cselekvéstípusain belül a kommunikatív cselekvés reflexív, amely magában foglalja a tényszerűség és az érvényesség feszültségét.

méleti átírásokat, felvesszük azokat a koordinátákat, melyekkel a konstruktivizmus él, akkor e koordináta-rendszer keretei közötti értelmes és értékes tudományos vitákról van szó. Ámde problematikus, hogy az általunk ideiglenesen elfogadott koordináta-rendszer elméleti konzekvenciái megfelelnek-e a jog empirikus és történeti vertifikációjának. Nagyon elvont módon, szimbolikus módon bizonyára.

Magyarországon igen gazdag a konstruktivizmus, elsősorban Luhmann-recepciója. Karácsony András, Balogh István – szerzőpárosként is – és Pokol Béla több munkájában, részleteiben is recipiálta ezen törekvéseket (Balogh–Karácsony, 1995; 2010: 144–156, 269–323; Pokol, 1991: 65–81). Gyakorta követve a német irodalom fősodrát, nem minden kritika nélkül, de a koordináták előfeltevéseinek elfogadása mellett.[105] Az előfeltevések rendszeres kritikájának feladatát e helyütt mi sem vállalhatjuk fel, viszont az elmélet központi jelentőségű konzekvenciája – az tudniillik, hogy a jogot valóságkonstruáló, autopoietikus rendszernek tekinti – bennünket is alapvetően foglalkoztat. Érvényes-e ez a leírás a jogi objektiváció működésére és a jogfejlődésre nézve?

Azt gondoljuk, hogy részeredményei és találó megoldásai ellenére sem problémátlanul. *A jog önreferenciális, de nem önteremtő rendszer.* Ezt a két dolgot pedig el lehet és el kell választani egymástól. Ha nem lennének az alapjául szolgáló társadalmi konfliktusok, úgy jog sem volna. A jog az önszabályozás képességével bíró objektiváció, amelyben a meghatározott függőség és a környezettől való függetlenedés együttesen van jelen, ami Luhmannál kizárt. Teubner tőle eltérően ragaszkodik a két jelenség, a kölcsönös oksági függőség és a cirkuláris autonómia fogalmi elválasztására. „A jog autonómiája saját önreprodukciójának cirkularitására vonatkozik, nem pedig a környezettel való oksági interdependenciájára. Ez azonban nem jelenti azt, hogy jelentéktelenek lennének egymás számára. Ellenkezőleg, a jogi műveletek cirkularitásaként értelmezett jogi autonómia kiválóan alkalmas arra, hogy oksági összefüggések számára hipotéziseket állítson [tulajdonképpen döntsön a jogi relevanciáról, beszámítással meghúzva a jogi okság határait – Sz. P.]. Ha a jog belsőleg cirkulárisan szervezett, akkor külső befolyásolásának oksági modelljeit bonyolultabbá kell tenni. A lineáris befolyásolás modelljéről a »perturbáció« logikájára kell őket átállítani. A jog külső befolyásolásait a »nem triviális gépezetek« modelljének megfelelően kell leírni. Ebben az értelemben tehát a jog önállósága nem zárja ki a jognak a gazdasággal és a politikával való kölcsönös függését, hanem éppen előfeltételezi. Azonban a jog ilyen értelmű önállósága feltételezi a kölcsönös függőség

[105] Igen találónak tartjuk a szerzőpár megállapítását: „Ez a társadalomelméleti jogértelmezés, s ezt Luhmann is hangsúlyozta, nem jogspecifikusan kidolgozott, a jog által közvetlenül átvehető megoldásokat dolgozott ki, hanem inkább mint a jog és a jogelmélet »külső« (a tudomány területén jelentkező) irritálója látja önmagát. Hogy e »zörejek« mit eredményeznek a jogi rendben? Erre nem adhatunk prognosztizálható választ" (Balogh–Karácsony, 1995: 20). Szerintünk az elmúlt több mint negyedszázad a választ megadta: elvont leíró és intellektuális érdekessége ellenére az ilyen törekvéseknek nincs relevanciája saját tárgyukra vonatkozóan.

újrafogalmazását, mégpedig a körforgásszerű oksági folyamatok külső befolyásolásának problematikájaként" (Teubner, 1994: 102). Igen, kissé pontosítva és majd kitérve a különbségekre is: a „perturbáció" logikájára való átállás éppen *a komplex, nem lineáris rendszerek logikáját jelenti, ahol a nem érvényesül az additivitás*, és ahol, tegyük ezt is hozzá, egyazon ok egyidejűleg lehet – az alap–következmény viszony megváltozása nyomán – éppúgy ok, mint következmény. Nem minden oksági determináció lineáris tehát.

A komplex, nem lineáris rendszerelméletben a nyitottság és a zártság következtében a környezetével kölcsönhatásban álló képződményeket emergens rendszereknek tekintik. Az autonóm közeg megteremtődése saját kategóriáival, nyelvével, tárgyiassági formáival, tehát immanens diszpozícióival – normaszerkezet, jogdogmatika, eljárásrend, tulajdon, szerződés, felelősség jogintézményei, jogalkotás és a jogalkalmazás – nemcsak konstrukció, hanem olyan konstrukció, amelynek mikrofolyamataira az átfogóbb (szociális és/vagy gazdasági-politikai) rendszerek meghatározottságai rányomják bélyegeiket. Ezért a jog nemcsak információt és energiát kap társadalmi alapjától, a társadalmi lét konfliktusos szerkezetétől, hanem matériát is, amit megformál. Ha a szociális rendszert kommunikációelméletileg és/vagy értelmi rendszerként fogják fel, akkor elesik az ember szükségletkielégítő, társadalmi lény mivolta, amelynek a társadalmi-történelmi létezésbe ágyazódó konflikusos szerkezete van. Teubner és később részletesen argumentált felfogásunk között ez a differencia. Az operatív (műveleti) és endogén (jogértelmi) zártság – cirkularitás – csak akkor funkcionális, ha kiegészül a külső nyitottság áramlásaira vonatkoztatottsággal, annak más, magasabb szintre emelt belsővé transzformálásával.

A társadalom valóban saját alapjain fejlődő, önreproduktív rendszer, amely tevékenységével fejlettségének bizonyos fokán emancipálta magát saját, szervetlen természeti testétől. A jog azonban nem képes effajta emancipációra. Nem egészen esetleges, hogy mi utal vissza a jog saját normatív értelmére, mert itt azokról a konfliktusokról, szabályozási igényekről, illetőleg a szabályozások szabályozásának a szükségletéről van szó, amelyeket az adott társadalom adott változásai hoznak magukkal. Ezek pedig a jogon kívüli társadalmi folyamatok produktumai, amelyek átformálva kerülnek be a jogi tárgymeghatározások rendszerébe. A jog átformálja, különneművé teszi, de nem konstituálja őket. A tengeri jog előfeltétele a hajózás és a kereskedelem – nem a jog konstruálja sem a primer szabályozási tárgyat, sem a szabályozás szükségletét. Vétkességtől független felelősségi rendszerek kialakulásához szükség volt a robbanómotorok feltalálására és széles körű alkalmazására, s az általuk okozott károkat lehetett veszélyes üzemű felelősségként a szabályozás meglévő rendjébe illesztve létrehozni. Az adatvédelem egészen más problémát jelentett a Gutenberg-galaxisban, mint ma, az informatikai forradalom korában. A mesterséges intelligencia fejlődésével lehetővé váló *önvezető járművek szabályozási problémáit*, felelősségi alakzatainak megtalálását sem a jog önnemzése hozza létre. A meghatározott tárgyat a jogon kívüli és túli környezeti valóság konstruálja – ez az össze-

függés tűnik el az információ semlegesítő terminológiájával –, a jog pedig beemeli saját összefüggéseinek homogén rendjébe, s ebben a reprodukcióban nagyfokú – a szabályozási formák rugalmas adaptálhatósága következtében – műveleti autonómiája van. A jog mint komplex rendszer a külső környezet változásaihoz alkalmazkodó önszabályozó rendszer, amely fentebb taglalt belső diszpozícióinak átrendeződésével hat vissza környezetére. *Terjedelmileg nézve* pedig: a jog és a nem jog között szakadatlanul változó határokat ezért nem a jog, hanem a szabályozás (vagy éppen ellentettje, a dereguláció) szükséglete jelöli ki, ami a mindenkori összfolyamat artikulációjától, s nem a jog önépítő erejétől függ. A jog valóban új világot teremt a jogi objektivációval – vagy rendszerelméleti nyelven, valóságkonstruáló –, de nem a semmiből, hanem az összfolyamat kitermelte matériákból, szabályozási szükségleteiből. A részkomplexumok különösségének hatókörét az összkomplexum mozgása határozza meg a társadalmi lét totalitásán belül.

A társadalom az önmagára alapozódó egész és a saját alapjain változó (fejlődő) önépítő mozgásforma, de nem ilyen saját jogrendszere. A szokásjogi jogképződés is azt mutatja, hogy az életszituációkban keletkezett szokásszerűségek, ismétlődések a normativitás ontikus alapjai, melyeket ha az emberek mértékként követni készek és/vagy a jogalkotó elismerésével normatív érvényességre tesznek szert, akkor pozitív joggá válnak. Azonban itt sem csak információadásról és a jogrendszer kognitív nyitottságáról van szó, hanem a társadalmi létben már spontánul-tudattalanul létrejött mérték kerül át a szokások világából a jog világába, hogy ott immáron érvényes mértékként funkcionáljon.

Foglaljuk össze a mondottakat. Két fontos konstruktivista tézist kritikailag vizsgáltunk, és velük szembe két ellentézist állítunk fel. További tudományos perspektívákkal rendelkező nyitott kérdésekről lévén szó, egyik sem könnyen eldönthető, mégis közelebb visznek a modern jogrendszerek megértéséhez.

Először a jog saját műveleteivel jelöli ki határait, s környezetétől vagy semmilyen mértékben nem függ, mert zárt rendszer, vagy csak információt, energiát kap tőle. Versengő hipotézisünk szerint éppen a társadalmi lét összfolyamata és a joggal kölcsönhatásban álló részrendszerek együttes mozgása jelöli ki a jogi szabályozás terjedelmét, matériáit.

Másodszor a jog önmagát meghatározó, önfelépítő rendszer mivoltát abban és csak abban az értelemben vitattuk el, hogy jóllehet valóban rendelkezik az önszabályozás képességével, de ezt hiba volna azonosítanunk a saját alapon végbemenő reprodukció jelenségével, amelyre a társadalom vagy az egyes ember képes, de a jog nem.

Induljunk el a másik gondolati alap oldaláról.

5.3. A KONKRÉT AZONOSSÁG FILOZÓFIAI-MÓDSZERTANI ÁLLÁSPONTJA.

A mi elképzelésünk ugyanis nem az elvont azonosságelv jegyében (minden jelenség önmagával és csakis önmagával azonos, s így határait, nem azonosságát nem hordhatja önmagában), hanem az *„azonosság és nem azonosság azonossága”*, a konkrét azonosság lételméletében és *a jogi objektiváció relatív önállóságában ismeri fel kiinduló feltevéseit.* Miért? Mik a döntő ellenvetéseink, noha elismertük, hogy más úton, az autopoiézis és a funkcionális rendszerelméletek útján is megalapozható a jog egyfajta elmélete. Két axiomatikus érvünk van. Egyrészt *logikailag* az elvont azonosság elv vagy egy tautológiához vezet, vagy pedig értelmetlenül nem mond semmit. (Minden logikai ítéletben egy alanyról állítunk valamit: Subjektum est Predicatum. Ha A = Subjektum, akkor A = A, = Subjektum = Subjektum, alany azonos az alannyal ítélet csak akkor nem lenne tautológia, ha mást magából kizárna a Subjektum. Ezt azonban a kontradiktórius tagadás konkrét azonossága fejezi ki: A ∧ ⅂A = Ā, és nem az elvont, formális azonosság. Hasonlóan a Predicatumra vonatkoztatva.)

Tehát a jelenség önmagával való azonossága, ami a jog = joggal tétellel fejezhető ki, csak akkor értelmes állítás, ha a másra, a nem-jogra vonatkozik, azt zárja ki magából, vagyis a kizárást már implicite feltételezi. Ha azonban ennek az állításnak az érvényességét elismerjük, úgy ezzel máris megsértjük az azonosság követelményét, hiszen beengedjük a dialektikát, azaz a tagadás vonatkozását a meghatározásba. Ezzel a jog mint jog kimondatlanul a nem jogon keresztül vonatkozik önmagára, vagyis ami mástól elválasztja, az éppen önmaga. Identitása, tehát a kizárás, a tagadás referenciája nélkül nem redukálható egyetlen mozzanatra. Ha eltekintenénk ettől a negatív vonatkozástól, akkor a jelenség önmagával való azonosságának állítása értelmetlen vagy feleslegesen tautologikus volna. Ezért hát a konkrét, a kizáró vonatkozást a jelenség belső mozzanatává, tartalmává tevő konkrét azonosság elve meggyőzőbb, mint a formális, elvont azonosságelv. (Noha a formális logika saját érvényességi körén belül az identifikációt, a megjelölést lehetővé tevő elvont azonosság elvére szükség van az értelmi gondolkodás szintjén, kiváltképp, ha ennek elismerése nem zárja ki a megismerés nem véges értelmi, hanem dialektikus, reflexiós szintjét, amellyel a bonyolultabb ontikus tényállások átvilágíthatóak, s kapcsolatot teremtenek a nem lineáris, komplex, dinamikus rendszerelmélettel. (Az ontológia elválik a fogalmak logicisztikus meg- és kimerevítésétől, ami a nem-reflexiós fogalmak esetében is hátrányos lehet.[106])

[106] Kár, hogy a *Logica Magna* nagyszerű szerzőjének érdeklődési körén kívül esik a dialektika azon felfogása, amely a logika és a dialektika között nem ellentétet, hanem kiegészítő, megmagyarázandó viszonyt lát. Mint jelzi, „a klasszikus német filozófia – mindenekelőtt Hegel – tette központi tételévé azt a már Hérakleitosznál felbukkanó megfontolást, hogy a dialektika átfogóan is hasznosítható, mint a természet, a társadalom és a gondolkodás legáltalánosabb fejlődéstörvényeinek tudománya. Ez az ellentéteken keresztül előrehaladó fejlődés tétele, amelyet Marx is átvett Hegeltől, hogy aztán a marxiz-

(I). Másrészt, s ez tekinthető perdöntő érvnek, ha az elvont azonosságfilozófia alapján állunk, akkor a jogi objektiváció azt a hamis látszatot veszi fel, mintha a társadalomfejlődéstől független, öntörvényű létező lehetne és lenne. Ez viszont nincs így. Kontrafaktuális és történetietlen állítás lenne. A jog egyidejűleg „félig nyitott és félig zárt", emergens képződmény, amely külső társadalmi és gazdasági, erkölcsi és politikai környezete által meghatározott és önreferenciális szabályozásával e viszonyokra aktívan visszaható, meghatározó rendszer. Vizsgálatunk végeredményét megelőlegezve azt mondhatjuk, hogy *a jog egy önszabályozásra, de nem egy saját alapon végbemenő önfejlődésre képes objektiváció.* Ez az elvont azonosságfilozófiai kiindulóponttal szemben a konkrét azonosság megkülönböztetésének szükségességét érvényesíti. A konkrét azonosság felfogás negáció mozzanata pedig átvezethet – a kontrárius tagadáson keresztül – a dialektikus ellentmondás ontológiájához, ahol már egy önmagát reprodukáló mozgásformáról lesz már szó (II).

II. Ha az elvont azonosságfilozófia alapján állunk, akkor a jog létének alapjait külső vonatkozás nélkül kellene felfogni. Ez pedig azt jelentené, hogy a külső egyben külsődleges is lenne, s így nem volna lehetséges, hogy bizonyos vonatkozásokban a külső társadalmi környezet változásai és kihívásai a jog belső tartalmává váljanak. Pedig a jogfejlődés éppen ezt tanúsítja. A jog aktívan érintkezik saját társadalmi, gazdasági, erkölcsi, ideológiai környezetével: változik és változtat, „egyidejűleg" ok és okozat.

Valójában itt egyfelől az objektiváció társadalmi környezete olyan határ, amely belejátszik az objektiváció felépülésébe és működésébe, másfelől az összefejlődés rányomja jegyét a részrendszerek mozgási irányára, terjedelmére, így a jogra is.

Egy jelenség, esetünkben a jog, önmagával való lényegi azonossága *statikusan* is magában foglalja logikailag is a mástól elválasztó különbségeket (*determinatio est negatio* – Spinoza), rámutatva, hogy a dialektika nemcsak a cáfolat, a kétely világa. Ontológiailag pedig egyszerre önmeghatározó és a társadalmi-történelmi összefejlődéstől meghatározott. Ebből az következik, nem ragadható meg az elvont azo-

---

mus a dialektikát (a »dialektikus és történelmi materializmust«) ismét szembefordítsa a »formalitása miatt« elégtelennek bélyegzett logikával. Ez a sajnálatos tudománytörténeti fejlemény azonban nem szolgáltat alapot arra, hogy most pedig a dialektikát bélyegezzük meg és vessük el a klasszikus logika magaslatáról" (Szabó, 2014: 135). Persze nemcsak voltak, hanem ma is vannak sajnálatos tudományon kívüli fejlemények. Nyilvánvaló azonban az is, hogy itt nem a joggyakorlat és a jogászi gondolkodás Szabónál jellemzettekkel állunk szembe, amit ő is jelez, hanem a logikai, mesterséges nyelvétől elváló társadalomontológiai kérdésekről. Igaz, érdeklődési körén kívülállóként szól hozzá, mégis kár, hogy figyelmét elkerüli *a nem lineáris, komplex rendszerek* elméletéről szóló mai tudásunk. Ez pedig, mint rámutatunk, éppen a dialektika ismeretében és alkalmazásával vált lehetővé. Nem kárhoztatva, hanem alkalmazva az ellentéteken keresztül előrehaladó fejlődést, a szintek megszüntetve–megőrzött felemelkedésének lehetőségét, amely a jogi objektiváció környezetéhez kapcsolt nyitottsága és műveleti, jogértelmi zártsága együttes megértésének központi tétele.

nosság (A = A) elve alapján, mert nincs olyan végső, egyetlen, abszolút mozzanat, amelyre visszavezethető lenne. Kizárólag a konkrét azonosság *dinamikus* képződményeként fogható fel, ami a különbséget és a változást is magába foglaló ellentmondáselv jegyében ragadható meg. Olyan komplexum tehát, melynek *immanens struktúrája nem dologszerűségként, hanem dinamikus állapotként* reprodukálódik. Ami először a jogon kívül jelenik meg, a társadalmi lét konfliktusos mivolta, az a jog létalapja, ontológiai előfeltétele. Ez a külső, meghatározott összetevőknél – a jogi objektiváció terjedelme, határa, matériája, belső tagozódása stb. – belsővé transzformálódik, a jog egynemű közegébe emelődik, s éppen ezáltal tehet szert létszerű hatékonyságra.

Nem osztjuk *A német ideológia* azon álláspontját (MEM 3. k. 75–76), amely szerint a jognak nincs saját története, mert azt a társadalomtörténet írja. Differenciáltabb elemzés szükséges. A jognak megvan a saját szubsztanciális tartalma, melyen keresztül nemcsak meghatározott a társadalom összefejlődésétől, hanem a jog milyensége is aktívan befolyásolja ezt a fejlődést.

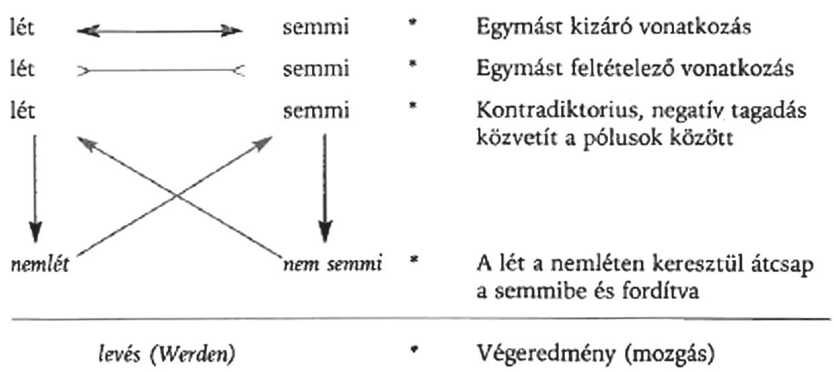
A jogelméleti irodalomban Hans Kelsen éleslátóan vetette fel a természetjogi koncepciók megalapozhatóságával, visszavezethetőségével kapcsolatban, azok pozitivista bírálataként, hogy amennyiben a természetjog nem alapozható meg abszolút módon, mert nincs abszolútum és nincs semmi transzcendens a jogban, akkor a természetjogot már csak relatív érvénnyel lehet megalapozni. Ebben az esetben viszont szerinte semmivel sem jobb a helyzet, mint a pozitív jog esetében, mert az szintén relatív, emberi akarat alkotása (Kelsen, 1963). Ha el is fogadnánk, hogy a jog csak relatív módon alapozható meg, mint ezt a modern, relativista természetjogi megoldások – legszínvonalasabban Roscoe Pound pragmatista és Gustav Radbruch neokantiánus jogfilozófiája – képviselik, azt azonban nem gondolhatjuk, hogy a jog ontológiai alapja emberi lények akarati aktusában leledzene. A kérdés tehát nem egészen az, hogy abszolút vagy relatív természetű-e a természetjog, hanem az, hogy Kelsen módján, a logikai empirizmus szellemében lemondunk-e a jog ontológiai megalapozásának kérdéséről, s azt a hipotetikus alapnormára való visszavezethetőséggel megoldottnak véljük, vagy pedig ellenkezőleg, van ontológiai státusú megoldásunk a reális problémára: mi a jog létalapja?

Amennyiben a jog létalapja meghatározásánál a gondolkodás a formális logika azonosságelvéhez igazodik, az ontológiai szempont szükségképpen elhanyagolódik. Ha viszont a konkrét azonosság elvét követjük, akkor az ontológiai alap problémájára az lesz a válasz, hogy a lét (létezés) világában az *ellentmondás* (nem pedig az elvont azonosság) elve számít abszolút érvényesnek, vagyis olyannak, ami mögé már nem lehet visszamenni.

Joggal vetődik fel a kérdés, hogyan juthatunk el ehhez a belátáshoz?

Ha bármely konkrét létező véges számú tulajdonságaitól fokozatosan elvonatkoztatunk (előbb például a szagától, színétől, fizikai mivoltától, majd alakjától, formá-

jától, funkciójától és így tovább), akkor az absztrakciós út végén már csak a létezés mint olyan marad vissza. Abban az esetben pedig, ha az elvonatkoztatás útját minden egyes létezővel végigjárjuk, s az út végén a létezést mint olyat is tagadjuk, akkor előáll a semmi. A semmi a meghatározatlan, minden meghatározottságától megfosztott lét. A lét mint a van pozitivitása és a nemlét mint a semmi negativitása közötti feszültség, vagyis lét és semmi ellentmondása alkotja a lét eredendő szerkezetét. A lét nem semmi, a semmi nem lét, egyik sincs a másik nélkül, mert egymást kölcsönösen feltételezik, és egyben ki is zárják. Ez éppen az ellentmondás. Kizárólag ebben az értelemben, az ellentmondás formájában ragadható meg abszolútum a létben, és semmiféle konkrét létező nem lehet ebben a státusban. A létnek ez az általános meghatározottsága (tudniillik hogy végső alapja az ellentmondásban ragadható meg), nyilvánul meg a létezők szerkezetében. Ahogy Hegel logikájából a lét és a semmi dialektikáját négy lépésben, sematizáltan ábrázolhatjuk, ontológiai megfontoláshoz jutva el:



A lét szakadatlanul átcsap a nemlétbe, és fordítva, a nemlét a létbe. Ezt a mozgást fejezi ki a *levés,* amely nem artikulálja, csak lebegteti a dolgokat.[107] A tagadásra épülő ellentmondás elv lehet *egy önmagát azonos szinten újratermelő létállapot fenntartója*, de eljuthatunk *a reverzibilis léttől az irreverzibilis levésig*, ha az azonosságpólust

[107] Ezt az objektív dialektikát tűnik igazolni az elméleti fizikában a húrelmélet. Ha az anyagi világ bármely jelenségét elkezdjük felnagyítani, akkor molekulákkal, majd atomokkal, azon belül neutronokkal és protonokkal, s végül kvarkokkal találkozunk. Az ennél kisebb méretű alkotóelemekre nézve napjainkban több minden napvilágra került, melyek közül a húrelmélet az egyik legmeghatározóbb. Eszerint a kvarkokban olyan apró kishúrok találhatók, amelyek *folyamatosan vibrálnak* több, általunk nem érzékelhető dimenziónak, az úgynevezett Calabi–Yau formáknak megfelelően. A húrelmélet szerint tehát az anyagi világ struktúráját apró húrok sokaságának folyamatos rezgése határozza meg (Greene, B. R.: *String Theory on Calabi–Yau Manifolds.* Departments of Physics and Mathematics, Columbia University, New York, 1997).

pozitív ellentétje determinálja. A lét átmegy levésbe, ahogy erre Ilja Prigozsinnal, a *nemegyensúlyi termodinamika* kutatás Nobel-díjasával még visszatérünk.[108]

A levést követi az a létszak, amikor a dolgok szilárd állapotra, tartós egzisztenciára, vagyis *létezésre* tesznek szert. Ez a meghatározott lét, a létezés vagy ittlét (Dasein). Az ittlét pedig tovább fejlődhet, magáért való, kifejlett létezéssé (für sich Sein), amely már közvetett és közvetített, amennyiben egy alap, tehát egy feltételegyüttes következményeként áll elő. Nem pusztán a körülmények esetleges egybeesése, nem a véletlenek játékának eredménye. Hogy itt nemcsak logikai játékról van szó, hanem ontológiai tényállásról is, azt könnyen megérthetjük, ha felfedezzük, hogy amikor a lét átmegy a semmibe, az az *elmúlás,* amikor pedig a semmi a létbe, az a *keletkezés,* a teremtés folyamata. A lét, a világ és részrendszerei szakadatlanul a keletkezés és az elmúlás folyamataiból állnak. Minden dolog azonos és nem azonos önmagával. Ez a legalapvetőbb lételméleti belátás, amelyet *a konkrét azonosság elve abszolút érvényesít. A lét és a semmi ellentmondása,* feszültsége előbb keletkezteti, majd megsemmisíti a létező dolgokat. A lét és a semmi ellentmondása olyan abszolútum, ami mögé nem lehet gondolatilag visszamenni, ami keletkezésként és megsemmisülésként minden konkrét létezőben benne van. Önmagában nem áll meg sem a lét, sem pedig a semmi, egymásra vonatkozásukban egyidejűleg feltételezik és kizárják egymást. A létezés alapja e két mozzanat ellentmondása. Az abszolútum tehát nem egyetlen mozzanat, hanem két mozzanat feszültsége, ellentmondása. (Bár az ellentmondás, a *contradictio* túlzottan szemléletes, logicisztikus elnevezés, azonban itt eredendő ontológiai értelemmel bír: minden entitás lényege a benne rejlő feszültség, nem-azonosság, ellentét. Azt is mondhatjuk, hogy a dolog állapotra, az állapot mozgásra, a mozgás feszültségre vezethető vissza.) Ezzel Martin Heidegger alapvető lételméleti kérdésére – miért van az, hogy valami van, s miért nem inkább az, hogy nincs? – megadtuk válaszunkat.

5.4. AZ ÖNREPRODUKTÍV-ÖNÉPÍTŐ TÁRSADALMI LÉT ÉS A JOG LÉTALAPJA

Az emberi praxisra épülő társadalmi-történelmi lét a létezők rendjében az egyetlen olyan, amelyben *az okság és a normativitás, az okság és az értékelés megszüntethetetlenül együtt van*. Nincs olyan emberi, amelyben ez elesne. Éppen ellentétben a neokantiánus módszerdualizmussal, amely bár lehet termékeny absztrakció, módszer meghatározott jogi jelenségek átvilágítására, de nem adhat magyarázatot a jognak mint emberi praxisformának létezésbeli alapjára. A neokantiánus módszerben el-

[108] „A léttől a levésig". Prigozsin az egyensúlyi állapottól távoli rendszerek azon törvényszerűségét is kifejtette, hogy – az egyensúlyi vagy ahhoz közeli rendszerekkel ellentétben – azok a rendezettség felé tartanak.

esik a jog ontológiájának kérdésfelvetése, amely ellenben megoldódik a létrétegek koncepciójával.

A *szervetlen* anyag mindenféle teleologikus meghatározottságot nélkülöző, vak kauzalitásra épülő mozgásformájához képest a *szerves* anyag, az élő már rendelkezik a „tudattalan célszerűség" mechanizmusával, végső soron evolúciós léptetőrugókkal (variációk –szelekció–alkalmazkodás–stabilizálódás). Emiatt nemcsak a le- és felépülés, hanem a környezethez való alkalmazkodás folyamatában a természetes szelekció is érvényesül. Itt már van fejlődés, azonban tudati aktivitás, tehát az emberi szubjektum fogalmi gondolkodása nélküli mozgásként. A szervetlen anyagiságot és az élő anyag evolúciós mechanizmusait *ontológiai előfeltételéül kapja az emberi-társadalmi gyakorlat*, de az elsődleges (munka) és másodlagos, de nem másodrendű (jogi objektiváció) *teleologikus meghatározottságok kategoriális többletével építkezik*. Tudati és cselekvési aktivitásával átformálja azokat. Finális determináció csak a tárgyteremtő emberi praxis számára adott. Ez a társadalmi lét specifikuma, amely önépítő és önmaga újratermelésére épül, és amelyben a tapasztalás és a fogalmi gondolkodás az emberi tevékenység együttes koordinálója, mind a mindennapi életben, mind pedig a jog életében. A *finális determináció* a tudat aktivitása és a tudatos eszközhasználat révén eltér a *tudattalan célszerűség* mechanizmusáétól, azzal nem összekeverhető (noha ezt rendszeresen megteszik). Az ember az egyetlen olyan lény, amely a tényszerűséget és a legyen-jelleget, a kauzalitást és az értéket átformálva képes egyesíteni (mint ahogy gondolatilag elválasztani is). A társadalmi lét komplex szerkezetének vagy a jogalkalmazás menetének megértéséhez az analízisre szükség van. De *magában az emberi tevékenységben a kauzalitás és az érték* – nagyon különböző módokon – *ontológiai egységet alkot*. Ezért az *analitikusan elválasztott és ily módon megértett mozzanatokat vissza kell illeszteni a komplexebb egészbe*, illetőleg az összfolyamatba. Ha tetszik, „ember alatti", pusztán ösztönszerű lét volna az, amelyből hiányozna az eszmei, az értékmozzanat, mint a tevékenység és cselekvés koordinátora, és ember feletti, transzcendens lényt kell (kellene) feltételeznünk ahhoz, hogy az érték önmagában, emberi magatartás, a szubjektum befogadása nélkül befolyáshoz juthasson.

Az emberi-társadalmi praxis ontológiai egysége alapján nem ismerhetünk el a szubjektumtól független, transzcendentális, örök, időtlen, eszményi kellést, mint Lotze és tanítványa, H. Rickert és az újkantiánusok. Az ilyen érték érvényessége csak léttelen lehet, a befogadó szubjektumtól és tapasztalattól független, apriorisztikus adottság.

A materialista lételméleti megfontolásból következően tehát nem követjük a neokantiánus módszerdualizmusból következő utat, amely a módszertisztaság jegyében utasítja el a kauzalitás és a normativitás bárminő egységesítésének lehetőségét. Ez a paradigma valójában csak akkor áll elő, ha a kauzalitást (Sein) a természetre korlátozzák, a *normativitást (Sollen) pedig léttelen értéknek tekintik, amelynek a tapasztalattól (Faktizität) független az érvényessége (Geltung).* A társadalmi cselekvésekben

azonban, és csakis azokban, megszüntethetetlenül és együtt van jelen az oksági és az eszmei-erkölcsi, értékmozzanat. Ahogyan a jog emberi-társadalmi világában is. Ha az értékrendeknek és értékeknek közük van az emberi magatartáshoz, akkor közük kell, hogy legyen a kauzalitásoz is – akár keletkezésüket, akár funkcionálásukat nézzük. Más kérdés, hogy az okság a szellemi szférában persze nem a mechanikai vagy más természettudományos okság, hanem az okság általános formájának különös megnyilvánulása, mert motívumként lesz jelen akár az individuális, akár a társadalmi tudatban. A *szellemi szférát a társadalmi létrétegen belül* elhelyezkedőként fogjuk fel, ahol az *átfogóbb létréteg* azért tartalmazza – módosítva – belső összetevőjét, mert saját feltételei közötti motivációs mozzanattá teszi. Léteznek tehát szellemi, értelmi (a neokantiánusoknál Sinngebilde), pszichikai képződmények, amelyek analitikusan kiemelhetőek a társadalmi létből, de ezek létszerűen, a valóságban – amely „inter- és multidiszciplináris" – a társadalmi képződmények (Sozialgebilde), cselekvések, folyamatok, érintkezési viszonyok mozzanataiként hatnak.[109] Ezzel persze túlkerülünk a módszertanilag bár felvethető és bizonyos összefüggésekben – így a jogalkalmazás leírásának vagy az eszmei érvényesség és jogkövető/sértő cselekvés szociológiájának vonatkozásában – termékeny módszerdualizmuson, de társadalomontológiai nézőpontból mesterségesen posztulált egy ilyen elszigetelés.

Az újkantiánus tényfogalom – a tény tér- és időbeli, okozatos összefüggés, amelyet érzékszerveinkkel érzékelünk – szűkebb, mint a valóság fogalma, hiszen befejezett, zárt, szükségképpen a posteriori jellegű és a létezők dologszerűségét sugallja. Eltérően *a valóság fogalmától*, *amely nemcsak fakticitásokat tartalmaz, hanem lehetőségeket, modalitásokat is, ezért nyitott a jövőre, folyamatszerű és relacionista.* Jelenség és lényeg kifejlődő egysége között a látszat fokai ékelődhetnek be: a *még* nem lényeges és a *már nem* az, mert elmúlt. *A valóság – filozófiai értelemben – a jelenség (látszat) és lényeg különbségének egysége,* amely a társadalmi létre vonatkozóan specifikusan feltételezi az objektum–szubjektum viszonyt. Ezért nem kell a hegeli objektív idealizmust követni, és az emberi praxist kikapcsolva „a lét mássá levésének önmagára vonatkoztatottsága"-ként magyarázni a változást és a társadalom alakítását. Mert nem a természet és a társadalom előtt létező valaminő eszme a teremtő, hanem az önteremtő emberi praxis hozza létre, konstruálja meg saját valóságát, részben a jogi objektiváción keresztül. *Az emberi tevékenységek, miközben megmunkálják anyagi és szellemi tárgyaikat, kettős folyamatot eredményeznek: a tárgy megformálásával egyidejűleg termelik ki képességeiket, készségeiket. Az emberi-társadalmi praxis önteremtő:* adott ismeretei birtokában törekedhet jóra és gonoszra, jogszerűre és jogellenesre, de alkothat a szépség törvényei szerint is. A valóság szerkezetében meglévő lehetőségek közötti döntésekkel és tevékenységekkel formálja át a fennállót.

[109] Szilágyihoz hasonlóan 2016–2017: 127–128.

Ábrázoljuk némiképp sematikusan a társadalmi valóság szerkezetét. A „szellemi szféra" és a „szellemi tárgy" megkülönböztetésével kell kezdenünk. A szféra eleve nem lehet egyedi, míg a szellemi tárgy létezhet elszigetelt egyediségként, individuális tudattartalomként. A szellem, szellemi szféra mindig társadalmi tudatként a társadalmi lét egyik alkotója, eltérően a szellemi tárgytól. Ha *nem* a szellemi szférájáról van szó, amely eleve társadalmi produktumként létezik, hanem kommunikáció és tárgyiasság *nélküli*, *az egyénben in mente lejátszódó elszigetelt aktusokról,* akkor vagy *gondolat*ról (szellemi tárgyról) vagy *individuális pszichikai* jelenségről beszélhetünk.[110] Ami a kétpólusú társadalmi létben – az ember reprodukciója a társadalomban, illetve a társadalomnak mint totalitásnak a reprodukciója – mindaddig az első pólushoz és csak ahhoz tartozik, ameddig az egyén gondolatát, lelkiállapotát, tudattartalmát nem rögzíti, vagy ezt egy más által rögzítettet valaki nem kommunikálja. Ha ez megtörténik, akkor az egyed kilép elszigeteltségéből, és a gondolatához mint szellemi tárgyhoz, mint objektumhoz kapcsolódik/kapcsolódhat egy másik egyén, befogadóként. Az elszigetelt gondolat – intellektuális, morális, lelki – személyközi viszonnyá, az előállított szellemi objektum és a befogadó (megértő-félreértő) szubjektum közötti viszonnyá válik. Az egyének közötti *közlendő–közlés* (nyelvi vagy szimbolikus tárgyiasság) és *befogadás interperszonális kapcsolatokká szerveződik*. Ezek sokféleségén – ad hoc kapcsolatok, kisközösségek, barátság, szerelem, család, munkahely, lakóhely – keresztül rugaszkodik el az egyén saját közvetlenségétől, s válik közösségi és kommunikatív lénnyé. Az egyéni létezés reprodukciója során, az individuum anyagi, szellemi és társas-közösségi szükségletei kielégítésére hozza létre *jogügyleteit,* amelyekkel jogalanyként autonóm módon alakítja életviszonyait, éspedig jogviszonyokként (ad–vesz; cserél; házasodik; válik; örököl; örökbe fogad; lízingel; felhasználói engedélyt ad stb.).

Az egyes ember individuumként alkotóeleme e közösségeknek, jogügyleti jogviszonyainak, ezek fel-, le- és átépülő dinamikájának, személyközi érintkezési formáinak, miközben egyidejűleg és megszüntethetetlenül az objektív társadalmi viszonyok strukturális körülményei és szabályozó intézményeinek feltételei közepette él. A mindennapi élet, annak privát és intimszférája a társadalmi lét egyéni pólusából kiindulva szerveződik és kapcsolódik az általánosabb, strukturálisan ható viszonylatokba.[111] A társadalmi létben az egyént és a társadalmat nem különnemű

[110] Egy létező műalkotásnak, egy matematikai vagy fizikai képletnek vagy egy műszaki dokumentáció elsajátításának fennáll a szellemi/lelki individuális bensővé tétele. Aligha állandósul azonban e tudattartalom („szellemi tárgy") önmagában állása, mert minden egyes ember kommunikatív lény, érintkezési viszonyaiban, interperszonális és objektív viszonyainak összességében egzisztál, nem mindenkitől és mindentől elszigetelten élő egyénként. Ezért lehet kommunikációs alapon, értelmi rendszerként is leírni a társadalmiságot.

[111] Nem osztanánk, hogy az egyes ember csak külső, közömbös környezete volna a rendszernek (mint Luhmannál). A társadalmi lét nem rendszerszerű, hanem az emberek által csinált történeti képződmény, *intenzív individuumként létező protagonistáival* (nagy történelmi személyiség, államférfi

entitásokként kell szembeállítani egymással, hanem éppen ellenkezőleg: a két pólus egymásra vonatkoztatott. Az össztársadalmi viszonyok reprodukciója jelöli ki az egyének számára fennálló, *pozitív és negatív feltételeket hordozó mozgástereket* a különböző létszférákban, miközben az egyes embereknek, mint egyedeknek a reprodukciója alkotja az összreprodukció létalapját. Egyed- és fajfenntartás nélkül nem lenne összreprodukció. Az össztársadalmi viszonyok reprodukciója pedig nemcsak anyagi és szellemi javak előállítását, tehát nemcsak gazdasági viszonyokat jelent, hanem mindenkori személyközi, kulturális és tudati viszonyok termelését és újratermelését is.

A személyközi társadalmi viszonyokat a közvetlen érintkezés – barátság, szerelem, házasság, kiscsoportok, együttélés stb. – behatárolt alanyi köre, a megszámolhatóság jellemzi. Az objektív társadalmi viszonyok (vagy éppen társadalmi tények) az egyéni akaratoktól függetlenül létező objektív viszonyrendszerek: ilyen a nemzeti és nemzetközi munkamegosztás adott foka, a tulajdonviszonyok jellege, a piaci kapcsolatok dologszerű, értéktörvény körül szerveződő sztochasztikus mozgása, vagy a világpiac mértékviszonyai, stb. Olyan, az individuális tudattól és akarattól függetlenül létező és ható viszonyokról van szó, amelyek Marx társadalmi formákról szóló magyarázataiban (amint ezzel foglalkoztunk a korábbiakban) vagy Émile Durkheim társadalmi tény[112] fogalmában (és kevéssé az ismeretelméleti szempontú neokantiánus tényfogalomban) nyertek elméleti kifejezést.

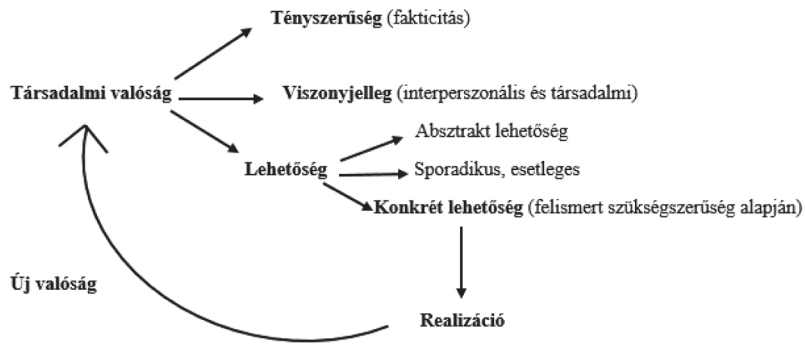
Ebben a felfogásban a társadalmi valóság önreproduktív képződmény, mert ágensként magában foglalja a cselekvő szubjektumokat, akik belépnek a vak oksági összefüggésekbe. Az alkotó szubjektivitás az önmagát mozgató státusába kerül. A célokat kitűző vagy éppen értékrendet követő realizáció sikere döntően az adott feltételek közötti adekvát eszközhasználaton múlik. A realizáció, a „megvalósulás" a természeti folyamatokban nem létezik: ez kizárólag az emberi-társadalmi lét kategóriája, az eszmei mozzanat, a cél- vagy értékracionális motivációjú cselekvés aktu-

---

vagy „opinion leader"), és a sokaság osztály-, réteg- és csoporttagolta *extenzív individuumaival*. Ezért mi a társadalmi lét létszféráinak további, rész- vagy alrendszerekénti elemzésére használjuk a rendszerelméletet.

A mindennapi élet, a privát szféra jogi védelmének szükséglete vagy az élővilág habermasi fogalma – amely a gazdasági és adminisztratív-politikai alrendszerek imperativuszaiból következő gyarmatosítással szemben védendő értékek – mutatják a kétpólusú társadalmi lét felfogás jelentőségét. Ahogyan a marxi elméletben is a legátfogóbb fogalom, a termelőerő – amely magába foglalja a legfőbb termelőerőt, az embert – és az általa már létrehozott termelési eszközöket és munkamegosztásos viszonyokat. Az egyén és az össztársadalom egymásra vonatkoztatott reprodukcióját.

[112] Durkheim meghatározása: „*társadalmi tény minden olyan – állandósult vagy nem állandósult – cselekvésmód, amely képes kényszerítő erővel hatni az egyénre, vagy pedig ami egy adott társadalomra általánosan jellemző és egyéni megnyilatkozásaitól független, önálló léttel rendelkezik*" (Kiemelés az eredetiben. É. Durkheim: *A társadalmi tények magyarázatához.* KJK, Budapest, 1978, 36).



A társadalmi valóság önreprodukív szerkezete

sa révén determináltan, az eszközhasználattal teremtett új tárgyiasságot.[113] Kilépve a reális időfolyamból és a körülmények közvetlen determinatív nyomásából, a megvalósulás sikere azon múlik, hogy a szubjektumok, cselekvő ágensek *felismerik-e* a strukturális összefüggések, objektív társadalmi viszonyok vagy éppen személyközi, interperszonális kapcsolatok kínálta lehetőségek törvényszerűségeit és okait, valamint *rendelkeznek-e* az átformálásukhoz szükséges eszközökkel. Ebben a felismerési folyamatban a tudati motívumok „harca" közepette a szubjektum döntésekre kényszerül: a következmények terhe mellett kell választania alternatívák vagy az egy alternatíván belüli különböző súlyú döntések között. A következmények tapasztalati úton megerősíthetik vagy alááshatják a korábbi döntések helyességét vagy tévedéseit. Kedvező konstellációban, tanulás révén az objektív viszonyok adta lehetőségek kiaknázása felé szerveződhetnek a tapasztalatok és azok tudati feldolgozása. A gyakorlatok gondolati átvilágítása, szellemi-megismerő birtokbavétele a megismerés elméleti, teoretikus szintje. Ennyiben tovább kell menni a „próba–hiba" (Trial and Error) magyarázó sémáján, mert éppen a tapasztalati kontroll, a praxis mint olyan rögzítése, megértése, rendszerezése és generalizálása maga a tanulás, amely a szükségszerűségek felismeréséhez vezetve növeli meg a szubjektum választásainak, tételezéseinek szabadságfokát. Ugyanakkor az esetlegesség, alkalomszerűség, a véletlenek objektivitása – amely voltaképpen a törvényszerűségek kereszteződéséből és a lét megszüntethetetlen spontaneitásából fakad – sem küszöbölhető ki a társadalmi létből. Ennek az esetlegességnek egyik filozófiai kifejeződése az okkazionalizmus („occasionalisme") álláspontja.[114] Anélkül, hogy a társadalmi lét reprodukcióját

[113] „A megvalósulás mint az új létforma kategóriája egyúttal fontos következménnyel jár: az emberi tudat a munkával, ontológiai értelemben, megszűnik epifenomenon lenni" (Lukács, 1976, II.: 33).

[114] Az alkalomszerűségnek, az események véletlenszerűen létrejövő relációinak ugyanakkor megvan a korlátozott, partikuláris érvényessége, ahogy ezt megmutatjuk a jogtalálás (Rechtsfindung) jellemzésekor.

a kontingencia, „a minden másképp is történhetett volna" szintjére redukálnánk. Ugyanis ami a megismerés dekonstrukciójában gondolatilag előállítható, az élesen különbözik a történeti-társadalmi valóság reális felépülésének folyamatától.

5.5. A JOG LÉTALAPJÁNAK VISZONYA A JOG ÖNREFERENCIÁLIS RENDSZERSZERŰSÉGÉHEZ.

A társadalomontológiai tényállás átvezet a jog létalapjának feltárásához, a jog társadalmi totalitásban elfoglalt helyének kijelöléséhez.

A társadalmi létben lévő ellentmondások, konfliktusok nélkül nem keletkezne jog mint a konfliktusok feloldásának tárgyiasult formája. *A jog létalapja a polgári társadalom szükségleteinek termelése és elosztása közben szakadatlanul keletkező társadalmi konfliktusokban van.* Miként azt Hegel kifejezte: „Csak miután az emberek sokféle szükségletet találtak ki maguknak s megszerzésük összekuszálódik a kielégítésben, alkothatnak törvényeket" (Hegel, 1971). A törvényhozótól függetlenül, a jogi tételezések előtt léteznek tehát a megoldandó problémák, kihívások, amelyekre a jogrendszereknek sajátarcúságukkal kell reagálniuk.

Ez tehát azt jelenti, hogy ha kihunynának a társadalmi konfliktusok, s így elenyészne az az alap, amelynek következménye a jog, akkor persze következmény hiányában jog sem lenne. Minthogy azonban a konfliktusok a szükségletek termelésében és kielégítésében ontikusan szakadatlanul újratermelődnek, ezért aztán fenntartják következményüket is, vagyis a feloldás meghatározott módjának, a jognak az igényét.

Mindebből az következik, hogy a jog *nem hordozza magában léte alapjait,* mivel a polgári társadalom alapépítményében, szükségleti rendszerében keletkezik a javak megtermelésének és elosztásának szabályozása iránti igény, amely lehetővé teszi és egyúttal kiváltja a társadalom alkotóelemei közötti érintkezési forma termelését. A társadalmi lét önreproduktív reprodukciójába épül be – a fejlettség bizonyos szintjén – a jogi objektiváció. *A jog ontológiai alapja tehát a társadalmi konfliktusokban, funkciója a konfliktusok feloldásában, megelőzésükben-csökkentésükben, tehát az érintkezési viszonyok szabályozásában van.* A kérdés most már az, hogy ez a külső, de nem külsődleges alap mennyiben befolyásolja a jogi objektiváció sajátlagos társadalmi rendeltetésének, funkciójának gyakorlását, annak milyenségét.

A szabályozás szükségletét, matériáját – a jogi szabályozás tárgyát, tárgyköreit – és ezzel a jog változó határait a társadalom összmozgása, nem pedig a jog belső szerkezete jelöli ki. Primeren tehát a szabályozásra szoruló, társadalmi környezetben keletkezett, a gazdaság, az erkölcs, a kultúra, a politika stb. részkomplexumainak konfliktuspotenciáljából aktualizálódó tartalmak jelentik a szabályozás anyagát, tárgyát, amelyet a jog saját közegébe beemel és átformál. A mindenkori egész reprodukciós szintjén belül a politikai, állami érdek- és akaratérvényesítő képesség

szelektálja (és aktualizálja) azokat a tartalmakat, amelyeket jogi szabályozás alá vonnak. A szabályozás módja, a társadalmi tartalom jogi tárgymeghatározássá formálása, joggá tételezése a matéria határain, a szabályozási tárgyak objektív tulajdonságain belül, a jogrendszer belső tulajdonságaihoz való illeszkedéssel történik. A jog a társadalmi totalitás részkomplexuma (vagy rendszerelméleti kifejezéssel alrendszere) tárgyköreit és terjedelmileg változó határait közvetlenül az összefejlődéstől kapja. Azonban e tárgykörök, a *társadalmi szabályozási igények jogi tartalommá történő átformálása, tételezése az objektivációra jellemző tulajdonságok* (a jogrend belső komponensei, jogági tagoltsága, dogmatikai közege stb.) és *szabályozási módok* (induktív-esetjogi; deduktív-kontinentális jogtechnikai típus; mellérendeltségi-autonóm, alárendeltségi-közhatalmi mód vagy éppen ezek vegyes szakjogként történő alkalmazása) szerint alakulnak. Ezért vannak különféle jogtípusok és jogcsoportok, illetőleg egyedi, nemzeti jogrendszerek. *A modern jogi objektiváció belső szükségletévé vált a szabályozás szabályozása, amivel nagymértékben függetlenedik léte külső alapjaitól, s olyan mesterséges, formálisan racionalizált kifejezésévé vált a társadalmi valóságnak, amelyet egyre nagyobb mértékben az önszabályozás, a létalapokhoz viszonyított inkongruencia jellemez.*

Saját belső gazdagságának, komplexitásának fokozásával teszi ugyanis képessé magát arra, hogy a jogfejlődés különféle színterein – jogágképződés és -elhalás, pozitív és negatív (deregulatio) jogalkotás, jogalkalmazás, interpretációs (nyelvtani, logikai, rendszertani stb.), fikciós *(praesumptio iuris; praesumptio iuris et de iure)* és analogikus *(analogia legis; analogia iuris)* jogtechnikákkal vagy vélelmekkel – alkalmazkodjon a változó társadalmi szükségletekhez, kihívásokhoz. Egészen a mikroszintű adaptáció, a bírói jogértelmezés és a bíró alkotta jog problematikájáig. Jogi válaszokat találjon és adjon a szakadatlanul újratermelődő, jogon kívül és/vagy belül keletkezett kihívásokra. Az pedig, hogy ennek az önszabályozási képességének vajon hol húzódnak az immanens határai, meddig jelentik a rugalmas adaptációt és mikortól jelentenek stabilitásvesztést, racionalizációs deficitet – olyan kérdések, melyeknek megválaszolására csak akkor nyílik módunk, ha már feltártuk a jog totalitásának (eddig csak érintett, de nem kifejtett) belső felépítését és működési törvényszerűségeit.

5.5.1. A jogrendszer immanens, műveleti-jogértelmi zártsága és társadalmi-történelmi környezetének nyitottsága

Az általunk választott módszertan a jogtudomány társadalomtudományosodását felvállaló olyan törekvés, amely nem kívánja sem a hagyományos Begriffsjurisprudenziát, sem az analitikus, módszertani pozitivizmus megközelítéseinek létjogosultságát ad acta tenni. Megvan ezeknek a saját megismerő értéke, illetve a jogászi hivatások gyakorlathoz kötöttségének és az erre felkészítő egyetemi oktatásnak a

maradandó érdeke és relevanciája. Ellenben jogszociológia, a jogi antropológia és az összehasonlító jogtudomány 19. századi fellépése óta kibővült a jogtudomány problémahorizontja. A felsoroltak a társadalomtudományosodott jogtudományi ágak közé helyezhetőek, de úgy, hogy egyben a korábbi szintetikus jogelméleti törekvések meghaladására is lehetőséget kínálnak. Ezen, egy társadalomelméletileg megalapozott és szintetikus jogelméleti törekvés vonalán haladva[115] – eltérően az analitikus és módszertani pozitivista megközelítésű jogelméletektől – a dialektikus filozófiai hagyomány és a komplex, nem lineáris rendszerek elméletének alkalmazására támaszkodunk. Ahogy a Janine Guespin-Michel és Camille Ripoll szerzőpáros *A nem lineáris dinamikus rendszerek, az emergencia és a komplexitás megközelítése* (2005) című tanulmányuk[116] elején rögzítik, a nem-lineáris azt jelenti, hogy „egy rendszer olyan objektumok közötti interakcióból álljon, amelyek között nem létezik proporcionalitás az okok és a következmények (a változások) között. …amikor nem lineáris interakciók léteznek egy dinamikus rendszerben, akkor a viselkedésük új tulajdonságokra tesz szert, a linearitáshoz szokott értelem számára néha különös és gyakran előre nem látható módon, általában intuíció-ellenesen és rendezetlenül. Ez az a tulajdonság-típus, melyet a szokásos logika nem enged már elgondolni, és

[115] A szakjogtudományokról, a jogelmélet és a jogfilozófia – *egy filozófia jogról alkotott reflexiója* – viszonyáról alkotott felfogásunkat e munkában nem ismételjük meg, mert több ízben kifejtettük már (A jogállamiság 1.3., illetőleg A jogtudomány társadalomtudományok közötti különneműsége: praxishoz kötöttség és jogelméleti általánosítás. *Jog–Állam–Politika*, 2013/2, 3–15. Az analitikus és a szintetikus jogelméleti törekvések különbségét azonban itt is rögzítenünk kell. A szintetikusan felfogott jogelmélet a jog társadalmi összefüggéseinek és pozitív jogi megjelenéseinek, valamint a jogrendszerek belső szerkezetének kategóriáival és értékelési kritériumaival foglalkozik. Ettől eltérően az *analitikus jogelméleti törekvések,* mint például a kelseni tiszta jogtan vagy a Somló Bódog-féle jogi alaptan, mindig elválasztják az *általános jogtant* a *jogszociológiától* és a jogfilozófiának tekintett *axiológiától. Nem az azonos ismerettárgy különféle oldalainak eltérő módszerekkel történő vizsgálatát kapcsolják össze (totalitásszemlélet,* mint a szintetikus elméletek, *hanem egymástól elválasztandó, sajátos ismerettárgyakat vizsgálnak* az analitikus jogelméletben (A. J. Austin [1790–1859] vagy napjaink angolszász módszertani pozitivistái, H. A. Hart, vagy J. Raz). A szintetikus jogelmélet a jog olyan önreflexiója, ahol a különböző, s olykor ellentétes mozzanatok és követelmények (úgymint az igazságosság és hatalom viszonyát felvető pascali gondolatsor („Az igazságosság erő nélkül tehetetlen; az erő igazságosság nélkül zsarnoki. Az igazságosságot ezért egyesíteni kell az erővel, hogy az ami igazságos az erős, s ami erős, az igazságos legyen") a törvényi és bírói jog, a jogbiztonság és igazságosság viszonya, avagy a ius scriptum és ius aequm ellentéte, a jogrendszer egyidejű nyitottsága és zártsága természetének feltáró egybelátására törekednek az elméletalkotás során. Szintézisre akkor lehet képes, ha és amennyiben a jog külső, társadalomtörténeti, és belső, immanens komplexitásának mozzanatait analitikus úton már feltárták. A szintézis tehát feltételezi az előzetes analízist, s a tagolt egész rekonstruálására csak akkor kerülhet sor, ha analitikus eredmények felhalmozódása megköveteli a korábbinál átfogóbb, plauzibilisebb magyarázóerejű szintézist. Egy ilyen szintézis, más összefüggésekben pedig további analízis kiindulópontjává válhat.

[116] Système dynamiques non linéaires, une approche de la complexité et de l'émergence. In Lucien Sève (ed., coordination Janine Guespin-Michel), Odile Jacob, Paris, 2005.

amelyet azok a logikai-filozófiai problémák vetnek fel, melynél a dialektikus logikára támaszkodunk."[117]

Mielőtt a meghaladás hogyanjára, saját megoldásunkra térnénk ki, vegyük számba a jogimmanencia–jogtranszcendencia problémája felől három álláspontot, amelyek a weimari köztársaság államelméleteiben alakultak ki, és amelyekről Szilágyi Péter (2017: 328–342) kiváló elemzésben számol be. Konklúziója, felvetései pedig eddigi jogelméleti törekvéseinket elismerőleg és némi korrekcióval egyaránt illetik (lásd különösen 331, 341, 342). Éspedig azt, hogy hogyan oldjuk meg egy társadalomelméletileg megalapozott jogelméletben a jog, illetve az állam immanenciájának–transzcendenciájának kérdését, ahol a társadalomelméleti és politikai filozófiai megalapozású jogelméletek különböznek egymástól? Egyetértünk, hogy minden jogelmélet (és ebben a vonatkozásban az államelméletet, állambölcseletet is idevehetjük), magában foglal vagy implikál egy ember- és társadalomfelfogást. Lehet ezt *elutasítani,* mint Kelsen teszi a maga metajurisztika-ellenes, teljes jogimmanenciára helyezkedő álláspontjával, amelyet módszertanával bástyázott körül (a jog egyenlő a joggal, az állam pedig a jogrendjével), vagy *mellőzni* a problémát, mint ez a törvénypozitivista P. Labandnál fennáll (Szilágyi, 2017: 334). És lehet ezt a (liberális) politikai filozófiai elméletek individualista társadalomfelfogása jegyében a jog és az állam *igazolására korlátozódó* állam és/vagy jogelméletként művelni, ahol a szabályozási szükségletek keletkezése, hatalmi jellege az elemzések vakfoltja marad, az igazolás igazolhatósága, az autoritás forrásainak vizsgálata mellett. Színvonalas hazai reprezentációja e pozíciónak Kis János politikai filozófiai, valamint Bódig Mátyás és Győrfi Tamás mérsékelt államról szóló államelméleti szövegei. (Értékelésüket e vonatkozásban lásd részletesebben Szilágyi, 2017: 338–340.)

Szilágyi problémafelállításában „jog- és állambölcseleti szempontból immanens egy elmélet, ha a jog és az állam (és vele a politikai) magyarázatát kizárólag belső

[117] A lineáris köznyelvileg az egyenesvonalúságot, az egymásutániságot jelenti. A nem egyenesvonalú vagy a nem-egyenletes, hanem változó dinamikájú mozgás nem-lineáris. A nem-lineáris, dinamikus rendszereknek a matematikában és a fizikában (például determinista káoszelmélet) használt fogalmai egyértelműbbek, mint a társadalomtudományban. Az azonban alkalmazható a társadalom- és a jogtudományban egyaránt, hogy „*mindaz nem lineáris képződmény, és így a társadalmi lét sem az, amely nem vagy nemcsak a linearitás tulajdonságaival rendelkezik*". A rendszerelméleti fogalomalkotásban a linearitás két együttes tulajdonsággal jellemezhető: „a következmény, a hatás arányos az okkal, vagy másképp formulázva: az okozat arányos az okával; és az egész azonos részeinek összegével", az egész additív. Ezzel szemben a nem-lineáris rendszerben vagy képződményben az egész nem pusztán részeinek összegződése, mert a rész és az egész viszonya, az okok és az okozatok közötti hatások aránytalanok, a mennyiségi felhalmozódás új minőségbe csaphat át. (Ilyen képződmény, hatás „az utolsó csepp a pohárban" helyzet.) A társadalmi folyamatokat egymást kölcsönösen feltételező és kizáró reflexiós kategóriák és mozgásformába feloldódó ellentmondások jellemzik, ahogy maga a társadalmi lét is kategoriális nóvumokat tartalmaz a szervetlen és a szerves létszférákhoz képest. Van ráépülési, de nincs visszavezethetőségi viszony a létrétegek között (ahogy részletesen tárgyaltuk az első fejezet 1. és 1.1. alatt).

jellemzők alapján kísérli meg, és elutasítja az ún. metajurisztikus kérdések tudományos vizsgálatát. Jog- és államtranszcendens egy elmélet, ha feladatának tekinti a metajurisztikus kérdések vizsgálatát. A »metajurisztikus« jelző Kelsen munkássága nyomán terjedt el, azt azonban elsőként Jellinek alkalmazta.[118] A metajurisztikus kérdéseknek két nagy csoportja van: a jog eredetére, alapjára irányuló ontológiai és a jog helyességére vonatkozó axiológiai kérdések. Az őket megválaszolni kívánó jog- és államtranszcendens elméletek *teológiai-teocentrikus* vagy *szekularizált,* Verdross kifejezését átvéve, antropocentrikus felfogások lehetnek.[119] Ez utóbbiakon belül társadalomimmanens egy elmélet, ha ezeket a metajurisztikus kérdéseket társadalomelméleti keretek között akarja megválaszolni" (Szilágyi, 2017: 330–331). Az elmélettörténeti visszatekintéseket elhagyva és az érdeklődési körünkön most kívülállónak vett, az immanencia gondolkodást kikapcsoló, metafizikus transzcendenciát, tehát a vallásos-teocentrikus természetjogtani felfogásokat mellőzve fordulunk rá a hozzánk közel álló harmadik pozícióra: *a jog- és államelméletileg transzcendens, de társadalomelméletileg nézve immanens* törekvésekre. „A társadalomimmanens jogelméleteknek az az alapvető »Szkülla és Kharübdisz« – problémája, hogy *úgy mutassák be az állami és a jogi jelenségek társadalmi meghatározottságát, feltételezettségét, hogy ugyanakkor ne számolják fel a jogi és a politikai jelenségek, a jogi és a politikai szféra sajátosságait és viszonylagos autonómiáját,* azokat ne oldják fel a társadalom más jelenségeiben vagy sajátosságaiban. …ezek a felfogások tulajdonítanak jelentőséget a szabályozási szükségletek problémájának, alapozzák meg annak jogpolitikai kezelését. Társadalomelméletileg egységes alapról lehet szemlélni az államot, jogot és politikát, elemezni a jogot, a jogi szabályozást, annak tárgyát és társadalmi környezetét; ez a nyelvfilozófia és politikai filozófia esetén problematikus" (kiemelés tőlem, lásd Szilágyi, 2017: 334–335).

A társadalmi lét rétegének bevezetésével magunk megadtuk ezt az egységes, a szervetlen és a szerves anyagiságtól eltérő létalapot. A politika viszonylagos autonómiáját pedig levezettük a politizálódási folyamat alulról felfelé és felülről lefelé futó kétirányú determinációjával, a benne a „minden állami politikai" nem megfordítható tézisével.[120] A jog államisághoz kapcsoltságának szálait *sem* a jogalkotás, *sem* a jogalkalmazás, *sem* pedig az alkotmányossági kontrollfunkció szempontjából nem lehet elvágni, noha egy államelmélet éppen komplex ismerettárgya okán, többféle államfogalmat is képezhet, a nézőpontjai megváltoztatásával.[121] A jogi objektiváció

[118] G. Jellinek: *Allgemeine Staatslehre.* 1920, 368–369.

[119] A. Verdross: *Abendländische Rechtsphilosophie.* Wien, Springer Verlag, 1958, 227.

[120] Azonban nem minden politikai állami, mert a politikai sohasem merülhet ki az államiban, aminél szélesebb és kevésbé formalizálható fogalom.

[121] A jogi, a politikai-hatalmi, a történeti-szociológiai és az ökonómiai szempontú államfogalmak egységének és differenciáltságának relevanciáját kifejtettük: Szigeti Péter (szerk.) Gondolat – Széchenyi István Egyetem ÁJK kiadása, 2020, 29–33. In *Ordo et connexio idearum* című kötet azonos című, általunk írt tanulmányában.

és a jogrendszer átfogó fogalmainak társadalomontológiailag megalapozott fogalmaival dolgozó szintetikus jogelmélet éppen a jog sajátosságainak és viszonylagos autonómiájának bizonyítása. Csak éppen a transzcendencia túlságosan is sejtelmesen széles fogalmát ki kell dobni ahhoz, hogy a metajurisztikus elemek és összefüggéseik figyelembevétele megtörténhessen, éspedig a rendszer–alrendszer, totalitás (összrendszer) fogalmak rehabilitálása révén. „Kant filozófiájában a transzcendencia a lehetséges tapasztalat határán való túllépést jelenti, és ha az Ész ezt megteszi, menthetetlenül antinómiákba, ellentmondásokba bonyolódik. Ennek elkerülésére dolgozta ki transzcendentális módszerét, amelyik a megismerés határaira kérdez rá. A transzcendens megismerés kritikátlanul túllép a lehetséges tapasztalat határán, antinómiákba bonyolódik; a transzcendentális nem lép túl, de azon túlra következtet az ész – éppen azzal, hogy rákérdez a megismerés lehetőségeire és határaira.[122] Ezzel a transzcendens elsődlegesen ismeretelméleti és módszertani jelentőséget kapott, noha annak ontológiai vonatkozásai is voltak *(Ding an Sich).* Eszerint transzcendens minden lehetséges tapasztalaton túli tartalom…" (Szilágyi, 2017: 330). Megoldásunk módszertani útja itt eltér Szilágyi „transzcendensen immanens" jogelméletre vonatkozó javaslatától. A transzcendentális (dedukció) Kantnál szigorúbb fogalompár, nem hétköznapi, hanem a filozófia tudományos értelmében nem minden érzékelésen túli gondolati tartalmat enged meg már, ez a közvetlen tapasztalaton túlra következtető ész. A matematikai képletek vagy az a priori szintetikus ítéletek, illetve megalapozott deduktív következtetések Kantnál is *igaz ismeretekhez* vezethetnek, nem pusztán tapasztalaton túli, ellenőrizhetetlen gondolatokhoz. Hegel itt vette fel az antinomikus gondolkodás meghaladásának általánosabb lehetőségeit (annyiban tévesen, hogy az eszme önnemzésévé váltak a világ folyamatai). Nem kidobva az értelmi gondolkodás erejét, azt, hogy a ráció a dolgokat elválasztja egymástól, analitikusan rögzíti és megnevezi azokat, de meghaladni szándékozva az intellektuális megismerés erejével: amit az értelem (Verstand; ratio) *elválaszt,* azt az ész teljességigénye (Vernunft; intellectus) *összeköti*.[123] Kantnál a transzcendentális

[122] „Transzcendentálisnak nevezem azt a megismerést, amely nem annyira a tárgyakkal, mint a tárgyakról való megismerésünk módjaival, amennyiben a priori lehetséges, foglalkozik. Ily fogalmak rendszerének a neve volna transzcendentális filozófia" (Kant, Immanuel: *A tiszta ész kritikája*. Ford. Alexander Bernát és Bánóczi József, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1981, 41).

[123] A középkor utolsó és az újkor első nagy idealista dialektikus gondolkodójánál, N. Cusanusnál a szellemi megismerésben az *értelmi gondolkodás* (ratio) megkülönböztet, a létezőket elhatárolja egymástól a megismerésben, de nem juthat el a sokaság, a végtelen végességek teljességéhez. Az ész, *a magasabb szintű intellectus erejével* köthető össze az értelmi megkülönböztetések elválasztottsága, az összefüggő egész egysége, teljessége. „Úgy viszonyul az ész az értelemhez, mint maga Isten az észhez." Az isteni tökéletességben, amilyen a végtelen világegyetem, pedig az ellentétek – a centrum és a végpont – egybeesnek, mondja ki Cusanus a *coincidentia oppositorium* dialektikus tételében, a *De docta ignorantiá*ban. Ettől tér el az *ellentétek egybeesése* (coincidentia oppositorium) helyére lépő, fundamentális hegeli tétel: *az ellentétek egységének tétele*. A különbséget és következményét Szigeti József (1998) interpretálja: a világegyetem bár *acentrikus, de strukturált, és nem strukturálatlan, mint Cusanusnál.*

dedukció lehetősége olyan ismeretforrás, amely a megismerés folyamatában az empirikus-induktív tudást a nomotetikus dedukció generalizálásával viszi tovább: nem örök, időtlen, de történetileg hosszabb távon érvényesülő feltételek mellett, „ha… akkor" behatároltsággal általánosít. Nem a természettudományi, hanem történeti társadalomtudományi megismerés módján, akár szekuláris érvényességű tendenciákat megállapítva. Nem kell azonban részleteznünk sem Kant jelentőségét, sem filozófiatörténetileg elmélyedni egyfelől Hegel Kant-kritikájában másfelől Marx Hegel-kritikájában (amelyről a jog történetiségének elméleti felfogásainál írtunk 2.2.–2.3. és 2.5. alatt), hanem ráfordulhatunk szintetikus jogelméleti elgondolásunk újítására. Arra, hogyan kapcsolódik ez a jogelmélet módszertanában a dialektikus filozófiai hagyomány fogalomképzéséhez, ontológiájában a társadalmi lét különneműségének elemzéséhez, mégpedig azzal, ahogyan a megújult rendszerelmélet, a komplex, dinamikus rendszerek elmélete utat nyit egy ilyen törekvésnek (és nem egyszerűen a biológizáló analógiák módján eljárva). Ezt mutatjuk meg a továbbiakban.

A rendszerelmélet *egyesítette a komplexitáselméletet (tehát a pozitív értelemben holisztikus látásmódot)*[124] *a nem-lineáris okozatiságú, dinamikus rendszerek elméletével, ahol a folyamatos mozgás és változás közegében új valóságszintek lépnek be. Minőségileg új képződmények: tulajdonság, struktúra vagy funkció képződéséhez vezet a dinamikus önszerveződés. Ekkor egy meghatározott kiindulóállapot megszüntetve megőrzése magasabb szintre emelést jelent (aufheben).*

A komplexitáselméleti megközelítéshez kapcsolódó jogelméleti alapvetésünk: miként lehetséges, hogy egy jogrendszer egyidejűleg legyen zárt és nyitott? Miként lehetséges, hogy önmagára visszacsatolódó, múlt felől determinált zártság és jövőre vonatkozó, előrecsatoló nyitottság (feedback and feedforward loops) együtt jellemezhesse?

A komplex, dinamikus rendszerek társadalomtudományi alkalmazása megadja a megoldást kérdésünkre. Az, amelyik a hegeli–marxi dialektikában ismeri fel egyik elődjét és összetevőjét,[125] éppen a feszültségek szülte mozgásformaváltásokat, új emergenciaszinteket konstatál a polgári társadalom – politikai társadalom (képviselet) – politikai állam ellentmondásokkal teli dinamikájában.[126] A politikai-politikum vonatkozásában láttuk ezt korábbi fejezetünkben a politizációs folyamat

---

Az alrendszerek extenzív végtelensége éppígy nem szünteti meg strukturális szintű sajátosságaikat, éspedig a jog létmódjai esetében sem.

[124] Megszorításunk jelentős differenciára utal. Egészen más dolog egy konkrét, tagolt egészet (totalitast) gondolatilag reprodukálni, mint egy levezetetlenül-tagolatlanul üres egész – csak feltételezett alkotórészeivel szembeni – elsőbbségére hivatkozni.

[125] Nemzetközileg: *Luciene Sève et al* 2005, Emergence, complexité et dialectique: Sur les systèmes dinamiques non linéaires Édition Odile Jacob, Paris; *Andrej Munda*: Autopoietic Systems Theory within Hegelians Speculative Philosophy. http://www.academia.edu/10461277/Autopoietic_Systems_Theory_within_Hegelians_ Speculative_ Philosophy stb.

[126] A politikai rendszer és a világrendszer elméletek némelyike is közel esik ahhoz, hogy az *autopoietikus társadalmi lét* alrendszereit ekként tárgyalja.

jellemzéseként, amely *a politikai-állami viszonylagos önállóságát bizonyította,* a kétirányú, alulról felfelé és felülről lefelé futó determinációként. (A politikum konstrukciója…)

Kapcsolódjunk Losoncz Márk elemzéséhez, amely egy igencsak eredeti kérdésről, a 19. században még nem létező, mai *komplexitás- és rendszerelmélet* és a *hegeli–marxi dialektika illetve totalitás elv kapcsolatairól* szól („Marx, a rendszer-teoretikus, a komplexitás gondolkodója" 2018: 70–86). Felmutatja a hegeli dialektikában és annak rendszeralkotási szintjeiben azt az integratív erőt, *részeit egésszé szervező és spirálisan előrehaladó mozgásformát, amelynek alapja az ellentmondás:* ez logikailag *azonosság és nem azonosság azonossága* (kontrárius ellentétébe fordítva a tagadást pedig: az azonosság és a különbség azonossága), tehát szintézisbe oldódó konkrét azonosság. Részünkről mondjuk ezt úgy is el, hogy a tagadásra épülő ellentmondáselv lehet ad 1. *egy önmagát azonos szinten újratermelő létállapot fenntartója*, de ad 2. eljuthatunk *a reverzibilis léttől az irreverzibilis levésig*, ha az azonosság pólust pozitív ellentétje determinálja. A lét átmegy levésbe, ahogy Ilja Prigozsin a *nemegyensúlyi termodinamika* kutatás Nobel-díjasa 1979-es könyvének címében is kifejezte, *Vom Sein zum Werden*.[127] Ekkor már nem pusztán a konkrét azonosságról, hanem a levésen keresztül egy mozgásformában reprodukálódó ellentmondásról lesz szó. Hogy egy ellentmondásos létalap állapota önmagát azonos szinten termeli újjá, vagy éppen szűkítetten, vagy bővítetten – amikor a reprodukció már produkció is – ez a konkrét folyamat függvénye. Ha bővítetten, ez ontológiailag egy spirálisan előrelendülő mozgás (lét – levés – létezés), amely Hegelnél „a valóság újonnan formálódó szintjeinek (melyeket manapság *new levels of emergence* néven szokás leírni), a logikai, természeti és szellemi dimenzióban egyaránt " (Losoncz, 73) jelen lévő megnyilvánulása.

A tagadás, és ezzel a kizárt környezetre vonatkoztatottsága az önmagával való konkrét azonosságnak, továbbá a közvetítések reflexív léptető rugói – pozitív és negatív visszacsatolások – egyaránt összetevői a lét komplexitásának. Szőjük bele a dialektikus ellentmondás kérdését: ez már nem a környezetre vonatkoztatott elválasztottság konkrét azonosságát mutatja fel, mint a kontradiktórikus, pusztán negatív tagadás – determinatio est negatio –, és a már érintett kontrárius forma, hanem itt reflexív a pólusok viszonya áll fenn: *egymást kölcsönösen feltételezik és ki is zárják*. (A tagadásformák felől nevezhetjük ezt akár *reflexív tagadásnak is, ami a konkrét azonosságtól átvezet az ellentmondás kategoriájáig.*) „Munka" és „tőke"; „szülő" és „gyermek"; „tételes jog" és „természetjog" – egyik nem a másik és másik nem az egyik, de egyik sincs a másik nélkül, ezért egymásra vonatkozó reflexiós kategóri-

[127] *A léttől a levésig.* Prigozsin az *egyensúlyi állapottól távoli rendszerek* azon törvényszerűségét is kifejtette, hogy – az egyensúlyi vagy ahhoz közeli rendszerekkel ellentétben – azok a rendezettség felé tartanak. (Ezt a tételt nem tartjuk átvihetőnek, érvényesnek a társadalmi-történelmi létformára, ahol az egyensúlytalanság a felbomláshoz, a megszűnéshez is vezethet.)

ák: a tőkés termelési mód, a család, illetőleg a jogrendszer mozgásformájában egzisztálnak.[128] Nincs végső egy, a tagadás és a vonatkozás minden létező tulajdonsága, minden létező komplex, összetett. Továbbá minden létező a sokféleség egysége. A. Munda joggal írhatta: „a hegeli filozófiai rendszer az első rendszeres vizsgálódás amely az *autopoiesis* logikájával foglalkozik" (73), tudniillik az önépítő rendszert együtt jellemzi az operatív zártság és a külső környezetre vonatkoztatott nyitottság. Minden alacsonyabb létdimenzió megszűnten megőrződik a magasabban, így Hegelnél a lényeg magasabb szintjében a lét, a fogalom szintjében a lényeg, anélkül hogy visszavezethetőség állna fenn az alacsonyabbra.[129] Éppen azért, mert a magasabb szint saját belső célszerűséggel, kategoriális nóvummal (behozva N. Hartmann kategóriaelemző terminológiai leleményét), tehát létében relatív önállósággal rendelkezik. A rendszer vagy totalitás hegeli elve erősen ekvivalens a „félig nyitott – félig zárt" rendszerekkel, mondhatjuk a rendszerelmélet nyelvén, amely csak L. von Bertalanffy 1930-as fellépésétől datálható. (Aki Marxot is a rendszerelmélet előfutáraként vagy első művelőinek egyikeként emlegette. Joggal.) „Hegel organikus látásmódjában helyük van a viszonylagos önállósággal rendelkező részeknek és az újszerű, holisztikus tulajdonságokra szert tevő egészeknek is. Eszerint nem csupán az egész több a részek puszta összegénél („az egész élő", „az igaz az egész"), hanem a részek is többek az egész puszta csavarjainál" – jellemzi Losoncz Márk. Mintha a világrendszer fogalmát hallanánk.[130] Igen – nemcsak a szerves rendszerekről, hanem az önreproduktív társadalmi totalitásról is szó van.[131] A komplex rendszerek

[128] Itt utalunk rá, hogy Marx elgondolásának egyik gyakori félreértése éppen azon alapul, hogy az ellentmondáselvet, amely meghaladhatatlan, *összekeverik* az antagonisztikus ellentmondás tőkeviszonyban konkretizált típusával. Ez az, ami meghaladható. Az antagonisztikus alapzat következményének, az osztályszintű egyenlőtlenségeknek a kiiktatódása nem jelenti azt, hogy megszűnne a társadalmi létezés összes konfliktusa (szociológikuma, pszichikuma), az ellentmondás létezésformája, azonban új feltételrendszer közé helyezné az emberi emancipációs törekvéseket. Rekonstrukciónkat lásd az ellentmondás és az antagonisztikus ellentmondás differenciájáról: Szigeti, 2017: 15–27.

[129] Egy materialista lételméletben a *szervetlen lét* rétegére épül rá *a szerves* (az evolutív, élő anyag), az élőre a *társadalmi lét.* A létrétegek, a létszférák és a kategóriák – fundamentális–különös–tárgyspecifikus – viszonyának részletesebb kifejtését lásd az I. fejezet 1.1. részben.

[130] „A világrendszer tehát egy konkrét totalitás, amely nem holisztikus, tagolatlan, hanem belsőleg is artikulált. Önmagába záródó egész, intenzív totalitás, amelynek változó terjedelme és struktúrái vannak. »Nem szabad összekevernünk a totalitást a teljességgel. Az egész több, mint részeinek összessége, de biztos, hogy egyúttal kevesebb is annál.« (Wallerstein, 1983: 21.) Ugyanezen iskola másik kitűnősége, Giovanni Arrighi megfogalmazásában pedig »a világrendszerek elemzései a kapitalizmust úgy fogják fel, mint egy fejlődési rendszert, ahol az összesség stabilitása a maga premisszáit e részek közötti állandó cserében találja meg. A centrum-periféria kapcsolatok sem kivételek ez alól« (Arrighi, 1992: 149.)" – Szigeti P., 2005: 47.

[131] Losoncz szépen megmutatja ezt a tőkéről mint autopoietikus, önépítő rendszerről szóló részben (74–79), ahogy a fő mű, *A tőke* is „rendszerek rendszereit vizsgálja, amelyek komplex totalitássá állnak össze", illetőleg akkor, amikor Marxot helyesen a komplexitás gondolkodójaként jellemzi (80–83). A dialektikus gondolkodás a kutatott tárgy *leírására, elemzésére* (analitikus–szintetikus vagy éppen

adaptív nyitottsága együtt jár operatív zártságukkal; az előfeltételek jelentősége a komplex rendszereknél múltjuk „társfelelősségét" jelenti jelenüket illetően; az egyes szinteknek az egészre való redukálhatatlanságát és az egésznek a részeken túlmutató holisztikus vetületeit, a globális szerkezeteknek a lokális információk kölcsönhatásaiból való kialakulását a vissza- és előrecsatolások perturbatív vagy stabilizáló szerepét vizsgálja a komplexitás elmélet (Losoncz, 2018: 82). Norbert Wiener *Cybernetics*-e (1948)[132] óta az információ-visszacsatolás az eredményre ható tényezőknek az eredmény alapján való módosítását (helyesbítését, megerősítését, gyengítését) jelenti. A negatív visszacsatolás a fennálló állapotok stabilizálását eredményezi, mert a visszacsatolás nyomán a szabályozó módosítása a kívánt eredménytől való eltérést csökkenti, miáltal az eredmény elérése felé vezet. A pozitív visszacsatolás információs „többlete" viszont a felhalmozódáson keresztül a kívánt eredménytől való különbséget növeli, ezzel a fennálló állapotok meghaladásához vezet/vezethet. A jogalkotás racionalizációjában az állapotstabilizálás adta kiszámíthatóság (jogbiztonság) éppúgy jelen lévő, mint a pozitív visszacsatolás kiváltotta status quo meghaladása.

A társadalmi létréteg és a jogi objektiváció – ontológiai alapja, belső szerkezete, önreferenciális képességének mechanizmusai és határai, illetőleg tárgyspecifikus kategóriái – elsősorban filozófiai szintű elemzést és absztrakciókat igényelnek. Hiszen az organikus létréteget nem jellemzi a finális determináció, abban „csak" természetes kiválasztódás és tudattalan célszerűség munkálkodik. Az emberi-társadalmi tudat aktivitása, a teremtett kultúrája, objektivációs formái kizárólag a társadalmi lét sajátja. A szerves természet nem ismerheti éppen ezért a másodlagos teleologikus szerkezetű és funkciójú objektivációs formát, a jogi objektivációt sem. A jog intenzív totalitásának jogrendszerkénti konkretizációja – amelyben nem jellemző a perturbatív szerep – pedig jogelméleti szinten és fogalmi apparátussal írható le.

Felfogásunkban tehát az intenzív totalitás nem azonos a teljességgel, mert több és más, mint az alkotóelemek összessége, mert új szinten mozog, szinergikus (tehát nem syn-optikus , mint a neokantiánusoknál, így Horváth Barnánál[133]). Ezt

---

induktív–deduktív) és *kritikai értékelésére* egyaránt alkalmas. Sok mindent megelőlegezett a dialektika a rendszer- és komplexitáselméletek 20–21. századi tudásából, amit Losoncz és mások tanulmányai igen jelentős gondolkodók sokaságának munkáin keresztül is bizonyítanak.

[132] *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*. (A szervezeteknél, a társadalom vonatkozásában mindig vannak zavaró tényezők, itt vezérelni aligha lehet, szabályozásra azonban szükség van.)

[133] A szinoptikus módszer a ténnyel és az értékkel együtt dolgozik, anélkül hogy a két ismerettárgy különneműségét megszüntetné, vagy hogy egy harmadikat konstruálna melléjük. A szinopszis a lét és a kellés funkcionális látásának a módszere, amely reflexív gondolati eljárással él: a jog sem nem tiszta norma, ahogy Kelsen gondolja, sem nem tiszta tény, hanem örökös egymásra vonatkoztatás, a tényektől a normák, és fordítva, a normáktól a tények felé haladó szakadatlan reflexiós mozgás. A jog ugyanis nem olyan egységes ismerettárgy, mint a tapasztalati valóság vagy a logikai jelentés. A norma, a jogtétel által hordozott „elvont jelentés" nem elegendő a jogeset nélkül, mert az utóbbi, a „szemléletes tény"

az intenzív totalitást különböztetjük meg a terjedelemre, mennyiségi értelemben vett összetevőelemekre vonatkoztatott extenzív totalitástól. De egyúttal bizonyos alkotórészek is komplexek, saját arculatuk lehet (például ilyen a jog a társadalmi totalitás alrendszereként, vagy a jogalkalmazás vagy egy jogintézmény [például tulajdonjog] komplexitása egy jogrendszerben), *miáltal a totalitás (az intenzív totalitás értelmében) kevesebb is, mint saját részkomplexumai, melyeknek megvan a saját különösségük.*

Együtt nézve, az intenzív totalitás értelmében egy jogrendszer *több és más, mint komplex alkotóelemeinek összessége*, miközben terjedelmi-extenzív totalitásként *kevesebb is*, mint saját részkomplexumainak változó teljessége, mert jogágai vagy intézményei eltűnhetnek, cserélődhetnek. Vagy éppen a bővülés is megváltoztatja egy jogrendszer korábbi terjedelmét, akár innováció nélkül, akár innovációval (mondjuk a jogelméleti értelemben vett alkotmányosság kategóriájának intézményi bevezetésével), a rendszer egyensúlyának felborulása nélkül.

A törvényhozó egyetlen intézkedésére sem válnak tehát makulatúrává egész könyvtárak (mint ezt Julius von Kirchmann egykor gondolta[134]). Igen, azért gondolhatta, mert a lineáris okság szerinti joganyagváltozást a rendszerrel azonosította. (Ezzel szemben nem minden régi elem hatályon kívül helyezése és nem minden új elem bevezetése vagy elemek cseréje változtatja meg a rendszer működését.) Hasonlóan nem lehet a jogrendszert sem puzzle-játék (vagy egy mozaikkép) analógiájára felfogni. Ez ugyan jó elhatárolást jelent az elemek külsődleges, véletlenszerű halmaz kapcsolatától, mert a kirakósban mindennek megvan a maga statikus helye, ettől azonban mégsem rendszer, csak rendezettség. És elégtelen egy jogrendszert „egy adott ország, adott időpontban hatályos jogszabályok összessége"-ként definiálni. Ugyanis egy működő jogrendszer nem lineáris, az egész nem azonos részeinek összegével: az egész csak akkor lehetne additív, ha az elemek cseréje nélkül működne, ami sem a jogalkotásban, sem a jogalkalmazás tekintetében nem állja meg a helyét. Az életviszonyok, tényállások, társadalmi cselekvések – összefoglalóan esetek – kimeríthetetlen gazdagsága az extenzív végtelenség dimenzióját jelenti. Olyan potenciális részei a külső komplexitásnak, amelyek a jogi relevancia szelektív szűrőjén keresztül formálhatóak át jogesetté: azaz a jogrendszer saját intenzív közegébe emelve kapnak jogértelmi minőséget. A jogalkalmazásban pedig egy jogeset elbírálása nem az adott időpontban, hanem az esemény kiváltotta joghatás idején keletkezett jogszabályok alapján bírálandó el. Az *eset váltja ki a múlt joganyagához történő visszacsatolást* a jogi elbírálhatóság érdekében. Visszacsatolás nélkül lehetetlenre

---

is számít. A jog tehát a dolgok egy szemléletmódja, sajátos ideológia, amit csak a jogászok gondolkodásmódjának a tanulmányozásán keresztül érthetünk meg – foglalhatjuk össze Horváth álláspontját (1993: 86).

[134] Julius von Kirchmann: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft.* Rudolf Haufe Verlag, 1990, 23. (az eredeti 1848-as kiadás újranyomása).

kötelezne. A jogalkotást pedig a még be nem következett, jövőbeni eseményekre, magatartásokra vonatkozó *előrecsatoló, szabályozó-koordináló* hatásmechanizmusa jellemzi.

A részkomlexumok relatíve állandó cseréje ellenére a jogrendszer stabilitása, tehát önmagával való minőségi azonossága változásaival együtt egészen addig fennmarad, újratermelődik, ameddig egy külső környezeti lökés (történeti rendszersokk; társadalmi-politikai forradalom, ellenforradalom) vagy a belső komplexumok cseréje következtében előálló egyensúlyvesztés nem következik be. A szinkronikusan és diakronikusan végbemenő változásokban és extenzíve kimeríthetetlen változatosságban az önmagánál maradó rendszerazonosságot, konzisztenciát a jog szerkezetéből újratermelődő létmódok (5.7.) – norma–döntés-jogviszonyok és közhatalom – és az ezekben fungáló tárgyspecifikus kategóriák (5.6. – 5.6.6.) képezik.

A jogrendszer belső, műveleti és koherenciális, tehát jogértelmi-dogmatikai zártsága jogtételei, normái, jogintézményi változásai mellett így összeegyeztethető külső, társadalomtörténeti nyitottságával (ami a rendszerelméletben a disszipatív rendszer fejez ki fogalmilag), amelyből a szabályozási igények, tárgykörök fakadnak: relatíve önálló, függő és független képződménye a társadalmi létnek. Az önépítő társadalmi lét – eltérően önreferenciális, de nem autopoietikus jogrendszerétől – az általában vett rendszerelmélet felől nézve, pedig annyiban nem rendszerszerű, hogy jellegzetesen társadalomtörténeti képződmény.[135] Múltja „társfelelősségét" hordozza a jelenben. Hiszen a többen, a történeti összfolyamatban (a külső komplexitás felől nézve, metajurisztikusan, pozitíve a jog társadalmisága felől, de nem transzcendensen), benne a kevesebb, de a kevesebb (a belső komplexitás) egyidejű jogértelmi zártsága és az egészre való visszahatása alapozza meg a kétszintű – filozófiai és jogelméleti szintű – elemzés követelményét. Külső, de nem transzcendens – nem érzékelésen túli – komplexitás és belső, jogimmanens komplexitás egysége a jogi objektiváció: unitas multiplex (sokféleségének és változásainak önreferenciális és

[135] Ezért is jellemezhető a társadalmi lét is a turbulencia és a bifurkáció fogalmaival, amelyek éppen nem állnak a jogra mint alrendszerre. A jogi alrendszer egynemű, önreferenciális közegében *a szakadatlan változások közepette kell a kiszámíthatóságot, jogbiztonságot fenntartani–újratermelni* (R. Pound), érvényesnek tekintett magatartásminták, a törvényesség és törvényes eljárások rögzítésével. Ez persze nem jelenthet extrém elvárásként 1:1-ben való kiszámíthatóságot, ellenben jelentenie kell a jogszerűnek és a jogellenesnek minősített magatartásokra vonatkozó elvárások kalkulálhatóságát. Ennyiben a jogrendszer szemben áll a természeti és társadalmi rendszerek egészének működésével: azokra *csekély hatások által kelthető, robbanásszerű állapotváltozások, a turbulencia* E. Lorenz által kidolgozott lehetősége is jellemző. A jogban nem lehet átvágni a legalitási antinómiát: ahol legális rend működik, ott nincs forradalom és nincs anarchia; és ahol forradalom van, ott nem lehet legális rend. Egy forradalom a régi rend álláspontjáról illegitim jogképződés, amely új legális rendhez vezethet, akár békésen, akár forradalmi erőszakkal. Azonban *hirtelen, bifurkációs állapotváltozások ekkor sem jellemzik* ezt az alrendszert, eltérően az általában vett, nem lineáris komplex rendszerektől. A jogrendszer tehát egy különös fajtája a nem lineáris, komplex rendszereknek, belső önreferencialitása szabta relatíve autonóm mozgásformájával.

önszabályozó egysége). Nyitott a társadalmi-történelmi-politikai kihívásokra, önmaga társadalmi vonatkozásaira, *de saját jogértelmi és a változtatásokat eljárásokkal szabályozó intézményi rendje egynemű közegébe emelve alakítja ki válaszait* – makro-, mezo,- és mikroszinten – amelyekkel a kihívásokra reagál. A jogrendszer és jogági szintű változásaival makroszinten, egyes jogterületek és jogintézmények fejleményeivel mezoszinten, az egyedi konkrétumok mikroszintjén pedig a jogrendben végzett műveletek – értelmezések, jogászi érvelések és bírói döntések – képezik válaszait. Az adaptáció fajtáit és formáit a jogfejlődéssel és a jogracionalizációval foglalkozó VIII. fejezetben taglaljuk.

5.6. A JOGI OBJEKTIVÁCIÓ TÉTELEZETTSÉGE: EMBER ALKOTTA, TÁRGYSPECIFIKUS KATEGÓRIÁI
(Az okság és a finális determináció kategóriaelemzése, cél- és értékracionalitás viszonya a jogban)

Amit a modern jog esetében René König kifejtéséhez kapcsolódva bemutattunk (hogy tudniillik a jog rendelkezés), azt Hegel a *Jogfilozófiá*ban a tételezés (das Setzen, die Setzung) kategóriájával ragadja meg (Hegel, 1971). A magyar filozófiai és jogelméleti irodalomban ezt a hegeli tételezésfogalmat értelmezik teleologikus tételezésként (Lukács, Peschka). Az alábbiakban azt vizsgáljuk meg, mi a jelentése annak, hogy a jog tételezett.

Az alapjelentés Hegeltől származik: „A jogi törvény valami tételezett, az embertől származó" (Hegel, 1971: 13). Tételezni tehát annyi, mint a valóság gazdagságából, összetettségéből kiemelni és megrögzíteni egy mozzanatot, összefüggést, azaz kimondani, tételbe foglalni, s ezáltal megsokszorozni (és/vagy mérceként állítani) a tételezett dolog hatalmát a cselekvők számára. A tételezésnek ez az értelme az első lépést jelenti az objektiváció keletkezése útján, amely persze ettől még nem zárt, nem rend jellegű, koherencia-összefüggéseknek nem alávetett tárgyiasítás. A társadalmi létben ugyanis nem mindegy, hogy egy meglévő összefüggés a maga immanens spontaneitásában hat-e csupán, vagy pedig felismerik, kimondják – ezáltal tudatosítják és rögzítik, s mint ilyet elvárásként, mértékként alkalmaznak az emberi magatartásokkal, érintkezési formákkal, kommunikációkkal szemben.[136]

A természeti törvények feltétlenek, úgy érvényesek, ahogy vannak. Megismerésük önmagában nem változtat a természet állásán. Nem így áll a dolog a jogi törvé-

[136] Fontos megjegyezni, hogy más az eset akkor, ha olyasmit tételeznek, amiknek esélye, sőt belső szükségszerűsége van a megvalósulásra. Ekkor nem egyszerűen a gondolat és lét azonosságának álláspontján lévő hegeli objektív idealizmus „csíra" elképzeléseként felfogott összefüggésről van szó – mely szerint minden ami megvalósul, az kifejtetlen állapotában, már a kezdetektől megvolt az adott dolog eszméjében –, hanem az emberi-társadalmi praxis számára adekvát tételezésről.

nyek és a társadalmi szabályszerűségek esetében. Ha ezeket megismerik, kimondják, sőt normaként rögzítik, azaz tételezéssel a jog világába emelik, akkor elvárások keletkeznek, melyek objektív érvényűek, s az egyes ember, az állampolgár, illetve a jogalanyok számára magatartásuk motívumául és társadalmi cselekvések koordinálójául szolgálnak. A természet némaságával szemben áll az emberi nem tudatossága: nem hagyhatja figyelmen kívül a kimondott, rögzített, a közösség által elvárt dolgokat. Az elvárás nem feltétlen, hanem a tételezés feltételéhez kötött: a jogi meghatározások (tételezések) arra szolgálnak, hogy a cselekvés motívumai, koordinátorai és szabályozó mértékei legyenek az emberek társadalmi érintkezésében. Ezt jelenti, hogy a jogi törvény valami tételezett, az embertől származó.

„Az ember nem áll meg a létezőnél, hanem azt állítja, hogy magában bírja mértékét annak, ami helyes: alá lehet vetve külső tekintély szükségszerűségének és hatalmának, de sohasem úgy, mint a természet szükségszerűségének, mert belseje mindig megmondja neki, milyen legyen a létező, s önmagában találja meg igazolását annak, ami érvényes… a jog törvényeiben a dolog nem azért érvényes, mert van, hanem minden egyes azt követeli, hogy megfeleljen saját kritériumának" (Hegel, 1971: 13).

A jogrend törvényei és szabályai tehát nem azért érvényesek, mert léteznek, hanem akkor és azért, ha megfelelnek saját létük követelményének, kritériumának. Annak a kérdésnek a megválaszolása, hogy mit jelent a saját kritériumnak való megfelelés, a jogi objektiváció további belső összetevőinek analíziséhez vezet. Ha a jog inadekvát tételezés eredménye, akkor ellehetetlenül, hiszen senkit sem lehet – még az államnak sem – jogszerűen lehetetlenre kötelezni. Sem a természeti, sem a társadalmi törvényszerűségekkel szemben. E probléma megértése és megoldása érdekében mindenekelőtt az okság és a finális determináció jogtételezésben játszott szerepét kell megvizsgálni, mégpedig abból a szempontból, hogy milyen értelemben és mennyiben tesznek lehetővé adekvát tételezéseket. Majd pedig ez vezet a pozitivitás és az érvényesség kategóriáinak vizsgálatához.

5.6.1. Az okság szerepe a jogban

Az okság a jelenségek közötti azon elemi összefüggést fejezi ki, hogy valamely „A" jelenség közvetlen kapcsolatban hatást gyakorol „B" jelenségre. Ok és okozat közötti determinációs kapcsolat annyit és csak annyit fejez ki (ez viszont valóságos összefüggés), hogy azonos okok azonos feltételek között azonos eredményhez vezetnek. (Tehát ha megváltoznak a feltételek, melyek a jelenségek közötti összefüggések alapjai, akkor azonos okok is különböző eredményre vezetnek.)

Az okság ebben a felfogásban egyetemes érvényű, nemcsak a szilárd testek fizikájára, a mechanikára és az élő szervezetre alkalmazható, hanem speciális formában a társadalmi jelenségekre és a tudati összefüggések közvetlen hatásmechanizmusára

is. Szemben a mechanikus felfogásokkal, melyek az okságban a véletlen mozzanatok kiküszöbölését látták, az okság korszerű felfogása nem zárja ki sem a véletlen jelenségeket, sem pedig a jelenségek mozgásában belső szükségszerűséggel előálló determinációs folyamatokat. E felfogás szerint a véletlen jelenségek különböző törvényszerűségek metszéspontjában keletkeznek, s amennyiben tömegesen ismétlődnek, akkor beszélhetünk a véletlen tömegjelenségek szükségszerű okairól, valószínűségi relációiról és fokairól (például a közlekedési balesetek tipikus okairól és előfordulási gyakoriságáról). Az előzőleg említett összefüggésre példaként szolgálnak a történelmileg kialakult uralmi rendek és legitimációs ideológiák közötti determinációs kapcsolatok, amely a társadalmi lét nem esetleges, hanem törvényszerű (tudniillik ismétlődő és tényleges) összefüggése.

Az anyagi és szellemi élet determinációs folyamatok fajtáinak és formáinak a sokféleségét ismeri, melyek oksági összefüggéseken keresztül érvényesülnek. Ha nem lennének determinációs fajták (mechanikai, kémiai, finális) és formák (jogi okság), akkor nem lehetne kikerülni az okok végtelen tengerének, rossz végtelenségének befejezetlenségéből. Nem lehetne megoldani a regressus ad infinitum problémáját.

Így a jogi életben, a jogalkotás és a jogalkalmazás során kitermelődik a jogilag releváns ok kategóriája, ami nélkül a normatíve szabályozott emberi magatartások nem lennének minősíthetőek. Nem releváns, amit jogilag nem lehet vagy nem kell értékelni. Releváns, ami belejátszik az eset jogi minősítésébe, értékelésébe, vagy közrehat normatíve elvárt magatartások keletkezésében. Ha okszerűen nem következhet egy emberi magatartásból egy eredmény, akkor az jogilag nem értékelhető. *Az egyetemes oksági összefüggéseket tehát a jog a saját szempontjai szerint elszigeteli a kauzális valóság gazdagságától és összetettségétől, amennyiben saját rendjének összefüggéseihez igazodó mesterséges (tudniillik jogszempontú) szelekciós mechanizmusokat hoz létre és működtet.* A „mindennek megvan a maga oka" értelmében felfogott okság egyetemes összefüggés, akár a lineáris okságot, akár a nem lineáris, tehát az ok és az okozat közötti nem proporcionális kapcsolat áll fenn. A *jog azonban speciális oksági determinációval számol, melynek határait a normatív, dogmatikai rend és a jogászi érvelés elfogadott technikái szabnak meg.* Az e hatókörön kívül lévő oksági összefüggések bár léteznek, de jogilag irrelevánsak. Amit a jog nem minősít bűncselekménynek (nullum crimen sine lege), nem is lehet bűnös emberi magatartás okozata, tehát nem büntethető. Ezért a szociálisan nemkívánatos magatartás, jogi irrelevanciája következtében, negatív eredményhez is vezethet, hiszen ami szociálisan ok, az nem feltétlenül minősül oknak a jog szempontjából. Mondjuk az üzletszerű kéjelgés magatartása szociális okokra vezethető vissza, de nem büntetendő cselekmény (eltérően a felhajtóétól, akit a magyar jog büntet). Ebből is látszik, hogy a jog specifikus oksága tételezések eredménye.

Az okság relacionista természetű. Ami egyik összefüggésben okozat, eredmény, az egy másikban kiváltó ok lehet. Ha „A" jelenség oka „B"-nek és „B" oka „A"-nak, akkor lép fel a kölcsönhatás összefüggése. Az okság kölcsönhatássá válása felveti az

alapvető (vagy strukturális) ok kérdését. A jelenségek ugyanis csak bizonyos feltételek összességének megléte esetén, alapok mellett keletkeznek, speciális okok hatására. Az alap fennállása mindig következményekhez vezet, s az alap–következmény viszonyban az alap csak annyiban és azért alap, mert következményei vannak, azonban nem egyfélék. Ez az ontikus viszony átfogóbb, erősebb meghatározottságot jelent, mint a közvetlen hatást kifejező okságé, ami a megalapozó feltételekhez képest csak partikuláris. Büntetőjogi példának erejével szólva: egy előéletével, potenciális személyiségszerkezetével megrögzött, konok bűnözőnek számító tettes esetében az adott pillanatban elkövetett bűncselekmény (mondjuk rablás) közvetlen kiváltó oka (például nyereségvágy) részlegesebb motívum, még ha ez a motívum aktualizálta elhatározását a tett véghezvitelére, mint az általa követett bűnöző életforma – alapkénti – felhajtóereje. Alap–következmény és ok–okozat viszonya a jogban sem esik egybe.[137]

Az oksági összefüggések felismerését az teszi nehézzé, hogy a jelenségek egymásra következése önmagában még nem igazolja, hogy ténylegesen is oksági összefüggésben állnak egymással. Ez volt a hume-i szkepszis alapja. Nem azért kel fel a nap, mert lebukik a hold (és fordítva), hanem az égitestek naprendszerbeli mozgása vezet ezen egymásra következésekhez. A véletlen időbeli egymásutániságok, jelenségek megteremtik az okság látszatát. De ha a gyakorlatban vagy kísérleti szituációban (mint például a gyáripar sorozattermelése vagy a bűnözés, illetőleg az öngyilkosság társadalmi tömegjelensége esetében) ismétlődik az eredmény, akkor megbizonyosodhatunk az okság objektivitásáról. Ekkor valóban nem egymás után de egymástól függetlenül lejátszódó jelenségekről, hanem kauzális determinációról van szó.

Ahhoz, hogy a kölcsönös hatásokon túlmenően elsődleges és másodlagos okokat, alap–következmény viszonyt különíthessünk el, már túl kell mennünk a puszta okságon, s a primátus kérdése is csak egy összefüggés érvényesülése szempontjából vetődik és vethető fel. A jog szempontjából ott nagy jelentőségű a primátus kérdése, az okok hierarchizálása, ahol a cselekvő szándéka mögötti okokat, anyagi, lelki, morális és intellektuális motívumokat akarják feltárni és megérteni, *ahol a motívumok harcában azt a túlsúlyos mozzanatot keresik,* amely a cselekvő aktuális személyiségében (meghatározott külső körülmények, társadalmi feltételek mellett) a tett elkövetésére vagy egy fennálló kötelezettség megszegésére vagy gondatlan elmulasztására késztet. Általában *a jogalkalmazásban* a körülmények és a tett ismerete, az életbeli tényállás rekonstrukciója, az eredményhez vezető folyamatok, eszközök figyelembevétele szükséges ahhoz, hogy a szándékot, a motívumokat fel-

[137] Amíg a lineáris okság mindig partikuláris ok-okozati viszonyokban működik, addig a nem-lineáris, komplex képződmények elrugaszkodnak az ok-okozat arányosságától: egy meghatározott alap következményeként oksági sorok kereszteződésén keresztül idézik elő történéseiket (véletlenül, esetlegességként), vagy éppen egy azonos alap többféle partikuláris következményt is kiválthat.

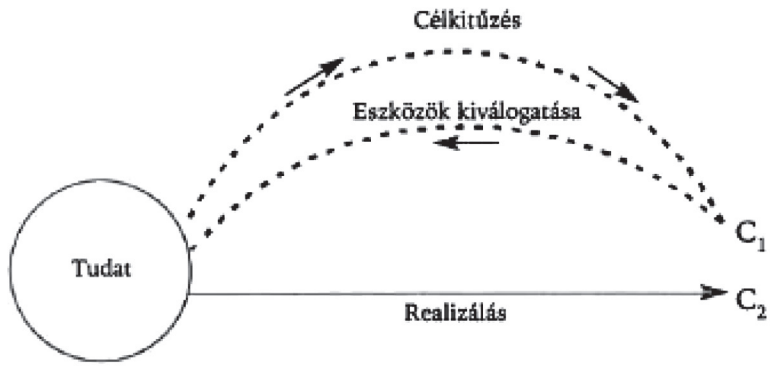
tárhassuk. Ezzel szemben *a jogalkotásban* nem az aktuális és potenciális személyiség, hanem a tipikus körülmények között fellépő tipikus emberi magatartáshoz kell szabni a jogalkotási célok eléréséhez vezető emberi magatartásokat, a kívánt joghatások eszközeként.

5.6.2. A finális determináció a jogban

A teleológiában a kauzalitás és a finalitás determinációs formáinak viszonyáról van szó. *A kauzális ontológiai előfeltétele a finális determinációnak, de utóbbi a magasabb fokú, éppen mert kategoriális növumot hordoz. A finális determináció fölérendelt a kauzálishoz képest.* Ezt a viszonyt úgy is kifejezhetjük, hogy az ontológiailag magasabb rendű finális determinációban a kauzalitás megszüntetve megőrződik, amennyiben a finális kategória elemeként tér vissza. (Természetesen az eszközök felkutatásában, ami mint magatartás oksági sorokat indít el, és okozatokhoz vezet, a tudat, a jogalkotó tudata tévedhet.) *A kauzális folyamatok időben korlátlanok és vakok,* minden létezőt (szellemit, anyagit egyaránt) jellemeznek: egy cél nélküli oksági sor éppúgy létrehozza a maga okozatát, mint ahogy a cél felől, finálisan mozgatott eszközök is komplex oksági hatásmechanizmusokban valósulnak meg. *A finális folyamatnak kezdete és vége van:* a tudat által szelektált eszközök viszik végbe a kauzális folyamatot. *Egyedül az emberi nem képessége a tudat ezen aktivitása, amely lehetővé teszi, hogy az ember a reális időfolyam átugrásával gondolatilag valami olyasmit alkosson, ami fogalmilag (in mente) már azelőtt megvan, hogy a reáliák világában létezne.*

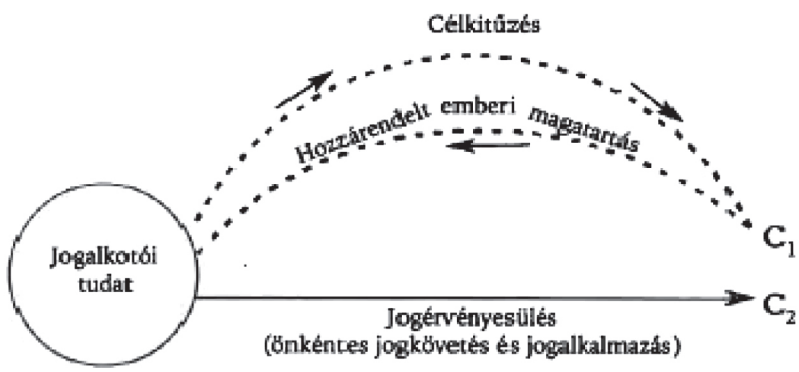
A világban lévő teljes mérvű kauzalitás nem megbénítója, hanem egyenesen előfeltétele az emberi cselekvésnek. Egy olyan világban, amely nem lenne kauzálisan determinált, nem volna lehetséges finális folyamat. A finális folyamatok (akarat, törekvés, cselekvés) mint a szabadság aktusai csak egy már teljes mértékben kauzálisan determinált világban lehetségesek. Nicolai Hartmann szerint a döntő mozzanat: „alkalmas eszközök kiválasztása egy cél érdekében" (Hartmann, 1970). A célkitűző értelemmel, tettei következményeivel számolni képes emberi lény számára itt kezdődik a szabadság problémája, nem pedig a véletlenek, az esetlegesen adottak, indeterminált választások, motiválatlan cselekedetek (action gratuite) kétségtelenül létező világában. A lelki motívumok harca mögött pedig az ember mint szükségleti lény áll.

A jogalkotás a jog tételezése a jogszabályok címzettjei, a jogalanyok számára, akik a kívánatos társadalmi célokat realizálják. Nicolai Hartmann finális determinációt elemző sémájának (Hartmann, 1970: 134.) a jogra alkalmazása (5a. ábra) – melyet teoretikusan elsőnek Peschka Vilmos aknázott ki – három aktust tartalmaz:



1. aktus: a cél kitűzése a tudatban az időfolyam átugrásával, mint a jövőbelinek az előlegezése;
2. aktus: az eszközök kiválasztása a kitűzött cél felől a tudatban (visszafelé ható determináció);
3. aktus: realizáció a kiválasztott eszközök sora által; előrehaladó reális folyamat a tudaton kívül.

Hartmann ábrája minden további nélkül alkalmazható a jog mint tételezettség szerkezetének bemutatására:



1. aktus: a cél kitűzése a jogalkotói tudatban az időfolyam átugrásával, jövőbeli kívánatos joghatás előidézése érdekében (in mente lejátszódó eszmei aktus);
2. aktus: az eszközök, emberi magatartások kiválogatása szoros korrelációban a céllal (alkalmas/alkalmatlan eszközök problémája: milyen tevőleges emberi magatartás, nem tevés vagy mulasztás teszi lehetővé egy kívánatos vagy nem kívánt cél létrejöttét, joghatását: a cél felől visszafelé ható determináció a jogalkotói tudatban);
3. aktus: realizáció = az emberi magatartás mint kiválasztott eszköz által: a jogalkotói tudaton kívül lejátszódó, időben előrehaladó folyamat, amit a kihirdetett jogszabály címzettje, a jogalany végez el.

A finális determináció elemi formájánál, az egyszerű *munkatevékenységnél a célt kitűző és az azt megvalósító szubjektum egybeesik.* A munkafolyamat arisztotelészi, hegeli, marxi elemzéseit vitte át Lukács György a jogi objektivációra, ahol viszont a célkitűző és a realizáló szubjektum elválik egymástól. *Az első és a második aktus a jogalkotó tudatában játszódik le („léttel bírónak gondol olyasmit, ami még nem valóságos"), de a realizációt már a címzett jogalanyok és nem a jogalkotó végzi el.* A jogalkotás teremtette jogi norma *másodlagos teleologikus képződmény*, mert tételezése – szemben a munkafolyamattal – nem valamely tevékenység tárgyi eredményére, hanem az emberi magatartásra irányul. A norma a kooperáció közvetítőeszköze, olyan médium, amely döntő szerepet játszik az emberi magatartások jogalkotói irányításában. A másodlagos teleologikus tételezés (eltérően az elsődlegestől) ezért ideológiai természetű, uralmi jellegű. A jog nemcsak norma, hanem az irányítás eszközeként sajátos társadalmi tudati forma is, melyben az emberek, osztályok, társadalmi csoportok tudatosítják, értékelik konfliktusaikat, melynek keretei között megélik társadalmi viszonyaikat.

5.6.3. Cél és érték viszonya a jogban

Ebben a felfogásban megdől a tapasztalatilag érzékletes, okozatosan szükségszerű tények és az okozati összefüggésektől mentes apriorisztikus értékek egymást kizáró neokantiánus feltételezése. Megdől, ha a kauzális és a finális determináció viszonyának tisztázása után kifejtjük a közvetítést cél és érték kategóriái között, amit eddig még nem tettünk meg.

Az érték a finális determinációval analóg szerkezetű, de vele nem azonos képződmény. Nem mondhatjuk ugyanis, hogy az érték ontológiai értelemben rárétegződik a finalitásra, hiszen kategoriálisan nem jelent újdonságot. Csupán arról van szó, hogy az érték felhalmozott és gondolatilag rögzített tapasztalatként „rátelepszik" a vele analóg struktúrára. Ha nem lenne finális determináció az emberi tevékenység teleologikus szerkezetében, nem lehetnének értékek és érték vezérelte cselekvések sem. Az értékek nem szükségképpen, nem törvényszerűen mozgatják a kívánt állapot felé az eszközül használt oksági sorokat, hanem csak a nagyon is flexibilis, többértelmű, relatív tapasztalatok szerint. A célként tételezni érdemes értékek az emberi gyakorlat lenyomatai, anélkül hogy az értékekhez egyértelműen hozzárendelhetők lennének a realizáció eszközei, feltételei. Az értékeket tehát a társadalmi tapasztalat olyan gondolati, eszmei összegzéseként fogjuk fel, amelyek orientálják az emberi cselekvést. Nem a cél felől determinált oksági sorok átformálását vezérlik, mint a finális determináció, hanem orientálnak: a sokszor és sokféleképpen kitűzött és realizált célok pozitív és negatív tapasztalatai értékké csiszolódnak és nemesednek az egyéni tudatban, a kollektív tapasztalatot és emlékezetet őrző kultúrában, amely ismeretek és attitűdök tárháza. Értékes valóság. Nem azért érvényesek az értékek, mert eszmei természetűek, hanem

mert léteznek és használni tudjuk őket. Az értékelméleti paradoxonok ellenére. Az értékek egyszerre szubjektívek és objektívek: az érték az értékelésben van, de attól függetlenül is létezik. Bizonyítja ezt, hogy egy érték értékessége éppen annak hiányakor mutatkozik meg. A jóllakottságtól a gyönyörön át a jogos-jogtalanig, a szépségig és a legfőbb értékig, a szabadságig: az eszközök bővülésén és variálásán át új és új célok, újítások realizációjáig terjed a tapasztalat. Az érték az emberi gyakorlat, tapasztalat szublimált és hasznos, mert orientáló kifejezése.

Max Weber a megértő szociológia álláspontjáról úgy fejezte ki a célracionális (Zweckrationalit[t]) és értékracionális (Wertrationalit[t]) cselekvési típus viszonyát, hogy azok egyrészt többféleképpen kapcsolódhatnak egymáshoz, másrészt pedig: „A célracionalitás álláspontjáról nézve azonban az értékracionalitás mindig irracionális, méghozzá annál irracionálisabb, minél inkább az abszolút érték rangjára emeli azt az értéket, amelyhez a cselekvés igazodik, hiszen annál kevésbé van tekintettel a cselekvések következményeire, minél inkább kizárólag az önértékre (a tiszta érzületre, a szépségre, az abszolút jóra, az abszolút kötelességteljesítésre) összpontosít" (Weber, 1987: 54).

Ahol a cselekvés valóban célracionális, a következmények felől mérlegelt, ott finális determináció fungál, adekvát eszközhasználatról van szó. Ahol értékracionális, ott az absztraktabban, kevésbé kiszámíthatóan és megalapozottan orientálódik a cselekvés eszközökön, eredményen – ezért és ennyiben nevezi Weber irracionálisnak ezt a cselekvéstípust (ha a célracionalitás álláspontjáról nézzük és nem önmagában). Önmagában az értékracionális cselekvés is értékre, az emberi tudás és tapasztalat kifejeződésére épül, és ez motiválja a cselekvőt – csak az nincs feltétlenül még az operacionális tudás, az adekvát eszközhasználat felkutatása, a ráfordítások és az eredmény kalkulálhatósága birtokában sem.

A filozófiai gondolkodásban ott, ahol a hangsúlyt az egyszerre objektív és szubjektív természetű értékek között választó akarati aktivitásra (alternativitásra) helyezik, az úgynevezett szabadságontológiák álláspontján állnak. Ahol pedig az emberi eszközhasználaton van a hangsúly, mert mint Hegel mondja, az eszközökben megsokszorozódott potencialitás, hatóerő van a célokhoz, értékekhez képest, s ezért inkább eszközeinkben, mint céljainkban rejlik kivívott szabadságunk reális foka – ott a szükségszerűség-ontológia álláspontján állnak.

A jogi okság, cél- és értékracionalitás viszonyának tisztázásával jellemezhettük a jogalkotást, mint a társadalmi lét másodlagos teleologikus képződményét. Ki kell térnünk a jog fenomenológiája, „tüneménytana" szempontjából azonban további három jelenségre: a *szokásjogi jogképződésre,* a *jogtalálásra* és a *jogalkalmazásra*. (Utóbbit egyelőre éppen nem belső, jogászi, hanem külső nézőpontból jellemezve.) Ekkor már csak a *jogérvényesülés*, tehát az *önkéntes jogkövetés* és a *jogérvényesítés* együttese marad ki a teljes jelenségpalettából.

A társadalmi valóság önreproduktív képződménye kitermeli és magába foglalja a jogalkotó cselekvő szubjektumát, aki belép a cselekvések tömegeinek vak oksági

összefüggésébe. A célokat kitűző vagy éppen értékrendet követő realizáció sikere döntően az adekvát eszközhasználaton múlik. Azon, hogy a szubjektumok, cselekvő ágensek *felismerik-e* a strukturális összefüggések, objektív társadalmi viszonyok vagy éppen személyközi kapcsolatok kínálta lehetőségek törvényszerűségeit, okait, és *rendelkeznek-e* az átformálásukhoz szükséges eszközökkel. A *jogalkotás,* mint minden alkotás, a valóságban benne lévő oksági összefüggések és modalitások – kizárólag az emberi-társadalmi tudat által végbevihető – gondolati átformálása révén tesz szert létszerű hatásosságra, a jogalkotásban in concreto normatív erőre. A jogalkotó a jogalanyok magatartásán – mint a céljait megvalósító hatóokokon – keresztül éri el a számára kívánatosként tételezett állapotokat, jogviszonyokat. Itt a *lényegtipikusság* felismerésén és megformáltságán múlik az eredményesség, az *innovatív norma*[138] finális determinációkénti fungáltatása.

Ugyanakkor az esetlegesség, alkalomszerűség – amely voltaképpen a törvényszerűségek kereszteződéséből és a lét megszüntethetetlen spontaneitásából fakad – sem küszöbölhető ki a társadalmi létből. Ennek az esetlegességnek filozófiai kifejeződése az okkazionalizmus („occasionalisme") álláspontja. Mindezt a jogképződés és a jogtalálás társadalmi jelenségeire alkalmazva a következőket mutatja:

A *jogtalálás* (Rechtsfindung) a joganyagban benne lévő relációk gazdagságában rejlő esetlegességek leleményes kihasználása a bírói jogalkalmazásban, ítélkezésben. A tapasztalatilag adottra rátalálás olyan szellemi leleménnyel, amely a sporadikusan, nem törvényszerűen, hanem alkalmilag, okilag véletlenszerűen előálló helyzetek szellemi átformálásával új jogalapot teremt.[139]

A *szokásjogi jogképződés* ténye közvetlen és szemléletes megdöntése a Sein–Sollen módszerdualista elválasztottságának. Georg Jellinekkel szólva itt „a tényszerűségnek lesz normatív ereje" (normative Kraft des faktischen). Hogyan? A tények okozatos összefüggések következményei, amelyeket érzékszerveinkkel érzékelünk – és ismétlődésének tömege, ontikus állapota olyan mintázatok fel-, majd elismeréséhez vezet, amelyeket aztán a jogviták eldöntésében úgy alkalmaznak, hogy a mintától való eltérés lesz jogellenesség alapja. Ez a szokásjogi jogképződés útja, ahol a gyakorisági átlag, az *átlagtípus* játszik meghatározó szerepet, hasonlóan, mint a fennálló valóságot megerősítő-újratermelő, *reproduktív normáknál*.

[138] A reproduktív (klasszikus, regulatív) és az innovatív norma normatani, analitikus vizsgálatának viszonyát a jogelméleti elemzéshez kibontottuk: *Szabály és norma azonossága és különbsége. Norma-kontinuum-elmélet – kitekintéssel a generálklauzulák és a jogelvek közötti különbségek* természetére IV. részében In *Regula Iuris. Szabály és/vagy norma a jogelméletben.* Miskolc, 2004. Prudentia Iuris 22. k. (szerk. Szabó Miklós). Elektronikusan elérhető a *Norma és valóság* című kötetünkben: http://mek.oszk.hu/04400/04241

[139] Részletesebben lásd e kötetben 201–213. oldalakon.

A *jogalkalmazás* absztrakt, általános érvényű magatartásminták és jogtételek egyedi-konkrét esetekre történő, individualizáló alkalmazása, ahol a bíró (vagy a hatósági jogalkalmazó) az eset minősítése nyomán jogviszonyokat keletkeztet, módosít vagy éppen szüntet meg döntése joghatása révén. A jogalkalmazás jogászi tevékenységének jellemzéséhez termékeny absztrakció a módszerdualizmus álláspontja, mert itt nem a jog világának teljességét kell megmagyarázni, hanem egyedi, konkrét életbeli tényállások, emberi magatartások jogrendre vonatkoztatását. A szinoptikus eljárás nagyszerűen ragadja meg a jogalkalmazás – de nem az egész jog – reflexiós eljárását tény és érték, Sein és Sollen között.[140] Amíg ugyanis a Sein referenciája a norma, illetőleg a norma, mint a valaminek lennie kell preskripciója (das Sollen, amit leggyakrabban „legyen"-nek magyarítanak), addig gyümölcsöző fogalmi keret adódik a jogalkalmazói műveletek leírására, két összefüggésben is. Egyfelől az életbeli tényállás, mint Sein és a jogi norma közötti kapcsolat megtalálására szolgáló jogértelmezési műveletekként, másfelől a norma magatartásminta mértéke és az egyedi bírói (jogalkalmazói) döntés viszonyában. Azonban kiterjesztése az összes jogi jelenségre csak analogikus, és nem kategoriális jelentőségű lehet. A szokásjogi jogképződésre és a jogalkotásra vonatkoztatva a módszerdualizmus problematikussá válik. A jogalkotásra azért, mert a módszerdualizmus esetében az okság kizárásával (vagy zárójelbe tételével) elesik a finális determináció is, így a norma ki tudja hol „szabadon lebeg", semmi esetre sem lehet a cél–okság státuszában. Tehát a jogalkotás referenciája nem lehet a Sein, nem lehet a térbeli, időbeli, okozatos összefüggés eredményeként a tapasztalat által felfogott adottság, nem lehet az újkantiánus tényfogalom. A jogalkotásban a norma referenciájaként a valóság (Wirklichkeit) sokkal átfogóbb fogalmára volt szükségünk. Ennek csak egyik, de nem egyetlen mozzanata a tényszerűség (Fakticität). Ami a jogalkalmazás jogászi tevékenységének magyarázatához módszertanilag termékeny absztrakció, az üressé vagy egyenesen tévessé válik a jogalkotásban, ahol a Sollen referenciája már nem lehet pusztán a tény. Itt a kellés (Sollen) és a realizáló finális kapcsolata relációjába léptünk.

Sematikus ábrázolással is rögzíthetjük problémafelállításunkat:

[140] A szinoptikus módszer a ténnyel és az értékkel együtt dolgozik, anélkül hogy a két ismerettárgy különneműségét megszüntetné, vagy hogy egy harmadikat konstruálna mellé jük. A szinopszis a lét és a kellés funkcionális látásának a módszere, amely reflexív gondolati eljárással él: a jog sem nem tiszta norma, ahogy Kelsen gondolja, sem nem tiszta tény, hanem örökös egymásra vonatkoztatás, a tényektől a normák, és fordítva, a normáktól a tények felé haladó szakadatlan reflexiós mozgás. A jog ugyanis nem olyan egységes ismerettárgy, mint a tapasztalati valóság vagy a logikai jelentés. A norma, a jogtétel által hordozott „elvont jelentés" nem elegendő a jogeset nélkül, mert az utóbbi, a „szemléletes tény" is számít. A jog tehát a dolgok egy szemléletmódja, sajátos ideológia, amit csak a jogászok gondolkodásmódjának a tanulmányozásán keresztül érthetünk meg – foglalhatjuk össze Horváth álláspontját (1993: 86).

A jogalkalmazás két relációja:

A) tapasztalat és érték/norma viszonya, az életbeli történés jogilag releváns esetté, jogesetté alakítása (szinoptikus értékelése),
B) jogi tényállás és norma viszonya, amíg ítéleti bizonyosságig nem jut el a bíró (a jogeset eldöntése, jogi minősítése),
A jogalkotás (C) referenciája ellenben szélesebb a jogalkalmazási összefüggésnél:
C) valóság és norma/érték ≥ A) és B)

5.7. A JOG TÁRGYSPECIFIKUS KATEGÓRIÁI: POZITIVITÁS – ÉRVÉNYESSÉG – JOGREND – TÖRVÉNYESSÉG – ALKOTMÁNYOSSÁG

5.7.1 A jog pozitivitása – amely a forma formalizált mozzanataiból ered

A jog pozitivitása voltaképp egyszerű dolgot fejez ki, mégpedig azt, hogy a jog „létezik, mert hat, hat, mert létezik". Trivialitása ellenére mégis szükségünk van fogalmára, mert a jog pozitivitása a formális legalitás, a formális jogszerűség valóságos szintje, s gondolatilag, módszertanilag akkor válik megfoghatóvá, ha különbséget teszünk a formális és a formalizált mozzanatai között. Csak a formalizáltat lehet formálisan felfogni, mert aminek nincs formalizált megjelenése, az nem függetleníthető attól a tartalomtól, amelyet hordoz. A jog esetében a tételesen megjelenő mivoltát tekinthetjük a tartalmától függetlenül, formálisan, anélkül hogy feltétlenül matematikai formalizálásra kellene gondolnunk. A jog éppen attól objektiváció, mert a mindennapi létfolyamat immanens spontaneitásából kiemelkedve rögzítettségre tesz szert, s ez a tulajdonsága tartalmától, értékétől elvonatkoztatva tárul fel. Viszont ahhoz, hogy a normatív akarat tartalmától és a társadalmi érdekektől elvonatkoztatott, vagyis formálisan felfogott jog jogként azonosítható legyen, egyúttal formalizáltnak is kell lennie, vagyis általános, absztrakt racionalizált jelek és szimbólumok rendjét kell alkotnia. A jogi norma tételezettsége okán pozitívvá válik, az érvényesség belső összetevőjévé. Mitől? Meghatározott formalizált eljárás eredményeként, jogforrásként való megjelenésétől, jogforrás-hierarchiába való illeszkedésétől; szakaszra és bekezdésre, főszabály, kivétel és egyéb logikai besorolásra való tagoltságától; stb. Formalizáltsága nélkül a jelek jelentésének feltárása, a jogtalálás lehetetlen volna. Ami azonban a jogtartalom, jelentés szempontjából formális-közömbös, az a jog mint sajátos társadalomszerkezeti objektiváció szempontjából egyáltalán nem az, mert formalizáltsága és formalizmusa nélkül, intézményesített technikái és eljárásai nélkül nem állna elő a csak a tartalomhoz képest külső formameghatározottság – de nem külsődleges rend – jogként. Nem lehetne az, ami. Hogy az lehessen, ehhez be kell tartani egy bizonyos eljárási rendet, azonosíthatósági-megjelenítési technikákat és szerkezeti felépítettséget. Egyfelől a jog létrehozatali módjára vonatkozó szabá-

lyokat, másfelől az egynemű nyelvi, logikai, dogmatikai közeget, megformáltságot, amely a normatív tételezések szubsztrátuma. A jognak formalizáltnak, normatív formába rögzítettnek, alapesetben normaszerkezettel bírónak (a klasszikus, regulatív norma esetében ez a hipotézis–diszpozíció–szankció „kettős, ha… akkor" logikai struktúrát ölti fel) és a jogforrásoknak formálisan racionalizáltnak, hierarchizáltnak kell lenniük. A „lex citationis"-tól kezdve a precedensek ratio decidendijén és bírósági hierarchián keresztül történő meghatározott arányban történő közzétételén keresztül[141] a kontinentális jogcsalád jogforrás-hierarchiájáig. A forma formalizálási és formalizáltsági kényszere a megjelenítés és az alkalmazhatóság, értelmezhetőség feltétele. A jog pozitivitása a formális legalitás létmódja. Kevesebb az érvényességnél, mert nélkülözi a tartalmi meghatározottság dimenzióit és csak a megformált tartalom tartalmas formájának szintjén fellépő, „az önmagát mozgató forma" gazdagságát, de létbeli előfeltétele és belső alkotóeleme az érvényesség magasabb fokú kategóriájának. Minden, ami tételezett, pozitívvá válik, de nem minden pozitív jog tesz eleget az érvényesség magasabb követelményének.

A tartalmától megfosztott *Tiszta jogtan* a formális legalitás legkidolgozottabb 20. századi álláspontja, amely az érvényességet a norma alapján történő beszámításra alapozza. A normák így visszavezetendőkké válnak az alapnormára, melynek érvényessége a hipotetikus, logikai szükségszerűség posztulálásával vész a semmibe.

Valóságosabb a legalitás formális tartományának elismerése mellett azt a materiális legalitás irányába továbbvinni, aminek határátmeneteként a legitimáció kérdéséhez érünk. A hatalom legitimitása a modernitásban – eltérően a premodern viszonyokétól – megalapozottan csak a társadalmiság talaján vethető fel. Viszont a társadalomfejlődéssel összefüggésbe hozott jogfejlődés produktumaként a jog érvényességének joghelyességi elvitathatósága is érthetővé válik. Ennek új intézményesedése az alapjogi kontroll, a jogi objektiváció ez ideig utolsó öntisztító mechanizmusa, anélkül, hogy mindez a mozgás a jogi objektivációt az államiságtól és társadalmi környezetétől az elvont azonosság értelmében vett határmegvonással függetlenítheté. Az autopoietikus, önépítő rendszer gondolati építménye nem állja ki a jogfejlődés próbáját, mert konstruktivista tautologizmusával – a jog úgy húzza meg saját határait, hogy mindaz, ami jog benne legyen (N. Luhmann, 1994: 51) – önfejlődő létezővé teszi azt az objektivációs formát, amelynek alapfunkciója mindenkor a társadalmi konfliktusok szabályozása, a fennálló rend keretei között tartása.

[141] A Common Law úgy igyekszik elkerülni azt a veszélyt, hogy a precedensek egymást lerontva eláraszthassák, hogy közzétételük a bírósági fórumrendszerhez igazodó válogatás alapján történik. A House of the Lord határozatainak 65%-át, a Court of Appel 25%-át, s a High Court of Justice határozatainak mindössze 10%-át teszik közzé (R. David, 1977: 309).

5.7.2. A jogi norma érvényessége

A norma érvényességének alapnormára visszavezethetősége mellett, de saját útkeresésünk előtt utalunk két további lehetőségre. A jogot és annak érvényességét, benne a jogi normáét önmagára alapozó törekvések államtalanítani akarják, hatalommentessé kívánják szelídíteni. Ezt annyiban jogosultnak tarthatjuk, hogy egy etatista jogfelfogás megelégszik az érvényességprobléma hagyományos, hatalom delegáló felfogásával, ahol az állami szuverenitásra vezetnek vissza minden közhatalmat. Ezzel két komoly probléma lép fel: az egyik az, hogy semmi specifikus jogi nincs benne, pusztán hatalomátruházás történik a szuveréntől és annak alkotmányától a jogalkotó és jogalkalmazó szervekig. A másik, hogy a modern jogegyenlőségi jogban a természetes személy típusú jogalanyoknak az államtól független jogképességük van, amit tehát nem az államtól kapnak, és amellyel jogügyleteket hoznak létre és realizálnak. Autonóm módon alakítva életviszonyaikat, a szerződési szabadság és a „pacta sunt servanda" jegyében létrehozott jogviszonyaikkal. A klasszikus pozitivizmussal szembeállított analitikus, módszertani pozitivizmus ellenben nemcsak ettől, hanem mindennemű imperatív szemlélettől is meg kíván szabadulni, voltaképpen folytatójaként a kelseni módszertisztaságnak, s ennek érdekében alakítja módszertani lépéseit. Győrfi Tamás a következő két tézisben látja a kortárs pozitivizmus legszélesebb körben osztott alapvető állításait. Az egyik ilyen állítás szerinte (a) *a társadalmi tények tézise*. Eszerint „[m]inden jogrendszerben van valamilyen *k* kritérium [tkp. érvényességi főszabály, elismerési szabály], mely meghatározza a többi jogi norma érvényességi feltételeit, s ennek a kritériumnak a létezése társadalmi tények kérdése." A másik (b) a *szeparabilitási (elválaszthatósági) tézis*. Eszerint „[l]étezik legalább egy elképzelhető elismerési szabály (s ezért egy lehetséges jogrendszer), amely nem határozza meg egyetlen jogi propozíció (állítás) igazságfeltételeként sem azt, hogy erkölcsi elvként igaznak (értsd: helyesnek) bizonyuljon" (Takács, 2010: 9). Látható, (a) és (b) felvett tézisek államtalanítják, hatalommentessé teszik a jogot, egy visszavezetést nem igénylő adottságra. Az érvényesség társadalmi tényként felfogott mesterséges határmegvonása kapcsolja ki e tény magyarázatának szükségességét. Illetve (b) tézis radikális, ad abszurdumig vitt exkluzív pozitivizmusával függetleníti a jog érvényességét tartalmi – erkölcsi és természetjogi – perspektíváitól. (Mi egyetlenegy létező jogrendszert sem ismerünk, amely teljesen mentes volna ezen akár rejtett, akár explicit erkölcsi és természetjogi összetevőktől.[142]) A módszertani pozitivizmus ezzel a két határmegvonó tézissel állít elő egy „igazi" jogelméleti jo-

[142] Íratlanul vagy írva, jogtételként, jogelvként vagy jogszabályba beépítettként minden jogrendszerben nélkülözhetetlen tartozék a *jóhiszeműség* („törekedj a jóra, s kerüld a gonoszat" követelménye és változatai: vétkesség–vétlenség, gondosság–gondatlanság, bűnösség–ártatlanság); *a méltányosság* (suum cuique tribuere); a lehetetlenre kötelezés semmissége; az ember *sebezhető, jogi védelemre szoruló* lény; a kommutatív (vagyon és tulajdonbiztonság) és disztributív *igazságosság* elveinek valaminő nélkülözhetetlensége, bármely adott gazdasági rendben.

gászjogot. Azt, amelyik a jogelméletet a jogalkalmazói döntés indokláselméletévé, autoritatív indokok összemérésévé teszi. Ez pedig korlátolt perspektívákat nyújt a sokoldalú jogi jelenségek gondolati átvilágításához, éppen egy társadalomontológiai perspektívájú, totalitásszemléletű elméletnek némiképp antipólusaként.[143]

Saját perspektívánk és módszertanunk a jogi forma formalizált mozzanatain túl az érvényesség tartalmi és funkcionális összetevőiből építkezik. A jog érvényességét formalizált mozzanatainak rendje (pozitivitása), társadalmi tartalmának a különösség–tipikusság szintjén való megformáltsága (matéria–tartalom és a tartalom–forma viszonya szerint) és funkciói (regulatív-szabályozó és konfliktusfeloldó döntési autoritása) határozzák meg.

Az elemzésben most már a második mozzanat, vagyis a tartalom felől kell továbbindulnunk. Annak a társadalmi valóságdarabnak (matériának), ami a jog szabályozásának tárgya, melyet a jogalkotás megformál, nemcsak adekvát kifejezésnek, visszatükrözésnek kell lennie, hanem egyszersmind inadekvátnak is. Ez a szerkezet nem jellemezhető sem a nyelvfejlődés spontán-immanens mozgásával, sem a művészi visszatükrözésben domináns érzéki megjelenítéssel, sem pedig a tudományos objektivitás dezantropomorfizáló tendenciájával. Ezektől eltérő, különnemű tárgyiassági forma, állíthatjuk Peschka Vilmos (1988, 1992), Lukács György (1965, 1976) és saját munkáinkra támaszkodva.

A társadalmi események, történések, viszonyok egyszeri, egyedi egymásra következése, rossz végtelensége megszüntethetetlen, a jogi szabályozás sem ennek a kikapcsolására, hanem az életviszonyok ennél általánosabb szintjének a szabályozására irányul. Ami a társadalmi-történelmi valóságból egyedi, egyszeri irreverzibilis, az nem szabályozható, ami pedig lényeges, általános és ismétlődő szükségszerűség, azt nem kell szabályozni, mert a szabályozás kellés-tételezés közbeiktatása nélkül is megvalósul. A jogi visszatükrözésnek ezért az egyedi és az általános meghatározottság közötti különös szinten lehet és kell mozognia ahhoz, hogy követelményjellege megfogalmazódhasson, és szabályozóereje érvényre juthasson, miáltal létszerű hatékonyságra tehet szert. Ekkor tipikus társadalmi tartalmakat segíthet életre vagy erősíthet meg. Ha a normatív sík általános szükségszerűségeket hordozna, feleslegessé válna, mert ami maradéktalanul vagy legalábbis meghatározó módon érvényesül, annak nincs követelményszerű, preskriptív, előíró jellege, tehát érvényes sem lehet. Ami egyediség, az megismételhetetlen, azt nem lehet sem előírni, sem kikényszeríteni. Mindebből az következik, hogy csak a tartalmi különösség síkján lehetséges szabályozás, az egyedi és az általános kombinációját megvalósító *átlagtípus* vagy *lényegtípus* vagy az *ideáltípus* értelmében.

[143] Törvénypozitivizmus, imperatív jogpozitivizmus, exkluzív és inkluzív módszertani pozitivizmus, a pozitivizmus mint gondolkodásmód és mint jogelmélet szerteágazó világának áttekintését adja Takács Péter, 2010: 1–28.

A jogalkotási folyamatban a jogalkotó a jogszabály tartalmának kialakítása során elvonatkoztat a valóság közvetlen jelenségformáitól, annak számtalan egyedi vonásától, sajátos konkrétságától. Az egyedi mozzanatok empirikus teljessége, a közvetlenül érzékelhető emberi magatartások sokféle összetevőjéből ki kell emelni azt a jogalkotói értékelés szerinti lényeges társadalmi tartalmat, melyet mértékül kíván állítani a jogalanyok magatartása elé. A jogalkotásban ilyen gondolati elvonatkoztatás és általánosítás megy végbe. A szabályozási tárgy, életviszony, matéria kiválasztása után kell a kívánt szabályozási állapothoz, célhoz a megfelelő emberi magatartást hozzárendelni. Amint ezt jeleztük, a cél eléréséhez vezető emberi magatartás tipikussága leggyakrabban kétféle lehet: az átlagtípusé és a lényegtípusé. *Átlagtípusról* akkor van szó, ha a jogalkotó a megengedett magatartások mértékét a közvetlen realitással bíró tényleges emberi magatartásokból képezi. Ez esetben az átlagostól való eltérést, devianciát minősíti nemkívánatosnak, valamilyen fokon társadalomellenesnek. Itt „a jog csak a tény hivatalos elismerése" (Marx), hasonlóképpen a szokásjogi jogképződéshez, mely a fennálló valóság megerősítésére és nem innovatív megváltoztatására irányuló tételezések eredménye. A jogalkotó a szokásostól, az átlagostól való eltérést a társadalomra veszélyesként értékeli, s ezért jogellenesnek minősíti. A büntetőjogi normák jellemzően ilyenek. Ha a jogi norma tartalma a gyakorisági átlag értelmében vett átlagtipikus emberi magatartást fogalmaz meg, akkor ha a norma rendelkező részében elvárttól eltér, vagy azt sérti a tényleges egyedi, emberi viselkedés, erre az esetre joghátrányt helyez kilátásba a tiltó norma. Az átlagtípus képzése tehát a valóságos, közvetlen emberi magatartásokból meríti a mértéket, s a statisztikus szabályszerűség értelmében itt a normák önkéntes jogkövetéssel meg is valósulnak, mert az emberi magatartások mögött a társadalmi körülmények ugyanazon determinációja húzódik meg, mint amelyeket a jogalkotó normaként kimondott. A jogi felelősség ősi alapszabálya, a „iuris ignorantia cuique nocet", a jog nem tudása mindenkinek árt, azaz nem mentesít a felelősség alól elve éppen az ilyen típusú normák létére alapozódik. Ott lehet szankcionálni az eltérő magatartást, ahol az átlagos elvárást mindenki teszi, akkor is, ha a jogszabályt nem ismeri. A „nem tudják, de teszik" fenoménja érvényesül.

Nem így áll a dolog a típusalkotás átlagtípusától eltérő módozatánál, a *lényegtípusnál*. Itt a jogalkotói elvonatkoztatás olyan konstruált magatartást kell hogy eredményezzen, ami alkalmas olyan célok elérésére, melyeket a jogalkotó a jog eszközével akar előállítani. A norma nem egyszerűen leírja a szituációkat és az abban kifejthető emberi magatartásokat vagy azok típusait, „hanem észlelve a helyzet alternatív jellegét és az erre válaszoló emberi magatartások alternatív voltát" értékeli is ezeket, „választ közöttük, és dönt abban a tekintetben, hogy melyik helyzeti és magatartásbeli alternatívát minősíti olyannak, amelyet mint a jogi norma tartalmát a jövőben realizálandónak, jogilag preferáltnak tart" (Peschka, 1988: 82). Az egyes és általános közötti azon átmenetet keresi, amely a törvényszerűségek több-kevesebb jellegzetességével rendelkezik ahhoz, hogy a kívánt célt, joghatást kiváltsa.

A jogalkotó a jogi norma tényállását a szabályozás alá vonandó társadalmi viszonyok tipikus vonásainak kiemelésével úgy konstruálja meg, hogy ezeket a tipikus vonásokat a jogszabályi, normatív tényállási elemmé teszi. Peschkával szólva „a jogi norma tényállása a tipikus, az általános felé orientált különösség szintjén fejeződik ki", míg az életténállás konkrét egyediségét a jogeset a különösség felé mozgó egyediségként artikulálja (1992: 117). A lényegtípusnál nem a tapasztalati átlag elismerésével, hanem a cél, a kívánt eredmény felől szelektálja azokat a magatartásokat, amelyek a fennálló körülmények és feltételek között (a reális lehetőség értelmében) az eredmény elérését produkálják. Valóban kellés-struktúrájú, előíró (parancsoló), tiltó vagy megengedő normákat tételez, amelyeket követni kell. A kellés-struktúra a valóság átformálása, azonban lehetetlenre senkit sem lehet kötelezni, még államhatalmi kényszerrel páncélozottan sem. A jog csak akkor tarthat igényt a valóság átformálására, ha tételezései nem absztrakt, hanem konkrét lehetőségekre – egy társadalmi, gazdasági politikai, kulturális feltételegyüttes meglétére – alapozódnak. A címzetteknek a jogszabály rendelkező részében foglalt magatartást kell tanúsítaniuk, a büntetés terhe mellett.

A lényegtípus a tételezett, új életviszonyokra törekvő jog megformálása, a modern állam rendelkező tevékenységének következménye. Tipikusan ilyenek a közigazgatási jog tervező, szervező normái (feladatkitűző vagy feladatnormák), vagy a gazdasággal kapcsolatos jogi szabályozások. A tradicionális jog valósága kizárta, míg a modern megszüli, a társadalmi mérnökösködés Roscoe Pound-i eszményét. A lényegtípusokra orientált jogtételezésben a jogi felelősség szorosabb, zártabb alakzatai érvényesülnek, mert a címzettek csak a jog ismereti szintje alapján képesek a norma teleologikus célkitűzéseinek megfelelő magatartás tanúsítására. Viszont aki az ilyen jogterületek hatálya alá tartozó tevékenységekbe kezd, annak annyit mindenképpen tudnia kell, hogy a jog nem tudása nem mentesít a jogi következményektől. Ezért aztán ajánlatos utánanéznie, vagy jogásztól érdeklődnie, hogy milyen jogosultságokkal és kötelezettségekkel rendelkezik.

A norma specifikus közbeeső helyet foglal el a valóság közvetlen megjelenési formái és elvont általános tulajdonságai között. A szabályozandó matéria olyan átformált, sűrített kifejezést kap a normában, amely még összefüggésbe hozható a tipikus emberi magatartásokkal, a tipikus társadalmi helyzetekkel. A norma tételezései a magatartásokra irányulnak, a jelenségvilágot hozzák mozgásba, azt motiválják, s ennyiben adekvát visszatükrözésnek kell lenniük. De átformálva, szelektálva olyan ellentmondásmentes renddé, a normák kapcsolatának olyan önmagukban összefüggő, homogén közegévé kell válnia – önreferenssé –, amely megoldásokat ad a társadalmi konfliktusok feloldására, kezelésére. A normák objektiválódott rendje kiemelkedik a mindennapi létfolyamat immanenciájából, hogy közvetítőként kapcsolódhassék be a társadalmi magatartások és a kívánt vagy tiltott célok közé. A normatív típusú objektiváció funkciója az, hogy szabályozóerőt vigyen az életviszonyokba, reguláljon, akár ex post, a már bekövetkezett konfliktusok meg-

oldásának eszközeként, akár ex ante, a még be nem következett, de a jogalkotó akarata szerint nem is kívánatos eredmények elkerülésének eszközeként. Akár pedig egy jövőbeli, pozitív eredmény biztosításaként, ahol *ideáltípust* alkot a jogalkotó. Weber megértő szociológiájában az értékmentes megismerés eszköze, gondolati konstrukció az ideáltípus, aminek nála nincs empirikus és történelmi megfelelője. Mi abban az értelemben használjuk az ideáltípus fogalmát, hogy mi volt *a cselekvő vagy jogalkotó feltehető szándéka*, mi lehetett a megalkotott norma motívuma, amellyel valaminő materiális eredmény, kívánt állapotot elérhető jogalanyi magatartással. A magánjogban a megbízás nélküli ügyvitel helyzetében a megbízónak megbízottja „feltehető akarata és érdeke" szerint kell eljárnia; a közjogban a szociális biztonság követelménye is egy ideáltipikus szándékot fejez ki.[144] De a *jogi személyek fikciós magyarázata is* ilyen, amire szükség van: „tekintsd úgy… mintha".[145] A jog szabályozó, konfliktusfeloldó, integratív funkciója a fennállóhoz képest inadekvát visszatükrözés alapján lehet csak képes gyakorlati eredményekre. Az érvényesség magasabb szintjén a jog formameghatározottsága már belső, teremtő forma, a tartalmi különösség megformálása lukácsi értelemben: „A terület szűkítése, a kifejezési eszköz korlátozása a kifejezés intenzitása érdekében: ez a forma" (Lukács, 1977: 106). A szabályozás eredményessége érdekében történik a jogszempontú szelekció, a kifejezési eszközök korlátozása a valóság gazdag sokféleségének jogi normákká és dogmatikai fogalmakká történő szimplifikált átírása révén. A köznyelvhez képest egynemű közeget teremtő metanyelv és logikai besorolások (jogforrási szintek; szakasz [§] – bekezdése – fordulata; taxáció; exemplifikáció; a vélelem és a fikció jogi státusza) megalkotása szükséges ahhoz, hogy a konfliktusok a jogdogmatika által okozott jelentésváltozás ellenére is értelmezhetővé és kezelhetővé váljanak. Mert a megformálás nemcsak a társadalmi lét lebontását jelenti normatív összetevőjére, hanem annak újrafelépítését: a létfolyamat olyan artikulációját, amely alkalmas a tevékenységformák minősítésére, szabályozására és materiális állapotok elérésére.

A jogi norma tartalmi különösségét egyenlő mértékben és általánosan terjeszti ki a jogalanyokra. A modern jogegyenlőségi jogban a jogszabályok általánosan érvényesek, mindenkire kötelezőek, akik tevékenységükkel besorolódnak a szabályozott tipikus helyzetbe. A különös tartalmú norma társadalmi elvárásként, a norma szituatív érvényességével akkor érvényesül a jogegyenlőségi jogalannyal szemben, ha

[144] Ez konkrét formáiban jelentkezhet a mindössze intézményfenntartási, enyhe kötelezettséget indukáló *államcél*ként vagy jogérvényesítésre is alkalmas *alanyi jog*ként, de e két, minimum és maximum szélsőérték között megannyi megoldás előfordulhat (például egy széles körű társadalombiztosítás megszervezése vagy csak lakhatáshoz való jog. Itt is a jogalkotó valós szándékát kell kifürkészni a jelentésadáshoz. A lényegtípus innovatív normájához képest itt a szándékmotívum áll előtérben.

[145] Tudniillik a magánjogi jogviszonyokban úgy kell kezelni egy speciális szervezetet, a jogi személyt, mintha akarattal és racionális belátással rendelkező természetes személy volna: képes lenne egy szervezet, amelynek vagyona és megengedett célra irányuló tevékenysége van, képes legyen értelmes akaratkifejezésre ügyletei alakításához és alkalmas is legyen azok képviseletére.

az cselekedetével a szabályozott életviszony területére lép. A jogalany létezésének egy bizonyos felületén érintkezik a norma érvényes elvárásával. Az érvényességnek nemcsak személyi, időbeli és területi, hanem tárgyi jelentősége is van. Ennek az általános érvényességnek hol közvetlen, hol közvetett, potenciális nyomatékot ad a jogkövetkezmények állami kikényszeríthetősége. A formai (pozitivitás), tartalmi – és döntési-funkcionális – mozzanatok érvényességét a célzott joghatások kiváltásához legitim állami kényszerítő hatalom támogatja.

Amikor a mindennapi élet ismétlődő szabályszerűségeit, szokásait emelik be a jogrend formameghatározottságába – beillesztve a normatív rend érvényes összefüggéseinek kontextusába, kihirdetés útján nyilvánossá téve azokat –, akkor a szokások nemcsak pozitívvá, hanem érvényessé is válnak. Nem egy halmaz tetszőleges darabjaként, hanem egy artikulált, egységes egész részeként. Ezzel új minőségre tesznek szert, mert a jogi érvelések alapjává, s ezáltal igények érvényesítőjévé válhatnak. A jogrendbe emelve elismerik normatív érvényüket, a szokás minőségét jogképző minőségében ismerik el. A szokás állami elismertségével kiemelkedik a mindennapi élet magatartásformáinak tudattalan spontaneitásából, a normatív összefüggések rendjébe kerülve reflexió tárgyává válik, ekként is hat, s nem egyszerűen az állami kikényszeríthetőség hoz változást korábbi létmódjához képest. A normáknak a jogrendben egymás kiegészítő és erősítő érvényességük van (H. Kelsen). Azaz ebben a művi világban jogdogmatikai meghatározásokkal, logikai besorolásokkal és következtetésekkel minden konfliktus megoldható, minden a helyére kerülhet, s ennyiben a jogalkalmazásban (a joghézag kivételével) mindennek megvan a maga helye. Ebben a normatív rendben az általános jogfogalmak, meghatározások alkalmazhatókká válnak a tárgyak, események különös jellegére. Az államilag szervezett társadalomban a jog hagyományos funkciója a már létező és a még csak potenciálisan létező társadalmi konfliktusok szabályozás és koordináció útján történő elhárítása. Ehhez viszont normákról és normák alkalmazásáról kell dönteni. Mindkettő közhatalmi döntés. A modern jog az állami, szervezeti rendelkezőerő autoritásával lép frigyre.

A közigazgatási jogalkalmazásban az administration silence tilalma fejezi ki a döntés önálló jelentőségét. A büntetőjogban a felvilágosodás óta keresik az állami büntetőhatalom kötelező érvényesítésének személyes szabadságjogokat nem sértő garanciáit, amelyek lehetővé teszik az önkényes döntések kizárását, illetve minimalizálását. A polgári jog területe sem mentes a döntési kényszertől, ami a törvény hézagmentességének a *Code Civile* híres 4. szakaszában kapta meg legkiélezettebb elméleti és gyakorlati kifejezését. „Azt a bírót, aki a törvény hallgatása, homályossága vagy elégtelensége miatt tagadja meg az ítélkezést, az igazságszolgáltatás megtagadásának vétkében lehet és kell elmarasztalni." Francois Gény kommentárjában behatóan elemzi a törvényhely keletkezéstörténetét. Ebben arra mutatott rá, hogy a bírónak értelmező jogfejlesztéssel is hozzá kell járulnia e hiányok pótlásához. A kérdés persze az, hogy miként? Gény e tekintetben nem osztja Ehrlichnek a jogtalá-

lásról kialakított szabadjogi felfogását (Ehrlich, 1981). Mindebből látszik, hogy a jogalkalmazónak felhatalmazása és kötelezettsége van a döntésre.

A döntésre felruházottság, autoritás nélkül tehát nem létezik érvényesség. Ez a belátás nyilvánvalóvá teszi, hogy a jogrend formális legalitása ezen a ponton kapcsolódik a közhatalom, illetve az uralmi rend legitimitásának problémájához. Honnan származik a döntési autoritás? – kérdezhetjük mind a jogalkotó, mind a jogalkalmazó hatóságra vonatkoztatva (egyelőre nem foglalkozva a magánhatalmon alapuló jogügyletekkel). A materiális értelemben vett legalitás érvényessége – szemben a formálissal – már nem alapozható meg önmagára vonatkoztatva, sem a kelseni alapnorma, sem pedig a harti elismerési szabály értelmében. Itt húzódik tehát a jog és a nem jog határa, s amennyiben ezt a határt, legalábbis elméletileg, át akarjuk lépni, úgy a hatalom autoritásának és a társadalmi berendezkedés legitimitásának mibenlétére irányuló kérdést kell megválaszolnunk. A válaszhoz pedig, a jogi objektiváció természetére vonatkoztatottan, el kell fogadnunk az autoritás Thomas Hobbesnál leírt fogalmának, a legális uralom Max Weber-féle felfogásának és Carl Schmitt „decizionista" pozitivizmuskritikájának nézőpontjait.

Jogrend nélkül – noha a társadalomban nem a jog az egyetlen szabályozó, konfliktusfeloldó erő, mert a társadalmi szabályozásnak egyéb formái (szokás, konvenció, erkölcs és különféle valós és fiktív képzetvilágok stb.) is vannak – a viszonyok kaotikus, anarchikus alakulásának és alakításának, a kiszámíthatatlanság bizonytalanságának állapota állna fenn. A szabályoknak mint tapasztalati értékeknek jogként való megjelenése nemcsak és nem is elsősorban az állami, legitim erőszak monopóliumának tényét feltételezi, hanem azt az ontikus helyzetet, hogy léteznek ismétlődő magatartások, relációk, tények. Az ismétlődés, a szabályszerűség tényállása miatt van az, hogy a társadalmi létben nem minden egyedi, egyszeri, szabálytalan és ezért kiszámíthatatlan: ez az, ami a jogi norma és a jogrend létalapját képezi. A normativitás szociologikumát (ahogy ezt a III. fejezetben tárgyaltuk). Megfordítva viszont, ha minden életviszony rögzített, szabályozott és kiszámítható volna, akkor elesnénk a meglepetések örömétől, és állandóan önmagát ismétlő, rettenetesen unalmas élethelyzetek várnának reánk. A jogrend létéhez tehát, függetlenül annak tartalmi milyenségétől, egy bizonyos relatív érték fűződik. A szabályozás, a norma nem valamilyen lét nélküli érték, s érvényességét nem lehet effajta értékekből levezetni, hanem érvényessége abból fakad, hogy mértékként funkcionál, amelyet felismernek és elismernek. A formális legalitás alapján álló jogállamiságnak a szabályozás és a szabályozatlanság egy meghatározott mértékét kell teljesítenie: sem a szabályozatlansághoz, sem pedig a túlszabályozáshoz nem fűződik az embereknek, a társadalomnak általános érdeke. A túlszabályozás éppúgy előidézheti a kaotikus, anarchikus állapotokat, melyet éppen elkerülni szeretett volna, mint a szabályozás teljes hiányának helyzete – amennyiben az életviszonyokat nem rendezik kellőképpen a spontán koordináció mechanizmusa vagy a társadalmi normák általi megítélhetőség mértékei.

Társadalmi hatásmechanizmusa, érvényesülése felől nézve a tételezett, modern jog a fennálló valóságra háromféleképpen vonatkozhat: *a)* normatíve megerősíti, amikor meglévő viszonyok átlagtípusát, mértékeit vagy a kötelékek szokásjogi jogképző erejét ismeri el; *b)* új egzisztenciát teremt, amikor a létező magatartások átformálásához adekvát tételezéseket talál; *c)* inadekvát tételezések esetében jóllehet nem befolyásolja a társadalmi magatartásokat, hiszen a jogalkotó ekkor papírjogot gyárt, ámde ez mégsem hatástalan, mert felhígítva a jogrendet, lerontja annak konzisztenciáját és érvényességét. Ahogyan a normák érvényesülése megerősíti a jogrend érvényességét, azonképpen hatástalanítja a soha, sehol nem érvényesülő papírjog. Ahogyan a forgalom lebonyolításához szükséges, fedezet nélküli pénzkibocsátás inflációt, tehát pénzromlást jelent, azonképpen a túlszabályozások és a redundáns elemek egy bizonyos mértéken felül a jogszabályok inflálódását eredményezik. Ekkor a jogszabályi forma túlfejlődik a tartalmon, a reguláció átcsap a túlszabályozásba, s a racionalizációs deficit megszüli a dereguláció szükségletét.

5.7.3. A jogrend: jelentése és változása ontológiai és hermeneutikai perspektívában

A jog mint dolog relációs természete. A jogrend hagyományos megközelítésben és létmódja a jogilag szabad tér kitöltésével. A rendelkezésünkre nem álló létrehozása értelmező megértés, jelentésadás és jelentéstalálás útján: jogképződés – jogtalálás

A jog mint dolog relációs természete

Közismert kommunikációelméleti megközelítés, amely a nyelvi közlés – a közlendő és a befogadó hármas alapsémájából indul ki. A számunkra is elfogadható kiindulóponthoz hozzá kell tennünk, hogy a közlendő nem egyszerűen jelölet, hanem jelentéssel bíró jelölet, amivel alátámasztható Arthur Kaufmann-nak a jogi hermeneutikára vonatkozó tézise: „A megértés elengedhetetlen előfeltétele egy „dolog", amit meg kell értenünk" (1982: 191). A *„jog mint dolog" természete* tehát, amit tisztáznunk szükséges, követve szerzőnket abban, hogy itt a dolog *nem jelenthet materiális tárgyat*, olyasmit, ami a természettudományos megismerés tárgya (és azt annak módszereivel lehetne és kellene tanulmányoznunk). Nem jelentheti a kanti *magában való dolgot sem* (Ding an sich), mint ami a megértés transzcendentális előfeltételéül szolgál, ugyanakkor a jelenségvilág mögött a lényeg mindenkor rejtve maradt szkepticizmusához vezet. Éppen azért nem, mert a jog mint dolog objektíve létezik és megismerhető, *ugyanakkor éppen nem dologszerű, hanem viszonytermészetű realitás*. A jogban a dolgok mindig csak emberek közötti társadalmi viszonyokat közvetítenek, s az emberi-társadalmi relációk fontosabbak, mint maguk a dolgok, amelyek ezt közvetítik. Így el lehet kerülni a középkor statikus, teremtett és örök szubsztanciákat kereső ontológiáját, és előrenyomulni az „örök és időtlen"-nek

tételezett létezőitől „az ott és akkor érvényes", történetileg akár rövid ideig akár tartósan is fennálló viszonyainak ontológiájához. Ebben a viszony típusú objektiváció lesz a vizsgálat alapja. „Az ember, a beszélő lény a másik emberre van utalva, akinek megértésvilága beleolvad az ember saját megértéshorizontjába. Vagyis embertársam nem hagyja magát a tárgyi jelenségek alá szubszumálni, hanem velem együtt egy társadalmi-szellemi teret képez, melynek saját személyiségem kialakításában jelentős szerepe van. A személyes gondolkodás számára a személy a tárgyi lét ellenpontját képezi: relacionális lét. Ennek belátásából következik a szükségszerű fordulat a materiális ontológiától a relációs ontológia felé" (1982: 192). Mi ezt a kanti ihletettségű, a materiális ontológiát illető kritikát némiképp szűkítve-pontosítva a „dologszerűség" kritikájaként oszthatjuk, fenntartva a viszonyjelleg jelentőségét, amely álláspontunk szerint éppen a társadalmi-szellemi meghatározókat állítja középpontba.

„A jogi hermeneutika ontológiai megalapozásra szorul" – idézhetjük egyetértően Kaufmann második tézisét. Azonban tőle eltérően a személyek és a tárgyak közötti kapcsolatot ketté fogjuk bontani, *interperszonális* (személyközi) és *az individuális akaratoktól független, objektív társadalmi viszonyokra*. Előző a jogügyleteknél, utóbbi a jogalkotásnál jut döntő szerephez, míg a jogalkalmazást éppen a kettő egymásra vonatkoztatottsága jellemzi. A relacionista ontológia legkifejlettebb formájában N. Hartmann kategóriaelemző módszertanában áll előttünk. A társadalmi lét ontológiáját pedig Lukács György jelentős kísérlete és Peschka Vilmos arra is építő kidolgozott álláspontjainak (*A jog sajátossága,* Akadémiai, Budapest, 1988) segítségével visszük tovább a magunk útján.

Azt, hogy a jog ontológiai megalapozásához mindkettőre szükség van, könnyen beláthatjuk, ha egyelőre csak a tulajdonjog alapintézményének példáját vesszük elő. A tulajdon mint a dolog feletti hatalom mindig *abszolút szerkezetű jogviszonyt* jelent, a tulajdonost megillető árutulajdonosi triász, a birtoklás-használat-rendelkezés mindenki mást kizár abból. A magából mindenki mást kizáró negativitás viszonyjellegű meghatározottság. Hogy ez a társadalomtörténetileg keletkezett árutulajdonjog a *tárgyát* honnan veszi, az pedig mindig a termelési mód produktumaként áll elő, lévén munkatermék. Tételezzünk bár ruhaneműt, ásót, bútorokat, élelmiszereket vagy autót vagy éppen számítástechnikai eszközöket – nem a személyesség, hanem a termelőerők fejlettsége és a tárgyak termelésének és közvetítésének társadalmi-gazdasági forma meghatározottsága lesz a magyarázat. Objektív viszonyoké. Csak a történetileg „ott és akkor" előállított, rendelkezésre álló tárgyi világ közvetíthető a cselekvő szubjektumok között. A személytelen, objektív társadalmi viszonyokban azok a személyek lépnek fel jogalanyként, akik – polgári társadalmat feltételezve – akarat-autonómiájuknál fogva rendelkezhetnek javaik felett. Jogképességük révén saját nevükben szerezhetnek maguknak jogokat, és vállalhatnak kötelezettségeket. Éspedig személyközi, interperszonális kapcsolataikban alakítják ki jogügyleteiket: adásvételt, cserét, haszonélvezet átruházását, ajándékozást, lízingszerződést stb. kötnek, joghatás kiváltására alkalmas akaratmegegyezésükkel. A munkamegosztás

adott foka következtében fennálló objektív viszonyok – az például, hogy a feudalizmusban a nemesi birtok elárverezhetetlen, kötött tulajdoni forma – és a személyes, személyközi relációk egyaránt fontosak számunkra a jogi tárgymeghatározások vizsgálatakor. A tulajdonjog tárgya a tulajdon, társadalmi termék, viszont az azzal való rendelkezés pedig személyközi, jogalanyok közötti kapcsolatokat hív életre: úgy is, hogy abszolút szerkezetű jogviszonyként másokat kizár a dolog feletti rendelkezésből, és úgy is, hogy rendelkezési jogával másokkal meghatározott tartalmú jogviszonyokat hív életre. Ezt a jogelmélet álláspontjáról úgy is megerősíthetjük, hogy az ontológia és a jogi hermeneutika találkozási pontjain alapuló magyarázatot keresünk a jogrend tárgyspecifikus kategóriájára.

Peschka Vilmos a jogot, mint a hermeneutika modelljét kezelte fő művéhez, a *A jog sajátosságá*hoz (1988) fűzött későbbi appendixében (1992: 135–170). Ezzel bizonyítva, hogy a jog leírható így, hermeneutikailag is. Eközben fő művében elutasította azt, hogy a jognak mint olyannak saját, különnemű ontológiája volna (jogontológia), mert a társadalmi lét ontológiájához képest annak kategoriális felépítettsége nem tartalmaz újdonságot. Lukács György utolsó nagy művére támaszkodva, úgy értelmezte, hogy mindkettő, a társadalmi lét és a jogi objektiváció is komplexusokból álló komplexus, amelyeket teleologikus és másodlagos teleologikus tételezések jellemeznek. A jogi objektiváció tárgymeghatározásai pedig – lévén az alkotó és a befogadó közeg számára is értelemmel bírnak, értelmi összefüggéseket alkotnak – ellentmondás-mentességre törekszenek. A jogi ideológiának létalapjai vannak, ez a történetileg adott társadalmi lét, és az eszmei mozzanat ontológiája szükségképpen jelen van a jog működése során.[146] Nyilvánvaló számunkra, hogy ezen a ponton akár át is vezethető a lételméleti elemzés az alkotó jogértelmezéshez és a jogi hermeneutikához. Hiszen az „eszmei mozzanat" jelentésének, értelmének a feltárásához a hermeneutika adekvát segítséget ad. A társadalomontológia relációs természetét alapul véve jelölhető ki a jogi hermeneutika Peschka meghatározta három szintje: az össztársadalmi viszonyok és jogi visszatükröződésük között fennálló kongruens–

[146] Az eszmei mozzanat kiűzése a jog birodalmából szakjogilag is problémákhoz vezet. A *szellemi tulajdonjoggal* foglalkozó irodalom megállapítja, hogy itt az árutulajdonosi triászból a *birtoklás mozzanata hiányzik, a szellemi tulajdon ezért nem forgalomképes, elidegeníthetetlen*. Az, hogy nem forgalomképes és elidegeníthetetlen, csak a felhasználói jog ruházható át, teljes mértékben helytálló. Ellenben nem azért, mert a szellemit ne lehetne birtokba venni. Szerintünk a *szellemi nem semmi* – a semmit valóban nem lehet birtokolni – hanem létező, csak nem fizikailag, hanem gondolatilag lehet birtokba venni. Az elvont birtokbavétele pedig megértést, elsajátítást jelent, s nem azt, hogy ne léteznének kiterjedés nélküli, tehát nem fizikailag körülhatárolt eszmék (Spinozával szólva a res extensa, a kiterjedéssel bíró dolog mellett létezik res cogitans, kiterjedéssel nem bíró dolog. Mindkettő a substancia causa sui attribútumaként). Ha elismerem az eszmei, szellemi mozzanat létét, akkor pedig a civiljogi dogmatikában a szellemi tulajdonjognál nem a birtoklás hiányáról kellene beszélni, hanem arról, hogy *a birtoklás és a használat a szellemi tulajdonnál egybeesik*, egybecsúszik a megértés aktusában, anélkül hogy a dolog elkopna, elhasználódna. Tradición alapuló, évszázados beidegződöttségekkel persze nehéz a szakjogban szakítani.

inkongruens viszony szintje; a jogi jelentések nyelvi kifejezésének problematikája; továbbá az életbeli tényállások, magatartások amorf jellegének a törvényi norma absztrakt különösségéhez való viszonya (az esetnorma szintje). A lételméleti és a hermeneutikai nézőpont között így különösebb nehézség nélkül kapcsolatot lehet teremteni. Peschka ezt két 1992-es tanulmányában is gyümölcsöztette.[147] Egyik kitűnő megfogalmazásában: „Az tehát, hogy a jog *társadalmi-ideológiai objektiváció,* hogy egyfelől külsődlegesen, tárgyiasult formában tudati, eszmei, ideológiai tartalmat jelenít meg és fejez ki, másfelől, hogy ez a jogi-tudati tartalom csak akkor jut társadalmi létrelevanciához, akkor válik élővé és hatékonnyá a társadalomban, ha ez esetek és folyamatok jelentős részében tudati, ideológiai *tartalma felismerő és megértő szubjektumra talál,* nyilvánvalóvá teszi a hermeneutikának a jogi szabályozásban és folyamatokban nélkülözhetetlenségét. …a hermeneutika segítségét és közreműködését igényli az, hogy… nemcsak a jogi objektivációnak kibocsátó, alkotó, illetve befogadó, alkalmazó szubjektuma különbözik egymástól, *hanem az a társadalmi szituáció*, azok a társadalmi viszonyok is, amelyekre a jogi objektiváció normatív tartalma keletkezésekor, illetve realizálódásakor irányul, különös tekintettel arra, hogy a jogi objektiváció egzisztenciája időbeli létezés, hogy keletkezéskori tudattartalma *mindenkor múlt a befogadó és alkalmazó szubjektum jelene* szempontjából" (utóbbi két kiemelés tőlem, Peschka, 1992: 138–139). Ezzel és ezért megalapozott tehát a szellemi mozzanat ontológiájának hermeneutikai megvilágítása.

Kaufmann, Peschka és mások elemzései a jogi hermeneutika kibontásához jó alapul szolgálnak. Kaufmann azonban jogontológiát művelt, Peschka ellenben tagadta az önálló jogontológia lehetőségét és szükségességét, mert nincs a jognak a társadalmi léttől minőségileg eltérő létrétege (1988: 7–32, 19). Magam elfogadva a társadalomontológia jogi objektivációval való egyneműségét, mégsem voltam teljesen elégedett – ebben a tekintetben – Peschka megoldásával (Szigeti–Takács, 2004: 143–144). Azt a hartmanni kategóriaelemzés módszertanából következő belátással kiegészítésre szorulónak találtam: a minden létezőt jellemző *fundamentális* (általános érvényű) kategóriák és a csak különös létezők hordozta *különös* kategóriák mellett szükséges a csak a jogra jellemző, *tárgyspecifikus kategóriák* számbavétele a jogi objektiváció jellemzésénél. Egység–különbség–ellentét; egyediség–különösség–általánosság; ok–okozat–kölcsönhatás; matéria–tartalom–forma; minőség–mennyiség–mérték; jelenség–lényeg–látszat; stb… minden létező konstituenciái, határozmányai. A különös kategóriák nem az összes létszférára érvényesek, mondjuk az evolúció csak az élő anyagra, az objektum–szubjektum viszony vagy a teleologikus meghatározottság csak a társadalmi létre.[148] Ugyanakkor minden konkrét

[147] *Az esetnorma, avagy a jogszabály és a jogeset kapcsolatának problémája* illetve *A jog mint a hermeneutika modellje* 1992: 81–133 és 135–170.

[148] Felfogásunk kifejtését lásd első fejezetünkben, illetőleg: Materialista lételmélet – alapvetés, *Ezredvég*, 2013/4., 123–134.

létezőt egyedi, tárgyspecifikus kategóriák is jellemeznek. Ezeket a szaktudományok ismerik fel, a lételméletben azonban éppen *a szaktudományok fölötti, filozófiai általánosítási szinten* vagyunk. Így nem a magyar, a francia vagy a német jogrendszer egyedi konkrét összetevőit nézzük, de a *jogi jelenségekben mindenütt meglévő, csak és kizárólag ott érvényes olyan kategóriákat, amelyek a jog generikus totalitását képezik*. A jog pozitivitását, érvényességét, hatályát, a jogforrást, a normaszerkezetet, a szankciókat, a jogviszonyt, a generálklauzulákat stb. tekintjük tárgyspecifikusnak. Mostani elemzésünkben a jogrend nemre jellemző, tárgyspecifikus létmódjait, egzisztenciameghatározásait elemezzük ki, bevonva az értelmezés körébe a lételmélet modális kategóriáinak alkalmazásába (lehetőség – valóság, véletlen – szükségszerűség) a megértés és értelmezés nézőpontjait előtérbe állító hermeneutikát.

A jogrend létmódja

A jogelméleti irodalom gazdagon tárgyalja a jogrend meghatározásának kérdését. Többféle út is kínálkozik ugyanis jó megoldásra. A hagyományos és többé-kevésbé elfogadott megközelítések két kérdésre válaszolnak: *mitől lesz rendezettség* a jogrendben – ami nem pusztán halmaz, egyveleg – és milyen ennek az érvényesnek tekintett rendnek *a belső strukturáltsága*. Az első kérdést Kelsen és a módszertani pozitivisták is *érvényességproblémaként* oldották meg, akár a *Tiszta jogtan* hipotetikus „Grundnorm" megoldását (elemzését lásd például Szigeti, 2007: 658–674), akár a „kell lennie egy érvényességi főszabálynak" álláspontját, tehát a társadalmi tény tézisét vesszük. *Inkluzív pozitivizmus* esetén nem szükséges, hogy a jog újrafogalmazza vagy kielégítse az erkölcs követelményeit, de kielégítheti (Hart),[149] az *exkluzív pozitivizmus*ban pedig ellenkezőleg: nem kell és nem is lehet az elismerési főszabálynak erkölcsi kritériumokra hivatkoznia (J. Raz). Ezt fejezi ki a szeparabilitási tézis, tudniillik hogy a jogi állítások, tételek függetlenek az erkölcsi normáktól és/vagy az igazságkritériumoktól (elemzését lásd például Takács, 2010: 9, 27). A jogrend *belső strukturáltságára* nézve pedig talán a legismertebb megoldást Hans Kelsen és Adolf Merkl „der Staufenbau der Rechtsordnung"-ja adta. Az érvényesség-probléma ezen változatai egynemű, homogén közegként határolják be a jogrendet, környezetétől leválasztva, amit a joglépcsőelmélet tovább strukturál. Miként Herbert Hart is, amikor „a jogot mint elsődleges és másodlagos szabályok egysége" ragadta meg (1995: 98), ami felfogásában bár nem az egészet, de egy jogrendszer centrumát képezi.

A pozitivista orientációjú megoldások mellett létezik a szociológiai jogelmélet, amely az érdekkutató jogtudomány álláspontjáról értelmezi a problémát. A jogi minőség-érvényesség elismerési alapon jön létre: Roscoe Poundnál ez egy autoritatív technika hozzárendelése az érdekek priorizálásához és hierarchizálásához. A jog-

[149] „Jogi pozitivizmuson itt azt az egyszerű álláspontot értjük, amely szerint semmilyen értelemben nem szükségszerű igazság, hogy a törvények újrafogalmazzák vagy kielégítik az erkölcs bizonyos követelményeit, noha ez valójában gyakran megtörténik" (Hart, 1995: 215–216).

rend feladata a szabályozás, célja a szabályozási rend optimumának biztosítása – a szükségletek kielégítése érdekében. A jogrend célját, az igazságosságot a szabályozási optimum megtalálásával valósítja meg. Úgy, hogy ha meghatározza azt a joghatást, amelyen belül az érdekeket egy autoritatív technika szerint kialakított és alkalmazott bírósági és igazgatási eljárás során jogtételekkel elismerik és érvényesítik (lásd részletesen Szigeti–Takács, 2004: 65–70). Itt, eltérően a jogpozivista orientációtól, a jogrend megszüntethetetlenül kapcsolódik környezetéhez, a gazdasági, társadalmi, politikai, erkölcsi stb. érdekmozgásokhoz, szabályozása tárgyához. Az érdekeket ugyanis nem a jog konstituálja, hanem regulálja: csoportosítja és változó mértékben ismeri el őket az egyéni érdek – csoportérdek – össztársadalmi érdek megoszlásban. (Itt utalhatunk az általános akarat képzésének 6.4. alatti jellemzésére.)

Fentiek mellett adhatunk egy megközelítő értékű, de jól használható jogtani definíciót is a jogrendről, annak összetevői felől. A jogrend = *jogszabályok, normák, jogtételek, ajánlások és alkalmazások bevett argumentációs*[150] *és értelmezési mintái, a jogászi szakmák közege, amelyben azok képviselői értelmezési, érvelési, döntési műveleteket végeznek.* Példának erejével megerősítve: így értik az uniós jogban az *acquis communautaire* joganyagát (amely több mint százezer oldalas corpus, jogi szövegtest).

Rövid áttekintésünkből is kiderül: vannak jó – pozitivista és szociológiai beágyazottságú – hagyományos megoldások, melyek paradigmafüggőek és néhány pontjukon bírálhatóak, de járható utakat nyitottak. Ez alapozza meg törekvésünket*: tud-e mást mondani a jog ontológiai perspektívájú elemzése a hermeneutika bevonásával a jogrendről?* Dolgozatunk kísérlet e kérdés igenlő megválaszolására.

Induljunk ki Kaufmannból. Az ontológia területe nem jelöl mást, mint „*egy előzetesen adott, nem diszpozitív, önmagában való jelenségre vonatkozó elképzelést, ami a szubjektum autonómiáját behatárolja* […]", röviden tehát „*annak eszméjét, ami nem áll rendelkezésünkre*" – mondja éleslátóan Neumannra és Adorno negatív dialektikájára hivatkozva (1982, 2000: 191). Milyen természetű tehát az, ami nem áll rendelkezésünkre? – ez itt a dialektikus kérdés, amit nem lehet a mechanikus, objektivisztikus jogalkalmazási felfogással megoldani.

Utóbbival, „A bíró a törvény nyelve"[151] szubszumpciós paragrafusautomatakénti toposszal az a baj, hogy „a bírói jogalkalmazás kimerül a törvények puszta alkal-

[150] Az érveléselmélet és a jogi argumentáció – ténykérdéseknél és jogkérdéseknél alkalmazható – jellemzését és jelentőségét lásd Szabó Miklós, 2014: 187–204.

[151] Kaufmann (helyesen) nem köti Montesquieu-höz az őtőle származó híres toposz hatását, amely érzékletesen szemlélteti a mechanikus jogalkalmazói felfogást, ezért élhet szerzőjétől függetlenedett, önálló életet. Miközben elemeztük, az egész mű eredeti összefüggésében döntően és elsősorban nem erről szól, hanem a feudális partikularizmus önkényével és justizmordjával szemben lépett fel, a polgári törvényesség és hatalommegosztás követelményeit kidolgozva. (*A törvények szelleméről.* Osiris–Attraktor, 2000, inkriminált részek különösen a 248–249, 256. oldalakon). Elemezzük a VII. fejezetben 7.2.2. alatt.

mazásában, a szubszumpcióban, vagyis a felső és az alsó tételekből szigorú logikai rendben történő következtetésekben. A jogalkalmazó személye ezen folyamat során teljesen figyelmen kívül marad; szerepe csupán annyi, hogy megfeleltet egymásnak két objektív jelenséget, a törvényt és a tényállást, amik ezen folyamat révén semmiféle változáson nem mennek keresztül. Ezen felfogásnak azon nézet képezi alapját, hogy a jog – talán csak néhány kivételes esettől eltekintve – készen megtalálható a törvényben. Ez a törvény nem szorul kiegészítésre, legfeljebb értelmezést igényel, s ebből kibontható a jog pusztán deduktív eljárással, a szubjektív mozzanatok teljes figyelmen kívül hagyásával. Képviselői szerint ezen objektivista jogfelfogás a legalkalmasabb a bírói függetlenség lényegének megvalósítására: a bíró teljesen háttérben marad a törvény mögött, és csakis a törvényt engedi érvényesülni – anélkül, hogy bármit is hozzáfűzne vagy bármilyen irányban is változtatna rajta" (Kaufmann, 1982 [2000]: 185).

A mechanikus, dialektikátlan felfogás nemcsak a jogalkalmazásban, hanem a jogalkotásban is elfoglalta álláspontjait. A naiv, objektivista felfogás eltekint a megértési-értelmezési feladattól, és így a „helyes jog" mércéjének alkalmazása is elesik. Ez *„a jogot egyszerűen a törvényből vezeti le, és az ezért eo ipso jog"*. Ha azonban a jog nem objektív jelenségnek, hanem olyan folyamat eredményének tekinthető, amelyben a törvény csak egy a számos figyelembe veendő tényező közül" (Kaufmann, 1982 [2000], 190), akkor elesik a naiv, redukcionista felfogás. Feltehetővé válik G. W. F. Hegelnek a jogfilozófia igazi kompetenciáját megfogalmazó kérdése, hogy tudniillik annak éppen az a centrális problémája, hogy *mitől jogos a jogos? és mitől jogtalan a jogtalan?* Nem elég normatív formára hozni az államakaratot, a formális jogszerűség jegyében tételes joggá tenni, hanem annak észszerűen megindokolható, racionális alapokon nyugvónak kell lennie (Hegel, 1971: 12–14. és ugyanígy a kevéssé ismert jénai jogfilozófiában 1802 [1982]: 288–310).

Milyen természetű tehát az, ami (még) nem áll rendelkezésünkre? – ez itt a dialektikus kérdés. A *rendelkezésünkre nem álló éppen olyan, amit létre kell hoznunk ahhoz, hogy a meghatározatlant meghatározzuk* (és ezzel a rendelkezésünkre álló behatároltságokat átalakíthassuk és bővíthessük). *Önkény nélkül, a törvényesség tiszteletben tartásával, de élve a bírói és a törvényhozói szubjektum alkotó autonómiájával.*[152] *Éppen ezen feladat megoldásához kell visszatérnünk saját elemzési tárgyunkhoz, a jogrendhez, amelyben e feladat elvégezhető.*

[152] Varga Csaba a jogi gondolkodás paradigmáinak jellemzése során a társadalomontológiai megközelítés jelentőségét többek között abban látja, hogy segítségével elemezhető az, hogy „milyen módon vonhatjuk meg a jogváltozás elvi határait… amelyek a jogalkotó szabadságának és önkényének is korlátot szabnak… A jog társadalmi létezése megfordíthatatlanul előrehaladó folyamatszerűségében nyilvánul meg… (miközben) különféle összetevőiben a jog nem azonos módon és mélységben manipulálható" (Varga, 1998: 357–357).

1. Nem áll rendelkezésünkre automatikusan és *elbírálás előtt az egyedi konkrét esetek jogszerű eldöntése*, köztük a *joghézagok* kitöltésének adott módja. Ebben a körben nem vonatkoztathatunk el mai jogelméleti tudásunk azon szintjétől sem, amely indokoltan tesz különbséget a könnyű, a tömeges-tipikus, normálformának tekintett és a nehéz jogesetek között. Ha ezt nem tennénk meg, akkor visszaesnénk Carl Schmitt decizionista elemzési dimenziójába, amely túl átfogóan, az egységben a különbözőséget nem látva meg közelített a jogalkalmazói problémamegoldáshoz. (Lásd VII., *Jogalkalmazás* című fejezetünkben pozíciójának elemzését a 7.2.5. alatt.)
2. Nem állnak automatikusan *rendelkezésre a felek akaratát kifejező és joghatás kiváltására alkalmas szerződések/jogügyletek*.
3. Nem állnak rendelkezésünkre automatikusan azok a normák és jogtételek, amelyeknek szükségletét a változó viszonyok létrehozták, s a jogalkotónak de lege ferenda regulációs feladatot jelentenek. *Mindennapi alkalmazkodásként* a változó viszonyokhoz, a jogszabályokon belüli korrekcióval vagy átfogóbb módosításokkal.

Ebbe *a folyamatba illeszthető a hermeneutika* jelentőségének felmutatása. Hiszen ha e nélkül, egy objektív idealista ontológia szerint néznénk a jogrendet, akkor az abszolút szellem önnemzésének útján *objektum–szubjektum viszony nélkül „a lét mássá levésének önmagára vonatkoztatásaként*" (Hegel) érhetnénk tetten azt. Ekkor a maga nemében zseniális, azonban mégiscsak kétes értékű hegeli megoldásoknál kötnénk ki. Ugyanis ha „a szubjektivitás megtagadja önmagát" (Adorno), akkor ez olyan objektivizmusba torkollik, amely egy gyakorlati filozófia perspektívájából minimum nehézkes, rossz megoldás. Azért, mert a létet mássá levés helyett – *mássá lehet tenni:* a már benne rejlő vagy a jogon kívül éppen keletkező lehetőségek megvalósításával. Ez a *társadalmi létet jellemző gyakorlati filozófia álláspontja.*

A létet „mássá" tehát a szubjektum aktivitása, a praxis teszi, megtermékenyítve a készen talált objektíve fennállót, éppen azon keresztül, ahogy a jogrendben benne lévő lehetőségeket, amorf, jogilag alaktalan tényállásait, meg nem oldott szabályozási szükségleteit, kérdéseit a levés (das Werden) állapotából jogilag jelentéssel bíró, értelmes létezéssé transzformálja. Bizony, az eszmei mozzanat, a szellemi is léttel bíró, ami nem létezik, az a semmi, a lét tagadása. Ennek elsődleges alanya (szubjektuma) a megértő bíró vagy a törvényhozó, vagy közvetve a jogtudomány – esetleges jogfejlesztő hatásával, meggyőző erején keresztül. A probléma megértésében azon keresztül konstituálódik a jogi megoldás gondolata, amit nyelvileg kell kifejezni és rögzíteni. Ezzel pedig új tartalmat, jelentést viszünk bele a jogrendbe, alakítjuk át annak terjedelmét, összefüggésrendjét. Azt azonban mégsem mondhatnánk, hogy minden jogi nyelv szociális valóságot konstruáló, sokkalta inkább ez csak meghatározott összefüggésekben lehet így. Éppen ezt kell kibontanunk. Választott ontológiai és hermeneutikai perspektívánknak megfelelően most már újszerűen definiálhatjuk

a jogrend kategóriáját: *A jogrend az értelmező megértés, jelentésadás és jelentéstalálás jogszolgáltatási közege, létmódja, melyben a megértés a jogalakítási – jogváltoztatási – jogfejlesztési folyamat mozzanata, szakasza, miáltal új tárgyiasságok keletkez(het) nek, melyek létbeli hatékonyságra tesznek szert.*

Hogyan és milyen szinteken megy végbe ez a mozgás, változik-gazdagodik a jogrend, amely a jogi tárgymeghatározások és összefüggések érvényes közegében végbemenő folyamat? Itt a jogképződés és a jogtalálás szintjén vizsgálódunk, mert a jogalkotás és a bírói jogalkalmazás témáit önálló fejezetekben fejtjük ki.

I. A JOGKÉPZŐDÉS

A jogképződés ismert útja a szokásjogi, melyet külön fejezetben részleteztünk. Elég az hozzá, hogy itt Georg Jellinekkel szólva „a tényszerűségnek lesz normatív ereje", fungál (normative Kraft des faktischen). Hogyan? A tények fogalmilag a tér- és időbelileg behatárolt, okozatos összefüggések következményei, amelyeket érzékszerveinkkel érzékelünk, és ismétlődésének ontikus állapota olyan mintázatok felismeréséhez vezet, amelyeket aztán a jogviták eldöntésében alkalmaznak. Ez a szokásjogi jogképződés útja. Az ismétlődő körülmények kiváltják azokat az ismétlődő magatartásokat, reakciókat – ahogy Weber mondja a tradicionális cselekvések egyik típusaként, az emberi magatartás a (környezeti) *inger–reakció mechanizmus jellegzetességét* veszi fel (Weber, 1987: 53) – amelyek mintegy gyakoriságuk erejénél fogva vezetnek normativitáshoz. Az így kialakult a szokásostól való eltérést ítélik meg negatívan (szankcionálják). Az elvárás tehát éppen a szokásos követése lesz, amely társadalmilag nyomás alá helyezi az emberek viselkedését. A tapasztalatilag előálló ismételtség óriási tömegben fordul elő a társadalmak életének legkülönbözőbb területein, a műszaki-technikai területek normáitól, a kereskedelmi szokásokon és szabványokon át a társas érintkezés személyközi, illemszokásaiig. Hogy ez megtörténhessen, persze nem csak le kell játszódnia e folyamatnak százszor és ezerszer, hanem ennek a gyakorisági átlagnak *a jogszolgáltatásban történő fel- és elismerése* ad az ismétlődésnek normatív rangot. Ha pedig írásba is foglalják a szokásjogot, akkor ez a képződött magatartásminta, elvárás új, belső összefüggések rendjébe kerülhet a jogviták eldöntése során. Keletkezése felől nézve a normativitás szociologikuma áll előtérben, ezért és ennyiben még csak külső, társadalmi normákról van szó. Különösen addig, amíg az elvárást csak a szájhagyomány rögzíti, amely variációgazdagságában némiképp amorf és alaktalan. Ezért és ennyiben nincs is szituatív érvényessége, mint a jogi normának. Akkor azonban, amikor a társadalmi normákat nyelvileg is rögzítik és mértékként (magatartásmintaként) alkalmazzák a szociális viselkedések jogi elbírálásában, ezek jelentés- és funkcióváltozáson mennek át. *A jogrend közegébe kerülve az érvényesség kényszerítőerejére is szert tesznek*, s ezáltal a jog regulatív és konfliktusfeloldó funkciójának megvalósulásában is közrehatnak. A szokásjog nyelvi megfogalmazása jogértelmi összefüggések rendjébe helyezi át a „szokásos" szociológikumát, és ezáltal, legalábbis lehetősége szerint, a megértő értelmezés nyel-

vi-gondolati hermeneutikájával gazdagodik. A jelentésadás eredménye felől nézve a kiterjesztő, megszorító, helyben hagyó jogértelmezés logikai műveletei és a jogászi érvelés bevett szabályainak, toposzainak (topika) rendjébe kerül át.

II. A JOGTALÁLÁS

A „Rechtsfindung" fogalma eredendően kettős tartalmat hordoz. Mert egyfelől nemcsak az esetlegesség, az okkazionalizmus jegyében talált joganyagot jelenti, ami a jogrend egy mikroszintű realitása, ahol a véletlenek kedvező összjátékának szerepe lehet a problémamegoldó jogi gondolkodásban. Hanem másfelől, kedvezőtlen fejleményként a jogtalálás fogalmi tartalma az irracionalizmus értelmével is felruházódhat: ekkor a tudatban lévő jogérzék fellelése–megtartása a nép lényegével és jellemével organikus egységet képez. Ezt a jogérzéket pedig fogalmilag levezethetetlen (és/vagy tapasztalatilag ellenőrizhetetlen), intuitív adottságnak fogják fel – mutatta meg Mannheim a német történeti iskola gondolkodásának kritikájaként (1984: 140–176). Jogérzék persze létezik, csak ez nem a jogászságnak a népjellemből fakadó organikus adottságra történő ráérzése, hanem a jogi szocializáció eredménye. Ekkor a racionálist nem kell irracionális adottságra visszavezetni. Éspedig valaminő levezethetetlen intuíció útján. Ezért nem kívánunk ezen az úton járni a jogszolgáltatás leírásában. Éppen elég lesz a joganyag gazdagságában rejlő esetlegességek lelemé nyes kihasználásának bemutatása – mindenféle irracionalizmus nélkül. Ehhez a *véletlen objektivitását* kell elismerni, amire a naiv tudat nemigen hajlik, éppen ezért van szüksége a teleologikus gondolkodás túlhajtására – mutatta ki Nicolai Hartmann méltán híres munkájában (1970: 64–65). A jogtalálás tehát fogalmilag feltételezi a törvényszerűségek metszéspontjában álló véletlen, az esetlegesség létezésének és szerepének a kimutatását, akár a pozitív jogon túli tartományban, az élő jogban, akár azon belüli összefüggésként alapozzák meg.

A tapasztalatilag adottra rátalálás értelemében használja a jogtalálás fogalmát a merev állami joggal szembeállítva Eugen Ehrlich. Ő a jogszociológia egyik megalapozójaként az *élő jogon a szabadjogi jogtalálást* értette (Freie Rechtsfindung). A bíróságok és a hatóságok előtt érvényesülő hatályos joggal szemben „Az élő jog nincs jogtételekben lefektetve – mégis uralkodik az élet felett. Megismerési forrásai elsősorban a modern okiratok, emellett az élet, a forgalom, a szokások, a gyakorlat közvetlen megismerése, továbbá minden olyan kötöttségé, amelyet a jog elismer vagy mellőz, vagy amit éppen helytelenít" (1977, 1913: 70). Ismeretes a szabadjogi mozgalmak számos variánsa, az USA-ban a realizmus, német nyelvterületen Ehrlich mellett H. Kantorowicz, Franciaországban F. Gény fellépése, L. Petrazsickij intuitív joga vagy éppen napjainkban a Günther Teubner elemezte „Globale Bukowina" jelensége, melyekre fő témánk, a jogrend kategóriája szempontjából nem szükséges kitérnünk. Ugyanis csak *a jogrend kategória belső alakítása szempontjából a találékonyságot, szellemi leleményt* – a spiritosa invenzionét, mondották egykor az olaszok – előtérbe állító megoldásokat vizsgáljuk, rendszerezzük. A norma–valóság viszony

szociologikumának felvillantása után ezért szűkítjük perspektívánkat a *jogtalálás pozitív jogon belüli tartományára*.

Ehrlich az élő jog kutatásakor ezzel a perspektívával is foglalkozott. Itt *a hatályos állami joggal szembeállított „jogászjog"-ot* tárta fel. Az is világos, hogy ebben a relációban nem a közigazgatási-hatósági jogalkalmazásra gondolt. Ott ugyanis a hivatalnokbírák döntően olyan jogot alkalmaznak – így fogta fel –, amely kötelezéseket ír elő. A civiljog területén azonban nem ez a helyzet, ott nem a közérdeket kell érvényesíteniük a jogszabályoknak, jogtételeknek, hanem a mellérendeltségi viszonyban álló magánfeleknek kell méltányos jogot szolgáltatniuk. Itt a jogrend joganyaga nem kötelez (a normák nem kógensek, hanem eltérést megengedőek, tehát diszpozitívek, mondanánk a kontinensen), ezért nagyobb a bíró mozgástere és a változó élet követelményeihez igazodhat. Éspedig úgy az *analógiák alkalmazásában*, mint a *felvilágosítást adó és nem kötelező jogszabályok, jogtételek értelmezésében*. Ezek a jellemzők a common law jogfelfogásához és az abban alkalmazott megkülönböztetési technikákhoz („technics of distinction", distinguishing) kapcsolódnak.[153] Ezért a jogtalálás speciálisabb, szűkebb értelemben bíró alkotta jog, jogászjog, amely szemben áll a lefokozott politikai törvényhozó rugalmatlan, állami jogával. („A döntések régibbek, mint a szabályok; a jogászjog ősibb és összehasonlíthatatlanul gazdagabb, mint az állami jog" – írja a római remekjogászhoz , Paulushoz kapcsolódva Ehrlich (1903, 1981: 81). Eltérően a hivatalnok bíráktól, akik nem jogosítottak a jogfejlesztésre, Maczonkai Mihály jellemzésében a szabad jogtalálásban „a jog nem kizárólag az állam által tételezett jog, a bírónak a jogot nem mechanikusan kell alkalmaznia, hanem éppen ellenkezőleg, az eset körülményeire szabott méltányos döntést kell hoznia a jog segítségével. Ebben a modellben a jogkeresés tehát nem technikai jellegű, mert *maga az alkalmazandó jog tartalma is vita tárgya lehet*" (Maczonkai, 2005: 59, kiemelés Sz. P.). Voltaképpen ez már a norma és döntés viszonyának megítélésében

[153] René David jellemzése szerint „A jogszabály általános jellege magyarázza azt, hogy a jogászok feladatát ezekben az országokban [ti. a kontinentális jogcsaládhoz tartozóakban – Sz. P.] főleg a jogszabályok *értelmezésében* látják, szemben a *common law* országokkal, ahol a jogi technikát a *megkülönböztetések* folyamata jellemzi" (1977: 83). A megkülönböztetés *(distinguishing)* nem azt jelenti, hogy két hasonló eset (*a* és *b* esetek) között a bíró nem ugyanazon szabályt (*sz1*) alkalmazza, mivel *b* eset csak látszólag hasonló, valójában nem tartozhat *sz1* alá, azt egy másik szabály, *sz 2* érvényessége alá kell bevinnie. A megkülönböztetés ugyanis nem különböző törvényi tényállások közötti kapcsolatra vonatkozik. Hanem azt jelenti, hogy elvileg nemcsak *a, hanem b* esetre is érvényes *sz1*, azonban a bíró észreveszi, hogy fennáll valamilyen olyan releváns csoportképző ismérv, ami miatt *b* esetet indokolt külön kezelnie. Mivel a kivétel szűkíti a szabály érvényességét, ezzel a *b* esetre vonatkozó csoportképző ismérvvel egyben újra lokalizálja az *a* esetekre vonatkozó *sz1* érvényességét, és külön kategóriává szervezi a *b* esetek tartományát. (Azonban nem alkot önálló szabályt, mert az már felülbírálat *[overruling]* volna, amely a felsőbíróságok vagy a törvényhozó jogköre. Ebben lásd hasonlóan: Győrfi, 2002: 183.) A caveat emptor („óvakodjék a vevő" szabály) Seixas v. Woods esetének és a tényállásában nagyon hasonló Thomas v. Winchester esetnek összehasonlításával a megkülönböztetés kitűnő példáját mutatja be az újabb irodalomban Maczonkai (2005: 57–58).

az úgynevezett *nehéz esetek válfajaihoz*, az „esetnorma" (W. Fikentscher) és bíró alkotta jog kérdéseihez vezet át minket.

Eörsi Gyula igen jó példája a jogtalálásra a magyar, kontinentális jogcsaládban, hogy az *házasságon kívül együtt élő élettársak vagyoni viszonyait* egykor *nem* szabályozó jogrendünkben a Legfelsőbb Bíróság az akkor [és egészen 1988-ig – Sz. P.] nem létező társasági jogot alkalmazta, óvatos analógiával. „A 94. sz. Polgári Kollégiumi állásfoglalás indoklása szerint, az élettársak sajátos polgári jogi viszonya… leginkább… a polgári jogi társaság elemeit tartalmazza, mert az élettársak… gazdasági tevékenységet is igénylő közös céljuk elérése érdekében együttműködnek… s anyagi eszközeiket is a közös cél elérésének szolgálatába állítják (Ptk. 571.§)" (Eörsi, 1975: 520). Egy jogilag nem szabályozott helyzetnek az analógiás értelemadással történő szabályozása érdemében új jog létrejöttét eredményezte, a jogtalálás leleménye következtében. (Anélkül, hogy bármiféle eredendő organikus egységet kellene tételeznünk, amelyre csak rá kellett éreznie a bíróságnak.) Rá kell mutatnunk: itt nem egy konkrét jogeset bíró alkotta jogi megoldásáról van szó, ezért itt nem a jogalkalmazás, hanem kiváltképpen a jogtalálás fogalmi körében vagyunk. Olyan polgári kollégiumi irányelvet használtunk, amely a Legfelsőbb Bíróságnak a bírósági hierarchiájában elfoglalt pozíciója révén adott érvényes iránymutatást az alsóbb fokú bíróságok bíráinak, egyedi ügyekben hozandó döntéseiknél.

5.7.4. A törvényesség

„A törvényesség megöl" – kiálltott fel B. ország minisztere, s a miniszterek mindig így kiáltanak fel, ha egy törvényi rendelkezés szemben áll a hatalomgyakorlás aktuális döntéseivel. A törvényesség fogalmának elsődleges jelentése éppen ez: a törvények megtartása és megtartatása az állampolgárok és a hatóságok részéről. Ez az általános meghatározás két problémát is felvet. Az egyik tartalmi jellegű, a másik a fogalomalkotás módszertani kérdéseivel áll összefüggésben.

1. Ez a törvényesség éppúgy lehet a formális-üres nomokrácia törvényessége (Kelsen módszertisztasága éppen ennek nyit teret), mint a felsőbbrendű embernek a csorda megfékezésére szolgáló technikája (Nietzsche), vagy mint az erkölcsileg észszerű rend magas rangú követelménye – mutatott rá H. Heller.
2. A törvényességfogalom, a jog részeként, legalábbis részlegesen egybeesik a jogkövető magatartással, akár a jog önkéntes (állampolgári vagy hatósági) követéséről, akár jogalkalmazói kikényszerítéséről van szó. Akkor viszont teljesen paralelizmus volna a törvényesség fogalma, ha teljesen egybeesne a jogérvényesüléssel. Nem esik akkor egybe, ha tekintetbe vesszük a fogalom történeti jellegét, ami az alapjelentésen túli jelentésréteget hordoz: a polgári törvényesség a feudalizmus önkényével szemben fogalmazta meg saját jogelveit; a forradalmi törvényesség

a forradalmi helyzet követelményeihez szabja a törvényességet, ahhoz, amikor a törvény betűjét és az eljárások formalizmusát félreállítják a forradalmi törvényhozás szelleme kedvéért. Ekkor a jogbiztonság alárendelődik a forradalmi helyzet célszerűségének, s a forradalom természetjogi igazságossága kivételként, új világ hírnökeként jeleníti meg önmagát. Kant etikai rigorizmusa úgy fejezte ki a forradalmi törvényesség radikális szakítását a múlttal, hogy: „A forradalomban az utolsó börtönben lévő gyilkost is ki kellene végezni, hogy a vérbűn ne szállhasson át a népre." A morális megtisztulás követelményét ezzel odáig fokozta, hogy az új rendnek tabula rasa indulást biztosíthasson. A bolsevik forradalom korai szakaszában pedig, az új társadalmi rendszer jogrendjének teljes kiépítése előtt, a bíróra ruházták, hogy „proletár jogtudata szerint ítéljen", töltse ki a jog réseit és értelmezze át a kor követelményei szerint a régi törvényeket. (Ellentétben a magyarországi 1989–90-es békés átmenettel, amely az Alkotmánybíróság döntése nyomán a jogbiztonság, a legalitás fenntartásán nyugodott.) A harmincas évekre megszilárdult sztálini személyi diktatúra monopolisztikus hatalomgyakorlásának törvénysértő körülményeivel, a hatósági önkény és a tömeges represszió rendszerével szemben jelentett új tartalmat az ötvenes évek végétől a „szocialista törvényesség követelményeinek" megjelenése, a jogbiztonság szükségességének felismerése az egykori Szovjetunióban és a népi demokráciákban. (Módszertanilag hasonlóan fogja fel a szocialista törvényesség fogalmát R. David, 1977.)

A történetileg adott valamivel, a fennállóval szembeni követelmények jelentik a fogalom második jelentésrétegét. Amint azt a három történelmileg felidézett különböző helyzet közös vonása mutatja, kritikai követelményeket és nem egyszerűen a jogérvényesülést tartalmazzák.

Hogyan alakult a polgári törvényesség, mi e kategória jellemző értéke? A választ módszertani oldaláról kell kibontani, ha nem akarjuk a törvényességet átcsúsztatni sem a jogállam fogalmi tartományába – ami a jog minőségének az állammal összefüggő komplexebb jelentése –, sem pedig az alkotmányosság ez után specifikálandó tartományába (melyet a jogállamisággal is keverni szoktak). *A jogelméleti kategóriákat is csak kölcsönös függésük szisztematikus menetében lehet a megközelítő egzaktsággal tárgyalni.* Ismeretelméletileg nem lehet kielégítő jogrendről, törvényességről, alkotmányosságról és jogállamiságról (vagy joguralomról) úgy beszélni, hogy a többihez való viszony tisztázása nélkül csak egyiket vagy másikat veszik elő. Ez a módszer a szabad asszociációk esztétikai befogadásának sokrétegű világával rokonítaná a társadalomtudományt – aminek fogalomképzésében azonban ez megengedhetetlen.

Jogrend a polgári korszakot megelőzően is létezett – premodern viszonyok között sem volt mindig jogi rendezetlenség, anarchia. A központosított rendi monarchiáknak a középkorban is volt jogrendjük. A törvényesség feltételezi a jogrendet,

ellentéte – amitől primer jelentését nyeri – azonban nem a viszonyokba rendezettséget vivő őselv, az „arché" hiánya: „an-arché", hanem a törvénysértés, a törvénytelenség. A feudalizmus fejlett szakaszain is volt kimunkált jogrend, de nem volt törvényesség. Röviden: a jogrend ellentéte az anarchia, a törvényességé az annak követelményeit sértő törvénytelenség. A polgári törvényesség meghatározott jogelveket jelent, melyek a feudális önkény és justizmord, az inkvizíció és a humánumellenes jogi megoldások, büntetési nemekkel szemben alakultak ki, és a jogi kultúra tartós, egyetemes értékeivé váltak az elmúlt két évszázad során, főleg az euroatlanti térségben. Melyek a törvényesség jogfejlődésben kimunkált különös jogelvei? – az exemplifikáció igényével.

1. Jogegyenlőség: a jog elvonatkoztat a felek és a tényleges helyzetek különbségeitől, azonos mércén mér, és nem ismer el kiváltságokat, státusfüggő privilégiumokat; priméren antifeudális karakterű, anyagi jogi követelmény a jogegyenlőség. Az újabb, euroatlanti jogfejlődésben ebből kibontott a diszkrimináció tilalma, illetőleg korlátozott körben és átmenetileg fenntarthatóan a pozitív diszkrimináció megengedettsége.
2. Törvény előtti egyenlőség: a törvények mindenkire egyformán érvényesek és alkalmazandóak; ennek elsődlegesen eljárási jogi értelme van, amely a pártatlan, semleges elbírálás követelményét hozza magával (elemzését lásd a bírói szerepfelfogásokat taglaló VIII. fejezetünk elején).
3. Nullum crimen sine lege.
4. Nulla poena sine lege.
5. Az önkényes letartóztatással szembeni védelem (Angliában: Habeas Corpus Act).
6. A védelemhez és az anyanyelv használatához való jog.
7. Az ártatlanság vélelme.
8. Audiatur et altera pars és a kontradiktórius eljárás követelményei a jogvitákban.
9. A jogorvosláshoz való jog (ius remedium).
10. Ne bis in idem, vagyis a kétszeri értékelés tilalma.
11. In dubio pro reo, vagyis kétség esetén a vádlott javára kell dönteni.

Ezen elvek egy részét (3–7.) szokták a büntetőjogi jogállamiság vagy a büntetőjogi alkotmányosság elveiként is tárgyalni. Nem tartjuk ide, a törvényesség fogalma alá tartozóknak sem az emberi és állampolgári szabadságjogok teljes, fel nem sorolt katalógusát, amely az 1948-as ENSZ-deklaráció nyomán vált a polgári társadalom alapintézményeinek rendszereződő, majd nemzeti és néhol nemzetközi jogvédelemhez vezető jogi kifejezőivé, sem pedig a hatalommegosztás vagy a bírói függetlenség elvét. (Utóbbiakat vannak, akik – és ez bizonyos összefüggésekben helytálló is lehet – az alkotmányosság fogalma alá veszik.)

5.7.5. A jogbiztonság

A hétköznapi értelem szubjektivizmusa az egyéni, egyedi igazságossági igényekkel azonosítja a jogbiztonságot, s csalódása esetén ezen az alapon veti el a jogalkalmazói teljesítményeket. Vagy éppen ellenkezőleg, a jogot olyan előre kiszámíthatóan működő rendszernek tekinti, amely egy az egyben képes előre látni döntéseinek minden következményét. Mintha a jogbiztonság megvalósulásának dogmatikus bizonyossággal azt kellene jelentenie, hogy egy szabadságelvonó büntetőítélet hány év, hány hónap és hány nap esetén igazságos. Az 1:1-ben kiszámíthatóság dogmatikus abszolutizmusa nem tartható. A jogi realizmus nevében fellépő szabadjogi normanihilizmus is *dogmatikus, s ezért teljesíthetetlen elvárásokat támaszt. Fogalmi szinten optimális világossággal határozta meg az elvárhatóság szintjét* F. A. Hayek, amikor a jogállamra *nézve* megfogalmazta: annak *éppen a hatalom által előzetesen rögzített és nyilvánossá tett szabályokon kell alapulnia, amelyek lehetővé teszik az államot alkotó polgároknak, hogy kiszámíthassák cselekedeteik jogi következményeit, s a jogrenddel kalkulálva tervezhessék életvitelüket, cselekedeteiket* (Hayek, 1991: 107).

A szélsőségekkel szemben a jogbiztonság – ami nélkül jogállami minőségű jog elképzelhetetlen – objektíve is megalapozható és a polgárokon túlmenően a gazdaságra és az államszervezet működésére nézve tovább differenciálandó. A weberi, radbruchi jogi racionalizmus átfogóbb, alapvetőbb és teljesíthető összefüggéseket tár fel a jogbiztonságot illetően. A polgári társadalom születése óta a jog arra szolgál, hogy garanciákat nyújtson a piaci esélyekhez igazodó, jogi formában (szerződés) megjelenő vállalkozói döntések sikeres megvalósításához, még akkor is, ha valamelyik fél vétkessége, felróható magatartása folytán a tranzakció sikertelennek bizonyul. Ebben az esetben a szerződést teljesítő fél számíthat a szerződésszegő féllel szemben a jog segítségére. *A gazdasági kapcsolatok láncolatának meghibásodása jogi következményekkel jár, s ez formálisan – s nem feltétlenül az eredmény szerint – előre kalkulálható. Amennyiben a piaci szereplők nem képesek a gazdasági konfliktust a gazdaság eszközeivel elhárítani, számíthatnak a jog konfliktuskezelő technikáira, vagyis arra, hogy a gazdasági rendszer racionalitásdeficitjét a jog korrigálni fogja saját, önelvű racionalitása révén.*

A hivatali racionalitás a modern bürokratikus állam közigazgatási jogával van kapcsolatban: a társadalmat – elvileg – racionálisan igazgató bürokráciának, joghoz kötötten és jogszerűen kell eljárnia. Döntéseinek ezért tárgyi jogi alapjai vannak, a hatáskörrel és illetékességgel rendelkező szerveknek kell dönteniük, s a hatáskörök elvonása tilos. Minden jogalkalmazói döntés egy elvont jogszabály alkalmazása egy konkrét tényállásra, melynek során azt feltételezik, hogy elvileg minden empirikus helyzetre van szabály. A közigazgatási döntésekkel szemben pedig fellebbezésnek és bírói jogorvoslatnak kell – garanciális okokból – helyet biztosítani. Ezáltal beszűkül a hatósági önkény területe. Jelentős kérdés, hogy ami a jogászi és a hivatali tevékenység, a szabályozott munkamegosztás és a döntéshozatal szempontjából racionális,

az a társadalom „laikus" nézőpontjából fárasztó, pszichikailag idegesítő és akár irracionális is lehet. A bürokrácia *látens funkciói* – a packázó hivatal, a formalizált eljárásrendek, az időigényesség stb. – továbbá a racionális munkamegosztásban szervezett igazgatás *diszfunkciói*, egészen a társadalmi-politikai ellenőrzés alól kikerült *bürokratikus uralomig* teremtik meg a feltételrendszerét, s így alapját a társadalom gyakori, negatív értékítéletének.

A kettős racionalitás tehát a termelésnek és az állami tevékenységnek a szempontjából ragadja meg az előreláthatóságot, formális jogbiztonság kiszámíthatóságát. *Azonban a jog rendelkezik saját racionalitáspotenciállal* is, amivel csak tovább *általánosítjuk* az előző két motívumot: a modern jogrendszerek működése ugyanis azon alapul, hogy *mindenki számíthat saját és mások jogszerű (illetőleg jogszerűtlen) magatartásának jogi konzekvenciáira, s ezért senki sem alapozhat előnyöket jogsértésre, s nem szenvedhet el hátrányokat jogszerű magatartása következtében. A jogerős és végrehajtható döntések joghatásainak (res iudicata beállta) pedig a hatóságok – elvileg – érvényt szereznek, s ezzel stabilitást visznek a megoldatlan jogviszonyokba*. (A jogrendbe vetett bizalom lerombolásával jár, amikor a végrehajtás elől a gazdasági szereplők – könnyen alapítható cégeik – vagyonkimentéses fedezetelvonását alkalmazzák.)

A jog szerkezeti elemei (normák, döntések, jogviszonyok és szervezeti, közhatalmi kényszer) közül bizonyos értelemben a jogviszonyok a legfontosabbak. Mégpedig azért, mert végeredményben a normák, döntések és a szervezeti kényszerítő eljárások észszerűsége (alapja és értelme) abban rejlik, hogy *jogosnak vagy jogellenesnek minősítenek releváns emberi magatartásokat és társadalmi viszonyokat.* A jog által elismert, megtűrt, létrehozott, megváltoztatott vagy tagadott életviszonyok a jogszerűség szűrőjén keresztül mennek át vagy akadnak fenn. A legalitás, a jogrend érvényesnek elismert tartományában éppen *a joghatások ezen minősítésével éri el célját,* van önmagánál. A jogbiztonság formális szempontja rámutat arra, hogy a jogviszonyok tekinthetők a jog legmélyebb rétegének. Ahol nincs forradalmi helyzet, ott épp ezért a fennálló jogviszonyokat nem lehet a jogon túli eszközökkel – politikai hatalommal vagy erőszakkal – tagadni, érvényteleníteni. Ahol ezt megteszik, ott jogbizonytalanság keletkezik, könnyen a polgári engedetlenség, a felbomlás, a kettős hatalmi helyzet és az anarchia felé terelve a társadalmi cselekvéseket. Az az államhatalom, amelyik nem tud érvényt szerezni jogrendjének, elveszti belső szuverenitását.

A jogbiztonság tehát a jogállamiság formális kritériuma,[154] s az a lehetséges ellenvetés sem dönti meg, hogy például a bűnözők sokszor tesznek szert illegális haszonra anélkül, hogy a hatóságok felelősségre tudnák vonni őket. A jogbiztonság

[154] A jogállami minőségű jogtól tehát elválaszthatatlan a jogbiztonság, amelynek további, materiális összetevőit, kritériumrendszerét is tárgyaltuk könyvünkben (2004: 252–257). Ezekre nem kell itt teljeskörűen kitérnünk.

ugyanis attól, hogy nem érvényesülhet maradéktalanul (van, volt és lesz jogsértés felelősségre vonás nélkül), mégiscsak befolyásolja a jogot tisztelő állampolgárok tömeges cselekvését. A nagy többség a legalitás alapján áll és él, s számít arra, hogy a jog támogatja jogszerű magatartását. Az így felfogott jogbiztonságot tehát a jog belső, jogelméleti elemzésekkel is igazolt értékének tekinthetjük.

5.7.6. Az Alkotmányosság jogelméleti kategóriája: a jogimmanens, önreflexiós szint megemelése

Elkerüljük az alkotmányosságnak azt a szakjogban használt, legszélesebb alkotmányjogi fogalmát, amely a népszuverenitást, hatalommegosztást, a jogállamiságot és a törvények uralmát is magában foglalja, olyan ideális mércét alkotva, amely a történeti képződmények felett áll, s így azok csak több-kevesebb mértékben tehetnek eleget neki (*Alkotmánytan* , /szerk.: Kukorelli István/ 1996: 20–21). Más úton járunk. Az „alkotmányosságot" nem ideális, hanem reális történelmi kategóriaként elemezzük specifikus elméleti tartalommal – a jogrendszer természetjogias természetű, alapjogi kontrolljaként – bontjuk ki.[155]

A valóságos alkotmányelméleti probléma az, hogy az *alkotmányosság fogalma* több és más, mint az alkotmány normáinak és jogtételeinek összessége. Kettős értelemben is. *Egyrészt* lehetséges olyan alkotmány, amely a közjogi berendezkedés kereteit egy adott politikai hatalom tetszése szerint rendezi be és/vagy váltogatja. Ha ezt formálisan jogszerűen teszi, akkor se alakulhat ki tartósan olyan, szociológiai értelemben vett alkotmányosság, amely a társadalom elfogadottságával és a politikai közösség követési készségével találkozhatna. Ehhez meggyőző erőre, elvekre és az idő rostáján való megmérettetésre is szükség van. E nélkül lehet alkotmány, alkotmányosság azonban aligha. *Másrészt* a 20. század második felére kialakult alkotmányosság azért szélesebb és több is az alkotmány szabályainak, tételeinek összességénél, mert az *egyedi normák* mögött *különös érvényességű jogelveket,* s e jogelvek mögött pedig *általános* filozófiai, gazdasági, morális, politikai *elveket találunk.* A normák, a különös és általános elvek logikailag és funkcionálisan is kölcsönösen feltételezik egymást. Egymásra reflektáltak. A jogi normák egyediek abban az értelemben, hogy a jogelvekhez képest specifikált elvárásokat fejeznek ki, mert szituatív érvényességgel fogalmazzák meg a cselekvés megengedett, megkívánt vagy tiltott mértékeit, s pozitív vagy negatív szankciót rendelnek elvárásaikhoz. De a jogrend

[155] Az alkotmányosság alkotmányjogi és az itt kifejtendő jogelméleti – a jogrendszer egészét magasabb önreflexiós fokra emelő *alapjogi kontroll* – fogalma mellett utalnunk szükséges egy harmadik szempontra, a jogszociológiai értelemben vett alkotmányosságfogalomra, amely az alkotmányos intézmények, normák *követni készségének* társadalmi szintjét, emberi attitűdjeit vizsgálja. Jogkövetési problémaként tehát. (Részletesebben fejtettük ki e megkülönböztetések jelentőségét a *Fundamentum. Az emberi jogok folyóirata*. Főszerk. Halmai Gábor 1999/1: 51–53. lapjain.)

nemcsak magatartásszabályokból, hanem absztraktabb rendezőelvekből, jogelvekből is áll. Az egyedi normák (amely megállapítás tehát nem tartalmi, szabályozástechnikai különösségük, tipikusságuk elvitatására vonatkozik), a különös jogelvek, mint jogegyenlőség, jogbiztonság, *nullum crimen, nulla poena, ne bis in idem,* szerződési szabadság stb. és az általános elvek relatív természetű, korhoz kötött természetjogias tartalmai pedig együtt jelentik az alkotmányosságot. Ez pedig *materiális tartalmainál és vonatkoztatási összefüggéseinél fogva is más, mint az alkotmány szövege,* noha vizsgálata során szükségképpen ebből kell kiindulni.

Ott ugyanis nincs alkotmányossági kérdés, ahol az alkotmány normatív tartalmai vagy a pozitív jogszabályok jogági normái eligazítást nyújtanak. A jogrend konzisztenciájának keretei között megválaszolható kérdések jogalkalmazói, nem pedig alkotmányossági kérdések. A jog ugyanis nem normák esetleges halmaza, hanem belső rendezettséggel bíró objektiváció. Attól rend, hogy ágazati, jogdogmatikai tagoltsága van, hogy a jogforrás-hierarchia formális rendezettségén keresztül visszavezethető az alkotmányos alapnormákra. Az alkotmányosság problémái csak és kizárólag ott lépnek fel, ahol: *1. szabályozatlan, de szabályozást igénylő életviszonyok jelennek meg, alkotmányos mulasztásként.* (Példaképpen: a magyar Alkotmánybíróság 1990–93 között a mulasztásos alkotmányellenesség négy év alatti 246 esetben történt megállapítása során tipikusan erre a jogrendbeli helyzetre reagált.) *2. Értelmezést igénylő* konzisztencia-problémák lépnek fel, *alapjogok egymás közötti és alapjog törvényes jogok közötti relációiban*. *3.* Az életviszonyok túlfejlődnek a régi jogon, *az új tagadja a régit, a régi és az új ellentmondása lép fel* anélkül, hogy a törvényhozó reagálna az ellentmondásra, s jogalkotással kiküszöbölné azt. A társadalmi változások materiális szükségletei áttörnek a régi normákon és formális jogi kereteken, azokba nem férnek el az adaptáció hagyományos eszközeivel (jogalkalmazói interpretációs módozatok, fikció, vélelem, analógia, irányelv, elvi döntés).

Az alkotmányosság alakulása ezért a jogfejlesztés bizonyos típusú szükségleteire reagál. A jogrendszer alkotmányossági kontrollja – bármilyen hatásköri és eljárási rendben intézményesítsék is – egyben az alkotmányosság materiális tartalmainak a produkciója és reprodukciója, az alkotmányos valóság, a „Verfassungswirklichkeit" értelmében. Szélesebb az alkotmány szövegénél, de csak az alkotmány és a fennálló jogrend keretei között történhet az alkotmányos valóság reprodukálása. *A produkció innovatív mozzanata addig a felső határig mehet el, ameddig e bővített reprodukció a saját alapjain áll és fejlődik.* Nem rombolhatja le kiinduló előfeltevéseit, nem teremthet új alapot egy új alkotmány számára. Feltétele az alkotmányosság ezen értelmezésének, hogy *egyetlen ilyen funkciójú, autoritással rendelkező szervezet,* testület – az alkotmánybíróság vagy az USA esetében a Supreme Court – esetén van csak értelme működésének, mert ha létezne alkotmányossági konkurense vagy felettes szerve, akkor már nem lehetne az alkotmányosság letéteményesének őre helyzetében. (Szemben a rendes és rendkívüli bíróság jogorvoslati logikájával, amely több lépcsőben is teret ad az anyagi igazság érvényesíthetősége érdekében a felülvizsgá-

latnak, noha a jogerős ítéletek beálló joghatásai érdekében és/vagy a célszerűséghez fűződő érdek következtében a jogbiztonság igénye egyszer itt is lezárja az elvitathatósági folyamatot [G. Radbruch, 1981].)

Ha a pozitív jog elérné azt, amire törekszik, tudniillik hogy hézagmentes legyen, és a társadalmi valóság nem lenne állandó mozgásban, akkor valóban nem lenne szükség az „alkotmányosság"-nak az alkotmányhoz képesti többletfogalmára. Arra, hogy egy az alkotmányértelmezés monopóliumával erga omnes rendelkező testület a normatív érveléseket jogelvi érvelésekkel, s mindkettőt – szükség esetén – elvi-dogmatikai jelentésekkel, érvelésekkel egészítse ki. Az alapjogi bíráskodásban az alkotmányosság zsinórmértékeinek explicitté tételével, illetőleg a jogalkotó hatalom feletti alkotmányossági kontrollal válik-e testület a hatalommegosztás tényezőjévé, *eltérően attól a törvényességi kontrolltól, amelyet az igazságszolgáltatás lát el, a végrehajtó hatalom fölött*.

Megoldásunk azt is tartalmazza, hogy az „alkotmány szelleme" értelmében vett alkotmányosságfogalomra csak és akkor van szükség – anélkül, hogy az irracionalitás területére lépjünk –, ha és amennyiben fellépnek alkotmányossági szükségletek: a három típus egyike vagy egymás melletti több formája is, és a jogi objektiváció működésmódjában telepítve van az a sajátos grémium, amit az egyetlen – a problémamegoldás autentikus monopóliumával rendelkező – alkotmánybíróság léte jelent: a jogszabályok alkotmányossági felülvizsgálatának potenciális megsemmisítésével, illetőleg az alapjogok alapjoggal való ütközésének (alapjogi bíráskodás) szerepével. Ebben a felfogásban az alkotmányosság nem láthatatlan, nem is a rendes bíráskodás rendjének felesleges meghosszabbítása, hanem a hatalommegosztás szerve: alkotmányossági kontrollt gyakorol a jogalkotó hatalom, az államszervezet (ha ide telepített az államszervezeti bíráskodás funkciója) és a jogrendszer működése felett.

Álláspontunk az amerikai alkotmányértelmezési elméletek vitája felől nézve (Paczolay, 1993: 27–31) hasonló a modern aktivizmus „élő alkotmány" álláspontjához, s kizárja a *textualizmus* („a szöveg erősebb, mint a törvényhozó maga") és az *originalizmus* (az alkotók eredeti szándékait fürkésző) meglehetősen egyoldalú szemléletét. Mi az alkotmányosság kérdését is a jogfejlődés egésze szemszögéből, Eörsi-, Pound-féle nézőpontból vetettük fel. Ennek alapján kíséreltük meg meghatározni a jogi objektiváció kategoriális szerkezetében elfoglalt helyét és a „felső határ" küszöbfogalmát, amelyen túl már nem az alkotmányosság bővített reprodukciója, hanem az alkotmányt derogáló jogalkotás történik. *Arra nincs felhatalmazás e funkcióellátás során, hogy túllépjen az alkotmányos identitáson*. Az az alkotmányozó hatalom feladata, és nem a hatásköri és eljárási keretek következtében mindig részleges funkciójú alkotmányvédő szervvé.

Az alapjogi bíráskodás értékelésénél és a jogrend absztrakt normakontrolljánál is ezen jogelméleti mérce alapján lehet állást foglalni. Az alapjogi kontrollnak éppen az az értelme, hogy felmerült mulasztások, konzisztenciaproblémák, az új szabályozási szükségleteknek a régin áttörő eseteiben *új szintézist teremtsen alapjogok és*

alapjogok, jogszabályok és alapjogok között: ez az alkotmányosság specifikus értelme. Ha ezt alkotmánybíróságok nyilvános határozataikban teszik meg, akkor – függetlenül attól, hogy ez más értékpremisszák alapján irodalmilag bírálható és bírálandó – *e szintézissel a jog relatíve új rétegének a formális legalitás követelményrendszerével összhangban lévő intézményesedése megy végbe.* És ez magasabb fokú, a hatalomgyakorlás elé egyértelműbb korlátokat állító állapot mintha az alkotmányosságnak az alkotmánynál szélesebb, de behatárolt mozgásterét akármelyik, bármelyik állami szerv maga alakíthatná. Ezért és ennyiben alkalmas az alkotmánybíráskodás az alkotmányosság letéteményesének szerepére. Kivéve, ha a gyakorlatban inkonzisztens döntéseivel a jogrendben több problémát okozna, mint amennyit megold. Ez esetben nem a joghelyesség végső, közhatalmi autoritással bíró mércéjeként működne, hanem a zavarok megsokszorozása miatt diszfunkcionális lenne tevékenysége.

***

Miután az alkotmányosság jogelméleti kategóriáját, benne az emberi jogokkal, egy jogrendszer jogon belüli, saját önreflexiós szintje növekedéseként mutattunk be, rá kell mutatnunk arra is, hogy az alkotmányosság őre-fejlesztője funkcióját *mindig intézményesítik*, de közel sem közömbös, hogy miként.[156] Milyen indítványtevői alanyi körrel, eljárási, hatáskörgyakorlási kondíciókkal történik ez, és milyen összetételű szerv látja el ezt a feladatot. Egy intézmény működése ezért *sem csak manifeszt, hanem mindig látens funkciókat és diszfunkciókat is szül*. Így például az intézményes működésmód felől nézve *a tulajdonjog emberi jogi státuszának* komplex – alanyi jogi és emberi jogi – és többszintű (belső és nemzetközi jogi) védelme rendben lévő, de ez az emberi jogi státusszal, kordivattól függetlenül, igazából csak akkor volna összeköthető, ha a tulajdonjog tárgyai, az anyagi-vagyoni és szellemi javak

[156] Ennyiben az emberi jogok II. világháború utáni nemzetközi elismerése és hatása a nemzeti jogygyakorlatra eltérő értelmezések tárházát nyitotta meg. Lásd például Harmathy Attila *Az Európai Unió Alapjogi Chartája és a nemzeti jogalkalmazás. Állam- és Jogtudomány* 2009, L/63, 273–291. vagy Jeney Petra *A tulajdonhoz való jog az Európai bíróság gyakorlatában.* In Sajó András (szerk.) *Alkotmányosság a magánjogban,* Complex Kiadó, Budapest, 2006, 73–91. Komoly elemzések készültek a *magyar joggyakorlatról*, „a magánjog alkotmányosodása" problematikában. Lévayné Fazekas Judit *áttekinti* az itt meglévő álláspontokat: Vékás Lajos (2007) felfogásában az alkotmányos jogok érvényesüléséhez a magánjognak megfelelő az eszköztára, az alapjogok és a szerződések közötti összhang a magánjogi normák közvetítésével történik – abból kiindulva, hogy a Ptk. rendelkezéseit is az alkotmányos renddel összhangban kell értelmezni. Paczolay Péter (2013) a Ptk.-t érintő AB döntéseket elemezve arra a következtetésre jutott, hogy az elmúlt 20 évben a testület döntései érdemben formálták, alakították a magánjogot. Az emberi jogok magánjogi érvényesülésére nézve Menyhárd Attila (2009) alakított ki négy értékes, leíró-értelmező modellt. Ezek bemutatása mellett szerzőnk hozzáfűzi, hogy az, hogy az emberi jogok elismerése és védelme a magánjogi normák közvetítésével vagy közvetlen alkalmazhatóság útján történik – az az érdekmérlegelésen nyugvó magánjogi ítélkezés nyitottságán múlik. (Lévayné Fazekas Judit, A magánjog kihívásai a XXI. században, *Jog–Állam–Politika* (különszám) XII. évf. 2020, 131–144).

saját – egyéni vagy kollektív – munka eredményei volnának.[157] De nem azok a *dominánsan a bérmunka–tőke* viszonyára épülő társadalmakban. Ugyanis az árutermelő és még inkább a tőkés árutermelő gazdaságokat egyaránt a tőke koncentrációja és centralizációja jellemzi (mely gazdasági törvényszerűség megszüntethetőségének fundamentális jelentősége elkerüli Lenkovics professzor figyelmét). Ezért, és nem esetlegességek miatt jutottunk el a személyességtől, a kicsi és helyi jellegtől az óriásmonopóliumokig, a vagyonkezelő holdingokig, a transznacionális korporációkig – *a munka és tulajdon elválasztása*, a tulajdonjog elszemélytelenedése, és koncentrációja közepette, melyet szerzőnk kárhoztat. Egészen addig, hogy nemcsak a jóléti állam öncsonkításai ellen lép fel, a szociális biztonság megteremtése vagy az emberi méltóság német alkotmánybíróság által – a méltóság sérthetetlenségéből levezetett – megélhetésiminimum-követelményeiért, hanem a globális szociális szakadék, a klímakatasztrófa veszélye és a migrációs válság megoldása is egy globális újraelosztást igényelne. „Mert az ember által elszenvedhető legnagyobb jogfosztottság az, ha semmi esélye rá, hogy önmagáról gondoskodjék és biztosítsa megélhetését" (idézi Lenkovics Ernst Schumachert), s állapítja meg: „Ennek a tömeges jogfosztottságnak az elhárítására szolgált és szolgál a javak egyetemes rendeltetése, mindenkit megillető tulajdonjog" [158].

A humánus célokban egyet is érthetünk vitapartnerünkkel. A probléma abban van, hogy *a tulajdonjog ma is mindenkit megillet* (akár emberi jogi, akár valláserkölcsi, akár szociális háttérigazolást tesznek is mögé). A tulajdonjog *tárgyához,* különösen a jelentős termelési eszközök tulajdonjogához azonban már csak igen kevesen jutnak hozzá. A jog tehát nem azonos a ténnyel, a jogok és a tények együtt pedig a termelési és társadalmi viszonyok jellegének a függvényei. Ezen a jogintézmények bizonyos mértékben változtathatnak, így nivelláló, kispolgári demokratikus újraelosztással,[159] start up vállalkozások vagy egzisztenciahitelek támogatásával, máskor privatizációval vagy éppen államosításokkal, vagy szociális biztonság államcélkénti – pusztán intézményfenntartási kötelezettséget jelentő – vagy alanyi jogként védett, sokkalta erősebb módján. Némi hatása a versenyjogi szabályoknak is van. A jog szabályozó erejével véghezvitt változtatásoknál sem közömbös, hogy mely társadalmi

[157] A tulajdonjog emberi jogkénti ilyen, materiális természetjogi megalapozása antropológiai. De sem ez esetben, sem egyéb megalapozás mellett sem tolható fel a strict értelemben vett alapjog státuszába, hiszen *a tulajdonjognál a törvényhozó szabja meg a cselekvés megengedett mértékét* vagy éppen a közérdekből történő kisajátítás további feltételeit. Ami emberi jog, ami alkotmányos jog, az nem feltétlenül alkotmányos alapjog is egyben, ha nem szinonimákként egyszerűsítik le e fogalompárok használatát. (A magyar jogrendszerben a szűkebb értelemben vett alapjog lényeges tartalma tekintetében csak akkor korlátozható, ha az egy másik alapjoggal ütközik. Ha a korlátozáshoz elég valaminő alkotmányos elvre vagy közérdekre hivatkozás, akkor teljesen fellazul az alapjog jogrendbeli státusza, ekkor közömbössé válik, hogy alkotmányos jogról vagy alkotmányos alapjogról lett légyen szó.)

[158] Lenkovics, 2017: 238. In Unitas multiplex. Gondolat kötetben

[159] De nem egy szakadatlan újra- és újraelosztással, mintegy állandóvá téve egy startbeli nivellálást, amelyet a vagyon- és forgalombiztonság aligha tűr el.

csoportnak kedvező és melyek számára hátrányos, diszfunkcionális módon történik a regulatív beavatkozás. Ezért a jogintézmények, benne a tulajdonjog szerepét is a társadalmi viszonyokba ágyazottan kell megítélni. Megoldásaikkal milyen életlehetőségeket mozdítanak elő?

(A jogimmanens, alkotmányossági mértéken túl lévő, végső értékkritérium megadására a 8.5.2. záró részben kerül sor.)

5.8. A STRUKTÚRA DINAMIZMUSÁNAK KÖVETKEZMÉNYEI: A LÉTMÓDOK. NORMA – DÖNTÉS – JOGVISZONYOK ÉS IMPÉRIUM

A jog belső komplexitása nem amorf, alaktalan és nem is üres, holisztikus, csak mennyiségi differenciát magában foglaló egész, hanem tagolt, egységes, funkcionálisan differenciált egész. Nem tekinthető olyan egynemű egységnek, totalitas homogeneának, mint ami csak normákból áll, ahogyan például a víz minden cseppje víz, hanem totalitas heterogeneának: minőségileg különböző elemek, rész és egész együttműködése, egysége, hogy a *Summa Theologiae* nagy gondolati kultúrát kifejező fogalomalkotását alkalmazzuk reá. A jog szerkezetére irányuló kérdés megválaszolásakor nem kell a belső komplexitásának minden elemét figyelembe vennünk, amelyeket már tárgyaltunk a pozitivitás, a nyelvi rögzítettség, a normaszerkezet, a jogtételek stb. jellemzésekor. Hanem az absztrakció erejével az egymástól minőségileg különböző, de önmagukban is összetett egészeknek az egymásba átcsapó dinamikus viszonyát tárgyaljuk: *olyan struktúraképző tárgyiassági formákat, amelyek interaktív folyamatszerűségükkel a jog létmódját képezik*. Tézisünk, hogy a *jogi objektiváció norma, döntés, jogviszony és impériummal (közhatalommal) rendelkező szervezet egyidejűleg és megszüntethetetlenül.* Immanens szerkezete ezeknek a hangsúlyos elemeknek az együtteséből áll,[160] abban az értelemben, ahogyan bármely (jogi) struktúra alkotóelemek, részek egymáshoz és az egészhez való viszonya. A jogpozitivizmus számára ez a cirkularitás a norma és a döntés viszonyára korlátozódik (Esser), jogviszonyok és közhatalom nélkül. Két és nem négy komplex összetevő közötti cirkularitás. Számunkra a jogviszonyok a jogkövetés és a jogalkalmazás felől a jogrend tartalmainak közvetítését, átadását jelentik, a naturális élet- és társadalmi viszonyoknak, illetőleg a jogosultságok-igények-kötelezettségek telepítését, konstrukcióit, a jogalkotás és a jogügyletek vonatkozásában. Modern viszonyok, tehát a

[160] Egy analógiával megvilágítva: minden gépjárműnek van motorja, alváza, futóműve, karosszériája – olyan szerkezeti elemek, amelyek változatai, konkrét megoldásai kimeríthetetlenül gazdagok, de együttesen a gépjárművet azzá teszik, ami. A gépjármű létmódját szerkezeti elemeinek funkciói egységbe kapcsolják. A behatárolt, kiterjedéssel bíró dolgok osztályától eltérően a társadalmi lét módozatai, így a jog létmódjai is egyfelől emberi-társadalmi munkamegosztás változó következményei, másfelől viszonyjellegűek. Sohasem elszigetelt, hanem mindig másokkal kapcsolatban lévő viszonylatok, összefüggő módozatok.

személyes szabadság jogi és politikai viszonyai és az árugazdaság dologi kényszerének körülményei között ezen közvetítés – a lentebb tárgyalandó módokon, formákban – feltételezi a legitim erőszak-monopólium működését.[161] Kiindulópontunk egyaránt érvényes a kontinentális és az esetjogi jogcsoportra.

Láttuk a normakontinuum-elméletben, hogy a normativitás túlmegy a társadalmi normákon, és sajátos érvényességre tesz szert a jogi normában. A *normák,* magatartásminták jelentősége nem csekélyebb annál, hogy a jogszabályok koordinációja révén kalkulálhatják a polgárok társadalmi cselekvéseik jogi konzekvenciáit, azok jogszerű vagy jogellenes mivoltát. *A döntések pedig akár jogszabályalkotóak, akár jogügyleteket konstituálnak, akár jogalkalmazói döntések, minden esetben jogviszonyokat keletkeztetnek.* Olyan életviszonyokat, amelyeknek jogi relevanciája van: vagy *absztrakt jogviszonyokat*, jogalkotó teremtette tárgyi jogot, amelyet a jogalanyok *önkéntes jogkövetéssel* realizálnak, nem sértve cselekedeteikkel a fennálló jogi rendezettséget.[162] Vagy *konkrét jogviszonyokat,* amelyek jogügyleteik hatásait vagy

[161] Az állam mint olyan specifikálásához – a többféle nézőpont (történelmi, jogi, politikai, ökonómiai) elfogadása mellett – azt a weberi megoldást tartjuk a legmeggyőzőbbnek, amely egy társadalomban létező sokféle uralmi szervezet közül (családi, gazdasági, egyesületi, egyházi stb.) azt a szervezetet tekinti államinak, amely az uralom eszközeként monopolizálja a legitim fizikai erőszakot. „Az erőszak természetesen nem az állam szokásos vagy egyetlen eszköze, hanem igenis a rá jellemző speciális eszköz. […] az állam az az emberi közösség, amely egy bizonyos területen belül – ez a »terület« hozzátartozik az ismertetőjegyhez – a legitim fizikai erőszak monopóliumára (sikerrel) tart igényt. A jelen specifikus vonása ugyanis az, hogy *bármilyen más szervezetnek vagy személynek* a fizikai erőszakhoz való jogát csak akkor ismerik el, ha *az állam a maga részéről engedélyezi alkalmazását*: az állam számít az erőszakhoz való »jog« egyedüli forrásának. […] azt a tisztán fogalmi mozzanatot rögzítem, hogy a modern állam intézményes uralmi szervezet, amely eredményesen törekedett arra, hogy bizonyos területen belül monopolizálja a legitim fizikai erőszakot mint az uralom eszközét, s evégett irányítóinak kezében összpontosította a dologi uralmi eszközöket" (Weber, 1989: 6–7. 14). *A politika mint hivatás* előadásának ezen gondolatai szerepelnek a *Gazdaság és társadalom I*-ben is (Weber, 1987: 77–78.), de eltérően az előadástól, a kategóriatanban Weber kifejti a társadalmi cselekvések kutatásában az átfogóbb kontextust is: az igazgatási rend által szabályozott *szervezeti cselekvés* problematikája, amely az üzemszerűség, az egyesület, az intézmény fogalmak tárgyalásából a hatalom és az uralom megkülönböztetés bevezetése után az uralmi szervezetek közül azt és annyiban nevezi politikainak, amely eredményesen alkalmazza a legitim fizikai kényszer monopóliumát.

[162] A jogkövető magatartások esetén nincs szó jogi tények értékeléséről, ezek absztrakt értelemben – akár mindenféle tudatosság nélkül is, a mimézis, mások jogkövető magatartásának tudattalan utánzása révén – közvetve és implicite nevezhetőek jogviszonynak. Azért és annyiban, mert éppen nem-jogellenes magatartások: jogkövető magatartásukkal kizárják a jogellenességet, de mégis jogi elvárásra vonatkoznak. Mindent szabad, megengedett, ami nem tilos: ez közvetve sem jogviszony. Társadalmi viszony, magatartás – mindenféle jogi beszámíthatóság nélkül. Ha azonban a tiltott, jogellenes magatartásokra vonatkozó jogi normákat, előírásokat nem sértenek a társadalmi cselekvések, akkor közvetett jogi relevanciájukkal a jogviszonyokat erősítik, a jogi normák elvárásainak való megfelelés okán. A közvetett, implicit jelleg tartalmilag pedig azt jelenti, hogy eltérően a jogalkalmazói döntések és a jogügyletek keletkeztette jogviszonyoktól ahol, alanyi jogi jogosultságokat és kötelezettségeket állapítanak meg, itt ez szükségképpen hiányzik. A jogrendre vonatkozó, annak megfelelő, de azt nem sértő jogkövető magatartások ezért csak absztrakt értelemben jogviszonyok.

társadalmi magatartások jogalkalmazói döntéssel történő jogkövetkezményeit alanyi jogi jogosultságok és kötelezettségek kiszabásával szabályozzák. *A jogviszonyok, a jogi normák, a jogalkalmazói döntések és a jogügyletek egyaránt közvetítenek a társadalmi viszonyok, életviszonyok, magatartások között.* Ahol tehát az életviszonyok is hatnak mind a normákra, mind a döntésekre, mind pedig a jogügyletekre. Ez egy állandó mozgásban lévő, relációs szerkezet, amely minden egyedi és normatív aktus tömegét átfogja, ezért a jogi jelenségek létezési módja. Ezen belül, *a normativitás létmódját nemcsak a jogalkotás* képezi, hanem a *jogképződés* is: a normakontinuum-elméletben teljességében tárgyalt *szokásjogi jogképződés* mellett *a jogszokások*, amelyek a jogalkalmazó szerveken belül keletkezett képződmények, illetve a *jogtalálás* és a *bíró alkotta jog* jogviszonyként egyaránt a normativitás létmódjai. Azonban általában kevésbé tudatos és kevéssé átfogó, regulatív problémák reakciói, mint amilyenek a jogalkotás jogalkotó szervek általi produktumai.

Ábrázolva a konkrét jogviszony közbenső, közvetítő státuszát:

Jogszabályi szintű (absztrakt) jogviszonyok

A jogi objektiváció és a jogrend viszonyának helyes felfogásával kapcsolatban két téves álláspont kritikáját szükséges előrebocsátani. Nem tartható a dogmatikus pozitivizmus álláspontja, amely a jogot azonosnak tekinti a normával, illetve a normánál átfogóbb jogrendet pusztán normatív alapú rendnek tekinti, amelyre minden visszavezethető volna. Így a jogalkalmazói döntést teljes egészében a norma tartalmából levezethetőnek véli, ami a jogalkalmazási elméletben sematizálóan elégtelen magyarázat. Ez az egyik lehetséges extrém álláspont – még ha vannak is ilyen könnyű, kákabélű, egy előírt jogi mozzanat meglétén vagy hiányán eldönthető esetek. E felfogás képviselői továbbá figyelmen kívül hagyják, hogy a jog a jogforrási értelemben létező *normáktól függetlenül megalapozódó autonóm jogalanyok jogviszonyaiban is egzisztál*. Nemcsak norma és nemcsak jogalkalmazói döntés, hanem egyedi, konkrét jogügyletekkel életre hívott *jogviszony* is. Ekkor a természetes és mesterséges személyek mint jogalanyok egyedi döntése lesz jogviszonyuk „normája" (az individuális normák egyik válfaja a joglépcsőelméletben a Hans Kelsen – Adolf Merkl párosnál), tehát *az adott felekre érvényes jogosultságokat, és kötelezettségeket tartalmazó, következésképpen magatartásukat megszabó magatartásminta, mérték*. Jogügyleteik révén. (A jogügyleteknél a jogviszonyok tehát nem a tárgyi jog, a jogszabályok absztrakt jogviszonyainak szintjén merülnek fel és abból nem is levezethetőek.)

A normatív dogmatizmus antitéziseként a „realisták" pedig megpróbálják eloldani a jogalkalmazói döntést a jog dogmatikai, logikai közegétől, professzionális

érvelési technikáitól azért, hogy előtérbe állítsák a döntéshozó – gyakran tetszőlegesnek vett – szubjektivitását, jobb esetben autonómiáját. Számukra a döntés a bírói szubjektum elszigetelt tudati aktusaként jelenik meg, valaminő kontingenciaproblémaként. Valójában a döntést hozó autoritása, az eset eldöntésére való jogi felhatalmazása – kedvező esetben – éppen szakmai tudásán, tapasztalatán nyugszik, melyet a döntés során képes is érvényre juttatni. *Ily módon a szabadjogi jogtalálás is a kettős reflexió kényszere (tudniillik a jogrend egynemű, önreferenciális közege és a döntésre való felhatalmazás, képesség, szakmai autoritása) melletti szabadság.* Ez pedig éppen azt mutatja meg, hogy a jog nemcsak jogszabály, nemcsak szabad mérlegelés és méltányosság, hanem a közhatalmat gyakorló állami szervezethez kapcsolt, speciális *döntési hatalom* is.[163] Mindazonáltal a rabulisztikus érvelések és az inkonzisztens, önmagukat lerontó vagy a jogalkotás kazuisztikus szabályozásai termékeny talajt jelentenek a realista felfogás szubjektivisztikus válfaja számára. Egyezően azzal a hétköznapi állampolgári vélekedéssel, amely szerint a jogászok úgy csűrik-csavarják, ahogy éppen megbízóiknak kell, ahogy éppen akarják. *Minden és minden döntésnek az ellenkezője is megindokolható jogilag.* Feltéve, de meg nem engedve, hogy minden döntés megindokolható valaminő módon, *akkor sem egyenértékűen megalapozott* és levezetett döntésekről van szó. A vallási és hagyományos vagy teokratikus jogrendszerek, valamint az esetjogi rendszerek sajátlagos jogtechnikáinak racionalizáltsági szintje[164] ugyancsak hozzájárulnak a szabadjogi jogtalálás érvényességi tartományának kiterjesztéséhez.

Általánosságában nem lehet a jogviszonyokat sem teljesen a normatív jogrend és döntések nélkül, valamint a döntéseket normák és jogviszonyok nélkül felfogni, az egyik reális mozzanatot kijátszva a másikkal szemben. A döntések értelme konstitu-

[163] A választott bíróság vagy az egyház kánonjogi bíráskodása olyan kivételek, amelyek államilag elismertek, és ezért legitim és legális tevékenységek. Sir Edward Coke (1552–1634), Anglia főbírája joggal vetette oda uralkodójának, amikor az el akarta vonni bírói joghatóságát: „A Király nem bírálhat el saját személyében egyetlen ügyet sem… hanem azt valamelyik Bíróságnak kell megtennie, Anglia joga és szokásai szerint… Isten kiváló tudással és természeti adottságokkal áldotta meg Őfenségét; de Őfensége nem tanulta birodalmának, Angliának a jogát, azokat az eseteket pedig, amelyek alattvalóinak az életére, öröklésére, javaira és vagyonára vonatkoznak, nem a természetes értelem szerint kell eldönteni, *hanem a jog mesterséges értelme és ítélete szerint,* amely jog olyan mesterség, amely hosszú tanulást és gyakorlást igényel, mielőtt valaki eljuthat a megismeréséig." A jogrend egynemű közege egy olyan „útmutatás" (guide) a jogi problémák artikulálásához és megoldásához, amelynek érvelésmódjait, értelmezési módszereit csak módszeres tanulással lehet elsajátítani.

[164] A common law jogcsalád sajátosságait jellemeztük (Szigeti–Takács, 2004: 228–234). Ennek értékeléséhez lásd még Eörsi Gomberg–Smith-eset elemzését (1975: 110–112). Kritikai felvetésünk jogosultságát érzékelteti – noha nem bizonyítja – Lord Asquith szarkasztikusan csípős véleménye arról, hogy mi a különbség a precedensrendszerben a jogforrásértékű ratio decidendi és az obiter dicta (az ítéletben található egyéb, nem kötelező erejű állítások) között, amikor ezt mondja: „A szabály meglehetősen egyszerű. Ha egyetértesz a másik fickó véleményével, azt mondod, hogy a ratio része. Ha pedig nem, akkor az obiter dictum, azzal a jelzéssel, hogy megalkotója egy született idióta." Idézi Badó Attila 1992/6: 294.

tív jogviszonyok létesítése, megszüntetése, megváltoztatása vagy néhol csak deklarálása – a jogrend alapján. *A jog dinamikus szerkezeti elemei létezésükben összefüggenek egymással, s mindig jelen vannak a jogi valóságban. Más kérdés, hogy létszakaik, változó mértékeik, funkcióik szerint nem egyformán. Makroszociális szinten* tekintve egyszer *a törvényhozó állam jogszabályai*, másszor az egyedi esetek tömegét megoldó *igazságszolgáltató állam* vagy a végrehajtást végző *igazgató állam, a hatósági jogalkalmazás kerül* előtérbe, éppen a változó társadalmi szükségletek függvényében. Carl Schmitt ezt a történelmi dinamikát úgy fogta fel, hogy a különböző államtípusoknak különböző belső társadalmi állapotok és belpolitikai tendenciák felelnek meg, s ezzel indokolta e hármas megkülönböztetés létjogosultságát (Schmitt, 1932). Feszültségekkel és ellentmondásokkal terhes társadalmi vagy gazdasági vagy hatalmi viszonyok kiváltják a jogalkotói szabályozás szükségletét, a régebbi regulációk módosítását vagy egyenesen hatályon kívül helyezését. A jog azonban a békés gazdasági és civil együttműködésnek éppúgy eszköze, formaadója a jogügyletek millióival, mint az állami szabályozás.

Az impériummal eljáró államszervezet törvényhozói (jogalkotói) tevékenysége és jogszolgáltatása sehol sem helyezi hatályon kívül azt a *mikroszociális dinamizmust*, amellyel egyfelől a társadalmi kötelékek mellérendeltségi viszonyaiban a felek akarati autonómiája alapján jogviszonyokat hoznak létre, másfelől szervezik és lebonyolítják az árugazdaság forgalmi, tulajdoni és ügyleti viszonyait – éspedig az államtól függetlenül (is). Így például joghatás kiváltására alkalmas, kölcsönös akaratmegegyezéssel létesítenek jogosultságokat és kötelezettségeket a civiljog területén, akár atipikus jogviszonyokat létrehozóan, mert ennek szabályai zömmel nem kógens, hanem diszpozitív-megengedő természetűek. A szerződési szabadság joga és elve alá tartoznak (mindaddig, ameddig nem vezetnek valamely érvénytelenségi ok megállapításához: törvénysértés következtében semmisséghez vagy jóerkölcsbe ütközés következtében a polgári jog szerinti megtámadhatósághoz). Ekkor a felek autonóm döntéséről, s nem jogalkalmazói döntésről van szó, és a gazdasági és szociális helyzetek jogi kezelése és alakítása közhatalmi aktivitás nélkül történik. *Jogügylet per definitionem:* a természetes személyek mint jogalanyok közötti egyoldalú, két- vagy többoldalú joghatás kiváltására irányuló és arra alkalmas, jogviszonyt eredményező aktusa (ráutaló magatartás, szimbolikus konvenció vagy nyilatkozat).[165] Kulcsmozzanat: a természetes személy jogalanyiságának természetjogi alapú – minden ember veleszületett, elidegeníthetetlen jogaként – államtól független elismerése, amelyhez a tárgyi jog primátusának tagadásán keresztül és a magánjogi jogalanyiság/jogképesség állami elismertségének interpretációitól kis-

[165] A jogi személy mint jogalany itt azért nem jön szóba, mert annak valóban conditio sine qua nonja az állami elismertség. Származékos, mert mindig vagy természetes személyek vagy az állam vagy már létező jogi személyek hozhatnak létre a jogi személyeket. Az emberi méltóság jogi védelme éppen ezért csak természetes személyeket illethet meg.

sé elrugaszkodva vezet az út. Csak ha az így létesített jogügyletek (egyoldalú, például joglemondó rendelkezés, két- vagy többoldalú kötelmek)[166] saját útjukon nem mennek teljesedésbe, vagy megsérülnek, akkor követi az autonóm jogviszonyokat az impériummal beavatkozó hatósági döntés: az eredeti jogviszony tipikus (normatív rendnek megfelelő) vagy atipikus (normatív rendtől eltérő) jogosulti vagy kötelezetti tartalmának megállapítása jogalkalmazással és esetlegesen kikényszerítése. A jogi összfolyamatba illeszkedő létszakok szempontjából tehát az autonóm jogviszonyok az államtól függetlenül, a felek diszpozitív rendelkezései folytán keletkeznek és mennek át a teljesítés fázisába. Az a tény, hogy az állam jogalanyi jogosultsággal és jogképességgel rendelkezőnek tekinti a természetes személyeket, akik ennek birtokában saját belátásuk és felelősségük szerint hoznak döntéseket, az állam elismertségét fejezi ki, ami jogegyenlőségi alapon történik. Nemre, fajra, felekezetre való megkülönböztetés nélkül. Senki sincs kizárva autonóm jogviszonyok keletkeztetéséből és teljesítéséből, aki általános jogképességgel rendelkezik. Saját nevében szerezhet jogosultságokat minden nagykorú állampolgár, aki ügyei viteléhez szükséges belátási képességgel, cselekvőképességgel rendelkezik, továbbá minden olyan szervezet, mely eleget tesz a jogi személy kritériumainak. A jogalanyokat formális rendelkezési szabadság illeti meg, vagyis saját nevükben szerezhetnek jogokat, vállalhatnak kötelezettségeket. Az elvileg és jogilag egyenlőnek tételezett jogalanyok által létrehozott autonóm jogviszonyok nem igénylik a tevőleges állami részvételt, mentesek attól, ellentétben a közjog területeivel[167] és az aktív hatósági jelenlét mellett keletkezett civiljogi jogviszonyokkal. Ha az ilyen autonóm (nem állami, nem hatósági részvétellel létrejött) jogviszonyok nem realizálódnak, nem mennek teljesedésbe, és nincs a felek között további ilyen megegyezés békéltető eljárással, akkor a konfliktus feloldására a passzív állami-közhatalmi távollét jelenlétté válik: de itt már nem a jogviszony létrejöttéről, hanem jogvitáról, jogsértésről, a teljesítés létsza-

[166] Igaz, a jogügyleti tan a *római-germán jogi kultúrában* kimunkált és használt fogalom, amely Kelet felé terjedt el (Oroszországtól Japánig és Kínáig), míg a franciák a szerződés általános fogalmát használják. A common law pedig mellőzi ezt az absztrakciót (a *contract* a civil law-ban csak a szolgáltatás és ellenszolgáltatás cseréjére korlátozódó fogalom). Galgano a romanista hagyomány jellemzőjének tekinti, hogy két (vagy több) egyező akarat egy egységes akaratban olvad össze, ami a szerződő felekre nézve „törvényerővel" bír. Jogcsaládunkban mi is ezt a generalizált felfogást tartjuk adekvátnak, az élet- és gazdasági viszonyok jogi forma általi meghatározásának. A skandinávoknál is ismert a jogügylet, azonban egyoldalú akaratnak tekintik: nem a szerződés, hanem saját egyoldalú akarata kötelezi a feleket, éspedig azért, mert megfelel a másik fél akaratának. (F. Galgano, 2006: 52–53). Tehát nem a létrehozott viszony kötelez, hanem az akarategybeesés. Szerintünk ez problematikus magyarázat: véletlen műve volna az egybeesés? Aligha.

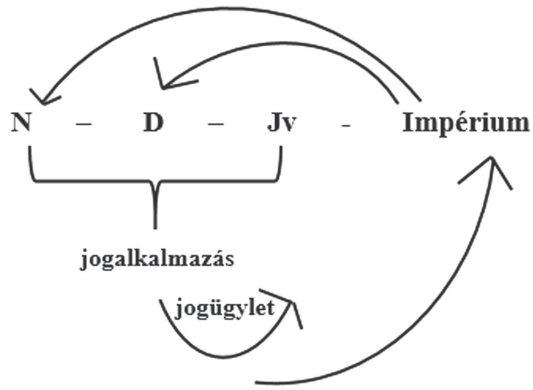
[167] A hatósági jogalkalmazásban az állampolgári jogkövető magatartás esetén is szükséges az állami jelenlét: engedélyhez kötött tevékenységek engedélyezése, hatósági igazolások, tanúsítványok kiadása, jogkövetés megállapítása hatósági ellenőrzés során, akár kérelemre indult, akár hivatalból kezdeményezett eljárás az ügy tárgya (officialitás), önkéntes jogkövetés esetén nem lesz szó jogsértésről, de hatósági jelenlét és jogalkalmazói aktusok szükségesek a jogviszonyhoz.

káról, annak meghibásodásáról, következésképpen egy vélelmezett szerződésszegés jogkövetkezményeinek érvényre juttatásáról van szó. Ekkor, a jogalkalmazáskor lép be a jogügylet-értelmezés tana: az akarati (Savigny; Windscheid) vagy a nyilatkozati elv (Dernburg-elv) vagy az egymásra reflektált elvek egységben történő (Peschka)[168] értelmezése. Ez azonban nem változtat sem a magánjogi, sem a gazdasági kapcsolatok jogviszonyainak autonóm, állami aktivitástól független keletkezésén.

A jogalkotástól (és a jogalkalmazástól) függetlenül létező autonóm jogviszonyok is a jogrend konstitutív részei. Különösen a stabil társadalmi-hatalmi viszonyok, a civil társadalom békéjének idején jellemzik a *jogügyletek és az általuk kiváltott jogviszonyok a jog létmódját*. A jog szerkezeti elemeinek dinamikája, egymásba való átmenete szempontjából tekintve a jog diszpozitív tartalmai mögött is ott van *egyfelől* az állami jogalanykénti elismertség (amit nem az állam ad, és keletkeztetése nem igényel az államtól tevőleges magatartást, éppen mert a modern, egyénközpontú emberi jog természetjoga alapozza ezt meg, nem pedig mint évszázadokon át, a magánjogi alapú, természetesen a saját területén nélkülözhetetlenül értékes jogalanyiság-felfogás), *másfelől* a legitim erőszakmonopólium garanciális szerepe a jogosultságok és kötelezettségek szerződésszegés esetén való kikényszerítésére, illetve a jogellenes magatartások szankcionálására. Quod erat demonstrandum. Következésképp: *normák*, autonóm és nem autonóm (alárendeltségi) *viszonyok* (jog és társadalmi viszonyok), *döntések* és *az impériummal eljáró szervezeti-hatósági elem egymást feltételező és egymásba átmenő dinamikus szerkezete a jogi objektiváció létmódja.*[169]

[168] Peschka jogügylet-értelmezése éppen az alanyok kizárásával a jogalkalmazás dimenziójában vizsgálódott – magánjogi relevanciával, de a jogelmélet szempontjából ez túl szűk. Az ügyleti akarat tartalma és a nyilatkozat jogi formája közötti problémát ellenben értően oldotta meg, dualista nézetével. Vékás Lajos megmutatja, hogy az akaratelmélet szerint kétség esetén a nyilatkozó akarata szerint kell ítélni, mert a jogügylet egy akarati viszony. Ezzel szemben a nyilatkozati elmélet azért tekinti a nyilatkozatot irányadónak, mert az címzettekhez szól (legtöbbször), tehát az a mérvadó, ahogy az akarat megjelenik. Ellentétes érdekek védelme a vita tárgya: az individuális akarat védelme vagy ezzel szemben, a nyilatkozati elv a vagyoni (visszterhes) forgalom szempontjából és a bizalomvédelem miatt is a címzettek érdekeit helyezi előtérbe. (Vékás, 2016–2017: 40). Peschka jogügylet-értelmezési elmélete a tartalom–forma viszony egységéből reflektál: „Sem a jogügyleti akarat nem lehetséges jogügyleti nyilatkozat, sem jogügyleti nyilatkozat jogügyleti akarat nélkül" (Peschka, 1980: 484). Egymást feltételező egységükben tárható fel az akaratnyilatkozat tartalma, amelyet az értelmezés második, konkretizáló szakaszában továbbvisz. A forgalmi, visszterhes ügyletek estében a címzettek, az elfogadó fél szempontjából kell konkretizálni a tartalmat a bírónak vagy a hatóságoknak; míg a nem címzett és ingyenes jognyilatkozatok értelmezése a nyilatkozó fél szempontjából individualizál. A nyilatkozatot tevő fél helyzetéből, szemszögéből nézve kell értelmezni a nyilatkozatot (1980: 485). Ingyenes vagy joglemondást tartalmazó nyilatkozat esetén csak helybenhagyó értelmezés lehetséges, nem szabad az egyoldalú akaratnyilatkozatot kiterjesztően értelmezni (1980: 494–495).

[169] *Szociológiai értelemben az intézményesülés lehet normatív, szervezeti és szerepekből álló*. Az emberi gyakorlat tárgyiassági formáit nézve a jogi érvényességű normativitás az intézményesültség összes jellemzőjének megfelel. A jog normatív érvényessége feltételezi a jogszabályok normáit létrehozó jogalkotó és az azokat alkalmazó jogérvényesítő szervezetek és szerepek intézményesültségét, közhatal-



Egy államtalanított jogászjog gondolati-módszertani konstrukciókkal létrehozható, és lehet is bizonyos vonatkozásokban magyarázó értéke, mert egy állam nemcsak közhatalmi-politikai és szervezeti realitás, hanem jogi összetevőjű is, amit ki lehet emelni és elszigetelve elemezni egy állam és jogrendszere saját funkcionálásától. Mi azonban nem ezen az analitikus úton járunk. A jog társadalmi létmódjának ugyanis meg kell felelnie az empirikus és történeti tapasztalatoknak. Nem azonosítjuk mi sem a jogot az állammal, mint Kelsen „Zwangsysteme"-je, mondván az állam azonos jogrendjével, tehát az állam csak annyiban van, amennyiben a jogrendnek beszámítandó funkciók realizálása, hatósági vagy emberi-jogalanyi cselekvéssel. Továbbá nem becsüljük *sem alá* (mint a jogot kizárólag az erkölccsel és/vagy, felekezeti, transzcendens-teista természetjogokkal megalapozni kívánó egyoldalú magyarázatok), *sem túl* a jog közhatalmi-autoritatív jellegét (ahol a skandináv realista kényszerelméletek: a jog a hatalom tényének egyik funkciója)[170]. És távol áll tőlünk az is, hogy a jogfilozófiát egy olyan gyakorlati filozófiaként fogjuk fel, amely azt döntően a jogalkalmazás indokláselméletére redukálja, mint ezt ma az angolszász analitikus iskolában oly sokan teszik, egy interpretív elgondolás jegyében.[171] A mo-

---

mat gyakorló állami szerveket, szerepeikkel. Igazságszolgáltató szerveket, ahol bírói, ügyészi, ügyvédi szerepek nélkül vagy jogalkalmazásra felruházott egyéb hatóságok nélkül nincs se jogérvényesítés, se jogalkalmazás. Mind a törvényhozó-jogalkotó (tételező), mind pedig a jogalkalmazó-ellenőrző szervek elnevezése, felépítése, feladat- és hatáskörmegosztása, személyi összetétele változhat, de funkcióik ellátásához meghatározott szerepek intézményesültségének állandónak kell lennie. Szemben a jogalkalmazói döntésekkel, a jogügyletek keletkeztette jogviszonyoknál ez nincs így. A magánautonómia jogügyletei, szerződései egyedi döntések tíz- és százezreinek, millióinak az eredménye egy országban, de eltérően a jogalkalmazói döntésektől, itt nincs se szervezeti, se szereptípusú intézményesültség. Egészen addig, amíg az ügylet teljesedébe megy – nem követi jogvita.

[170] A tétel természetjogias változatban is megfogalmazódott már az antikvitásban: az egyetlen természetes jog az erősebb joga (Kalliklésznél), vagy Platón Traszümakhoszánál „a jog a hatalom birtokosainak az előnye".

[171] *Az interpertivizmus-probléma*, mint a mainstream angolszász jogelmélet egyik meghatározó tendenciájáról lásd Bódig Mátyás tanulmányát (143–162), illetőleg Dworkin (163–174), Hart (175–182),

dern árugazdaságokhoz és a kapitalizmus viszonyai között a jog az impériumhoz, az államisághoz – hatalmi-politikai és szervezeti értelemben is – kapcsolódó jelenség, azonban nemcsak ahhoz, hanem éppen mint komplexusokból álló komplexusnak, tehát *közvetítő rendszernek eleven kölcsönhatásai vannak* a gazdasággal, a politikával, az erkölccsel – olyan részterületekkel, szférákkal – is, amelyek könnyen illeszthetőek a társadalmiság közös alapzatán kifejlődött összreprodukciós folyamatokba. Ezért nem lehet a jogalkotó és a jogalkalmazó funkciókat ellátó közhatalmi intézmények nélkül a jog létmódjait tárgyalni. A létszférák és alrendszerek feszültségei szülik meg a jog dinamikus, fentebb jellemzett létmódját, *a négy struktúra elem funkcióin keresztül egymásba átcsapó mozgását*.[172] Ezen normatív, közérdekeket meghatározó és különös érdekeket priorizáló jogalkotási (lásd a közérdek szubsztantív fajtáit, 6.3. alatt) és jogalkalmazói döntési koordinációk nélkül a társadalom összreprodukciója válna veszélyeztetetté, vagy esne vissza egy alacsonyabb szintre.

Perry (183–224) és Moore (225–268) szövegeit, In Bódig–Győrfi–Szabó (szerk.): *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái*. Miskolc, 2004.

[172] Egyetértően foglalhatjuk össze és idézhetjük Peschka Vilmosnak a jogi objektivációról szóló felfogását, (néhány eltéréssel). Peschkánál a jogi objektiváció nemcsak a társadalmi viszonyok sajátságos, jogszempontú szelekcióval és átformálással véghezvitt visszatükröződése, amely tartalmi és formai elemeit egyaránt a társadalmi létből meríti, hanem olyan objektiváció is, amely eltérő fejlettségű és funkciójú – *normatív, jogügyleti és jogviszonytípusú* – objektivációs formákból áll. Ezek különbözőképpen, de egyaránt a jogi komplexus mozzanatait képezik. A legfejlettebb, általános érvényességgel rögzített forma a jogi normáé, amely éppen nem adekvát, ismeretelméleti tükrözése a társadalmi viszonyoknak, hanem azok inkongruens, sajátos, legyen-struktúrában való kifejeződése, s elsősorban konfliktusfeloldó és regulatív funkciót tölt be. A jogviszonyok mégsem közvetlenül azonosak a jogi normák által absztraktan szabályozott társadalmi viszonyokkal, hanem azoktól eltérő, különálló sajátos társadalmi létet, a jogi objektiváció specifikus rétegét jelentik. Amíg a norma *előírás*, addig a jogviszony olyan társadalmi viszony, amely a jogi *normának megfelelő (vagy azt sértő) magatartás*. „A jogi normának a jogviszonyokban konkretizálódásáról akkor beszélünk, amikor a jogi norma előírásai a jogi normában elvontan és általánosan megfogalmazott jogok és kötelezettségek, az ugyancsak a jogi normában meghatározott esemény, cselekmény vagy történés, egyszóval jogi tény hatására a szabályozott társadalmi viszony résztvevőit, alanyait az egyedi szituációban, relációban megillető jogosultságokban (alanyi jogokban) és kötelezettségekben (alanyi kötelezettségekben) jelennek meg" (1988: 53). Mi a társadalmi, gazdasági és politikai *viszonyok szülte feszültségekből és konfliktusokból képezzük a négy struktúraelem dinamikájából előálló létmódot.* Ezzel eltérve a Peschka féle *három eltérő fejlettségű és funkciójú objektivációs formától*, ahol egyfelől a legfejlettebbnek az általános érvényességű jogi normát tekintette, másfelől az autonóm, mellérendeltségi döntés önálló jelentőségére, az egyedi normára nem igazán helyezett hangsúlyt. Ezért az nála a jogalkalmazás keletkeztette jogviszonyokban oldódik fel.

VI.
LEGALITÁS – LEGITIMITÁS, MORALITÁS. ALKOTMÁNYOZÓ HATALOM ÉS ALKOTMÁNY. A JOGALKOTÁS JOGELMÉLETI NÉZŐPONTBÓL: AZ ÁLTALÁNOS AKARAT KÉPZÉSE, TÍPUSAI

6.1. Legalitás és legitimitás újkori viszonya 232
6.1.1. Legalitás és moralitás: antinomikus viszony, teista visszavezethetőség vagy „tertium datur”? 238
6.1.2. Alkotmányozó hatalom – alkotmány – alkotmányozás *243*
6.2. A természetjog fogalmilag (M. Weber). Ontológiai, újratermelődő és közvetítő státusza a társadalmi lét és a pozitív jog között ***249***
6.3. A jogszolgáltatás stádiumai: közvetítési folyamat a jog előtti szakasz – a természetjog és a pozitív jog között 252
6.4. Jogalkotás jogelméleti nézőpontból: a minden egyes akaratától az általános akaratig vezető út 261
6.4.1. A közérdek 261
6.4.2. A magánjogi, partikuláris-konfliktusrendező közérdek 263
6.4.3. Paradigmatikus változatok: J. J. Rousseau – G. W. F. Hegel – R. Pound és a politikai piac (Public Choice és a közjavak természetes monopóliuma) 265
6.5. Konklúziók – a közérdek szubsztantív fajtái 288
6.5.1. magánjogi, partikuláris-konfliktusrendező; 6.5.2. empirikus közérdek; 6.5.3. generikus közérdek; 6.5.4. specifikus közérdekek: a kollektív identitás fennmaradása és/vagy fejlesztése. Az érdekek elismerése és priorizáló artikulálása 288

6.1. LEGALITÁS ÉS LEGITIMITÁS ÚJKORI VISZONYA

A legalitás szféráját mint olyat kell elhelyeznünk a társadalmi totalitásban. Többjelentésű fogalomról van szó, amely első megközelítésben az állam jogi szféráját, a legalitást, a legális területét jelenti. De a jogszerűnek (legálisnak) és a jogellenesnek (illegálisnak) minősítés is a legalitás tartományára vonatkoztatással mehet végbe. Gyakran a jogszabályok betartásának és betartatásának követelményét is értik a legalitáson, bár ezt a problémát inkább a törvényesség komplexebb követelménye fejezi ki, történeti és elméleti összefüggések okán is. Legális rend, jogrend létezett a középkorban is a központosított monarchikus államok idején – szemben az anarchikus állapotokkal –, de a törvényesség követelményét csak a polgári korszak hozta magával. Parciális relációban pedig a legalitás egyik jelentése az opportunitás fogalmával szembeállítva kap értelmet: célszerűségi szempontból elejthetik a legalitás követelményének érvényre juttatását az eljáró szervek, ha az ügy bagatell (nem érdemli meg az igazságszolgáltatás gépezetének mozgásba hozását).[173] A többjelentésű fogalom használatainak vázolása után a későbbiekben sort fogunk keríteni a jogi objektiváció jogfilozófiai elemzésére is, amelynek sajátlagos módszere a kategóriaelemzés lesz.

Egy adott jogrend értéktartalmát – a legalitásnak a legitimációhoz való viszonyát – feltáró elemzés is szükséges, mert a legitimáció az adott társadalom berendezkedéséhez, érdek-, érték- és eszmei viszonyaihoz, tradícióihoz, eljárásaihoz és a jogrendhez egyaránt kapcsolódik. A legitimáció és a legalitás azonosságának és nem azonosságának a különbségét kell tehát megvizsgálnunk, de nem a premodern, monolitikus legitimációs szerkezetben, amely a feudum vazallusi láncolatára és a végső soron a túlvilági igazoltság alapjaira épül, hanem a modern állameszmék kiindulópontjáról.

Az újkor előtt még az igen fejlett középkori joggal élő Angliában sem vált el a rendszer legitimációja és az államhatalom legalitása. A *személyi* és *dologi függés* premodern alapviszonyainak összegubancoltsága következtében az uralom dologi viszonyainak haszonélvezői magánhatalommal, utasítási joggal is rendelkeztek az alávetettek felett. Csak a a polgári társadalom elválása a politikai államtól szüntette meg a hatalom túlvilági, monista legitimációjának lehetőségét, szekularizálta és pluralizálta a modern idők uralmi és legitimációs szerkezetét, és számolta fel a személyi függésen alapuló jogegyenlőtlenségi, hűbéri viszonyokat. Világtörténetileg ez akkor kezdődött, amikor 1789-ben a felvilágosodás világképének szellemében a fran-

[173] Például: az ügyészség célszerűségi szempontokból és a magatartás igen csekély társadalomra veszélyessége okán („bagatell" cselekmény) elengedte annak az albán férfinak a megbüntetését, aki megsértve a devizagazdálkodásra vonatkozó magyar törvények által előírt külföldi fizetőeszközök magyar határon történő belépéskori bevallási kötelezettségét, átsétált a zöld folyosón Ferihegyen, pár tucat euróval a zsebében.

cia Nemzetgyűlés legitimnek nevezte önmagát, s ezzel a nép szuverenitása nevében a történelemben először detronizált egy jogszerűen uralkodó királyt. A középkor alkonyával új módon vetődött fel a legitimáció problémája, noha a szekularizáció gondolata még a 19. században is harcol a vallási megalapozottságú konzervatív államelméletekkel, mint ahogy az egyidejűleg fennálló történelmi különidejűség következtében például az iszlám fundamentalizmus ma is a teokratikus hatalom legitimációs szerkezetét éleszti újjá. Tegyük persze hozzá: feltehetőleg és remélhetőleg nem az evolúció fő útjaként.

A két kategória viszonyának tisztázásakor abból indulhatunk ki, hogy minden társadalmi forradalom útján létrejött rend új legalitást teremt. A forradalmak világmagyarázata, legitimációs potenciálja olyan erejű társadalmi tény, ami a hatalom jogosságába vetett hitet nem a folyamatosságra, hanem a radikális fordulatra és a változásra építi. Épp ezért egy új forradalmi rend a kezdetben nemigen állhat közel a – weberi értelemben vett – legális uralom ideáltípusához, hiszen nemcsak a korábbi legitimációs értékrendet tagadja, hanem szakít a korábbi jogrenddel is. E szakítás erejét és jelentőségét az jelzi, hogy átfogóan tagadja a jog legmélyebb rétegét, a jogviszonyokat is. Viszont az új, forradalmi alap mellett karizmatikus és/vagy tradicionális legitimációs mozzanatok és ezek kombinációi adják a keletkezett rendszer legitimitását, miközben ez egyidejűleg megkezdi egy új jogrend kiépítését. A forradalmak utáni első szakaszban a jogfejlesztés kapui a legszélesebbre tárulnak jogtechnikailag is, mert nem kötelezőek a korábbi jogrendben érvényes, a jog létrejövetelének módjára vonatkozó formális, procedurális szabályok sem. A természetjog a király a pozitív joggal szemben.

Az első szakaszt több-kevesebb idő után követi a második, melyben a jogfejlesztés útjai fokozatosan szűkülnek, extenzíve és intenzíve is végbemegy egy új intézményesedés, a kezdeti természetjog pozitivizálódik (Eörsi, 1975: 132–137). Létrejönnek azok az új intézmények, normák, jogtechnikák, amelyek ha érvényesülni képesek, ha van törvényesség, kiépítik és megerősítik a karizmatikus és/vagy tradicionális legitimációs módozatok mellett (esetenként helyett) a legális uralmat, amelyben a hatalom aktusai előzetesen rögzített és közzétett normákra vezethetők vissza, s ezért és ennyiben kiszámíthatóak. A magatartáskutató, megértő szociológia nyelvén szólva a társadalmi kapcsolatok renddé szerveződnek, ha az emberek cselekvéseiket nagy átlagban a legitim rend maximáihoz igazítják, azokat mintaadónak ismerik el. Ha pedig ezek a maximák döntően nem a karizma vagy a tradíció erejéből fakadnak, hanem a legalitásba vetett hitből, akkor az uralom racionális jellegűvé válik. „Ha az uralom megfelel a tételes rendnek, akkor legálisan, törvényekben rögzített dologi és személytelen rendnek, valamint az e rend által kijelölt elöljárónak – az általa hozott rendelkezések formális legalitása folytán és körén belül – engedelmeskednek" (Weber, 1987: 224). Viszont ha nem engedelmeskednek, vagy nem épül ki a pozitív jogrend, akkor lerontják a legitimnek vélt rend normatív érvényességét és empirikus érvényét, stabilitását.

Forradalmak és ellenforradalmak, a politikai változás nem kvantitatív, hanem kvalitatív módozatai teremtik meg a fenti tiszta formában vett mozgást, fogják át legteljesebben a materiális, formális és procedurális mozzanatokat. Az új legitimitási potenciál új jogrendhez vezet, anyagi és eljárási értelemben is új alapot konstituál, miközben a jogrend kiépítésével, saját legitimitása követelményeinek normatív eltárgyiasításával rögzíti, megerősíti azt. A forradalmi versus ellenforradalmi legitimáció új legalitást szül, s a legalitás megerősíti a legitimációt. Ez az összefüggés fordítva is igaz, amennyiben a pozitív jogrendre vonatkozó legalitás elvitatása aláássa a társadalmi rendszer legitimációját is. Ebben van kölcsönhatás, egybeeséséről azonban nincs és nem is lehet szó, mert a világ és történelemlátás egy módja és a pozitív jogrend különnemű képződmények. A legitimáció a berendezkedés egészére, *a legalitás az államra vonatkoztatott*.[174] Minden legitimációs potenciál természetjogi

[174] Nincs is modern állam legalitás nélkül és megfordítva: legalitás állam nélkül. Ezzel is válaszolhatunk kritikusunk bírálatára. Cs. Kiss professzor a *Lehetséges-e jogelmélet államelmélet nélkül?* című tanulmányában kérdésének aktualitását fenntartva elismerően szólt jogállamiság-elméletemről: „az egyetlen olyan szerzőnek tekintve, aki nem pusztán a diszciplínák tantervi-tanrendi rögzítésének módján, hanem rendszeres formában tett kísérletet a probléma tisztázására az elméletalkotás műveleti síkján. Azonban a jogállamiság jogelmélete és az általános államtan közötti szükséges egybehangzás megteremtése, a két elméletalkotási eljárás közötti kapcsolódások kidolgozása továbbra is megoldandó feladat maradt" – írja. In *Unitas multiplex,* (szerk.) Takács Péter, Gondolat–SZE DFK, Budapest–Győr, 2017: 60–79). Nos, nem egészen így gondoljuk. Ha kollégánk figyelme kiterjedt volna arra a distinkciónkra, hogy a jogállamot eleve nem azonosítottuk az állam általánosabb fogalmával, mert se forradalmak vagy össznemzeti válságok, se ellenforradalmak, se rendkívüli állapotok közepette *nem tekintettük relevánsnak a jogállamiság kérdésfelvetését*, hiszen ezekben a helyzetekben a politikai hatalomgyakorlást *nem kötik* materiális értelemben vett szabadságjogok, amivel az egyéneket és a társadalmakat a közhatalom joghoz kötöttsége tartalmilag, nem egyszerűen a formális jogszerűség oldaláról is védi. A formális jogszerűség az önkény jogszerűsége is lehet. Ekkor a politika elsőbbsége érvényesül a joggal szemben, amelyet formális eszközéül használ. Ekkor hatalmi államról (Machtsstaatról) van szó, nem jogállamról. Jogrendje minden államnak van, ami nem lehet azonos a jogállami minőségű jogrenddel. Ezért választottuk el három érvényességi körként *az ahol nincs?, a hol lehet? és ahol lehet, ott melyek a jogállamiság kritériumai* (Szigeti-Takács, 2004: 224–225). Ezért semmiképpen sem áll, hogy Szigeti „minden elemében és funkciójában jog alá rendelt állam nézőpontjából tesz kísérletet a jogelmélet megalkotására" (2017: 76). A jogállamiság jogelmélete pedig nem azonos egy általában vett jogelmélettel, amire nem is tettünk akkor kísérletet. Annak átfogóbb a tárgyi problémája. Egy államelméleti, általános államfogalomnak, amelyben a politikai hatalmi-szervezeti oldal áll előtérben – ha nem osztjuk „az állam azonos jogrendjével" kelseni paradigmáját –, pedig nem kell tartalmaznia a jogállami minőségi jog általunk bemutatott követelményrendszerét (lásd 2004, 6. fejezete történeti változataiban, és ezen belül rendszerező kritériumaival 252–257), hiszen annak a legitim erőszak-monopólium a differencia specifikuma, a legalitás materiális tartalmaitól függetlenül (ahol megoldásunkban Weberre támaszkodtunk, lásd szövegszerűen a 152. lábjegyzetet). Minden jogállam állam, de távolról sem minden állam jogállam is egyben. 1920 előtt persze nem létezett sem pluralista demokrácia, amely a többségi akaratképzéshez köti a normatív formára emelt, az általános államakarat képzésére felruházott jogalkotó szerveket, sem pedig jogállami minőségű hatalomgyakorlás, tehát a kormányzás alkotmányos keretek közé szorítása – amelynek végpontja az önkorlátozó hatalom. (Hiszen pluralista rendszerben is kialakulhat egy domináns pártrendszer.) Ez a hagyományos, az általános választójog

követelményeinek pozitivizálódása megszünteti a létezővé tétel aktusával a korábbi kritikai mozzanatot, tételes jogrendet létesít, s ezáltal új természetjogot hív életre. Természetjog és pozitív jog harca megszüntethetetlen. A legális uralom sem szünteti meg a legitimációs potenciálok és források ellentétét, a különnemű társadalmi csoportok eszmei és erkölcsi pluralitását, csupán a jogrend közegében homogenizálja és szabályozza, amennyiben a lehetséges értéktartalmak egy részét (vagyis a különöst) – a normatíve érvényes általánosság rangjára, a tételes jog tartományába emeli át.

Végeredményben a legitimációs források három típusa közül (*eszmék*, tehát értékek és értékrendek; *eljárások* és *teljesítmények*) – hiába áll fenn az első kettő, ha elmaradnak a rendszer teljesítményei. Ez a hiány delegitimálóan hat vissza az érintett csoportokra, rétegekre, osztályokra, s ezáltal kikezdi a három mozzanat együttesét.

A két kategória viszonyának tisztázása lehetőséget ad egy további szabályszerűség megállapítására, mely szerint *minden legális uralom legitim, de nem minden legitim uralom legális is egyben.* Egyrészt azért, mert a tradicionális és karizmatikus mozza-

előtti államtan alkalmazhatatlanságát jelenti arra a történetileg új helyzetre, amelyben a versengő politikai minőségek konszenzuális demokráciája működik, legitim jogképződéssel. A formális államtan központi fogalmából – egy adott területen élő népesség fölötti főhatalom gyakorlása – nem lóg ki a schmitti belliciózus politikafogalom. Szemben azzal, hogy a centrumkapitalizmusban, különösen a szervezett kapitalizmus keynesiánus jóléti államainak kb. 1945–1975 közötti periódusában, gyakran előálltak a többségi elvre és formálisan szabad választásokra épülő polgári demokratikus hatalomgyakorlás és a legitim jogképződés helyzetei. Jakab András általános államtanra vonatkozó túlzó kritikája, melyet indokolt távolságtartással Cs. Kiss is felidéz (2017: 64–65), illetőleg a hagyományos államtannal szemben fellépő, diszciplináris (politológiai) politikai rendszerelemzés csak különböző kifejeződései ennek a demokratikus hatalomgyakorlást és alkotmányjogi legitimitást (vagy annak hiányát) az államelméletbe felvevő, megváltozott paradigmának. Fényévekkel maguk mögött hagyva a 19. századi „honorácior demokráciák" elitista képződményeit, ahol a népesség kilenctizede eleve jogilag ki volt zárva a politikai részvételből. A jog és az állam is mindig egy adott társadalom állama, a társadalmak pedig történeti képződmények, ahogyan osztály-, réteg- és politikai erőviszonyai következtében működteti saját jogi és állami-politikai alrendszereit. Jogállamiság-felfogásunk sem volt államiság nélküli, és szerintünk sincs jogelmélet államelmélet nélkül, éppen mert sem jogalkotás, sem jogalkalmazás, sem pedig a jogrend alkotmányossági kontrollja nem képzelhető el közhatalmiság (imperium), tehát állami autoritás és szervezeti intézményesültség nélkül. A jog létmódja éppen ezért normativitás – döntés – jogviszonyok és impérium dinamikus egymásba átcsapása. Az impérium eliminálására csak a jogelméletet az ítélkezés indokláselméletére korlátozó, többnyire analitikus pozitivisták gondolnak (ahogy Cs. Kiss helyesen jellemzi Herbert Hart kizáró stratégiáját), vagy azt az államiság helyére ültetett politikai filozófiai megalapozásra törekedve kerülik el (Szilágyi Péter: A társadalomelméleti és politikai filozófiai alapozású jogelméletek különbsége in i. m. 328–342). Ekkor a szintetikus elméletalkotást, tehát a külső-belső komplexitást *mellőző módszer teremtette tárgyak* állnak elő, igencsak távol az összfolyamat gondolatilag konkrét megragadhatóságától, amelynek problémavilágáról és megértési szintjéről, valaminő analitikus módszertisztaság jegyében, le is mondanak. Magunk a hegeli–marxi dialektika és a nem lineáris, komplex rendszerelmélet módszertanát aknázzuk ki társadalomontológiailag megalapozott jogelméletünkben, éppen a jog létalapjának és önreferenciális, de nem önépítő rendszerszerűségének demonstrálására, az államisággal és a politikum eltérő szerveződésmódjainak számbavételével (utóbbira vonatkozóan lásd *A politikum konstrukciója*, IV. fejezetünket).

natok is legitim uralmat konstituálhatnak (a világképek, konzisztens értékképzetek magyarázóereje vagy éppen a vakhitek, hiedelemek mellett), másrészt mert a legalitás létrehozása forradalmak és ellenforradalmak után, amikor a legitimitás tekintetében a legnagyobb mértékű a változás, csak folyamatosan, fokozatosan történhet. Tudvalevő, hogy minden komplex intézményesítés időigényes. A régi rend egyes elemei sokáig tovább élnek.

Felvethető, hogy ebben a szemléletben van-e hely az illegitim uralom számára. A válasz igenlő, hiszen két eset lehetséges: 1. Ha van egy törvényesen elfogadott hatalomváltakozási rend, és ezt megszegik, akkor illegitim hatalom jön létre, kivéve a forradalmak és ellenforradalmak eseteit, melyek érvénytelenítik a korábbi rend legitimitását, s ezért a régit tagadva új legalitást tételeznek, beleértve a trónutódlás szabályozásának kérdését is. 2. Ha egy olyan uralom jön létre, amely vagy nem rendelkezik legitimációs potenciálokkal, vagy pedig olyan szociális képződményről van szó, ahol az adott történelmi fokon fel sem vethető ez a kérdés. Nincs legitimációs alapja egy világnézettel, történelem- és társadalomfelfogással, összefüggő politikai eszmékkel nem rendelkező uralomnak – ezért illegitim. Ilyenek a modern kor katonai diktatúrái, puccsistái, akik a hatalmat nyíltan és leplezetlenül önmagáért szerzik meg, nincs semmilyen másértvalósága tettüknek. A második esetkörre például szolgálhatnak a keletkezésükkor öntözéses gazdálkodást folytató keleti despotizmusok, ahol a hatalom a termelésirányítás funkciójából nő ki. Tehát itt a nyugati fejlődés legitimációs struktúráitól különnemű problematika értelmében beszélhetünk a hatalom illegitim mivoltáról, ami nem jelent alacsonyabbrendűséget, csak másságot, s szemben az első esettel, ahol értékviszony áll fenn legitim és illegitim között, s ahol ezért kereshető és keresendő is a hatalombitorló felelőssége. Általában véve a legitimáció és egy rendszer legitimitásának empirikus érvényessége két különböző aspektust jelent. Az eszmei érvényesség, az értékvonatkozások értelmében vett legitimáció nem azonos azzal a problémával, hogy egy adott berendezkedést, rendet a társadalom többsége, kisebbsége, egyik vagy másik osztálya, rétege, csoportja legitimnek tart-e. Az empirikus értelemben vett legitimitás ugyanis feltételezi már ezeket a szubjektumokat, feltételezi, hogy ki szerint legitim egy rendszer, és mikor, történelmi életének milyen időpontjában áll vagy nem áll fenn elfogadottsága, igazoltsága. Mindez a munkamegosztásosan és szociálisan strukturált, plurális értékkészletet vállaló és valló társadalomban egy fennálló hatalom elvitatásának és elvitathatóságának problémájához vezet át. Ahhoz, hogy X vagy Z embercsoport értékrendje alapján Y hatalom legitimitása megkérdőjeleződik, illetve megkérdőjelezhető-e vagy sem. Attól azonban, hogy egy hatalom legitimitása elvitatható X vagy Z csoport, réteg, osztály számára, nem következtethetünk arra, hogy ez a hatalom illegitim. Akkor és attól illegitim, ha nincs legitimációs potenciálja, és nem attól, ha ezt egy másik világkép, társadalomfelfogás, hiedelemrendszer stb. alapján valaki elvitatja. A modernitás éppen a versengő társadalmi erők kora, különféle legitimációk próbája. A legitimitásigények és hitek pluralizmusa és konkurenciája:

olyan szerkezeti adottság, amely nem létezett a premodern, a gazdaságon kívüli kényszerre építő alakulatok korában. A legitimáció szekularizációja, evilágivá válása idézte elő, hogy a legitimitást a legitimációs folyamat mint diskurzus hozza létre és reprodukálja. Egy rendszer legitimitását folyamatosan, újra és újra elő kell állítani, ami teljesítmények (gazdasági, szociális, kulturális), eszmei-szimbolikus javak és eljárások meggyőzőerejének függvényében történhet. Távol áll a modern, kommunikációs társadalom legitimációs helyzete a Bourbon-restauráció időszakáétól, amikor az uralmi jogot elveszíthetetlennek deklarálva tértek vissza a semmit sem tanuló és semmit sem felejtő Bourbonok a hatalomba, ragaszkodva az abszolutizmushoz. A hatalommegragadás e gesztusa annak a magától értetődöttségnek halovány, erőtlen és anakronisztikus ismétlése volt, ahogyan a korai feudalizmusban a trónra igényt tartók a primogenitúra (elsőszülöttségi jog) vagy a szeniorátus (legidősebb jogán való hatalom) elvétől eredeztették örökletes hatalmukat, s nem volt kétségük afelől, hogy szakrálisan igazolt hatalmuknak tényleg isteni rendelésből kell fennállnia az alattvalók boldogulása és boldogítása érdekében. Találó bírálatát adja egy ilyen dogmatikus legitimációs igény felvetésének Edmund Burke-kel szemben érvelve Thomas Paine: „Soha nem volt, soha nem lesz és soha nem is lehet olyan parlament, embercsoport vagy nemzedék egyetlen országban sem, amely az idők végeztéig rendelkeznék az utókor megkötésének és irányításának jogával és hatalmával, amely egyszer s mindenkorra elrendelheti, hogy hogyan kormányozzák a világot, vagy ki kormányozza; ezért úgy, ahogy van, semmis és érvénytelen minden olyan cikkely, törvény vagy nyilatkozat, amellyel annak alkotói olyasmit próbálnának tenni, aminek megtételére nincs sem joguk, sem hatalmuk, és végrehajtása sem áll módjukban. Minden kornak és minden nemzedéknek ugyanazzal a szabadsággal kell rendelkeznie saját törvényei megalkotására minden ügyben, mint a megelőző koroknak és nemzedékeknek. A síron túli kormányzás önző és öntelt igénye a legnevetségesebb és legarcátlanabb zsarnokság. Egyetlen embernek sem tulajdona egyetlen ember sem, és egyetlen nemzedéknek sem tulajdona egyetlen következő nemzedék sem… Az élő és nem a halott az, amihez alkalmazkodni kell" (Paine, 1995: 15–16). Ebből következik számunkra, hogy a konzervatív gondolkodásnak valaminő változatlanságnak a változással szembeni megörökítését célzó álláspontját nem fogadhatjuk el a jogállam legitimációs alapjaként sem.

Az újkori fejlődés következtében megkerülhetetlen tehát a legitimáció *reproduktív és konkuráló legitimitáselképzelések formájában történő felvetése.* A Max Weberre, Jürgen Habermasra támaszkodó elméleti alapvetés nem kívánta meg a szisztematikus teljességet. Arra azonban alkalmas, hogy a társadalom, az állam, a jogrend és a legitimáció közötti összefüggések megteremtésével a pozitív jogi normák érvényességének megalapozásához és felülvizsgálatához, az alapjogi, alkotmányossági kontroll kérdéséhez átvezessen. A jog alkotmányossági rétegéhez, amely éppen az adott korszak adott társadalmának legitimációs potenciáljaiból választja ki azokat az alapjogokat, amelyek felől a tételes jog helyessége elbírálhatóvá válik.

6.1.1. Legalitás és moralitás: antinomikus viszony, teista visszavezethetőség vagy „tertium datur"?

A *legalitásnak érvényessége* van, a *legitimitás valaminő rend, jogintézmény igazoltságát,* elfogadottságát jelenti. A tiszta jogpozitivizmus módszertanilag elválasztja a legalitás kérdését minden mástól, így egy jogrendszer legitimitásáétól is. A metajurisztikus elemek, összefüggések kizárása pedig azzal a következménnyel jár, hogy *a legalitási szférát önmagára kell alapoznia*, végső kelseni elemzésben pedig a logikai szükségességgel bevezetett alapnormától, Grundnormtól nyeri el érvényességét minden jogi aktus (Szigeti, 2005). Legyen az általános vagy egyedi norma, vagy éppen a jogrendből magából kilépő végrehajtási aktus. A minden erkölcsi, természetjogi, szociológiai, tartalmi elemet magából kizáró módszernek *formális érvényességfogalmat* kell találnia, amely logicisztikus szükségszerűséggel áll elő. A jog államhoz való viszonya itt éppen azért nem lesz probléma, mert a jog érvényessége egyfelől nem tételezett, hanem feltételezett, másfelől pedig az állam azonos jogrendjével, annak beszámítási pontja – ebben a jogrend és az állam azonosságát tételező a monista megoldásban. Látni fogjuk, hogy a kelseni tiszta jogtan későbbi követője, Friedrich Koja számára sem volt maradéktalanul elfogadható az úgynevezett módszertisztaságra építő megoldás.

Miután mi a legalitást a legitimáció eszmei, értékrendbeli összetevőivel is kapcsolatba hoztuk, fel kell vetnünk *a legalitás és moralitás viszonyának* kérdését. Három markáns álláspont rajzolódik ki: a kanti eredetű, klasszikus, antinomikus viszonyé – könyvtárakat megtöltő irodalmával. Másrészt a jognak az erkölcsre visszavezethető, morálfilozófiai és valláserkölcsi ihletettségű, többnyire teista megoldásai ilyenek – (melyekre transzcendens megoldása miatt nem kívánunk sok szót vesztegetni). Harmadrészt a formális és a teista megoldástípusok közötti „tertium datur" az igazán jelentős: a módszertani pozitivizmus inkluzív változata (Hart), illetőleg az általunk is képviselt, társadalomontológiailag megalapozott megoldás ilyenek. Mindkettőben helye van és tisztázott a jog és erkölcs nem negligálható viszonya – még ha egymástól nagyon különböző módokon teszik is ezt.

A klasszifikáló áttekintés után induljunk ki Lukács György azon megoldásából, ahol *az etikai közvetítő közép teremt kapcsolatot a legalitás és a moralitás között.* In medias res markáns tézist fejt ki: „Az etika az emberi gyakorlat rendszerében közvetítő közép a merőben objektív jog és a merőben szubjektív moralitás között. Mégpedig olyan közép ez, amely nem egyszerűen pozícionális, mint a megismerés tipikus folyamatának esetében, hanem mindkét szélsőséges területtel szemben igen határozott, megszüntető és ezáltal módosító funkciókat gyakorol" (kiemelés tőlem – Sz. P., Lukács, 1971b: 528). Az ily módon felfogott etikai közép a különösség kategóriájaként nem egy középpontot, nem egy mechanikusan előállítható területet jelöl ki, hanem egy változó, eltolódó centrumú mozgásteret, amelyben nemcsak a moralitás (belső meggyőződés, lelkiismeret szerinti helyes cselekvés) és a legalitás (külső, im-

peratív kényszer) merev, feloldhatatlanul antinomikus kanti szembeállítása esik el, hanem az individuális lelkiismeret és felelősségérzet erkölcsisége is megkapja az őt megillető helyet – éspedig a jog általános meghatározásaival szemben és az etikai középre vonatkoztatottság tudományos objektivitásként történő tételezésével szemben egyaránt. A szubjektív morálok egyedisége, végtelensége és az általános érvényű jog objektivitása között található tehát az az etikai közvetítő közép, amely különösségével megszünteti a morál és a jog egymást kizáró, merev kanti szembeállítását, különneműségét. Így tisztázódik a kapcsolat a három fogalom között. Most már kétfelé bontva tisztázhatjuk a további összefüggéseket, először az etika és a moralitás (I.), majd az etika és a jog (II.) közöttieket.

I. „…a közép tételezése az ember partikuláris indulatait túlemeli a partikularitás puszta egyediségén, anélkül, hogy túllépne ennek konkrét individualitásán; egy ilyen etika parancsainak legtökéletesebb beteljesítése *emberi példaszerűséget eredményezhet ugyan, mégis földi és emberi marad*, tehát sohasem veszi fel egy transzcendens általánosság formáját, mint Kantnál… a középen megvalósuló harmóniát kategoriálisan mint különösséget kell jellemeznünk, ellentétben a szélsőségekkel, amelyekben a szenvedély partikularitásába beleszőtt egyediség válik láthatóvá" (kiemelés tőlem – Sz. P., Lukács, 1971b: 536). Lukács tehát az elvontan és elszigetelten egymásra vonatkoztatott szférák antinómiáival szemben a legalitásnak és a moralitásnak az etikum tételezésével történő közvetítésével dolgozik, operál. Azt bontja ki, hogy a jog szempontjából az *általánosság* a döntő kategória, az erkölcsiség szempontjából az *egyediség*, míg az etikában mint közvetítő középben a *különösség* játssza a döntő szerepet. Azért, mert „általánosítja a lelkiismeret egyedi aktusait azáltal, hogy kiemeli őket a morális szubjektum elszigetelődéséből" (Lukács, 1971b: 531), ezzel kitágítva az egész emberre, amely viszont nem azonos az éppen egyedileg, konkrét helyzetekben „ott és akkor" cselekvő emberrel. Amíg az *etika,* tehát a filozófiai megismerés általánosításokat hajt végre a morális aktusokon, az egyediséget a különösségbe megszüntetve és felemelve, addig a jogi szféra általánosságához képest, az etika az általánosságot szünteti meg és fokozza le a különösség szintjére. Így az etika szférája a különösség minden kategoriális ismérvét magán viseli. Ezért nem kell a tettek következményeit száműzni a morális megítélésekből, s így egy a *következményektől függetlenített szándéketikát csinálni,* amivel szemben egy olyan törvény, olyan jog állana, amelynek ítéletében *tisztán a tett következményeit vennék figyelembe, függetlenítve a szándéktól,* illetőleg a szándék és a tett egymásra vonatkoztatásától[175] – amint ez a jogszolgáltatás korai formái esetében volt (tehetjük

[175] Joggal hivatkozik itt Lukács Hegelre: „Az az alaptétel, amely a cselekvéseknél a következményeket semmibe veszi, és a másik, amely a cselekményeket a következményekből ítéli meg, és a következményt annak mértékévé teszi, ami jogos és jó – mindkettő egyformán elvont értelem" (Lukács, 1971b, II.: 532).

hozzá). Az erkölcsi aktusokon végigvitt általánosításoknak nem szabad kikapcsolniuk az erkölcsi cselekedetek egyedi jellegét, mert ez esetben az etikai kategóriák elveszítenék funkciójukat. A moralitás, az individuális cselekedetek erkölcsisége, egyedisége megszüntethetetlen marad, a cselekedetek, tehát millió és millió cselekedet konkrét milyensége értelmében, de ez az egyedi diszkontinuitás mégis kapcsolatot találhat az etika rendszerével, annak közvetítő különösségével, mégpedig éppen az etikai minőségek, fogalmak és mértékekhez való felemelés révén. Egyszerűen: az erkölcsileg motivált individuális cselekedetet kell hozzámérni az etikai normák mértékeihez.[176] Röviden összefoglalva: ez az általánosítás, az egyediség különösségbe emelése az egyedi erkölcsi tettet beilleszti az etika rendszerébe, amely beillesztés nélkül az etikai értékek, normák feleslegessé, funkciótlanokká válnának.

II. Nézzük most már az etika és a jog közötti kapcsolatot. Meggyőző volt a moralitás és az etika azonosságának és különbségének a különösség közvetítő közép erején keresztüli magyarázata. Ami azonban a három szféra (erkölcs–etika–jog) viszonyát illetően az etikai közvetítő közép különösségét és a *legalitás általánosságával* való kapcsolatát illeti, itt rá kell mutatnunk arra, hogy jogelméleti szempontból hiányzik Lukács Györgynél némi differenciálás: az, hogy a jogi törvények *nem* tartalmi értelemben vett általános követelményeket fogalmaznak meg, hanem az *érvényességük általános,* kötelező erejű, amíg tárgyi meghatározásaik – jogosultságok, igények, kötelezettségek, jogszerű vagy éppen jogellenesnek minősített emberi magatartások, sőt bűncselekmények – a *különösség–tipikusság szintjén* mozognak. A társadalmi cselekvések, emberi magatartások jogi relevanciájához, jogi értékeléséhez szükséges a magatartás tényállásszerűsége. Figyelembe veendő, hogy az emberi tettek, cselekvések (legyenek ezek helyesek–helytelenek, jók–gonoszak, vagy éppen gyávák–bátrak, stb.) kimeríthetetlen individuális sokasága ezért *vagy nem is érintkezik a legalitással* – vagy nincs minden életszituációban a követendő magatartásra és társadalmi viszonyra jogszabályi elvárás – vagy nem is kell, hogy legyen. *A moralitás ekkor független a legalitástól.* Ellenben ha egy cselekvés érintkezik a legalitással, jogilag releváns, akkor vethető fel, hogy megfelel-e egy érvényes jogi norma tartalmi különösségének (vagy ellenkezőleg, sérti azt, ezért jogellenes, és felmerül a milyen mér-

[176] Az etikai általánosítás sajátossága, hogy „a mindenkori cselekvésnek és végrehajtója személyiségének individuális-egyedülálló vonásait e magasabb rendű összefüggésbe illeszti, anélkül, hogy az egyediségét megsemmisítené…… (ez) csak oly módon következhet be, hogy az egyedit nem rendelik közvetlenül egyetlen általánosság alá, hanem inkább bekebelezik a különösségek miliőjébe, amelyben az egyediséget konstituáló meghatározások megőrzik ugyan egyediségüket és összpontosítottságukat az illető konkrét egyediségben, de az elszigetelt aktus közvetlenségén túlmutatnak, és mint az etika körének objektív meghatározottságait általánosítják őket, s ezáltal napvilágra kerülhetnek az etika más konkrét kategóriáival fenntartott – pozitív vagy negatív – összefüggéseik" (Lukács, 1971b: 540).

tékben kérdése is).[177] „A norma értéktartalma – ha és amennyiben a magatartás a norma tárgyi hatálya alá esik – pozitív vagy negatív értékítélethez vezethet, amiben *már feltétlenül jelen lévő az etikai közvetítő közép* (legalábbis az etikailag megalapozható normák esetköreiben).[178] Ezekkel a megszorításokkal áll Lukács tétele az etikai közvetítő középről. Ekkor és ennyiben különössé–tipikussá módosul a legalitás általános érvényessége.[179] Az *Esztétikum sajátossága* II. kötetének a különösségről szóló terjedelmes fejtegetései (177–245) közepette a különösség és az egyediség (tulajdonképpen a jogalkalmazás bevonásával) az általánosság uralmának részint *tárgyaként*, részint *megvalósulása eszközeként* jelenik meg.

Az angolszász *módszertani-analitikus pozitivizmus* útján járó gondolkodók egy *önmagára alapozódó jogászjog* lehetőségét keresik. Államtalanítani, hatalommentessé kívánják tenni ezzel a jogot. Az állam (közhatalom) és a jog közötti egzisztenciális összefüggéseket találó megoldásokat – normakeletkezés, -érvényesülés, -megszűnés – az imperatív jogelméletek körébe utalják, amitől eltér saját interpretív jogelméletük. A jog erkölcshöz való viszonyának tisztázása azonban itt és így is felmerül. Erre dolgozták ki az inkluzív, erkölcsi normák létét a jogban *megengedő* (Hart) és az *azokat kizáró* exkluzív pozitivizmus érdekes, megfontolandó álláspontjait. A megengedő pozitivizmusban nem szükséges, hogy a jog újrafogalmazza vagy kielégítse az erkölcs követelményeit, ámbár ez sem tekinthető véletlennek. Hart formulájából mégis következik a jog védett autonómiája – ámbár találkozhat a jog az erkölccsel, amikor követelményeik egybeesnek, ekvivalensek.[180] Az exkluzív pozitivizmusban

[177] Ekkor érvényes, különösen a kontinentális jogcsaládra gondolva, Lukács igazságszolgáltatásra/jogalkalmazásra vonatkozó levezetése a kategóriatriász második és harmadik tagjára vonatkozóan. Ahhoz, hogy a jog lényegét ki lehessen fejezni, ez nem lehetséges sem a törvény (értsd tágabban: jogforrások – Sz. P.) meghatározó elkülönülése nélkül, sem a minden igazságszolgáltatás végpontját jelentő egyedi esetre történő alkalmazása és értelmező specifikálása nélkül. „Mindez nem mond ellent annak, hogy az általánosság ezen a területen kategoriális fennhatóságot gyakorol. Ugyanis az ezt meghatározó elveket általános formában kell kimondani, hogy a jog lényegét ki lehessen fejezni [voltaképpen ez szerintünk az érvényesség fogalomnak megfeleltethető – Sz. P.]; a különösség és az egyediség az általánosság eme uralmának részint tárgya, részint megvalósítására szolgáló eszköz" (1965: 198). Ebben tetten érhető, hogy egyfelől minden jogrendszerben vannak erkölcsi minimumok (jóhiszeműség–rosszhiszeműség; méltányosság–méltánytalanság; igazságosság; helytállás; adott szó becsülete stb.), anélkül hogy a jogot az erkölcsi minimummal azonosítanánk. Másrészt a jog jogesetekben, a joggyakorlatban egzisztálva is létrelevanciához jut.

[178] A jogi norma érvényességére, tárgyi tartalmára és értéktartalmára vonatkozóan lásd Peschka Vilmos: *A jog sajátossága*, Akadémiai Kiadó, 1988, 70–84. és Szigeti Péter: *Típusalkotás a jogban és a művészetben*, Ezredvég, 2018/6. szám 133–137.

[179] Számos jogi norma viszont nem igényel etikai megalapozást, elég egy jogimmanens célszerűség szükségessége (például az időmúlás vagy az eljárási cselekmények, határidők joghatásának figyelembevétele jó néhány jogintézménynél, megalkotásukhoz és funkcióik betöltéséhez.

[180] Formulájából és az austini pozitivizmussal való kritikai szembenézés következtében behozott szociológiai elemek miatt beszélünk esetében módszertisztaságra nem törekvő, *mérsékelt jogi pozitivizmusról* (Hart, 1995: 215–216).

az érvényességi főszabálynak (alapnormának) nemcsak nem kell, hanem nem is lehet erkölcsi kritériumokra alapoznia (J. Raz). Ám akár egyik, akár másik analitikus pozitivizmus változattal dolgoznak, mindkét megoldásban közös, hogy egyfelől a *jogot adottságnak, olyan társadalmi ténynek veszik*, amelynek sem keletkezését, sem érvényesülését, sem megszűnését, tehát folyamatszerűségét nem kell vizsgálniuk. Azért nem, mert minden jogrendszerben van valamilyen *érvényességi főszabály, amely meghatározza az összes többi jogi norma érvényességét*. Ennek a kritériumnak a létezését pedig levezetésre nem szoruló társadalmi ténynek tekintik. E tény keletkezésének, feltételeinek, megszűnésének okai, tartalma nem témája az általuk űzött interpretív jogelméletnek.[181] Tehát minden jogrendszerben kell lennie legalább egy olyan érvényességi főszabálynak, kritériumnak, amely meghatározza az összes többi érvényességének feltételeit. *Ez a társadalmi tények tézise.* Továbbá létezik *legalább egy elismerési szabály*, amely egyetlen jogi igazság feltételeként sem követeli meg, hogy erkölcsileg (természetjogilag) helyes legyen.[182] Ez a *szeparabilitási, elválaszthatósági tézis*, amely elválasztja a pozitív jogot annak igazságtartalmától, erkölcsi helyességétől, legitimitásától. Az exkluzív módszertani pozitivizmus éppúgy *felszámolja a legalitás legitimitással és moralitással való összekapcsolhatóságát*, mint a tiszta jogtan alapnormája. A moralitás és a formálisan értelmezett legalitás között nincs közvetítő mozgás. Az inkluzív pozitivizmus pedig a jog érvényességéből kapcsolja ki a materális, tartalmi elemeket, ámbár a jog találkozhat erkölcsi értékekkel. Nyugodtan általánosíthatunk: a jog társadalmi létmódjától, létbeágyazottságától, genézisétől és a joganyag tervezett-tudatos, jogalkotói megváltoztatásától szeparált.

Konklúziónk: az etika lehet közvetítő közép a moralitás és a legalitás között, de csak akkor, amikor vagy *egyenesen a legalitás alá is tartozó, vagy azzal legalábbis érintkező* társadalmi cselekvések közhatalmi minősítéséről van szó. Ezzel a jog és az erkölcs viszonyát illetően egyértelműbb meghatározáshoz jutottunk el, mint a harti megengedő állásponté. Első kérdésben a jogalkotóé a döntő szó, míg a moralitással való érintkezés a bírói döntéshozatalban a dilemmák, a nehéz esetek körét szaporítja.

[181] A választott perspektíva meghatározza a kutatás területét: az interpretív jogelmélet voltaképpen a jogalkalmazás, *a bírói döntéshozatal indokláselméletére* koncentrál. Az angolszász világban pedig hagyományosan keveset beszéltek a kontinentális államfogalomról, sokkal inkább kormányzásról (On Government), mint amelyik elvált a jogrend közegében munkálkodó jogászi hivatásoktól. Ehhez a hagyományhoz kapcsolódik, hogy az államiság kérdését – a legitim erőszak-monopóliummal eljáró, egy adott terület népessége felett főhatalmat gyakorló államiságot kikerülve – az *autoritás indokláselmélete* lépjen be a gyakorlati filozófiák (politikai, jog- és erkölcsfilozófia) érdeklődési körébe. Tartózkodni kell az állam- és társadalomelméleti szempontoktól.

[182] Győrfi Tamás megfogalmazásában: „Létezik legalább egy elképzelhető elismerési szabály (s ezért egy lehetséges jogrendszer), amely nem határozza meg egyetlen jogi propozíció igazságfeltételeként sem azt, hogy erkölcsi elvként igaznak bizonyuljon" (Győrfi, 2006: 13–14). A módszertani pozitivizmus elemzéséhez lásd még Takács Péter, 2010: 9–10, 27.

Az analitikus pozitivizmus mélyen beágyazott abba a történetileg keletkezett és újratermelődő kulturális hagyományba, amely common law jogcsalád esetjogi specifikumaihoz, az írott alaptörvény hiányában az íratlan alkotmány alkotmányosságához, a jogászrend érdek- és értékpreferenciáihoz stb. kapcsolódik. Ahogy Roscoe Pound fogalmazta a common law-ról, amelynek a szelleméről beszél, de voltaképpen az angolszász világra jellemző jogászi, jogi kultúrát ír le: „az sokkal inkább a jogászi és bírói gondolkodás módja, a jogi problémák kezelésének módja, mint meghatározott szabályok lefektetett együttese" (1963: 1). A mi érdeklődésünk ellenben elsősorban nem ehhez, hanem a kontinentális jogcsaládhoz, annak jogelméleti kérdéseihez kötődik. Itt mindenkor nagy jelentőséget kapott az alkotmány, az alkotmányozó hatalom, az alkotmánytörvény, illetőleg a legalitás, legitimitás, államiság-közhatalom viszonyának problematikája. Ebben a felfogásban a jogpozitivizmus érvényességi köre nem tűnik el, de behatárolt, mert nem zárhatja ki magából a tartalmi és értékelemeket: a legitimációt, a természetjogi funkciókat, amelyek átvezetnek a jogrend történeti-szociológiai összetevőihez.

6.1.2. Alkotmányozó hatalom – alkotmány – alkotmányozás

Jellemző, hogy a kontinentális analitikus, jogpozitivista jogelméletek sem tudták maradéktalanul megoldani a formális jogi elemzésen belül maradva az itt felmerülő teoretikus kérdéseket. Világossá teszi ezt a bécsi iskolához tartozó F. Kojának a jogpozitivizmus zártságát az alkotmány területén kinyitó, metapozitivisztikus felvetése, amikor a formális pozitivista „játékszabályalkotmányi" (értéksemleges) normák lététől megkülönbözteti politikai normákat szükségképpen tartalmazó alkotmánytól. Ezért fordulunk a *metapozitivista megoldások* keresése, egészében a szintetikus elméletalkotás módszere felé, éspedig e témakörben három lépésben (alábbi I., II., III. részben).

I. *Mit magyaráz meg az alkotmány mint alapnorma és milyen elméleti vakfoltjai vannak ezen jogimmanens megoldásnak?*

Az alkotmány pozitív jogi értelemben a jogrendszer alapnormája és egyben a jogrendszer része: a „jogok jogának", a „törvények törvényének" tekintik, hiszen a jogrend jogpozitivista értelemben ettől nyeri el érvényességét, kötelező erejét. Egyelőre maradjunk annál az összefüggésnél, hogy egy alkotmány jogi és politikai normák összessége, ahol a kiindulópont a tipikusan tárgyspecifikus érvényesség kérdésének a megoldása. Az alkotmány mint alapnorma státuszáé. Itt a kutatási perspektíva – a jogtani jogpozitivizmus felvétele, Hans Kelsenre (1988) és Friedrich Kojára (Die Verfassung, 1991, 2003) támaszkodva. Szerzőinknél az alapnorma egyfelől a joglogikai értelemben vett alkotmányt, másfelől pedig a pozitív jogi értelemben vett al-

kotmányt jelenti, amely a jogalkotás révén ad felhatalmazást a közhatalmat gyakorló szervezetek felépítésére, működésére, hatásköreire vonatkozóan.

A 20. század legnagyobb jogpozitivista gondolkodójánál, Hans Kelsennél (1881–1973) a jogrend nem normák halmaza, esetleges és tetszőleges szabályok sokasága, mert minden egyes eleme – tartalmától függetlenül, formális értelemben – visszavezethető az alapnormára. Nem tartalmi igazolásra szorulnak a jogszabályok, mint az erkölcsi normák, hanem visszavezethetőségi igazolásra. *„A normák sokasága akkor alkot egységet, rendszert, ha érvényessége egyetlen normára mint az érvényesség végső alapjára visszavezethető"* (Kelsen, 1988: 35). A tiszta jogtan azzal a hipotetikus feltevéssel dolgozik, hogy mivel érvényes az alapnorma, érvényes az a jogrend is, amely rajta áll. „Ez az alapnorma csupán a joganyag bárminő pozitivisztikus megragadásának első szükségszerű feltételét fejezi ki, minthogy nem jogi eljárás során jön létre, nem pozitív normaként érvényes, nincs tételezve, hanem – minden jogalkotás, minden pozitív jogi eljárás feltételeként – előre feltételezett" (Kelsen, 1988: 37). Íme a joglogikai és pozitív jogi értelemben vett alkotmány.

Az alapnorma státuszának logikai szükségszerűségként való feltételezésén túlmenően azonban Kelsen megpróbálja ezt realisztikusabban is megalapozni. Egyfelől az írott alkotmánnyal: *egy meghatározott jogrend érvényessége egy ilyen alkotmány felhatalmazásán alapul.* A jogalkotó és jogalkalmazó szervek felhatalmazásukat, hatásköreiket és illetékességüket az alkotmánytól nyerik. Ez teljességgel kielégítő megoldás ott, ahol van írott alkotmány. De amikor az alapnorma státuszát Kelsen a történetileg utolsó alkotmányra, annak státuszát pedig a megelőzőekre s végső soron a történetileg első alkotmányra vezeti vissza, akkor vállalt módszerének korlátjaiba ütközik. A pozitív jog érvényességét nem lehet egyedül a pozitív jogon belül megalapozni, mert az egyes alkotmányok között – különösen forradalmi/ellenforradalmi alkotmányozások vagy jogtípusváltások esetében, *amelyek a korábbi alkotmány identitását változtatják meg* – nem létezik sem történeti, sem jogi felhatalmazásbeli folytonosság. Ilyenkor kézenfekvő megoldás a *joglogikai szubsztitucionalizmus* álláspontja. Persze a jogtípus társadalmi formakötöttséget kifejező – például államszocializmus vagy polgári társadalom – kategóriája nem jogpozitivista, hanem jog- és társadalomelméleti szempontú minőségkategória.

A legalitás e ponton, a jogtípusváltás pontján *visszamegy a berendezkedések eltérő legitimációjára* – mutathatunk rá Kelsentől függetlenül arra, hogy vajon ki kerül a jogtípusváltásnál a jogalkotói hatalom pozíciójába. Ki az, aki egy új, érvényes jogrendet, kényszerrendet vezethet be, alapító aktusként. Ez a pozitív jogon túli, társadalmi-történelmi kérdés, a politikai erőviszonyok kérdése. Csak akkor lehet megválaszolni, ha felismerjük: a forradalmak *új alapnormát tételeznek fel, alkotmányozó hatalommal, új jogalkotó autoritással.* Az autoritás és az új alapnorma azonban rögvest felveti a legitimáció problémáját. A jogelméleti, politikai filozófiai irodalomban sokan képviselték és képviselik ezt vagy az ehhez hasonló álláspontot. Friedrich Julius von Stahl nem véletlenül tartotta 1789-et a szerzett jogok Szent Bertalan éjé-

nek. A rendi társadalommal és előjogaival valóban végzett az 1789-es *Deklaráció*, *Az Emberi és Polgári Jogok Nyilatkozata:* „Első cikkely. Az emberek szabadnak, jogilag egyenlőnek születnek, és azok is maradnak. A társadalmi megkülönböztetések csak a közhasznosságon alapulhatnak."[183] A francia forradalom egy másik autentikus kritikusa, Edmunde Burke pedig az angol kormányzati rendszert és a common law-t olyan tökéletesnek vélte, hogy szerinte azt érdemileg senkinek sincs joga mással felcserélni. Az amerikai radikális demokrata, Tom Paine (1995: 14–16), mint láttuk, kénytelen volt vele szemben arra rámutatni, hogy a bármennyire is tökéletesnek gondolt joguralmi tanra való hivatkozás sem feledtetheti, hogy az, aki a jövő nemzedékek kezét az intézmények megalkotásában egyszer s mindenkorra megkötné, az valójában nem a szabadságot, hanem a legmagasabb fokú zsarnokságot képviseli. Tagadja a népek forradalomhoz való jogát. A saját jövő megalkotásának lehetőségét vonná el az új és új, még meg sem született generációktól. Ez pedig az engedelmesség–engedetlenség kettősségében a legmerevebb, a forradalomhoz való jogot kizáró álláspont.

Itt persze már nem pusztán arról van szó, hogy egy formális, jogpozitivisztikus értelemben vett alapnormára való visszavezethetőség fennáll-e egy régi és az azt tagadó új alkotmány között.[184] Hanem arról a materiális értékrendváltásról, amely miatt *egy régi rend álláspontjáról* minden új rend *illegitim jogképződésnek* minősül. Így kezeli Weber *Jogszociológiá*jában (1995: 7. §)[185] a forradalmi természetjogot, hisz minden tartalmilag *valóban új alkotmány* a régi álláspontjáról illegitim, *voltaképpen alkotmánysértés.*

Végeredményben Kelsen tiszta jogtana háromféleképpen próbálta az alapnormát megalapozni: a normák visszavezethetőségében keletkező hiátust *logikai hipotézis* útján; a *történetileg* első alkotmánnyal és a *nemzetközi jogközösség elismerésével,* azonban ellentmondásos megoldásokhoz jutott. Semmiképpen sem nevezhető következetesnek, hogy a pozitív jogrend érvényességét egy nem tételezett, hanem *csak feltételezett* „Grundnorm"-ra vezette vissza. Megoldhatta volna az alapnorma státusát, ha a *pozitív jogrend érvényességét* nem feltételezett, hangsúlyozottan hipotetikus mozzanatra, hanem pozitivista szándékaival összhangban *tételezettként fogja fel. Ebben az esetben azonban azt kellett volna mondania, hogy az alapnorma érvényessége az alkotmányozó hatalomtól származik: az alkotmány és a jog a hatalom tényének egy*

[183] *A nagy francia forradalom dokumentumai* (összeállította, fordította és a jegyzeteket készítette Hahner Péter), Osiris, Budapest, 1999, 85.

[184] A magyarországi békés átmenet (1988–1990) egyik sajátossága éppen az volt, hogy a jogtípusváltás és legitimációs értékkészlet-váltás ellenére megmaradt a formális visszavezethetőség, ezért neveztük legális átmenetnek – eltérően 1789-től.

[185] „A természetjog ennélfogva az a sajátos forma, amely a *forradalom* által teremtett rendnek legitimitást kölcsönöz. A fennálló rend ellen lázadó osztályok újra és újra a »természetjogra« hivatkoztak: ez volt az a forma, amely akkor is legitimitást kölcsönzött annak a követelésüknek, hogy jogot alkossanak, ha nem tételes vallási normákra és kinyilatkoztatásokra támaszkodtak" (Weber, 1995: 174).

funkciója. Viszont ekkor elesett volna az a monista teóriája, amely az államot a jogrenddel azonosítja. Állam és jog különneműségének és dualitásának tagadása – és ebből következően jogászi államfogalma[186] – nem tette lehetővé számára, hogy a pozitív jogrendet a tételező hatalom autoritásától eredeztesse. Az állam hatalmi természete, így az alkotmányozó hatalomé és a jogalkotó hatalomé némiképp talányossá válik, miközben a nemzetközi jogi jogalany kontinuitása megoldhatónak bizonyul.

A tiszta jogtani megközelítésben az alkotmányozó hatalomnak mint tételező szubjektumnak – a módszertisztaság követelménye következtében szükségessé vált – elejtése ezért vezet a logikai szükségszerűségként bevezetett „Grundnorm" némely szempontból bizonyosan talányos megoldásához. *A tételező alany (alkotmányozó hatalom; pouvoir constituant) és a tételezési helyzet politológiai szempontú vizsgálata helyett logikai feltételezéshez.*

II. *Az alkotmányozó hatalom nem jogi, hanem metapozitivisztikus kérdés – eltérően az alkotmánytörvénytől, amely tételezett, írott jog*

A „pouvoir constituant" (alkotmányozó hatalom) tiszta formáját voltaképpen az 1787-es amerikai alkotmány („We the People") vindikálja a népnek. Az alkotmányozó hatalmat az amerikai alkotmány preambulumának nyitómondata, illetőleg előzménye, a philadelphiai nyilatkozat), illetőleg a másik mérvadó forrásként Sieyes abbé röpirata mutatja fel. Tézisszerűen: az *alkotmány mint rendet alapító aktus* nem azonos az alkotmány tételes normáival, tartalmával: „az alkotmány minden egyes része az alkotmányozó hatalom *(pouvoir constituant)* és nem pedig a megalkotott hatalom *(pouvoir constitué)* műve. Egyetlen *delegált hatalom*, így a törvényhozó sem változtathat a delegálás feltételein" – mondotta az abbé a *Qu'est ce que le Tiers-État?* (Mi a harmadik rend?) című, 1789-es művében.[187]

Az alkotmányozó hatalom metapozitivisztikus, történelmi-politikai kérdés, annak a kérdése, hogy ki kerül az alkotmányozó hatalom helyzetébe? Erre adott válaszokat az alkotmányozó hatalom tana, két híres fenti forrásában. Ennek legitimitása – a népakarat – következtében alkothatja meg saját alkotmányát, elvetve az első és a második rend előjogokon alapuló, monarchikus, és középkori eredetű túlvilági legitimációját. Az alkotmány valóban alkotás, amit létre kell hozni egy diszkurzív alkotmányozási folyamatban, és ami valós alanyok, történelmi-politikai szubjektumok műve, akiket egy alapító aktussal felhatalmaznak az írott alaptörvény megalkotására.

A tiszta formát, a szélső értékeket, pozitíve a *forradalmi (ellenforradalmi) alkotmányozó hatalom léte*, negatíve pedig a külső kényszer dominálta alkotmányozás,

[186] A jogi, társadalmi és politikai államfogalmakról lásd Takács Péter jellemzéseit (2010: 23–58).
[187] Lásd ehhez Paksy Máté elemzését az alkotmányozó hatalomról, 2014: 121–124.

az *oktroj* jelenti.[188] (Közbenső helyzetet jelent az alkotmány módosításának identitási garancia nélküli „nyitottsága", amelyet a következő kérdésnél vizsgálunk.) Forradalmi alkotmányozás esetén a létrejött grémium egyfelől az alkotmányozási kényszer politikai nyomása alatt áll, másfelől *az új alkotmány megalkotásáig terjedő időre minősíti magát ilyen hatalomnak* (alkotmányozó nemzetgyűléssé átminősített nemzetgyűlésként). A speciális testület *célfeladat megoldását* tulajdonítja magának, ez rendeltetése, amit deklarál is. *Ez a kritérium választja el az alkotmánymódosítás hatalmával rendelkező törvényhozó hatalomtól (pouvoir constitué = az alkotmányos hatalommal rendelkező grémiumtól),* amit gyakran egy garanciális elem is biztosít: az alkotmányozó hatalom összetételének a törvényhozás tagjain túlterjeszkedő kiszélesítése. Az alkotmányozó hatalom alanyi körének a törvényhozó hatalomtól való teljes vagy akár csak részleges elválasztása egyfelől további legitimációs erőforrást jelent, másfelől éppen azt a célt szolgálja, hogy az új alkotmány tartós, időtálló legyen, ne válhasson és váljon ad hoc lecserélhetővé. Ez esetben *sem formai, procedurális, sem pedig tartalmi-materiális jogfolytonosság nincs a régi alkotmánnyal*. Az alkotmányozó nemzetgyűlés célja, hogy az alkotmány a nemzet vagy legalábbis annak nagy része, politikai többsége tartós, hosszú távon érvényes törekvéseivel összhangba álljon. Elfogadása után kerül sor a törvényhozó hatalom megválasztására. Így kerülhető el, hogy „a tűzoltózenekar saját maga számára írja a kottát" – ami roppant problematikussá teszi egy ilyen vállalkozás legitimitását. Lehet legális, ha nem sértik meg a formai, eljárásjogi szabályokat, de aligha lehet össztársadalmilag legitim, meggyőző egy törvényhozó hatalom alkotmánya.

Az alkotmánytörvény megadja a szabályait saját normáinak megváltoztatásához. Azonban ez az írott alkotmányon alapuló formális eljárásrend sem merül ki pusztán pozitív jogi normákban. Egy írott alkotmány ugyanis nemcsak *pozitív jogi normacsoportot*, hanem mindig *politikai normákat is* tartalmaz. A politikai normák pedig nem lehetnek értékközömbösek, értéksemlegesek. F. Koja a „játékszabály-alkotmány" vagy „anyagi értékrend alkotmány" *ideáltipikus,* tehát nem valóságos, hanem pusztán a cselekvők feltehető szándékait heurisztikus perspektívába helyező szembeállítása mellett is kimutatja, hogy a szakjogias felfogás, a *játékszabály-alkotmány* elgondolás mellett sem tartható az alkotmány „értéksemlegességének" tézise. Persze ezen felfogás keretében előtérbe állíthatják, hogy az alkotmányt szervezeti és eljárásjogi szabályrendként, illetőleg a törvényhozási és végrehajtási jogosultságok gyakorlásának materiális korlátjaként (alapjogok, szabadságjogi korlátok) vizsgálják, s ekkor olyan szabályokat állítanak homloktérbe, melyek megsértését az alkotmányjog valóban szankcionálja – eltérően a pusztán államcélként vagy pedig politikai-társadalmi értékrendként az alkotmányban szereplő politikai normáktól, jogtételektől. Azonban egy ilyen elgondolás mellett is marad az alkotmánynak a világnézeti és politikai értékválasztási

[188] Klasszikus példaként gondoljunk a hazánkra ráerőltetett, 1849-es császári – olmützi – alkotmányra, amely legális lehetett, érvényes volt, és érvényt szereztek neki, de ettől még illegitim volt.

kérdések minősítésétől tartózkodó, tehát a *valóban semleges tartománya mellett két értékelő tartománya.* Azért, mert egyrészt egyetlen *magatartást előíró* (vagy éppen arra felhatalmazást adó) *norma* sem lehet értéksemleges, hiszen *ami kötelez, az nem semleges*, továbbá egy jogiasan kidolgozott alkotmány is határozott értékítéletet tartalmaz, amikor például a *képviseleti és a közvetlen demokrácia* terrénumait, arányait kijelöli vagy éppen negligálja, vagy – tegyük hozzá saját érvként – ahogy a *hatalommegosztás* hatásköri és intézményes kereteit megkonstruálja. A normák meghatározott csoportját a jogrend közegében sem lehet semlegesíteni hatalmi-politikai természetüktől. Egy anyagi értékrendet előtérbe helyező *politikai alkotmányfelfogás esetében* – amely nem csak alapjog-meghatározásokat tartalmaz, melyek megsértése az ellentétes jogi aktusok kasszációját vonja maga után – pedig a célmeghatározások teljesülésének mértéke és szankcionálása okoz jogértelmezési és jogalkalmazási nehézségeket. (Egészítsük ezt ki azzal – amit szerzőnk elmulasztott –, hogy az ilyen típusú materiális projekteket nem önmagukban, a tételes alkotmányi norma szintjén, hanem mindig a reájuk vonatkozó konkretizáló törvények és közigazgatási normák együttese alapján lehet minősíteni – s ez többféle bizonytalanságot is megold.) „A *»jogi«* alkotmányfelfogás előnye tehát a relatív szabatosság és értelmezési biztonság; hátránya pedig az a veszély – mondja Koja –, hogy az alkotmány a fejlődésnek puszta hüvelye lesz" (Koja, 2003: 471–474). Perspektívák nélküli kullogizmus – mondhatjuk, ha nincsenek meghatározott államcélok és humánus értékpreferenciák az alkotmányjogi változtatásokban. Ez pedig a társadalmi és politikai erők és az alkotmányozás (jogrendszer) interakciójában dől el, priméren nem jogrenden belüli kérdés.

III. *Alkotmánymódosítás és alkotmányos identitás*

A forradalmi alkotmányozás nem keverendő össze az *alkotmánymódosítás egyszerűbb* esetével, amikor az alkotmányok a mindenkori törvényhozó szervre ruházzák a jogot, hogy sajátos eljárás keretében alkotmánymódosító és kiegészítő előírásokat alkossanak. A jogelméleti és politikai filozófiai kérdésen túlmenően *a kontinuitás és diszkontinuitás alkotmányjogi szempontja* plusz relevanciával bír. Az alkotmány az alkotmány módosítása céljából nem hív össze egy külön szervet, hanem az alkotmánymódosítást egyszerűbbé teszi. Ebben az esetben egy jogi funkció ellátásáról van szó; egyszerre történik normaalkotás és normavégrehajtás, ami miatt… „pouvoir constitué"-ről (alkotmányos hatalomról) beszélünk (F. Koja, 1991, 469). Itt hiba volna „pouvoir constituant"-ra (alkotmányozó hatalomra) gondolni, mint a történetileg első, semmilyen jogi előírásra vissza nem vezethető alkotmány esetében. A formális, eljárásjogi felhatalmazó szabályok betartása jellemzi az alkotmánymódosításokat és esetenként még a tartalmilag új alkotmányok megalkotását is. Fontos hozzátennünk: ha és amennyiben elérik az alkotmánymódosítások kritikus tömegét, s a mennyiségi változtatások új minőségbe, új alkotmányos identitásba csaphatnak át – feltéve, hogy *nincs garanciája* az alkotmányos identitás védelmének.

Európában – 1920 Ausztriában, majd a II. világháború után más fejlett országokban is – *az alkotmányos identitás védelmének funkcióját az alkotmánybíróságok mint alapjogi bíráskodást végző grémiumok látják el.* Ezért kellett bemutatnunk (5.6. fejezetrészünkben) az alkotmányosság jogelméleti értelmű, tárgyspecifikus kategóriáját. A „gyenge megoldás" éppen az, amikor identitási garancia nélkül a törvényhozó hatalom azonos összetételű az alkotmányozó hatalommal, és legfeljebb döntéshozatali módjában tér el attól: mindössze magasabb fokú támogatottságot igényel (például az összes képviselő létszámához igazodó kétharmadosságot, vagy véleménynyilvánító népszavazással történő szentesítést).

Formális jogi értelemben csak az alkotmánymódosításra felhatalmazó eljárási szabály(ok) megsértése jelenthet diszkontinuitást, a belső jog szempontjából. Nem így a *nemzetközi jog* felől nézve, ahol az állam egységét és folytonosságát még a materiális értékrendek tartalmi változtatásai ellenére is *fenn kell tartani, a jogbiztonságot szolgáló jogutódlás biztosítása céljából.* „…a győztes forradalom – az általa létrehozott jogrend hatékonysága folytán – legitim államhatalommá válik. Ha a *forradalom* a jogfolytonosság megtörését jelenti, ha fogalmának azt kell kifejeznie, hogy az egyetlen állami jogrend nem az alkotmánymódosítás szabályai szerint változott meg, hanem azt egy másik pótolta, mely a korábbinak az alkotmánymódosítást illető előírásaiból nem vezethető le, akkor ez – a nemzetközi jog szemszögéből nézve – nem azt jelenti, hogy a módosítás »törvénytelen« volt, csak azt, hogy az nem az egyes állami jogrend alkotmánya szerint, hanem sokkal inkább a magasabb szintű törvény, azaz a nemzetközi jog szerint ment végbe. A kontinuitás e tekintetben csak relatív értelemben törik meg (ti. az államon belül), végső soron (vagyis nemzetközi jogilag) ezzel szemben megmarad; s ezzel a jogrendszer időbeli egysége is fennmarad" (F. Koja : 2003, [1991] 470. In *Államtan* kötetben).

Akárcsak követőjénél, Friedrich Kojánál, Kelsen szerint is a nemzetközi jogközösség elismerhet államokat akár *de iure* akár *de facto* módon, érvényes jogalkotó hatalomként. Ha pedig ez megtörtént, akkor az alapnorma problémája áttolódott a belső jogi megalapozásról a *nemzetközi jogközösség általi elismertségre.* Eszerint a nemzetközi kapcsolatok tényszerűségének normatív rangú, elismerési hatalma van. A kölcsönös elismerés jogképző ereje – az akaratmegegyezés tényszerűsége – hozza tehát létre a formális érvényességet, és *nem fordítva*.

6.2. A TERMÉSZETJOG FOGALMILAG (M. WEBER). ONTOLÓGIAI, ÚJRATERMELŐDŐ ÉS KÖZVETÍTŐ STÁTUSZA A TÁRSADALMI LÉT ÉS A POZITÍV JOG KÖZÖTT

A természetjog talán legsikerültebb meghatározásának a jogi irodalomban a Max Weber-it tekinthetjük. Két pontosító korrekcióval, melyet az elemi fogalommeghatározás nyomán kell elvégeznünk. Induljunk ki a *Jogszociológia* meghatározásából:

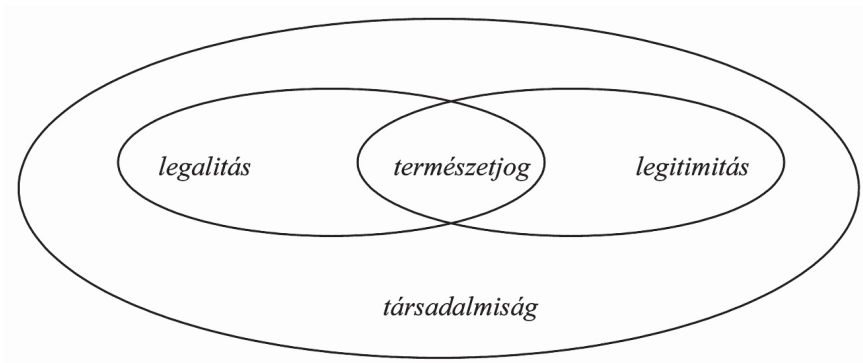
„A »természetjog« azoknak a minden pozitív jogtól függetlenül és – szemben a pozitív joggal – eleve érvényes normáknak a foglalata, amelyek méltóságukat nem a tételes lefektetés önkényes aktusától kapják, hanem fordítva, a tételes jog kötelező erejét is csak ők legitimálják. Olyan normák tehát, amelyek nem annak köszönhetik legitimitásukat, hogy egy legitim törvényhozótól erednek, hanem *immanens tulajdonságaik folytán legitimek*: ez a jellemző és az egyedül következetes formája egy olyan jog legitimitásának, amely akkor is képes fennmaradni, amikor már nem támasztják alá vallási kinyilatkoztatások, s amikor már a szent tradíció és annak művelői is elveszítették tekintélyüket. A természetjog ennélfogva az a sajátos forma, amely a forradalom által teremtett rendnek legitimitást kölcsönöz. A fennálló rend ellen lázadó osztályok újra és újra a »természetjogra« hivatkoztak: ez volt az a forma, amely akkor is legitimitást kölcsönzött annak a követelésüknek, hogy jogot alkossanak, ha nem tételes vallási normákra és kinyilatkoztatásokra támaszkodtak. Szándékolt értelmének megfelelően ugyan nem minden természetjog annyira »forradalmi«, hogy azt is jogosnak ítélje, ha bizonyos normáknak a fennálló renddel szemben – erőszakos cselekvéssel vagy passzívan, renitens viselkedéssel – szereznek érvényt. Nemcsak az igaz, hogy a legkülönfélébb autoriter hatalmak is megkapták a »természetjogi« legitimációjukat, hanem az is, hogy létezett egy másfajta természetjog is: »a történetileg kialakultnak« mint olyannak a »természetjoga«, amely ugyancsak befolyásra tett szert az elvont szabályokon alapuló – vagy ilyen szabályokat alkotó – gondolkodással szemben" (*Gazdaság és társadalom* 2/2 *Jogszociológia*, KJK, Budapest, 1995. továbbiakban JSZ, 173–174).

Egyik pontosító megjegyzésünk az, hogy „az olyan normák tehát…" felfogásában a normativitásnak terminológiailag egy kevéssé konkrét fogalmát kell értenünk. Mert hogy a túlzott kitágítása a „norma" fogalmának lerontja azt az egzakt, jogszabálytanban kidolgozott értelmét, mely szerint a norma nemcsak nyelvi-logikai, hanem olyan tartalmi egysége a jogrendnek, amely önmagában alkalmas az emberi magatartás irányítására. Világos persze, hogy a természetjogban *nem* a normatani értelmű normativitásáról van szó Webernél, hiszen azzal szembeállította, hanem más, természetjogi értelemben vett normativitásról, amely önmagát teszi legitimmé. Adekvát beleértenünk a természetjog „normativitásánál" a szélesebb *követelményeket: amelyek elveket, jogelveket is tartalmazhatnak* éppen azon legitimitásigények megnyilvánulásaként, melyekről Weber is beszél. A természetjog éppen ezért olyan magasabb mérték, amely akár elvi-eszmei, akár jogelvi, akár normatív szintű követelményeket tartalmazhat – *értékelő mérték* (de nemcsak és nem feltétlenül eleve érvényes norma tehát). A természetjogot Weber a pozitív jog normatív mértékeként tárgyalja. Ettől némiképp eltérve „a jog jogát", a természetjogot *a pozitív jog értékelő mértéke jelentéssel vezetjük be.* E terminológiai pontosítás nincs Weber ellenére, mert a racionális természetjog forradalmi típusának legtisztább eseteként kezelt *Code civil*nél maga is jellemzi a jogszabályok mellett a gyakorlatias jogtételek, emberi és polgári jogi posztulátumok és a jog fölött álló jog természetjogi maximái-

nak szerepét. (JSZ, 172–173). Minden norma mérték, de nem minden jogi mérték norma – formalizálhatjuk. *A természetjog értékracionális mérték*.

Felvetődik továbbá, hogy a rendnek legitimitást kölcsönző erő honnan származik, s ez egy másik problémánk. Ha ugyanis a természetjogot nem támasztják alá sem vallási kinyilatkoztatások (nem karizmatikus természetű), sem tradíció, akkor legitimitása erejét máshonnan kell merítenie. Ez pedig a forradalom által teremtett rend immanens tulajdonsága. Azonban a rend gazdasági, erkölcsi, politikai stb. vonatkozásai közül *csak azok bírnak a természetjogi legitimáció erejével, melyek közvetlenül a legalitási szféra állapotára vonatkoztatottak*. Ennyiben *a természetjog szűkebb problematika, mint az általában vett legitimációs tematika,* amely egy társadalmi berendezkedés egészére vonatkozó axiómákat, elveket, eljárásmódokat, tradíciókat foglal magában. A legitimitás tehát a forradalomból származik. Alapeset, hogy minden forradalom új legitimációs értékeket, mechanizmusokat, intézményesedést és jogrendszert szül. Látható: a természetjog azonban *nem terjed ki bármely, az új rend – legalitáson túli – aspektusára.* Továbbá a természetjogot nem kívánjuk a jogi szférán kívül sem lokalizálni, mert ebben az esetben átvinnénk az ideológia jelenségkörébe. Az pedig ellentétes volna a természetes beállítottsággal, hogy a természetjogot jogon túli tartományként azonosítsuk „a valóság feldolgozásának azon formájával, amely arra szolgál, hogy tudatossá és cselekvőképessé tegye az emberek társadalmi gyakorlatát" – hogy Lukács *Ontológiá*jában szereplő ideológia fogalmával éljünk, amely lényegesen tágabb problematika, mint a természetjogé.

Ábráink nem helyettesíthetik és helyettesítik a fogalmi tartalom nyelvi kifejtését, pusztán a szemlélet számára segíthetnek hozzáférhetővé tenni mondanivalónkat, az alapvető terjedelmi viszonyok felrajzolásával. A természetjog helye a legalitás és a legitimitás között, a társadalmiság alapzatán:



Weber találóan jellemzi az antikvitás és a kereszténység természetjogához képest a racionális forradalmi természetjogot, illetőleg a történeti iskola természetjogát, a *szokásjogot,* melyet ez az iskola a „végső mérce" státuszába helyezett a szokásjog

törvényrontó erejére hivatkozva. „A történelmi folyamatnak ugyanis senki nem »képes« megtiltani, hogy végbemenjen. De a »népszellemről« és főképpen az »organikus« fejlődésről szóló, félig történeti, félig naturalista elméletek – azok is, amelyek nem vontak le ilyen konzekvenciákat – mind tartalmazták ezt a tételes jogot valami olyanná lefokozó előfeltevést, ami »csak« pozitív jog. Ezek az elméletek a »népszellemet« tekintették az egyedül természetes és ennélfogva legitim forrásnak, amelyből jog és kultúra fakad, és a hamisítatlan, közvetlenül a »jogérzéken« nyugvó, nem pedig »mesterséges«, azaz célracionálisan lefektetett jog »organikus« növekedéséről beszéltek, olykor pedig másképpen adták elő ezt a romantikára sajátosan jellemző gondolatmenetet" (JSZ, 174). Miért lehet a szokásjog az értékmérő státuszában? Azért és csakis annyiban, mert az értéket a tapasztalat, az emberi-társadalmi gyakorlat egyfajta lenyomatának tekinthetjük – s éppen a tapasztalat, a „tényszerűség normatív hatalma" (normative Kraft des Faktischen – G. Jellinek) nyilvánul meg a szokásosban, a tartóssá váltban, amely rendszeresen érvényesül. Azokkal a konzervatív implikációkkal, melyeket a német romantika nyomán a történeti-jogi iskola tett nyilvánvalóvá a jogtudományban, s melynek kitűnő leírását és kritikáját kapjuk Webernél és Karl Manheimnél (*A konzervativizmus,* Cserépfalvi, 1994: 140–176). Az értékelő mérték, a természetjog, tehát éppúgy lehet elvi, eszmei természetű, mint tapasztalati-szokásjogi. Amíg előző esetben inkább újító, innovatív tartalmak megnyilvánulása, addig utóbbi esetben egy fennálló gyakorlat igazolásává válik az, ha a szokásjogot tolják fel az értékelő mérték státuszába. Eszerint ami érvényesül, az tapasztalatilag magasabb rendű, mint az előíró (Sollen) értékek, de ekkor szükségképpen a „Quieta non movere", a fennálló gyakorlat lesz a dolgok mértéke, újítások nélkül.

6.3. A JOGSZOLGÁLTATÁS STÁDIUMAI: KÖZVETÍTÉSI FOLYAMAT A JOG ELŐTTI SZAKASZ – A TERMÉSZETJOG ÉS A POZITÍV JOG KÖZÖTT

A természetjog csak akkor és annyiban természetjog, amennyiben egy jogképződési és jogszolgáltatási folyamatban egy meghatározott stádiumot képvisel. A jogi dinamika érvényesítése – ellentétben a statikus, dialektikátlan leírással – a létező újratermelődésének folyamatszerűségét állítja előtérbe. Se társadalmon túl, se a létező jogrendre vonatkoztatottság nélkül nincs természetjog. A természetjog helye a társadalmi szükségletek, igények termelése, újratermelése és ideológiai alátámasztásuk *utáni* és a tételesjogi fázis *előtti* szakaszként lokalizálható. Mindazon szükségletkielégítésre irányuló akaratlagos törekvések,[189] érdekek, értékek, melyek az *első fázis-*

[189] Ez a racionális magja Sumner *Folkways*ében kifejtett túláltalánosító felfogásának, amely a népszokások értelmében vett jogfogalmat eddig a szélső határig tágította. Ugyanis a társadalmi viselkedési

ban megrekednek, nem lesznek természetjoggá, nem válnak sajátos jogi ideológiává, pusztán a társadalom szellemi vagy az általában vett ideológiai termelésében foglalnak helyet. A jog létalapja a társadalmi konfliktusokban van.

A szükségletek termelése és kielégítése tehát a kiindulópontunk, mert az embert elsősorban és döntően, az érdekkutató jogtudományhoz, Marxhoz, Poundhoz hasonlóan szükségletkielégítő lénynek tekintjük, szemben a szerződéselméletekkel, melyek jogi-politikai lényként kezelik. Ezzel az akaratképzés képességét teszik meg ratio cognoscendivé. Bár különbözőképpen lehet leírni, a „szükségletkielégítési piramis" (Maslow) megkerülhetetlen az emberi tevékenységben. *Az elsődleges emberi szükségletek* (szaporodás, táplálkozás, lakhatás), a *társas-közösségi* (barátság, szerelem, csoporthoz tartozás igénye) és a *szellemi* (lelki, intellektuális és morális) szükségletek végtelen processzusa a tevékenységek végső hajtóereje. Minden kielégített szükséglet új szükségletet szül. Vagy úgy, hogy az egyik típusú szükségleti körből egy másikba vezet át, vagy pedig úgy, hogy az azonos típuson belül megy végbe váltás. Bizonyos tevékenységekben pedig, például a testi szerelemben, a szükséglet-tipológia mindhárom eleme együtt lehet. A szükségletek kielégítésében keletkezett szűk keresztmetszetek, konfliktushelyzetek szülik az érdeket, majd az érdekek érvényesítésének, megengedett mértékeinek keresését. A szükségletek termelésének és kielégítésének processzusában ezen a ponton lép be a jog, a jogosultságok és kötelezettségek elismerésével, harmonizálásával. Az érdekérvényesítés megengedett mértékeinek keresése, összeegyeztetése és elismerése vezet a jog három alapfunkciójához: ex ante magatartásokat koordináló szabályozáshoz (regulatív funkció), ex post konfliktusfeloldáshoz, majd a társadalomintegráció elősegítéséhez. Ezért mondhatjuk, hogy a jog létalapja egy jog előtti világ, a polgári társadalom szükségleteinek termelése és elosztása közben szakadatlanul keletkező társadalmi konfliktusokban van.[190] Ez tehát azt jelenti, hogy ha kihunynának a társadalmi konfliktusok, s így elenyészne az a létalap, amelynek következménye a jog, akkor persze következmény hiányában jog sem lenne. Minthogy azonban a konfliktusok ontikusan szakadatlanul újratermelődnek, ezért aztán fenntartják következményüket is, vagyis a feloldás

---

formák szinte mindegyikét (szokást, hagyományt, éthoszt, de még a kobold- és démonképzeteket, sőt a véletlenről kialakított primitív nézeteket is) bevonta vizsgálataiba, amennyiben azok szükségletek kielégítésére irányuló törekvésekből fakadnak, és semmiféle hatóság nem hangolja össze őket (W. G. Sumner: *Népszokások.* Gondolat, Budapest, 1978, 5–7 és 21–122). Ezzel rendkívül érdekes, értékes és hatalmas anyagát hozta össze és dolgozta fel a lehető legtágabban értelmezett viselkedési formáknak, ahogy ő bátor, sőt némiképp vakmerő neologizmussal elnevezte: a népszokásoknak. Mindez azonban nem változtat azon, hogy nem minden emberi viselkedésforma normatív természetű, s ezért a jogelmélet szempontjából csak az hasznosítható, amelynek jogképző ereje van.

[190] Miként már idéztük: „Csak miután az emberek sokféle szükségletet találtak ki maguknak s megszerzésük összekuszálódik a kielégítésben, alkothatnak törvényeket" (G. W. F. Hegel, *A jogfilozófia alapvonalai*, Akadémiai, Budapest, 1971, 227).

meghatározott módjának, a magatartáskoordináló jogalkotásnak és a konfliktusfeloldó jogalkalmazásnak a szükségletét.

Mindebből az következik, hogy a jog nem hordozza magában léte alapjait, mivel a polgári társadalom alapépítményében, szükségleti rendszerében keletkezik a javak megtermelésének és elosztásának szabályozása iránti igény, amely lehetővé teszi és egyúttal kiváltja a társadalom alkotóelemei közötti érintkezési forma termelését, és szervezi ennek kooperációját – s így a jogszolgáltatást. Azt, hogy milyen rend jegyében teszi ezt, nagymértékben befolyásolja az adott kor és adott hely relatív, de nem relativista természetjoga.[191]

Ha át tudják fordítani ezen jog előtti igényeket, felismert szükségleteket *jogi követelményekké, de lege ferenda intézményes megoldásokká, jogelvekké*, melyek a jogalkotás szükséges szabályozási feladatává, vagy a már létező normák, jogintézmények igazolásává, illetőleg kritikai elvetőjévé válnak, akkor sajátos értelemben vett joggá, *természetjoggá válnak. Azért, mert a jog előtti társadalmi szférák (voriuristisches Bereich) mozgását, változásait szándékaik szerint már átviszik a legalitás szférájának belső artikulációjába.* A létező jog eszmei tartalmaihoz, normatív és intézményes felépítéséhez vagy a jogalkalmazás egyedi aktusaihoz *közvetlenül viszonyulnak:* természetjogként, anélkül hogy rendelkeznének pozitív jogi érvényességgel, melynek autoritásmozzanatát ebben a második fázisban semmiképpen sem ölthetik magukra. Az érvényesség a pozitív jog differentia specifikuma, a természetjoghoz képest. A természetjog tehát még nem érvényes, de a jogi szféra része, s jogi változásokat indukálva érvényességre tör. Feszíti, kihívja a pozitív jogot, vagy pedig a fennálló jogrendet ért támadásokkal szemben nyújtja annak igazoló védelmet. Állítás és tagadás feszültsége innen jön, s ez a természetjogi és a jogpozitivista pozíciók helycseréje közepette is végbemehet (ahogy ezt Horváth Barna meggyőzően kifejtette, 1928). A jogi szférát ily módon természetjogra és tételes, pozitív jogra oszthatjuk, megállapítva, hogy semmiféle legalitás nem alapozható önmagára, mert a legalitás a legitimitásra, a kettő együtt pedig a társadalmiságra vezethető vissza. A természetjog titka a dolog természetében, *„a dolog természetének" titka pedig mindig a társadalmiságban van,* amely a természetjog végső forrása. Ha a természetjogot *közvetítő szintnek fogjuk fel a társadalom és a pozitív jog között*, akkor rejtélye megoldottá válik. Nem kell azonosítanunk sem az ideológia általános fogalmával, sem pedig a legitimációéval, mert a jogi szféra belső struktúra szintje marad.

[191] Relatív a természetjog, amennyiben történeti termékként érvényesíti az adott társadalmi alakulat, korszak tartós, alapvető tulajdonságait, de nem relativista, ha a relatívban abszolútként hordoz a nembeli lényeg szempontjából értékelhető mozzanatokat, természetesen nagyon különböző módokon és mértékben.

POZITÍV JOG III.	Autoritatívvá teszi II-t, a jogszolgáltatás szelekciója nyomán Terjedelme: tételes jog (normák, jogtételek) + jogalkalmazói döntések = a jogrend Funkciója = a jogi funkciókkal
TERMÉSZETJOG II.	Nincs érvényessége, de van magatartást szabályozó és - szabályozást szabályozó ereje. Közvetlenül a legalitásra vonatkoztatja mindazt, ami I.-ből jön (közvetít I. és III. között). Funkciója: értékelő magasabb mérték → legitimál (+): programadó és motiváló → delegitimál (–) és jogi szocializációs funkció
TÁRSADALMI LÉT I.	Szerepe: a jog *jog előtti* (diakronikus nézőpontból) és *jogon kívüli* (szinkronikus aspektus) tartománya, létalapja. Társadalmi munkamegosztás, anyagi és szellemi tevékenységcsere: szükségletek, érdekek, eszmék, értékek termelése, újra- és újjátermelése.

A természetjog pozitivizálódása – jogi normakénti, jogelvkénti, jogintézménykénti, meghatározott eljáráskénti vagy jogesetkénti (joghézagkitöltés vagy méltányosság gyakorlása) megvalósulása – pedig nem szünteti meg a természetjogot, csak átalakítja: ami korábban a program, az elismerésre törő jogi követelmény stádiumában volt, az funkcióváltozáson megy át. Vagy a jogalkotó, vagy pedig a jogalkalmazó szervek látják el a közhatalmiság tekintélyével, autoritásával, s funkciója a tételes jogivá válással az adott intézmény, jogállapot, jogi helyzet igazolójává és/vagy a jogalanyok cselekvését motiváló tényezővé változik. A természetjognak mint tannak ez a sorsa: megvalósulásával elveszti követelményjellegét, érvényessé, a jogrend részévé válik. A jogrendre, vagy egyes jogintézményekre vagy a jogalkalmazás igazságosságára vonatkozó programból átváltozik állapotigazolóvá. (Ez történt a klasszikus polgári természetjogokkal, a szerződéselméletekkel, és ez történt a materiális természetjog egyik modern formájával, a szocialista természetjoggal is.)

A természetjogi tanítások, mint sajátos jogi ideológiák kétféleképpen is kiválthatják a megvalósulásukat jelentő mozgást. Egyfelől közvetve, a jogtudomány jogfejlesztő hatásán keresztül, másfelől enélkül, közvetlenül a jogalkotó és a jogalkalmazó szervek általános vagy egyedi normákat eredményező döntésein keresztül. Mindazonáltal a természetjog realizációja és funkcióváltása – programból állapot legitimálóvá válás – nagyon gyakran nem küszöböli ki a társadalmi-történelmi folyamatból a természetjog kritikai jellegét. Ez ugyanis időről időre újra születik. Azért, mert ami egy meghatározó rend autentikusságát jelenti egyik vagy másik osztály, réteg, vagy éppen társadalom számára, az nagyon is kétséges és kétes lehet más osztály, réteg, ellentársadalom számára. Utóbbi politológiailag a rendszerellenzék (mouvements anti-systemic) kritikai programja.

Akik számára az adott jogrend (legalitás) autentikus rend, s elvei, szabályai, intézményei igazolódnak a tapasztalat és a természetjog értékelő mértékei által, azok követni készek ezt a rendet. Engedelmesek. Számukra a fennálló jogrend a társadalomintegráció eszköze. Akik viszont elégedetlenek a fennálló jogrenddel, azok számára ez a rend nem-autentikus, nem legitim; intézményeit, normáit jogi tapasztalataik aláássák, delegitimálják. Számukra a fennálló rend arra való, hogy egy kisebbség hatalmát és uralmi igényeit védje a feltételezett többségével szemben. Számukra a közhatalom impériummal, kényszerrel védett rendje a privilégiumok és igazságtalanságok rendje, ami egy igazi rend – természetjog – szempontjából csak a rend karikatúrája. Elvitatják az ilyen rendnek való engedelmességet, és vele szemben kritikailag, a polgári engedetlenségtől a politikai harcon keresztül a forradalomig és a forradalmi erőszakig terjedően lépnek fel. Tehát minden berendezkedés – részben vagy egészben, ilyen vagy olyan módon, kisebbségi vagy többségi támogatással – megszüli a maga természetjogi kritikáját: egyes vagy egynéhány jogintézménytől kezdve a jogrend alkotmányos alapjainak, elveinek az átfogó bírálatáig. Állítás és tagadás, pozitív jogi status quo és természetjogi program harca ezért és ennyiben egyidős a történelemmel – noha nagyon különböző módokon léphet fel. Vallási és világnézeti ellentétekből (katolikus és protestáns, teista, ateista és materialista természetjog) kiindulva, a politikai tagoltság felől aktivizálódva, vagy pedig különös osztályok vagy azok rétegeinek érdekeit, értékrendjét, ideológiáját általános érvényűvé tevő természetjogként.

Peschka Vilmos a jog jellemző tulajdonságaként írta le, hogy az „…lényegében sajátos *közvetítő társadalmi objektiváció* az egyén és a társadalom között, mely különös közvetítő szerepét sajátos *normativitásával* valósítja meg. A jog azzal, hogy a társadalom tagjainak magatartását és ezáltal a társadalmi viszonyokat szabályozza, az egyént, az állampolgárt a társadalommal, mint totalitással hozza kapcsolatba." (Peschka, 1972: 140–141).

A pozitív jog általános érvényessége, kötelező ereje és különös társadalmi tartalmának ellentmondása olyan probléma, amely a jog társadalmi tartalma különösségének vizsgálata felé visz tovább. Ugyanis éppen e társadalmi tartalom *a jog érvényességének egyik összetevője*, s hogy ez a különösség, mint az egyediség és az általánosság közötti közbenső, közvetítő helyzet, melyik irányba mozdul el, egy beszűkülő, egyediség felé tartó partikularitás felé-e, amely legyengíti a jog érvényességét, vagy éppen fordítva, közel kerül a jogi norma különössége a társadalmi általánoshoz, ez *szerintünk nagymértékben azon is múlik,* hogy a jogi norma tartalmi különössége *mennyire támaszkodik a természetjogra, „a dolog természetére", a szabályozási tárgy* természetére. (Pusztán a jogalkotás felől nézve – prózaian – ez nyilvánul meg a „törvényhozási tárgyak reáliái" kérdésében.) De itt, a természetjog, mint értékelő mérték funkcionálását *a jogszolgáltatás egészének szintjén* kell megvizsgálnunk, melybe a jogképződés szokásjogi útja, a ius strictum és a méltányosság (ius aequum) jogalkalmazásban feloldható konfliktusa, illetőleg a joghézag jogelvekkel

való kitöltésének természetjogi mozzanata is szerepet kap, s nem csak az a lényeges összefüggés, amikor a jogalkotó a korábbi természetjogot jogi tételezésével pozitiválja.

A jogi norma érvényessége, kötelező ereje melletti társadalmi általánosságának próbája a norma érvényesülése. Ami az absztrakt jogviszonyok szintjén érvényes, de egy adott jogrendszerben soha senki nem alkalmazta, követte, érvényesítette, az kiüresedik, pusztán papírjog marad.[192] Kiüresedett tényállás. Az érvényesülés egy minimális szintje pedig szükséges a valóságos, s nem pusztán eszmei érvényességhez.[193] A jogkövető emberi magatartás – a jogrendnek való engedelmesség – megerősíti az elvárás érvényességét.

A *természetjognál* mindaddig, amíg se a jogalkotó szervek, se pedig a jogalkalmazó szervek nem pozitiválják, továbbá nincs szó szokásjogi jogképződésről, hiányoznak a forma formalizált mozzanatai, tehát a jog pozitivitása, és hiányzik a jogszolgáltató államhatalom két primer, őseredeti, konfliktusfeloldó és regulatív jogfunkciója.[194] Egy adott, hatályos pozitív jog az, amelynek érvényességi összetevői maradéktalanul együtt vannak, míg a természetjogé per definitionem kialakulatlanok, de még kialakulhatnak. Anélkül, hogy tagadnánk annak lehetőségét és jelentőségét, hogy nem minden természetjogi törekvés tesz szert érvényességre, azt kell kiemelnünk és bizonyítanunk, hogy *a jog érvényességének tartalmi összetevője részben azonban természetjogi kérdés.*[195] Továbbá, ennek a természetjogi tartalmi közvetítésnek döntő kihatása lesz arra, hogy a pozitív jog formális, általános érvényessége mögött milyen fokú társadalmi bizalom, támogatottság áll.

Rámutattunk, hogy a szokásjogi jogképződés feltolása a természetjogi értékmérő státuszába mennyiben rendelkezik racionális maggal, noha konzervatív következményei tagadhatatlanok. A szokásjogi jogképződés *az átlagtípust,* az emberi magatartások gyakorisági átlagát normázza, s ezzel erősíti a fennálló valóságot. A szabály tárgyi tartalma tehát a tényleges gyakorlat kifejeződése – itt a jog csak a tény hivata-

[192] Ismert jogszociológiai példa, hogy ez történt az OPTK normáinak körülbelül 40%-ával.

[193] Tisztában vagyunk azzal, hogy a természetjog, mint értékmérő, *értékreláció* kérdését a jogelméletben sokan szétválasztották annak *érvényességi* relációjától. Így tett Hans Kelsen (1963), s ebből következik, hogy a természetjog ezért számára ideológia. A két relációt szétválasztó felfogással szemben mi Max Weberhez hasonlóan összekötjük a természetjog értékrelációját az érvényességivel, mint ami belejátszhat a pozitív jog érvényességébe, noha a természetjognak közvetlenül nincs pozitivista értelemben vett érvényessége.

[194] A társadalomintegráló funkcióit ezekhez képest származékos, levezethető jogfunkciónak tartjuk, hasonlóan az egyéb jogfunkciókhoz (nevelési-szocializációs), melyekkel a természetjog önmagában is bír – érvényesség nélkül.

[195] H. Coing *A jogfilozófia alapjai* IV. fejezetének ennek bizonyítására egész részfejezetet szentelt (3. pont), összekötve a természetjogot a pozitív jog előtti tartalom kérdésével. Nála a természetjog két pilléren nyugszik: a Dolog természetében és az Erkölcsben gyökerező alapelvek összessége, melyek a társadalmi rend létrehozására szolgálnak (Osiris, 1996, 190). Felfogásának *konstrukciója* tehát rokon törekvést fejez ki az általunk előadottakkal.

los elismerése –, aminek megsértését szankcionálják, míg a szokás szokásos követése a jogszerű magatartás értékelését nyeri (a derogatív szokásjog kivételével). Ekként a szokásos tett, eljárás a dolgok állásával van összhangban, s mindaddig, amíg a dolgok állása, a társadalmi körülmények nem változnak, marad az átlagtípusként érvényesülő elvárás is. A gyakorisági átlag körül sűrűsödő normativitás pedig nagyfokú társadalmi elismertségre, érvényességre és emiatt követni készségre tarthat számot, egészen addig, amíg az őt létrehozó feltételegyüttes változatlan. A szokásjogban kifejlődő elvárás társadalmi tartalma nagyfokú általánossággal rendelkezik, viszont nehezen változtatható. Itt a társadalmi, gazdasági stb. körülmények hatalma determinálja mi a természetes, mi a követendő, mi a mérték. Az átlagtipikus itt egybeesik az értékelő mértékkel. Ezért a szokásjogi jogképződést tekinthetjük egyfajta *szociológiai természetjognak*.

Szemben a jogképződés átlagtipikusságával, a jogalkotás során a jogalkotó által értékelt tipikus emberi magatartások és tipikus helyzetek – *a lényegtipikusat* testesítik meg. Itt a jogalkotói elvonatkoztatás olyan konstruált magatartást kell, hogy eredményezzen, ami alkalmas olyan célok elérésére, melyeket a jogalkotó a jog eszközével akar előállítani. Az egyes és általános közötti azon átmenetet keresi, amely a törvényszerűségek több-kevesebb jellegzetességével rendelkezik ahhoz, hogy a kívánt célt, joghatást kiváltsa. Nem a tapasztalati átlag elismerésével, hanem a cél, a kívánt eredmény felől szelektálja azokat a címzetti magatartásokat, amelyek a fennálló körülmények és feltételek között (a reális lehetőség értelmében) az eredmény elérését produkálják. Valóban kellés-struktúrájú a valóság átformálása, azonban lehetetlenre senkit sem lehet kötelezni, még államhatalmi kényszerrel páncélozottan sem. Épp ezért kap szerepet a természetjog a jogalkotásban, mert a kívánatos normatartalom kiválasztását, jogalkotói értékelését befolyásolja. Az uralkodó többség által elfogadott természetjog akceptálása kedvezően befolyásolja a tételezett norma érvényességét. Míg ha a normában kifejezésre jutó jogalkotó-elvárás szembe kerül az uralkodó természetjoggal, akkor minimális esélye lesz csak a norma önkéntes követésének. Az érvényesség azért nem választható szét az értékeléstől és állítható vele kizáró módon szembe, mert az érvényesség tartalmi összetevője e tipikusság. A típusalkotás pedig feltételezi a helyes értékelést, mégpedig a dolgok természetével adekvát értékelést, s így az értékelés szelekciós mozzanatai az érvényesség alkotóelemévé válnak. A természetjogi mérték tehát értéktartalmával és a dolog természetével egyaránt jelen van a jogalkotási folyamatban, a lényegtipikusság jogalkotói megkonstruálásában. Nevezhetjük ezt a jogalkotás *látens természetjogának*, mert a dolog természetének magasabb értékelő mértéke eltűnik a jogalkotói típusalkotásban. A norma érvényessége, értéktartalma (megengedett–tiltott vagy éppen tűrt mivolta) és tárgyi tartalmának különössége (tehát „a dolog természete" természetjoga által befolyásolt tipikussága) rejtőzködik el a pozitív jog–természetjog kettősségében, miközben magasabb szintű egységgé formálódnak.

A jog fogalmán belül a természetjog és a tételezett, pozitív jog viszonya jól kifejezhető a jogalkotásnál a hegeli „Aufheben" szerkezetével, ha figyelembe vesszük, hogy a megszüntetve-megőrzésnek magyarított kategória tartalmazza *a magasabb szintre emelés harmadik mozzanatát is,* melyet magyar fordítása – szemben mondjuk a francia „nier-conserver-dépasser"-val – nem jelenít meg.[196] Eszerint viszonyuk három állítással a következőképpen fogható fel:

A pozitív jog megszüntetése a természetjognak (nier, tagadás).
A természetjog megőrződik a pozitív jogban (conserver, állítás).

A pozitív jog érvényességében a tagadás- (–) és a megőrzés- (+) mozzanatok ellentétének, feszültségének magasabb szintre emelése nyilvánul meg (dépasser, meghaladás).

Nem a természetjog mint értékelő mérték az érvényes tehát önmagában, hanem a jogalkotó érvényes normájának a tartalmi összetevője gyakran természetjogi mozzanat. Magatartást szabályozó ereje van, *ha helyesen közvetíti a jog jogelőtti tartományának természetét*. Legitimálja a normában megfogalmazódó elvárást, illetőleg téves jogalkotói értékelés esetén annak ellenére is delegitimálja azt, ha a jogalkotói elvárás mögött közhatalmi autoritás és kényszerítőerő hat. A pozitív jogrend érvényessége és a természetjog értékrelációja között tehát kétféle viszony van: legitimáló és delegitimáló, igazoló-adekvát vagy lerontó-inadekvát viszony. A pozitív jog formális érvényességét nem zárhatja ki a természetjogi reláció inadekvátsága, de az általános érvényességet lerontó, erodáló hatást fejt ki azáltal, hogy a normaérvényesülés hiánya (vagy csekély foka) visszahat az érvényességre.

Belátásaink és levezetéseink helyessége mellett egy indirekt érvet is szeretnénk felhozni. Feltéve, hogy a pozitív jog érvényessége *független* a tartalmi-természetjogi mozzanatoktól,[197] ekkor kellene találnunk olyan jogrendszert, amiben nincs természetjog, nincsenek természetjogi minimumok, elvek. De mivel ilyen jogrendszert nem találunk, a természetjog bizonyos, változó elemeit – ámbár sohesem az egészét – a pozitív jog parciális összetevőjeként kell számbavennünk, nem pedig jogon túli ideológiaként. Nem a természetjogi tanítások, irányzat a természetjog közvetlen bizonyítéka, hanem az, hogy a jogrendszerek jogszolgáltatásában van jelen, termelődik újra a természetjog szükséglete és meghatározott formái, melyek belejátszanak a jogalkotásba. Voltaképpen ezt fejezi ki az inkluzív pozitivizmus is.

[196] Lásd a nehézségekről Szemere Samu fordítói utószavát *A jogfilozófia alapvonalai*ban (Akadémiai, Budapest, 1971, 367–368). Szemere a harmadik jelentést, mozzanatot „felemelés"-nek mondja.

[197] A tartalmától független, mert bármit tartalmává tehető jog álláspontot klasszikus érvénnyel képviselte a *törvénypozitivista* Paul Laband, amikor úgy fogalmazott: „…az egész állami életnek nincs egyetlen területe, nyugodtan mondhatjuk, nincs egyetlen gondolat sem, amely nem tehető törvény tartalmává." „A jog az, ami a törvény. A törvény az, amit formailag helyes eljárás útján bocsátottak ki." (Idézi: Kulcsár Kálmán in. *A politikatudomány arcai*, Akadémiai, Budapest, 1999, 41.)

Hogy napjaink egyik tiszta esetét jelentő formájára hivatkozzunk, *a pozitív diszkrimináció megengedettsége* (körüli vita) a jogszolgáltatásban igazán a természetjog értékelő mértékként történő funkcionálása.

* * *

Bemutattuk, hogy a természetjog miként fogható fel a jogszolgáltatás konstitutív, nélkülözhetetlen részeként, amit öt relációban foglalhatunk össze:

- Természetjog tételesjog hiányában (amit a jogalkalmazó érvényesít a *joghézag* kitöltésére)
- Természetjog a *szokásjogi jogképződésben* (átlagtipikusság)
- Látens természetjog a *jogalkotásban* (a lényegtipikusságnál a dolog természete)
- Természetjog a *jogalkalmazásban*: ius strictum enyhítésére
- (Summum ius, summa injuria veszélye), a jogalkalmazás igazságossága[198]
- „Természetjog *contra legem*" érvényességet beszűkítő, lerontó, eltérítő hatással.

Axiómánk, hogy a legalitást nem önmagára, hanem a társadalmiságra alapozzuk, s nem elégszünk meg a formális érvényesség jogpozitivista felfogásával, hanem rámutatunk az érvényesség tartalmi összetevőjére, illetőleg ennek természetjog általi befolyásoltságára. Így a természetjog közvetít a jog jogelőtti szférája és a pozitív jog között. A természetjog értékelőmérték-természete *kritikai-programadó, cselekvést motiváló, állapotigazoló és szocializációs funkciókban nyilvánul meg*, s ezért lehetnek jelen a jogszolgáltatás különböző módozataiban természetjogi elemek.

A természetjog a pozitív joggal reflexiós viszonyban áll, együtt alkotják a változó terjedelmű jogi szférát, s ebben a minőségükben elválaszthatóak és elválasztandóak a legitimáció társadalmi berendezkedés egészére vonatkozó összefüggéseitől. A természetjog jogrendre – fennállóra vagy kívánatosra – vonatkoztatottsága egyben elhatárolást jelent az eszmei képződmények ideológiai funkciójától – bár tagadhatatlanul közel eshet egy sui generis jogi ideológiához. Ekként törekedtünk a természetjogra vonatkozó nézeteket, tanításokat, irányzatot – melyek vagy valóságos, vagy hamis absztrakciói tárgyuknak – elválasztani a természetjognak a jogi objektiváció működésében betöltött nélkülözhetetlen szerepétől. Valaminő természetjognak jogtárgy-konstituáló státusza van, minden működő jogrendszerben.

A természetjog alkotmányos alapjogkénti pozitiválása pedig lehetővé tette, hogy különböző intézményes megoldások mellett *a joghelyesség érvényességen túli magasabb mértéke felől absztrakt és/vagy konkrét normakontrollt (alkotmányosság) lehessen gyakorolni a jogrend felett.* Ezzel a jog belső öntisztító mechanizmusának újabb

[198] Lásd erről szerzőtársam, Takács Péter áttekintését (1998: 271–276).

módozata (alkotmányosság az alkotmánybíráskodás révén) alakult ki. Az, ahogy a természetjog ezzel az érvényesség fölötti helyes jogi mértékként intézményesült, egyik mutatója lehet annak, hogy mennyire történeti termék.

„Ahol a tételes jog tartalmilag kiüresedett vagy formális, ott van szükség a jog, az állam és a politika elméletére"

6.4. JOGALKOTÁS JOGELMÉLETI NÉZŐPONTBÓL: A MINDEN EGYES AKARATÁTÓL AZ ÁLTALÁNOS AKARATIG VEZETŐ ÚT

6.4.1. A közérdek

Klasszikus jog- és államelméleti, politikai filozófiai és egyben a modern politikatudomány számára is jelentős problémával nézünk szembe, amely a törvényhozástant éppúgy érinti, mint a jogalkalmazó esetleges dilemmáit. A leggyakrabban azonban a közérdekfogalmat a szakjog legtöbb területén az evidenciák olyan bizonyosságával kezelik, amely nem kíván magyarázatot, formális felhívása is elégséges és ügydöntő hatású lehet. Sajó András hosszú oldalakon át mutatja be a közérdekfogalom elégtelenségét, bizonytalanságait és jogi használatának formális jellegét (1999: 250–257). Azt mindenképpen meggyőzően exponálja, hogy nem elégedhetünk meg azzal a formális közérdek-definiálással, melyet az államelméletben elfogadottnak tekintenek *(„közérdek az, amit az arra illetékes hatóságok közérdeknek nyilvánítanak")*, még ha a hatóságok meghatározásai alakítják is a közérdekre vonatkozó közvéleményt és a szakmai felfogást (1999: 251). Következésképpen *lesz normatív erejük*. Ami hat, az létezik. A közérdekre hivatkozás „mindent visz" állásponton – fogalmazhatunk képletesen szólva – az elméleti diszkussziónak persze túl kell lépnie. Azt azonban generalizálóan semmiképpen sem osztanánk, hogy „A közérdek és a közjó felsőbbsége a magánszféra, a privát fogalmához fűződő bűnösség képzetéből adódik. Ami magán, az a közzel szembeállítva tisztátalan. A magánszféra gyanús" (Sajó, 1999: 241). Ugyanis a magánérdekek viszonyát nézve is felsejlik – azok ütközése esetében

– a közérdekre vonatkoztatottság. A magánszféra primátusát és a magántulajdont támogató jogrendszerekben is össze kell tudni egyeztetni a „Neminem laedit qui suo iure utitur" és a „Neminem laedere" elveit.[199] Látni fogjuk, hogy a római magánjogban széles területeken ez az *egyensúlyt teremtő kommutativitás*, *kölcsönösség* és nem az erősebb önérdek érvényesítése jegyében történt meg.

Cicero római filozófus, államférfi, jogtudós a „De legibus"-ban veretesen fogalmazta meg a „Salus rei publicae suprema lex esto" elvét, azt, hogy a törvényhozásnak a közérdeket kell képviselnie, ez határozza meg a törvény tárgyát (amivel szemben nincs apelláta). Ebben az értelemben a törvényhozás az a grémium, amely tudja?, megmondja?, kinyilatkoztatja? – mi a közérdek. Ez egyben azt is jelenti, hogy van egy szerv az államban, a törvényhozás szerve, amely felhatalmazott a mindenkori közérdek meghatározására. Ezzel pedig áttolódik a kérdés, a mi a közérdek tárgyi kérdése arra, hogy ki képviseli a közérdeket, tehát a képviseletre. A *mi a közérdek?* kérdése áttevődik a *ki képviseli a közérdeket* kérdésére. Ezt pedig aligha lehet tértől és időtől független, történelmen kívüli vagy a felett álló fogalmi összefüggésként kezelni.

A majdnem háromezer éve napirenden szereplő közérdek, közakarat, közjó, általános akarat rejtélye – tekintsük most első megközelítésben szinonimáknak e terminusokat – máig megoldatlan volna? Nos, nem egészen ez a helyzet: a fogalom jelentése a formális evidenciák tartóssága mellett gazdag történeti változatosságot és jogrendszerhez kötöttséget mutat fel, ami miatt a probléma szakadatlanul újra és újra felvetődik. Újra- és újjátermelődik, mert a *jog fogalmai mögött a társadalmi lét történetileg gazdagon változó és szinkronikusan is változatos formákban megjelenő viszonyai munkálkodnak, amelyek kihívásaira reagálnia kell: így vagy úgy, lehet jól és rosszul*. Továbbá teljességgel hiábavaló a közérdeknek valaminő olyan fogalmát keresni, amely kézzelfogható, dologszerű, tehát térben és időben kiterjedéssel bíró konkrét fogalmat feltételezne. Itt ugyanis nem konkrét, hanem absztrakt fogalomról lehet csak szó, amely viszonytermészetű, relacionista meghatározottságú. Egy *értékelő alany adott összefüggésben érvényes értékítéletétől függetlenül nincs közérdek*, ahogyan egy különös vagy csoport-, réteg-, osztály- vagy nemzeti érdek sem jár „két lábon". Egyéni érdekek, csoportérdekek, rétegérdekek, osztályérdekek, össztársadalmi érdekek, még fogalmi elvontságuk szintjén is – éppen viszonytermészetük miatt – már bonyolult kérdéskomplexumot alkotnak. A jogalkotó persze *nem értékelése folyamatát, indokai összemérését* közli a jogszabályban, hanem annak csak az eredményét: ez a közérdek (mert egy annak meghatározására hivatott grémium

[199] Senkinek sem árt, aki a saját jogával él, de senkinek se ártsunk (közben). Vagy ahogy a klasszikus liberalizmusban az egyén szabadságára vonatkoztatott axióma mondja: személyes szabadságom határa addig terjed, ameddig nem ütközik más ember személyes szabadságába. Tehát minden gyanútól függetlenül felvetődik *a cselekvés megengedett mértékének* kérdése, ami jogi és közérdekű kérdés. Választ igényel.

így minősít), vagy éppen adott összefüggésben egy egyéni vagy különös érdek. Egy mozgó centrumú viszonymeghatározottságként kell tehát elképzelnünk a közérdeket, amely nem konkrét, érzékletes tárgy, nem dologszerű, hanem viszonytermészetű fogalom. Pedig még sem az érdek mint olyan mibenlétét, sem annak akaratkénti megfogalmazását nem érintettük, noha a jog számára az akarati sík külön figyelmet érdemel, hiszen a jog formális – minden tartalomtól függetlenített fogalma – normatív formára hozott államakarat vagy magánfelek joghatás kiváltására irányuló és arra alkalmas megegyezése. Voluntas, amelynek – kedvező esetben – ratiója is van. És ráadásul legitim képviselete nélkül – tehát az érdek akarattá formálása nélkül – nem sokat érhet. A jogtudomány – amennyiben nem ragad bele a szövegpozitivista pozícióba – túl tud menni és túl is kell mennie a jogalkotó normatív, Sollen-funkcióján, és állam- és politikaelméleti, jogelméleti és akár ökonómiai (vagy egyéb szaktudományos) ismereteket kell mozgatnia a közérdek – közjó – általános akarat vizsgálatánál.

6.4.2. A magánjogi, partikuláris-konfliktusrendező közérdek

Mielőtt rátérnénk kérdéseink megvizsgálására, a címben szereplő modern paradigmák megoldásainak bemutatására, érdemes a közjó (bonum commun) természete tekintetében az állandóság és a változás dialektikájának egy szemléletes példáját elővennünk, éspedig a római jog világából. Hogyan vetette fel egyéni érdekek konfliktusában a római jog a közjóra vonatkoztatottság szempontját?

Tekintsük itt a közjót olyan fogalomnak, amelyre törekvés a közérdeket kívánja előmozdítani vagy éppen oltalmazni. Deli Gergely azt mutatta ki, hogy a római magánjogban az igazságosnak tekintett döntések, megoldások voltaképpen a közjót is szolgálták. Tegyük hozzá, abban az esetben, ha elfogadjuk a közjónak azt az ott és akkor, tehát történetileg meghatározott értelmét, amelyet a római jogászok követtek. Érdemes bemutatnunk elemzésének konzekvenciáit, mert jól megmutatják azt, hogy *az igazságosnak tekintett ítélkezés miért és hogyan kapcsolódik az igazságosság történetileg értelmezhető, „ott és akkor" felfogásához, nevezetesen – ahogy mi látjuk – a kommutativitás igazságosság princípiumához.* Elemzéséből is ki fog derülni, hogy a közjó örök, időtlen fogalma csak sovány, testetlen absztrakció lehet.

Deli monográfiája elég széles terület öt témakörében[200] vizsgálja a római magánjogot. Azt bizonyítja, hogy a *ius in praxi*, a római joggyakorlat területén, a magánjo-

[200] A perjog területén a „megengedhető-e az ügyvédi sikerdíj?" kérdését vizsgálta, a feldolgozással létrejött új dologgal kapcsolatban pedig az előállott dogmatikai megoldásokat ütköztette. A harmadik kérdéskörben, az adásvételi szerződésnél az elállási jog dogmatikáját, a negyedikben pedig azt, hogy lehetetlen-e az erkölcstelen végrendeleti kikötés. Végül, a kontraktuális kötelmek körében azt diszkutálta, hogy mikor hasznos a megbízás nélküli ügyvivő tevékenysége. Mi vizsgálódásait nem kívánjuk ismertetni, lévén nem római jogi stúdiumot folytatunk. (Lásd kérdéskörönként a II–VI. fejezetet.)

gi konfliktusokban hogyan érvényesítették a közjó szempontját. *A konkrét esetekhez köthető dogmatikai megoldásokat, illetőleg azok konfliktusait alárendelték az igazságosnak tekintett megoldásoknak.* Nem dogmatikai és intézményi koherenciára törekedtek megoldásaikban, hanem az igen különböző jogi következményekhez vezető dogmatikai konstrukciók határait jelentősen fellazították a tényállás egyedi körülményeinek nyomására, ehhez igazítva az előbbieket. Miért tették ezt? Mert a helyes döntés megtalálásához volt közös orientációs pontjuk eljárásaik során. Nevezetesen Cicero nyomdokain haladva a populus Romanus, a nép üdvét, vagy másként a köztársaság üdvét, a *salus rei publicae*t keresték.[201]

Igen fontos értelmezési szempont, hogy „Ugyanakkor e magánjogi döntések semmit nem árultak el arról, hogy helyes volt-e az eredeti állapot, azaz hogy a rendelkezésre álló erőforrások magánfelek közötti, eredeti felosztása igazságos volt-e. A *fortuna* és az *utilitas* rokon fogalmai az anyagi valóságban is szoros összefüggésben álltak. A vizsgált »magánjogi« döntések nem a rendelkezésre álló jószágok megfelelő elosztása révén, hanem a *valamilyen módon már megvalósult felosztás stabilitásának* elősegítésével védték a fennálló állami rendet. A helyes döntések ily módon járultak hozzá az éppen létező rend megőrzéséhez, az állam gazdasági és szociális szerkezetének egyensúlyához.

A társadalmi rend mint fennálló adottság, mint létező és nem mint norma, valamint nem mint egy esetleges reform tárgya részesült védelemben. …vizsgált jogi döntéseink éppen erre, a bekövetkezett sérelem előtti, eredeti állapotra utalnak vissza, és teszik meg azt végső döntési kritériumnak. E végeredményben »konzervatív«, megőrző funkció révén vették figyelembe az önérdek és a közérdek metszéspontjában álló »legfőbb« törvényt, amelynek lényege nem más volt, mint a nép, illetve a köztársaság üdve, a *salus rei publicae*." (Deli, 2014: 172–174).

Látszólag meglepő orientációnak tűnhet a közjó, a köztársaság üdvének előmozdítása magánfelek jogi viszonyaiban, hiszen a római jog az „egyetemes árutermelés világjogaként" (F. Engels) éppen a vagyoni-mellérendeltségi, kontraktuális kapcsolatokban hagyott az emberiségre továbbörökíthető és recipiálható kulturális örökséget, azaz *magánjogi mintázatokat*. Ezt is tették majd mindenütt, ahol a recepció feltételei együtt állottak (árugazdaság léte vagy legalábbis igény az árutermelésre; latin nyelv ismerete; tudásátadásra alkalmas középkori egyetemek, professzorok és joghallgatóik létezése stb.). Ha azonban tekintetbe vesszük, hogy a fennálló érték-

[201] Deli összegzésében: „A döntések végső soron arra törekedtek, hogy ez az eredeti vagyoni helyzet álljon helyre, amely alól kivételt akkor tettek, ha valamilyen magatartást (például lopást) kifejezetten szankcionálni akartak. Egyébként általában megkövetelték, hogy az egymással szemben álló szolgáltatások értéke nagyjából azonos legyen, ahogyan ezt az ügyvédi sikerdíj szabályozása esetén láttuk. Vagy törekedtek arra, hogy nyomós indok nélkül senki ne gazdagodjék a más kárára, amint erre a feldolgozás vagy a megbízás nélküli ügyvitel mutatott példát. Ebben az értelemben az a döntés volt helyesnek minősíthető, amely a társadalomban együtt élő magánszemélyek egymáshoz viszonyított vagyoni helyzetét a legkevésbé zavarta meg" (2014, 172–173).

őrző védelmének vezérlőeszméje *történeti meghatározottsága folytán nem lehetett a disztributív, csak a kommutatív igazságosság, akkor tökéletesen érthető, hogy ott és akkor a kölcsönösségi, egyensúlyteremtő felfogás hordozta a közjót.*[202] Nem akartak tehát a jog eszközeivel, újraelosztással a társadalmi viszonyokban változásokat előmozdítani, nem akarták ilyen módon befolyásolni vagy egyenesen megújítani a fennállót. A római antikvitás szemléletétől idegenek voltak a társadalomátalakító törekvések, ezért nem ehhez, hanem *a kommutatív igazságossághoz*[203] *szabták a közjó fogalmát,* egészen a magánjogi jogviták eldöntéséig menően.

Megjegyzendő, hogy az antik és középkori gondolkodást uraló közjó (bonum commun) fogalom erősen erkölcsi töltésű volt, hiszen az emberi együttélést nem tekintették és nem is tekinthették társadalomnak. Ellentétben a modern, tőkés termelési mód által dominált viszonyokkal, ahol – sok oknál fogva – az érdekek, magán-, partikuláris, csoport-, réteg-, osztályérdekek dinamikája következtében a közjó fogalmának helyét átvette a magánérdek–közérdek dualizmusa. Fejlett formájában a burzsoá (magánegyén) – citoyen (közember) kettőssége. Az érdek – per definitionem – konfliktusos helyzet az emberi-közösségi szükségletek kielégítésében. Ahol a szükségletek, igények kielégülnek, ott nincs érdek (vagy legalábbis néma marad). Ha azonban személyek, strukturált csoportok, közösségek vagy intézmények között feszültségek keletkeznek a szükségletek kielégítéséfben, akkor az érdek objektív mozzanata szubjektív mozzanatra, akarati törekvésekre tesz vagy legalábbis tehet szert. Meg kell jeleníteni a konfliktust, ki kell fejezni az érdekeket, akarati tartalommal. Kilépni a némaságból, képviseletre, érdekérvényesítésre törekedve. Ekkor az érdek objektivitása az akarati forma szubjektivitásával találkozik. Az antropológiailag szükségletkielégítő lény ekkor lép át a politika világába, egyben új szükségletet teremtve az együttélésben – ahogy erről már értekeztünk.

6.4.3. Paradigmatikus változatok: J. J. Rousseau – G. W. F. Hegel – R. Pound és a politikai piac (Public Choice és a közjavak természetes monopóliuma)

A társadalmi szerződésről[204]

A szerződéselméleteken belüli klasszikus álláspontot dolgozott ki Jean-Jacques Rousseau azzal, ahogyan *az egyes, egyéni akaratokból kiindulva vezette le az általános akaratot,* egyben annak természetét megmagyarázva. Emeljük ki szelektált, tézisszerű levezetését, s látni fogjuk, hogy végeredményben nem egy, hanem kétféle megoldást adott a problémára. Nem függetlenül attól, hogy az 1762-ben megjelent mű

[202] Deli a kötete címében szereplő *salus* szó magyarázatához is hozzáfűzi, hogy annak első jelentése a romlással szembehelyezett „létezés", illetve ehhez kapcsolódóan „sértetlenség" (2014: 173).

[203] Az igazságosságfelfogások áttekintését lásd Takács professzor nívós elemzésében, Szigeti–Takács, 2004 8. fejezetében: különösen 301–306.

[204] Rousseau, 1978: 477–480, 490–492.

a korabeli rendi-feudális berendezkedésű társadalom és az abszolút monarchia államformájú Franciaországban született, annak összeomlása előtt (Anderson, 1989: 136–140). Rousseau radikális republikanizmusa a felvilágosodás és a jogegyenlőség jegyében ennek kritikáját adja. Mégpedig egy genfi polgár városállami, kisközösségi-községi (commune) ideája jegyében. Zsenialitása abban is áll, ahogyan gondolatilag megelőlegezi az ott és akkor még nem létező, csak születőfélben lévő polgári társadalom általa nem szorgalmazott és kívánt pluralisztikus igényeit, mégis felismeri ezeket.

Először a természeti állapotban fennálló akadályok leküzdését kell megoldani, hogy olyan társadalmi szerződéshez jussunk, amely a köz erejével oltalmazza az egyéni szabadságot és vagyont, anélkül hogy ártana annak.

„Felteszem, hogy a természeti állapotban élő emberek elérkeztek arra a pontra, ahol a fennmaradásukat veszélyeztető akadályok ellenállása már nagyobb, mint az az erő, amelyet az egyén képes kifejteni, hogy fenntartsa magát ebben az állapotban. Akkor ez az eredendő állapot nem maradhat fenn tovább, s kipusztulna az emberi nem, ha nem változtatná meg létezésének módját.

De mivel az emberek nem teremthetnek új erőt, csupán a meglévőket egyesíthetik és kormányozhatják, ezért csak egy mód van, hogy biztosítsák fennmaradásukat: összeadni erőiket, közös indítóokkal mozgásba hozni és összhangban működtetni valamennyit; olyan összesített erőt képezni, amely már le tudja küzdeni az ellenállást.

Ez az összesített erő csak több ember együttműködéséből születhet meg. De ha valamennyi ember önfenntartásának legfőbb eszköze a saját erejük és szabadságuk, hogyan ruházhatják ezt át akkor anélkül, hogy önmaguknak ártanának és elmulasztanának gondoskodni önmagukról? Ezt a nehézséget, vizsgálódásaim tárgyára vonatkozóan, a következőképpen fogalmazhatjuk meg.

»Megtalálni a társulásnak azt a formáját, amely a köz egész erejével védi és oltalmazza minden tagjának személyét és vagyonát, önmagának engedelmeskedik és éppolyan szabad marad, mint amilyen azelőtt volt. Ez az az alapvető kérdés, amelyre a társadalmi szerződés megoldást ad.«[…]

Minden személy, valamennyi képességével együtt, az általános akarat legfőbb irányítása alatt egyesül, és mindenkit testületileg az összesség elkülöníthetetlen részévé fogadunk.

Mihelyt az emberek társulásra lépnek, az egyes szerződő felek különös személye valamilyen morális és közösségi testületnek adja át helyét ez a testület annyi tagból áll, ahány szavazatot adnak le a gyűlésben, s a szerződés kinyilvánításától kapja egységét, közös énjét, életét és akaratát . Ez az egyének fölött álló, s valamennyi egyén egyesüléséből származó személy valaha a község nevet viselte, ma pedig a köztársaság vagy politikai társadalom nevet viseli, tagjai *államnak* nevezik, amennyiben nem cselekszik, *főhatalomnak*, amennyiben cselekszik és egyszerűen csak *hatalomnak*, amikor a hozzá hasonló alakulatokkal vetik össze. Ami a társulás tagjait illeti,

ezek együttesen a *nép* nevet viselik, külön-külön pedig *polgároknak* nevezik őket, amennyiben a főhatalom részesei és *alattvalónak*, amennyiben alávettetnek az állam törvényeinek" (1978: 477–480).

„Tévedhet-e az általános akarat?
Az általános akarat mindig az igazság pártján van s mindig a köz hasznára törekszik; az azonban nem következik ebből, hogy a nép határozatai mindig ugyanilyen helyesek. Az ember mindig a maga javát akarja, de nem mindig látja, hogy mi az. A népet nem lehet megrontani, de meg lehet téveszteni; ilyenkor tűnik föl úgy, mintha a rosszat akarná.

A közakarat gyakran eltér az általános akarattól; ez utóbbi csak a közérdeket nézi, míg az előbbi a magánérdeket, s nem több a különös akaratok összegénél. De ha a különös akaratokból elvesszük azt, amiben az egyik több vagy kevesebb a másiknál, márpedig ezek a különbségek kölcsönösen megsemmisítik egymást,[205] úgy a kivonás eredményeként az általános akarat marad fenn" (1978: 492.).

Rögzítsük tételesen: a közakarat gyakran eltér az általános akarattól, csak kivételesen esik egybe. A két fogalom tehát legtöbbször nem esik egybe, mert a *közakarat* magánérdekek összegződését jelenti, nem több különös akaratoknál. Formulázva: magánérdek (E) + magánérdek (E) + magánérdek (E) …n = Különös érdek (K), ami (még) nem általános érdek (akarat).

Ha a Különös akaratokból elvesszük a (+) és (–) kilengéseket, eltéréseket, amelyek közömbösítik, semlegesítik egymást, tehát megtisztítjuk a kilengésektől,[206] úgy eljutunk az *általános akarathoz (volonté générale)*. Ennek azonban feltételei vannak:

„Ha a nép a szükséges ismeretek birtokában határozna, s a polgárok nem közlekednének egymással, az apró különbségek sokaságából mindig az általános akarat adódnék ki, s mindig azt választanák, ami helyes. De ha egyesek árományt szőnek, ha egy rész az összesség rovására szövetkezik, akkor az ilyen szövetségek akarata általános lesz tagjaik és különös az állam vonatkozásában, s azt mondhatjuk, hogy a szavazók száma nem annyi, mint az embereké, hanem csak annyi, mint a szövetségeseké. Kevesebb lesz a különbség, s az eredmény kevésbé lesz általános. Végezetül, amikor e szövetségek egyike oly nagy, hogy az összes többit maga alá gyűri, az eredmény már nem apró különbségek összessége, hanem egyetlen különbség; akkor

[205] „*Minden érdek más és más elveken alapul*, mondja d' A. úr. *Két magánérdek mindig egy harmadikkal szemben kerül összhangba.* Hozzátehette volna, hogy valamennyi érdek összhangja az összes magánszemély érdekével szemben alakul ki. Ha nem léteznének különböző érdekek, alighogy megsejtenénk, mi a közérdek, máris akadálytalanul érvényesülne: magától menne minden, s a politika nem volna többé művészet" (Rousseau, 1978: 492–493).

[206] Megjegyzendő: Rousseau-t a törvényhozás foglalkoztatja, és ahol a (+) és (–) kilengések ebből a szempontból közömbösítik egymást, az nagyon is konfliktusos területté válhat a jogalkalmazásban.

nincs többé általános akarat, s a felülkerekedő vélemény csupán magánszemélyek véleménye.

Hogy tehát az általános akarat hangot kapjon, az államon belül nem szabad kisebb társulásoknak létesülniük, és minden polgárnak csak saját nevében szabad véleményt nyilvánítania.[207] Ilyen volt a nagy Lükurgosz páratlan és magasztos politikai berendezkedése. Ha pedig léteznek az államnál kisebb társulások, úgy számukat szaporítani kell, és elejét kell venni közöttük az egyenlőtlenségnek, ahogyan Szolón, Numa és Servius tette. Csakis ezek az óvintézkedések teszik lehetővé, hogy az általános akarat mindig megvilágosodjék, s a nép ne váljon csalódás áldozatává" (1978: 492–493).

Rousseau által kívánatosnak tekintett út az általános akarathoz való eljutáshoz tehát az (I., fő változat), hogy egyfelől meglegyenek az embereknek a szükséges ismeretei, másfelől pedig ne érintkezzenek egymással, ne cseréljenek véleményt és tapasztalatot, mert ez esetben egyikük megtévesztheti a másikat. Káros a befolyásolás, mert ez esetben egyesek ármányt szőhetnek, szövetségeket köthetnek, és az ilyen szövetségek nemcsak az egyéni akaratot deformálják („a szövetség akarata általános lesz tagjaik vonatkozásában", azok felett), hanem ezen szövetségek egyike olyan naggyá nőhet, hogy az összes többit maga alá gyűri. Ekkor nincs általános akarat, csupán egy felülkerekedő szövetség magánvéleménye. Mindenkinek a saját nevében, ismeretei birtokában kell beszélnie, a megtévesztő kommunikációt pedig ki kell zárni. *Ez a két, együttesen fennálló feltétel biztosíthatja csak az egyéni akaratokból aggregálódó általános akarat érvényesülését, kizárva a szövetkezéseket, kisebb társulásokat és a nem kívánatos pártosodást* (amihez a Machiavelli-idézetet is segítségül hívta Rousseau).

Ha azonban mégiscsak bekövetkezne, hogy az emberek kommunikálnak, társulnak, ebben a nem kívánatos esetben az államnál kisebb társulások számát szaporítani kell, azért hogy e különös társulások egymást kölcsönösen közömbösítsék, ne nőhessen valamelyik a többiek fölébe. Ez a II út., a gondolatilag megelőlegezett pluralizmus útja, ahol a különös társulások (K – K – K …n) nem kerekedhetnek az általános akaratot képviselő állam (Á) fölé, nem kerülhetnek annak helyére különös érdekükkel. *Az általános akarat képzésében tehát minden egyes egyén részt vesz, senki sincs abból kizárva, s ez a jogegyenlőség egyszersmind az alapja az általános akaratot képviselő törvény kötelező erejének, érvényességének.* A nemkívánatos, de mégiscsak bekövetkezhető pártosodást közömbösíteni, semlegesíteni kell, hogy eljuthassunk az általános akaratig. A II. út esetében is csak annyiban pluralista Rousseau, hogy egyben antipluralista marad: nem egy különös akaratnak vagy erőnek kell általá-

[207] „Való igaz, némely véleménykülönbség árt az államoknak, más véleménykülönbségek pedig hasznukra vannak; amely viszály és pártütés forrása, az ártalmas, amelyik nem jár viszállyal és pártütéssel, az hasznos. Mivel tehát az állam alapítója nem veheti elejét az egyenetlenségeknek, legalább úgy kell intéznie, hogy pártok ne alakuljanak." – mondja Machiavelli a *Firenze történet*ében.

nossá válnia, akik cserélődhetnek a versenyben, mert az elit nyitott (ez a mai pluralizmuselméletekben az elitista demokrácia tézise), hanem *az egyéni akaratokból kell összegződnie az általánosnak, mintegy súlyozott átlagként* (ahol az egybehangzó vélemények sűrűsödnek, az megy tovább, a különbségek viszont kölcsönösen megsemmisítik egymást, kiesnek) – *éspedig társulások, szövetségek, pártosodás közvetítése nélkül.* Tehát különös akarat nem képviselheti az általános akaratot, mert az általános akarat természete ekkor megváltozna. és egy különös célt követne, magánérdekek harca közé „alacsonyodna", a közösség általános érdeke helyett. De minden egyes akarata, összességként sem az általános akarat, csak az általános akarat képzésének és érvényességének előfeltétele, mert a részvételből következő érvényesség (senki sincs kizárva a közakarat képzéséből) nem azonos az egyéni akaratok tartalmával. Azért, mert az egyéni akarat, minden egyes akarata a részvételen túl szelektálódik, kiesnek a tartalmi partikularitások. (Sőt, lehetőleg különös csoportérdekké, társulássá se transzformálódhassanak – aminek fennáll a veszélye.)

Formulázva:

$$\mathbf{Á} = E + E + E + \ldots n - \mathbf{E} / + e; - e / \text{ és } - \mathbf{K}$$

ahol: + e – e = 0 ; K pedig a különös érdekek, csoportérdekek kizárt szerveződése.

Rousseau lábjegyzetében megemlítette: „Minden érdek más és más elveken alapul, mondja d' A. úr. Két magánérdek mindig egy harmadikkal szemben kerül összhangba. Hozzátehette volna, hogy *valamennyi érdek összhangja az összes magánszemély érdekével szemben alakul ki*" (kiemelés tőlem – Sz. P.). A második mondat jelentőségét már alkalmazta, amikor viszonyként fogta fel az érdekek természetét. A kurzivált harmadik mondatot ellenben nem magyarázza, vezeti le. Pedig igen fontos összefüggés, határérték-probléma marad kiaknázatlanul, nem függetlenül attól, hogy itt a minden egyes, az összes magánszemély érdekével *szemben* tételeződik a közérdek, mintegy ellentmondva Rousseau eddigi levezetésének.[208] *Ami közvetlenül senkinek sem érdeke, az közvetve, hosszabb távon még lehet közérdek*. Irodalmi példával érzékeltetve: Albert Camus *Pestis* című regényében a járvány miatt elrendelt vesztegzár alól mindenki igyekezne mentesíteni magát, vagy kitörni a karanténból. Közvetlenül ez az érdek mozgatja törekvésüket. A terjedő járvány lokalizálása azonban nemcsak a tágabb közösség érdekét szolgálja, hanem hosszabb távon, közvetve azokét is, akiknek alá kellett vetniük magukat a hatósági kényszernek. A lokalizált

[208] A II. könyv XII. fejezetében felsejlik a probléma, amikor arról ír, hogy „a nép minden körülmények között megváltoztathatja törvényeit, még a legjobbakat is, mert ha úgy tetszik neki, hogy ártson önmagának, kinek van joga megakadályozni ebben?" – kérdezi. Eszerint keletkezése során mégiscsak tévedhet az általános akarat, s a törvény ekkor is kötelez. Azonban – helyesen – arra is rámutat e helyütt, hogy a törvények ereje, még akkor is, amikor ezek különös rendszabályokra vonatkoznak, a polgárok erkölcseitől, szokásaitól és a közvéleménytől függ (1978: 519).

járvány ugyanis előbb kezelhető és könnyebben kárenyhíthető, mint a meg nem állított.[209] A törvény persze ez esetben is az általános akarata kifejeződése marad („La loi est l'expression de la volontée générale" – Rousseau), csak éppen képződésének más úton kell létrejönnie, mint az egymást erősítő akaratok tömörülése esetében.[210]

Nyilvánvaló, hogy itt már elrugaszkodtunk az „empirikus közérdek"-felfogástól. Annál ugyanis a *közvetlen érdekérintettség nélkülözhetetlen*, mert a közösséget de facto alkotó személyek körében kell maradnunk. Tehát a közvetlen és a közvetett jogtárgy közötti közvetített összefüggést az empirikus közérdekfajta nem ismerhet el. Sajó akadémikus Brian Barry elemzésére támaszkodva mutatja ki, hogy az empirikus közérdekre érvényes a Pareto-optimum. „Az egyén (és nem a közösség vagy annak valamely megtestesítője) tudja csak, hogy mi érinti és milyen mértékben. Ezekre az egyénekre, illetve halmazukra teljesülhet *a Pareto-optimum – vagyis az intézkedés hatására legalább egy személy helyzete javul, anélkül, hogy bárki másé rosszabbodna*. A Pareto-optimum teljesülése esetén ellenőrizhető értelemben be-

[209] Vegyünk azonban egy mai és barátságosabb – nem egy rendkívüli helyzethez köthető – példát is ennek igazolására. A készpénzforgalmat évszázadok során igencsak megszokták az emberek, messzemenően domináló fizetési módként használták nálunk is, egészen a 20. század utolsó évtizedéig, amikor a technikai fejlődés következtében lehetővé vált a *készpénzfizetés felváltása elektronikus számlapénzzel.* A számlákat kezelő kereskedelmi bankoknak, pénzintézeteknek és az emissziós jogkört gyakorló Nemzeti Banknak mindenképpen érdekében állt a váltás, hiszen előzőek ügyfeleikből élnek, a forgalom lebonyolításához szükséges pénzmennyiséget emissziós jogkörében kibocsátó MNB pedig a készpénzforgalomnál olcsóbban működtethető számlapénzben egyaránt érdekelt voltak. Az emberi-társadalmi szokásoknak nagy az ereje, az idő és a tapasztalat („mindig így volt") szentesíti azokat. Egyedek sokaságát kötötte a készpénzforgalom megszokottsága, rutinja, az *egyéni (emberi) érdekek* tömegével szemben állt azonban a bankok/pénzintézetek és az MNB szakmai, *különös* érdeke. Nem mennyiségi érdekaggregáció döntött a számlapénz és forgalom javára, nem minden egyes résztvevő aggregált akarata, hanem a jogalkotó mérlegelő értékelése nyomán a különös érdekek kerültek priorizálásra a sokaság közvetlen akaratával, szokásaival szemben. A technika révén létrejött újítás áttöréséhez a törvényes erőszak potenciális fenyegetésén, a jogszabályok kötelező erején keresztül, és fokozatosan lehetett áttérni a szokások megváltoztatására és ezen keresztül az *általános* érdek (olcsóbb és gyorsabb a számlapénzforgalom) felülkerekedésére. Sokáig a *tradíció* igazolta a készpénzfizetést, mint a köz érdekét, hogy aztán a dolgok és összefüggéseik változásaként az *újítás* hordozza ezt, háttérbe szorítva és korlátozva a tradíciót. Az általános akarat (az érdekek rangsorolásával) nem minden egyes akaratának összegződése, hanem attól különnemű képződmény.

[210] Az általános akarat megkérdőjelezhetetlenségével a francia jogrend igen sokáig, 1971-ig védte a törvényhozás tekintélyét, az alkotmányos alapjogi jogvédelem potenciális kontrolljával szemben. Ezzel jól összefért az *a priori* – végszavazás előtti – normakontroll, amely az organikus törvények esetében kötelező is volt, és kétségtelenül előnyei is vannak egy ilyen gyakorlatnak: védi a törvényhozó hatalom tekintélyét, gyors, és kiszámítható a jogbiztonság szempontjából. Azonban ahogyan a római pápa, azonképpen egy szuverén törvényhozó hatalom sem lehet csalhatatlan. Újabban Paksy Máté mutatta meg, hogyan változott meg mindez a francia konstitucionalizmusban, amikor is az alkotmány- és alapjogvédelmet ellátó Alkotmánytanács döntései kötik a rendes bíróságokat, s ezzel már az a helyzet állt elő, *hogy a megszavazott törvény csak akkor fejezi ki az általános akaratot, ha megfelel az alkotmánynak* (La loi votée …n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution). Előtérbe került a megoldásnál a „question prioritaire de la constitution" (Q P C) szempontja. Paksy, 2016.

szélhetünk közérdekről. Minden olyan megoldás megvalósítja a közérdeket, amely különbségtétel nélkül közvetlenül érintheti egy közösség bármely tagját oly módon, hogy e közösség bármely – legalább egy – tagját jobb helyzetbe hozza anélkül, hogy bármely más tagja hátrányosabb helyzetbe kerülne" (Sajó, 1999: 258).

Sajó dolgozatában másutt tesz egy olyan kiegészítést, amely adott határhelyzetre vonatkozó, további megszorítást tartalmaz: „Ha valamely intézkedés csak egyetlen meghatározott személy előnyét szolgálja, mások hátránya nélkül, úgy a kizárólagos magánérdek előmozdítása esetén közérdekre nem lehet hivatkozni. Megítélésem szerint azért nem, mert a közérdek-hivatkozás normatív *előfeltétele, hogy az érintettek osztálya nyitott legyen* (kiemelés tőlem – Sz. P.). E megközelítés alapján elutasítható a közérdekre való hivatkozás akkor is, ha egyetlen, előre meghatározott, illetve zárt csoport érdekeit szolgálja valamely intézkedés anélkül, hogy bármely más érintettnek is előnye származhatna" (1999: 263). Ez a megszorítás nehézzé teszi az eredeti teszt alkalmazhatóságát. Véleményünk szerint a probléma úgy adekvátabban értelmezhető, *ha a Pareto-optimum (teszt) alkalmazhatóságát az egyedi intézkedésekre és a jogalkalmazói döntésekre korlátozzuk, mert ezek valóban közvetlen érdekérintettségen alapulnak, valóban empirikusak. Viszont nem tekinthetjük érvényesnek a jogalkotás normatív aktusaira, mert ott absztrakt jogviszonyként eleve nyitott csoportról van szó, melyet aztán valakire alkalmaznak.* (Például kineveznek valakit egy posztra, miután a feltételeket rá szabták. Elvileg nyitott, többek számára releváns feltételekről van szó, hogy aztán a konkrét jogviszonyt létrehozó jogi tény nyomán, a kinevezéskor derüljön ki a jogszabály-módosítás valós indoka.[211]

Élesen különbözik az empirikus közösségre érvényes paretói optimumtól a közvetlenül érdekérintett csoporton túlnyúló, akár azzal szemben érvényesítendő közérdek problémája (általános akarat). Pedig a jogban igen gyakran ez a helyzet. A jogellenes cselekedetek szolgálhatnak közvetlenül egyéni érdeket, miközben *a közvetlen jogtárgy (kár és közvetlen károsultja) védelmén túlmenően a közvetett jogtárgy védelme váltja ki az egyéni cselekedet jogellenessé nyilvánítását*. A csalónak közvetlenül érdeke az anyagi előny megszerzése, amíg a becsapottaknak és az annál sokkal szélesebb közösségnek, társadalomnak védekeznie kell az általános jogtárgy sérelme, a tévedésbe ejtéssel, tévedésben tartással szerzett vagyoni-erkölcsi hátrány lehetőségével szemben. A büntetőjogban a bűncselekménnyé nyilvánításon túl és a speciális prevenció mellett ez indokolja a generális prevenció szempontját. Ehhez túl kell lépni az eseti, ad hoc közvetlen érdekérintettség világán, felismerve, hogy a társadalmi együttélésben a viszonyok alakításából ki kell(ene) zárni vagy legalábbis *mérsékelni a nem kívánatos és emiatt jogellenesnek minősítendő lehetőségeket*. Nevezzük ezt mintegy fordított paretói optimumnak:

[211] Ilyen volt például a közelmúlt hazai joggyakorlatában a „lex Szapáry", vagy a „lex Mocsári" kinevezéseket lehetővé tevő jogszabály-módosítás. (Gyakran hasonló a helyzet a pályáztatások útján betöltendő pozícióknál.)

senki rosszabb helyzetbe ne kerülhessen azáltal, hogy akárcsak egyvalaki jogellenesen előnyre tesz szert. A törvényhozói rendelkezés vagy egy intézkedés közvetített általánosságának – tiltó normák, jogellenessé nyilvánítás közérdekből – kell kizárnia-korlátoznia a közvetlenül egyéni érdek érvényesülését. Ez tehát nem az empirikus közérdekfogalom, mert a *rosszabb helyzetbe kerülés lehetőségének kizárását védi,* oltalmazza. A közvetlenül védett jogtárgy hatása *átvezet a közvetve védett jogtárgyhoz*: a másoknak történő jogellenes károkozás, veszélyeztetés kizárásához, amit *generikus közérdeknek* nevezünk. Itt viszonyokról, azok regulatív alakításáról van szó, amelyet normák, intézkedések közvetítenek az egyének felé – s tegyük hozzá itt anélkül, hogy kollektív entitásokat kellett volna ehhez bevezetnünk (amit *specifikus közérdeknek* fogunk nevezni).

A hegeli paradigma

Az abszolút monarchia kritikájaként megfogalmazódó Rousseau-féle álláspont eltérő konzekvenciájú megoldásához jut el a nagy német filozófus, Hegel államelméletében (*A jogfilozófia alapvonalai vagy a természetjog és államtudomány vázlata*, 1820 [1971]), éppen a már létező korai kapitalizmus polgári társadalmának viszonyait figyelembe véve. Nála a polgári társadalom nyers erőinek, a különös érdekeknek a harcát nem lehet közömbösíteni sem az egyéni akaratok aggregálása révén, sem a különös érdekek vagy akaratok egymást semlegesítő ütköztetésével. Sem a család, a korlátolt altruizmus, sem a polgári társadalom, a korlátlan egoizmus szintjén nem lehetséges az általános akarat előállítása. Ehhez egy magasabb szintre kell lépni, a tagadás tagadásának új szintézise szintjére: az erkölcsi eszme reprezentálásának, az államnak a szintjére.

Hegel államelméletében Rousseau érdemének tekinti, hogy nemcsak formája, hanem tartalma szerint is magát a gondolatot, mégpedig az *akaratot* tette meg az állam filozófiai szintű vizsgálatának alapjává, a belső államjog *elvévé.* Levezetése azonban olyan szerződéshez vezet, amelynek romboló, elfogadhatatlan következményei vannak. Idézzük Hegel Rousseau-kritikáját: „Ámde az akaratot csak az *egyes* akarat meghatározott formája értelmében veszi (mint később Fichte is), az általános akaratot pedig nem mint a magán- és magáértvaló ésszerű mozzanatát fogja fel, hanem csak mint közös mozzanatot, amely ebből az egyes akaratból mint tudatos akaratból ered. Ennélfogva az egyedek egyesülése az államban *szerződéssé* lesz, amely tehát az egyének önkényét, vélekedését és tetszésszerinti , kifejezett beleegyezését veszi alapul…" (Hegel, 1971: 263), aminek aztán tekintélyt leromboló következményei lesznek. Ennek elkerüléséhez az egyes akarat elvével szemben olyan akarat állítandó, amely fogalmában észszerű, megalapozottan *objektív akarat.* Olyan akarat, amely az általánosság és az egyediség egymást átható egységében áll. Ehhez azonban az Államnak mint eszmeinek – amely ennek empirikus és történeti változatait nem érinti – az ERKÖLCSISÉG (Sittlichkeit) rendjére, a család–polgári társadalom–állam viszonyrendszerére kell épülnie. Továbbá az *általános* érdek, a *különös* érdek és a

magánszemélyek *egyéni* érdekei közötti közvetítési folyamatban keletkezhet az objektív akarat, „a magát akaratként megvalósító ész hatalma. […] Az állam magán- és magáértvalósága szerint [tehát legkifejlettebb formája szerint – Sz. P.] az erkölcsi egész, a szabadság megvalósítása, s az ész abszolút célja az, hogy a szabadság valóságos legyen" (Hegel, 1971: 265).

Hegel, eltérően Rousseau-tól, közvetlenül nem az egyéni akaratokból indul ki, mert annak kérdéseit még előbb, az elvont jog világában tárgyalja. Az egyéni akarat, ami szabad és az egyén szabadsága tevékenysége révén tárgyiasul a magántulajdonában, ami mások elismerésével válik teljessé. Az elvont jogot pedig a moralitás kérdései (jó–rossz, jogellenes, bűn, bűntett, jogi kényszer stb.) követik. A közérdek–közakarat ezután, az *erkölcsiség viszonyrendszerében* tételeződik, tehát a család – polgári társadalom – állam hármasságában. Miért, hogyan jut el az erkölcsi eszmét megtestesítő államhoz?

A kiinduló *tézis a család*, aminek tagadása, *antitézise a polgári társadalom*. A tagadás tagadásával – a kettős tagadás mindig állítás – immáron magasabb szintre jutunk: az állam közöttük *szintézist* teremtő szintjéhez.

A család a részleges önzetlenség (altruizmus) területe, ahol a mások érdekében végzett tevékenység dominál, de korlátozottan, mert az egyén is számít, nem csak a nemek és a nemzedékek közötti kölcsönösség, együttműködés a szükségletek kielégítéséhez. Azonban itt áruviszonyok és közhatalmi szervezőerő nélküli kapcsolatokról van szó, kisközösségi, szolidáris viszonyokról.

A polgári társadalom az egyetemes önzés világa, a saját haszon és az előnyök maximalizálásáé. Mindenki a saját céljait követi, az egoizmus uralkodik a magántulajdon világában, amely a személyi akarat külsővé válása, objektivációja is egyben. Felfogásának eredete a klasszikus polgári közgazdákra, elsősorban Adam Smithre és David Ricardóra megy vissza. Kiemelkedő Hegel szükségletelmélete. Munkamegosztásra, tevékenységcserére, érintkezésre a szakadatlanul változó-bővülő anyagi, szellemi, lelki stb. szükségletek kielégítéséhez szükség van, és a munka módozatait közvetíteni kell a piacon keresztül. Ámde ez a koordináció nem tökéletes, zavarok és romlás forrása, ezért kiegészítésre szorul. Miért?

Igaz, hogy ebben a rendszerben is a *homo oeconomicus* smithi–ricardói világa a *gazdagság* forrása: mégis *tele ellentmondásokkal*. A polgári társadalom megszabja a termelés folyamatának menetét, amelyben az egyén nem a szükségleteinek és képességeinek, hanem a tőkéjének megfelelő helyet foglal el. Mivel az általános gazdagságban való részesedés lehetősége a tőkétől függ, ez a rendszer egyre nagyobb egyenlőtlenségeket szül. „Ha a polgári társadalom akadálytalanul működik, akkor ipara állandóan növekedőben van […] nő a gazdagság felhalmozódása az egyik oldalon, míg a másikon a különös munkák elszigetelődnek (és korlátozottságuk folytán alárendelődnek az általános munkának), s ezzel nő a munkához kötött osztály függősége. A túl nagy gazdagság mellett sem elég gazdag a polgári társadalom ahhoz, hogy egyfelől véget vessen a túl nagy szegénységnek, másfelől a csőcselék ke-

letkezésének." Ekként jellemzi Hegelt kiváló kutatója, Herbert Marcuse *Az ész és forradalom*ban.

A szükségleteket termelő és kielégítő polgári társadalom *(societas civilis; société civil; bürgerliches Gesellschaft)*[212] sem önműködő, önszabályozó teljesség tehát, ezért kiegészítésre szorul: törvényekre, elvekre, szokásokra, intézményekre van szüksége (ez tulajdonképpen az erkölcsiség világa.) Az emberi magatartások, kötelékek, társadalmi jelenségek kölcsönhatásaikban léteznek és fejlődnek: gazdaság, jog, vallás, erkölcs, állam ilyen értelemben a fejlődő népszellem (érthetjük: társadalom) konkretizációi. Ezzel Hegel túl is ment a polgári társadalom elemzésében a klasszikusok munkamegosztás-elemzésein, és eljutott az újkor lényeges, döntő *társadalomszerkezeti vonásának* felismeréséig. Túl kell menni a „részterületek, részrendszerek" kölcsönhatásának fontos elvén, mert az újkorban a *polgári társadalom autonóm mozgásforma, elválik az államtól* (eltérően a prekapitalista viszonyokétól).

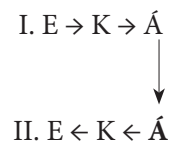
„A *polgári társdalom olyan elkülönülés, amely félúton áll a család és az állam között*, bár a polgári társadalom kifejlődése később kezdődik [tudniillik az újkorban – Sz. P.] mint az állam fejlődése [amely ókori eredetű, mint korábban megmutatta a despotia és a polisz államformáinál – Sz. P.], mert maga az elkülönülés ténye már feltételezi az állam meglétét" – írja Hegel. Ekként a polgári társadalom különül el az államtól, válik ki a személyi és dologi függés összegubancolt helyzetéből, történetileg magasabb fokra emelkedve.

A polgári társadalom és az állam *strukturálisan* elvált egymástól, de van kapcsolat közöttük, éspedig kétféle is: egyfelől, bizonyos értelemben *a polgári társadalom különös erői tesznek szert általánosságra az államban* (tehát az előbbi erőviszonyai hatnak az utóbbira), ami abban az értelemben elkerülendő, korlátozandó – ahogy Rousseau a társulások „túlhatalmával" felvetette ezt a veszélyt, miközben, mint jeleztük, közvetítésekre szükség van az általános, a különös és az egyéni érdekek között. Nincs kikapcsolva a különösség. Másfelől a *polgári társadalom kiegészítésre szorul: külső, felette álló rendezőre, mert meg kell fékeznie a korlátlan egyéni önzés világát*, meg kell fékeznie a „bestiát" (ami a tőke szimbóluma Hegelnél). Tehát az egyéni és különös érdekek elismerése mellett kell fenntartania a közérdeket, biztosítania az egész fennmaradását a széthúzó egyéni és különös érdekekkel szemben a tevékeny államnak. A magasabb elv (állam) ráépül az alacsonyabbakra (a családra és a polgári társadalomra), de *egyetemessé teszi az altruizmust*, meghaladva a kiindulópont, a család korlátolt közösségiségét és a polgári társadalom önzését. A polgárok

[212] Fontos distinkció, hogy itt nem a mai társadalomtudományokban használt *civil társadalom*ról van szó. Ezt ugyanis a szociológiában és a politológiában úgy definiálják, mint ami *nem piaci* és *nem közhatalmi, hanem* ezeken túl fekvő jelentésű fogalom. A civil társadalmat azok alkotják, akiknek sem piaci, sem államhatalmi érdekérintettségük nincs, mentesek attól. A klasszikus fogalomban a polgári (a civil) a magántulajdonosi rendet, a piaci kapcsolatokat és az ezekkel összhangban lévő erkölcsiséget jelentette, amely – mint látni fogjuk – átnyúlhat az államba is, ha saját különösségét általánosként tudja megszervezni, noha ezt Hegel bírálja.

az államban már nem csak saját érdekeiket követik, hanem *„az erkölcsi eszme megvalósulásaként az állam”* irányít, teremt új szintézist. A legteljesebb hegeli összegzésben, a 260. §: „Az állam a konkrét szabadság valósága; a *konkrét szabadság* pedig abban áll, hogy a személyes egyediségnek és különös érdekeinek egyfelől megvan a teljes *kifejlődése* és *jogának* magáértvaló *elismerése* (a család és a polgári társadalom rendszerében), másfelől önmaguk által részint *átmennek* az általánosnak érdekébe, részint tudással és akarással elismerik az általánost, mégpedig saját *szubsztanciális szellemüknek*, s *tevékenyek* érte, mint *végcél*jukért. Ennek következtében sem az általános nem érvényes és nem teljesül a különös érdek, ennek tudása és akarása nélkül, sem pedig az egyének nem élnek mint magánszemélyek pusztán a különös érdekért, anélkül, hogy egyúttal az általánosban és az általánosért ne akarnának élni és e célért tudatosan cselekedni”[213] Az egyedi (E = egyéni, családi), a különös (K = polgári társadalom) és az általános (Á = Állam) meghatározottságok kölcsönhatásos közvetítésében tehát fel kell emelkedni az általánoshoz, hogy aztán az túlsúlyos mozzanatként hathasson vissza a közvetítés előző tagjaira.

Sematizáltan ábrázolva a két közvetítést és az összfolyamatot, ezt így írhatjuk fel:



Az állam az igazi szabadság rendje, ahol a szabadság legfőbb jogához jut. **(Á)** Ezért az *állam öncél* (magán- és magáértvalóan észszerű képződmény – Hegel terminológiájában), amelynek nincs szüksége másféle, hasznossági, eredményességi vagy egyéb igazolásra. Olyan kiegészítésre nem szoruló szféra, ahol a szabadság objektív és szubjektív feltételei megfelelnek egymásnak, s ami a modern polgári állam alkotmányos szervezetében és az ehhez „hozzárendelt” állampolgári tudatban válik valósággá (Márkus György, 1998).[214]

[213] A 260. § függelékében így fogalmaz: „Az új állam (értsd itt: újkori, modern – Sz. P.) lényege, hogy az általános legyen kapcsolatos a különösség teljes szabadságával és az egyének jólétével, hogy tehát a család és a polgári társadalom érdekének az állammá kell magát összefognia, hogy azonban a cél általánossága nem haladhat tovább a különösség saját tudása és akarása nélkül; a különösségnek meg kell tartania jogát. Az általánosnak tehát tevékenynek kell lennie, de a szubjektivitást másfelől egészen és elevenen ki kell fejtenie. Csak ha mind a két mozzanat a maga erejében fennáll, tekinthető az állam tagolt és valóban szervezett államnak” (Hegel, 1971, 271).

[214] Az Állam, 257. § „Az állam az erkölcsi eszme valósága – az erkölcsi szellem, mint a *nyilvánvaló*, önmagának világos, szubsztanciális akarat, amely magát gondolja és tudja, s végrehajtja azt, amit tud és amennyiben azt tudja. Az *erkölcsben* közvetlenül létezik, s az egyes ember *öntudatában*, tudásában és tevékenységében közvetve” (Hegel, 1971, 261).

Hegel értékeléséhez hozzátartozik, hogy bármennyire is igaz, hogy minden társadalomban az egyének és csoportjaik közötti termelői (és a más, egyéb természetű) érdekviszonyokat közvetíteni szükséges ahhoz, hogy azok integrált egésszé, általános érdekké állhassanak össze, roppantul problematikus marad. Azért, mert ezt a közvetítést tökéletesen érdekharmonizálóan és így idealizálóan fogja fel. A közvetítés eredményeként az állam által erkölcsiségében és jogilag egyaránt oltalmazott *általános, maradandó tőke* pedig olyan örök észszerűséggé misztifikálódik, amely egyben *a történelem betetőződése, vége*. Meghaladhatatlan. Ez a szabad észszerűség maga! – nem is kissé vonatkoztatva el e viszonyrendszer elidegenedett és kizsákmányolással terhelt természetétől. Továbbá az ebben a rendszerben lejátszódó bérmunka–tőke specifikus közvetítési folyamatában szerepet kapó, államilag intézményesített, kényszerítő irányítási folyamatoktól – elemzi Mészáros István (2008: 31–54).[215] A rendszer győz a dialektikus módszer felett, mint ezt Marx *A hegeli jogfilozófia kritikájából* című művében (1957 [1843]) elsőként mutatta meg.

Hegel *Államelmélet*ében jogához jut a törvény előtti egyenlőség, a jogegyenlőség és a modern törvényhozói jog, a kodifikáció is. Ellenben bírálja a szerződéselméleteket és a hatalommegosztás tanát, és bár leírja a polgári individuumot és a magántulajdon elismerésének alapján áll, de nem igazán individualista és versenyelvű. Az egyéni jogok rendszerében az állam alatt maradnak. Egyben Machiavelli mellett az államrezon (raison d'État) kiemelkedő teoretikusa. Ezekért – elsősorban a mai liberalizmus nézőpontjából – etatista gondolkodónak tekintik, miközben konzervatív vonásai is vannak („a történelem vége"), és a dialektikus közvetítések módszertanában előkészítője a marxi alapú kritikai társadalomelméleti gondolkodásnak, a modern szocializmusnak. Klasszikus.

Láttuk, hogy Hegelnél a tőkeviszony *erkölcsiség felőli korlátozása* szükséges a köz érdekében ahhoz, hogy a kölcsönösen versenyben lévő felek ne semmisíthessék meg egymást, és a polgári társadalom viszonyainak újratermelhetőségét. Száz évvel később, az önszabályozó piacgazdaság termékeként létrejött nagy gazdasági világválság minta-országában, az Egyesült Államokban a pragmatista jogszociológia vezéralakja, Roscoe Pound érdekelméleti alapon vizsgálta az ellentétek feloldásának lehetőségét. Az összhang megteremtését Hegelhez és Rousseau-hoz hasonlóan ő

[215] Ha követve Mészárost, a *Jogfilozófia* mellett a *Történetfilozófiá*t is bevonjuk a Hegel-értékelésbe, akkor megmutatkozik, hogy a hegeli történelemfelfogás az első, amelyik az emberiség történelmét önteremtő folyamatként, s az egymással érintkezésben lévő nemzetek történelmét világtörténelemként fogta fel, noha ezt az eszme önfejlődésének objektív idealista misztifikációja formájában tette, s ezt lezárulni látta a polgári társadalom létrejöttével, amennyiben az *„általános, maradandó tőkét"* Hegel olyan *tökéletes közvetítési formának fogta fel az egyes individumok önző partikularitása és az elvont általánosság észszerűsége között, amely a történelem végét jelenti*. Egy olyan állapotot, amelyben az eszme továbbhaladásának szükségszerűsége a világ immanens végcéljához ér, s ezt a végcélt kell megvalósítania. Az észszerű belátása ennek a megtett útnak pedig végállomás: „megbékélés a valósággal" – írhattam másutt, összegzően Mészáros fontos Hegel értékeléséről, a *Beyond Capital*t recenzálva.

sem a szabadpiactól várja, és nem is az erkölcsiség spirálisan kibomló hármas építményétől (állítás – tagadás – a tagadás tagadása), mint a német filozófus, hanem a *jogrendtől*.

Pound pragmatizmusának megoldása: az érdekharc elismerése autoritással

Pound eredeti alkotója a szociológiai jogelméleteknek, aki a 20. század elején-derekán fejtette ki munkásságát, nem függetlenül a nagy gazdasági világválságra adott elméleti kihívástól, amelyre politikailag a roosevelti New Deal volt a válasz. Ugyanis a szabadversenyes kapitalizmust felváltja annak monopolista szakasza, amely nemcsak a nagy szervezeteket teszi meg a korábban individuális vállalkozókra méretezett gazdaság új főszereplőjévé, hanem egyben válságba sodorta a szabadversenyes korszak jogi kodifikációját. Így új kihívások keletkeztek a gazdasági-társadalmi területeken, kiváltva a *társadalmi ellenőrzés* és a gazdaság állami szabályozásának, az *intervencionizmusnak* a szükségletét, melynek egyik fontos eszköze éppen a megújult törvényhozás. Ebben az összefüggésben keletkezett „a jogász legyen a társadalom mérnöke" (social engineering) eszméje, amely a tradicionális common law jogfelfogás ellen is fellépett, amely szerint a jog megértéséhez nem kell jogon kívüli tényezőket kutatni (Maczonkai, 2005: 72–73). Munkássága egészét témánk szempontjából most még sem kell értékelnünk,[216] elég az abban jelentős szerepet játszó és az érdekkutató jogtudományhoz kapcsolódó felfogását rekonstruálnunk.

A *Társadalomirányítás a jog útján* a 20. század szociologikus jogtudománya igényével lépett fel, és azon általunk is helyesnek tekintett előfeltevésből indult ki, hogy az ember szükségletkielégítő lényként él a politikailag szervezett társadalomban, ahol az igények, szükségletek és a kielégítésükre rendelkezésre álló javak között feszültség van. A rendelkezésre álló készletek végesek ahhoz a szükségleti dinamikához képest, amely folytonos, diverzifikált, majdhogynem „végtelen": e helyütt Marxszal szólva minden kielégített szükséglet új szükségletet szül.[217] „Azért keletkezik konfliktus vagy verseny az érdekek között, mert az egyének, továbbá csoportjaik, társulásaik és társadalmaik, valamint az egyének és e csoportok, társulások és társadalmak egymással igényeik, vágyaik és kívánságaik kielégítésére törekedve versenyben állnak" (1981: 308). Tehát nem a jog keletkezteti ezeket az érdekeket, megnevezve: az egyéni – csoport – közösségi (társulás) – társadalmi érdektípusokat. A jog feladata az, hogy *egy igazságos rendet kialakítva szabályozzon* egy olyan világban, ahol „sokan vagyunk emberek, de világ csak egy van, és így az emberek vágya szüntelenül ellentétbe kerül vagy egybeesik szomszédaiéval". Ha nem lehetséges az emberek összes igényeinek kielégítése, legalább a lehető legtöbb jusson mindenkinek.

[216] Megtettük ezt: Szigeti-Takács (2004: 65–70), vagy lásd még: Nagy Zsolttól (2015: 533–536) vagy Kulcsár Kálmántól (1976).

[217] „Az első történelmi tett tehát e szükségletek kielégítésére szolgáló eszközök előállítása, magának az anyagi életnek a termelése… A második az, hogy maga a kielégített első szükséglet, a kielégítés cselekvése és a kielégítésnek már megszerzett szerszáma új szükséglethez vezet…" (Marx, *A német ideológia,* 1960: 29).

Erre gondolunk, amikor az igazságosságot a jog céljának nevezzük. Az igazságosságon nem egyéni erényt értünk, és nem is emberek közötti igazságos kapcsolatot. Az igazságosság: rend. Igazságosságon a kapcsolatok olyan rendezését, a magatartások olyan szabályozását értjük, amely lehetővé teszi, hogy a létfenntartási javakból, a dolgok birtoklására és a velük való cselekvésre irányuló *emberi igények kielégítésének az eszközeiből a lehető legtöbb jusson mindenkinek a legkevesebb súrlódás és veszteség árán*" (1981: 307, kiemelés – Sz. P.). Ezen szabályozási optimum megtalálása a jogrend feladata. Pragmatista, mert önértéknek tekinti, hogy a lehető legkevesebb veszteség mellett a legtöbb előnyt biztosíthassa a szabályozás az emberi-társadalmi konfliktusokban.[218] A jogrend nem konstituálja, „csak" regulálja az érdekeket, mégpedig egy sajátos elismerési technikával. *Az elismerés önálló mozzanattá tétele* megbontja az érdekek és akaratok közötti majdnem természetes egybeesést, amelyet Rousseau-nál láttunk, és mivel a közhatalmi elismerés akarati mozzanat, *jogiasítja a közérdek természetét*. A jog az érdekeket biztonságra törekvésük állapotában találja, csoportosítja és kisebb vagy nagyobb részükben ismeri el azokat, azzal, ahogy *saját, autoritás (authority) alapja révén joghatásokat fűz hozzájuk.* A *jogi minőségérvényesség elismerési alapon jön létre:* ez egy autoritatív technika hozzárendelése az érdekek priorizálásához, hierarchizálásához, és érvényesülésük hatókörének megvonásához. Olyasmi, ami megszabja a cselekvés megengedett, támogatott vagy tiltott mértékeit, esetköreit. Azzal, ahogy meghatározza azt joghatást, amelyen belül az érdekeket *egy autoritatív technika szerint kialakított és alkalmazott bírósági (és igazgatási) eljárás során jogtételekkel elismerik és érvényesítik* (Pound, 1981: 308).[219] A jogtételek kötelező ereje és a hatóságok ehhez egy megfelelő eljárásban alkalmazott legitim erő-

[218] William Jamest idézi Pound: „etikai értéke van annak, ami az emberi kiválóságot a legkevesebb áldozattal a legnagyobb mértékben megvalósítja" (1981: 324).

[219] Kitekintés az autoritás fogalmára: az autoritás római jogi eredetű hagyománya különbséget tett *potestas*on (hivatalnoki hatalmon, ma: hatáskörökön) alapuló és a szenátorok *auctoritas*on (tudáson és tapasztalaton) alapuló hatalma-befolyása között. C. Schmitt a *pouvoir neutre* államjogi tanában (1931) épített erre a fogalmi megkülönböztetésre. Azért, hogy a semleges államfőt megajándékozhassa az államélet folytonosságát és egységét hordozó tekintéllyel, amiből levezetve – horribile dictu – a birodalmi elnököt tette meg az alkotmány őrének! (Szemben Kelsen alkotmánybíróság-koncepciójával, Németországban.)

Modern és angolszász viszonyok között a törvények érvényességüket, kötelező erejüket abból merítik, hogy megalkotásuk folyamatát (demokratikus eljárás) a társadalom legitimnek tekinti, és elfogadja az arra épülő, delegált jogszolgáltatást. Az *autoritásnak* erkölcsi-szellemi és tapasztalati motiváló-igazoló hatása mellett közhatalmikényszer-eleme is van, minek következtében a tekintély kölcsönösen összefügg a polgároknak a jog követésére irányuló kötelezettségével.

Igaz, az újabb angolszász analitikus jogelméletekben – eltérően Poundtól – az autoritás megalapozását szívesen tolják át a gyakorlati filozófiák egy másik, a politikai filozófia területére, összefüggésbe hozva az engedelmesség-engedetlenség kérdéseivel (*Az autoritás-probléma* In Bódig–Győrfi–Szabó, 2004: 271–457). Ebben az elemzési mezőben elhanyagolhatóvá válnak a kontinentális hagyományban nagy szerepet játszó állam- és politikaelméleti kérdések, s helyükre lépnek a jogalkalmazás és az autoritás indokláselméleti megoldásai.

szakérvényesítő képessége érvényt tud szerezni az elismert érdekeknek, biztosítja azok joghatásait.

Tévedés volna a fentiek alapján a szerzőt az imperatív jogelmélet hívének tekintenünk. Az elismerés és érvényesítés határait és mértékeit ugyanis etikai-természetjogias értékmérők keresésével kötötte össze, s így jutott el az adott kor adott civilizációjának jogi posztulátumaiig, értékmérőiig (melyeket itt nem kell bemutatnunk), amelyek az autoritást nem pusztán az impérium erejénél fogva, hanem meggyőző indokaik révén tartják fenn. Ezek segítségével a magánérdekek–csoportérdekek és az össztársadalmi érdekek *igényérvényesítésének mértékeit meg lehet válaszolni, a törvényhozás, a hatósági jogalkalmazás vagy a bíráskodás szintjein*, vagy éppen a jogtudomány jogfejlesztő eredményei révén.

A jogrend feladata tehát az a szabályozás, amely nélkül hatékonyságvesztés állna elő, és amelynek célja a rend optimumának biztosítása az egyéni, a csoport- és az össztársadalmi érdekek (≈ közérdek) közötti feszültségek elrendezésében – éppen a szükségletek kielégítése érdekében. *Elvileg ez az egész társadalmi rendszerre kiterjed Poundnál, szemben a közösségi döntések (public choice) elméletével, amely csak a közjavakra (public goods) és nem az érdekviszonyok egészére vonatkozóan keresi a közérdeket. Ezzel a magángazdaság olyan piaci integrációját tételezi, amely strukturálisan intakt szféra maradhat az állami beavatkozástól.*

Ez a (fel)tételezés pedig már kivezet az általános akaratot kereső filozófiai (Rousseau), az erkölcsi eszme felől rendelkező hegeli és a szociológiai szemléletű (Pound), nemzetállami keretek között egyensúlyt kereső megoldásokból, és átvezet *a közérdekképzés politikai mechanizmusát a piaci folyamatok analógiájára* felépítő paradigmához. Ezek közül kettőt veszünk szemügyre.

A közérdeket megformáló politikai piac: alaptendenciák és ütközések

A közérdeket megformáló politikai piac közgazdasági orientációjú felfogásokban nyilvánul meg, melyek közös ismérve, hogy a közérdekről a politikai piac dönt. Tehát *piacanalógiás* megoldásokat dolgoznak ki, amelyek politológiai szempontból a *versengő elitek demokráciakoncepcióihoz* vezetnek (ámbár utóbbi szélesebb kategória) és sokan ebből a táborból *nem* piacanalógiás megoldásokra építenek (Friedrich, Sartori vagy Robert Dahl poliarchiademokrácia-felfogásai például biztosan nem). Közös kiinduló alapjuk, hogy az egyénekre építenek, de a pártverseny közvetítésével: a *közjavak piacát kell megteremteni, ahol a kereslet és a kínálat összetalálkozik*. A *keresleti oldalt a választói preferenciák*, a *kínálatit az egymással versengő pártpolitikai programok* képviselik, amelyek az ott és akkor felmerülő közérdeket (közérdekeket) definiálják. A reájuk leadott állampolgári szavazatok jelentik *az egyesek és a közérdek között közvetítő általános egyenértékest*. A politikai javak értékelése, elosztása, allokálása tehát a voksok általános egyenértékesén, a „szavazatpénzen" múlik, amely elvileg minden érdeket, igényt, értékelést magában foglal, kvázi mindenre átváltható.

Hogy *milyen ökonómiai felfogás a politikai piac alapja*, ezt pedig kétfelé ágazódik el. Egyik felfogás atyamestere a kiváló H. A. Schumpeter: tőle származik a schumpeteri tradíció, amely a természetes monopóliumra építi megoldásait, melyeket átvisz a politikai folyamatokra. Maga a kormányzás is egy természetes monopólium. A másik irány a *rational choice*-ra alapozva a *neoklasszikus egyensúlyelméletből* nő ki, a tiszta piaci verseny elgondolásából. A közérdek képzését a megbízó választók és a megbízott kormányzók közötti szerződésre telepíti.

A *public choice theory* (a közösségi választások elmélete) a közjavak biztosításának kérdéseivel foglalkozik, definiálja Ian McLean, a University College oxfordi tanára, akire ezen kiindulópontunknál támaszkodunk (Bogdanor, 2001: 338–339). Mik a közjavak? Minden olyan *közjószág*, amely *nem versengő* karakterű és/vagy *senki sem kizárható* fogyasztásából. Egy versengő piacon – például ha sok lesz a kocsi, és új vevők lépnek be – az autók értéke csökkenni fog, sőt, még a korábbi vevők kocsijának értéke is lefelé mozdul, a kereslet–kínálat versenye következtében. Ezzel szemben a közjavaknál nincs keresletkorlát, ami árat befolyásoló tényező lehetne, mert fogyasztásukból senki sem kizárható. A közjószág új fogyasztók belépésével sem veszít értékéből. „A tiszta levegő vagy a honvédelem nem kizárható közjavak abban az értelemben, hogy ha egyvalaki részesül belőlük, akkor mindenki más is részesül belőlük" (McLean, 338). Eltérően a magánjószágok piacától, ahol ez majdnem teljesen kizárt, a közjószágok esetében fellép a *potyautas-szindróma:* „A közjószágot biztosítani fogják a hozzájárulásom nélkül is, vagy ha nem, akkor a hozzájárulásommal sem fogják biztosítani. A potyázásért senki sem fog tudni megbüntetni, hiszen senki sem tudja megtagadni tőlem a kérdéses közjószágot. Ebből kifolyólag érdekemben áll a potyázás" – idézi szerzőnk Muellert, híres munkájából (1979: 1). Éppen ezért kizárólag a kormányzatok tudják biztosítani a közjavakat. Nagy általánosságban pedig a közösségi választások elmélete azt vizsgálja, hogy a szavazók, pártok, pressure groupok *miként hozzák létre, illetőleg befolyásolják* a közjavak letéteményesét, a kormányzatot. Egy kormányzat felállását, hatalomra jutását az úgynevezett mediánszavazó modellel magyarázza a public choice theory – amire még visszatérünk. A befolyásolásnál kétféle törekvést elemez Olson (1997), aki a gazdasági hanyatlásra a közösségi választások alapján kíván magyarázatot adni:

A) Mindig meg fognak jelenni olyan érdekcsoportok egy kormányzat körül, amelyek azt várják, hogy az *nem kizárható javakat biztosítson, amelyek fogyasztóik számára előnyösek, de a társdalom egésze számára hátrányosak* (például: szubvenciók az érintett támogatottaknak, vagy ingyenes utazás egy maghatározott kör, mondjuk a nyugdíjasok számára, a közösségi szolgáltatók járművein, akik potyautasoknak is tekinthetők).

B) Olyan érdekcsoportok azonban nem keletkeznek, nem jelennek meg, amelyek a mindenki számára rendelkezésre álló, nem kizárható javakat követelnének, mert hiszen ez felesleges törekvés volna (például: békét békeidőben, vagy tiszta levegőt normális feltételek között).

Persze mindkét esetkör tovább problematizálható, de megmutatja a közjavak feletti döntések jelentőségét, amelyek sok-sok szervezet sokoldalú, kumulatív meghatározottsága eredményez. Krízisjelenségek, egyensúlyhiányok arra vezethetőek vissza a modern gazdaságban és politikában, hogy az institucionális kapcsolatok nem megfelelően egyeztetettek, koordináltak. Olson szerint a jóléti állam idején a szakszervezetek, napjainkban pedig a TNC-k (Transnational Corporations) szövetségei, lobbijai jutottak olyan túlhatalomhoz, amely felborította az intézményes kapcsolatok egyensúlyát és ezzel a közérdek érvényesülését. Ma, egy közmegegyezésnek megfelelő társadalom szigorú trösztellenes törvényeket kellene, hogy életbe léptessen, mindenfajta kartellel és hallgatólagos egyezségeikkel szemben, *amelyek a kompetitív szint feletti árak (vagy munkabérek) megszerzésére használják fel befolyásukat*. Megoldást csak az kínálna, ha az institucionális kapcsolatok (újra)szabályozása biztosítaná, hogy a kormányzati politika ellenőrzést gyakoroljon a gazdaság túlhatalommal rendelkező szereplői felett. Olson egyensúlyt kereső pozíciója éles ellentétben áll a kormányzást természetes monopóliumként kezelő elgondolással.[220]

Kurzivált tézisünkkel azt emeltük ki, hogy a public choice elméletnél a neoklasszszikus egyensúlyelmélet, a tiszta piaci verseny tekinthető a legjobb allokátornak. Azért, mert „A piac egy optimális társadalomszervezési mód, amelynek meghatározó eleme rendszerint a verseny, egyéni szinten pedig az önérdeket követő racionális viselkedés és a szabad választás. A verseny folyamatosan a legmagasabb hatékonyságra és a »fogyasztók« igényeinek maximális kielégítésére sarkall, ilyenként ideális a fogyasztóknak, sőt, végső soron mindenkinek, hiszen az erőforrások optimális felhasználását is biztosítja. A piac így a termelés, a fogyasztás és az elosztás területén is a legjobb megoldást nyújtja. Az állam ezzel szemben alacsony hatékonyságú, pazarló, a fogyasztói igényeket nem veszi figyelembe" – írja le találóan ezt a pozíciót Gajduschek (2010: 125–126). Amikor a piaci verseny a gazdasági-társadalmi életben nem érvényesül (krízis) vagy érvényesülhet, s ilyenek a közjavak is (public goods), *akkor az intézményes kapcsolatok milyensége lép előtérbe, válik meghatározóvá*. Tehát a piaci koordináció és integráció, az erős, kiegyenlített verseny a társadalmi-gazdasági hatékonyság referenciája – a neoklasszikus egyensúlyelmélethez kapcsolódva.

[220] Ugyanakkor a tiszta piacon modellezett felfogása eltér a neoinstitucionalizmustól is. Általánosságban azt mondhatom, hogy a piaci kudarcok közgazdasági témája hívta életre a neoinstitucionalizmus szempontrendszerét. Nem fogadták el „a tökéletes piac, tökéletlen állam" tankönyvi meséjét. Mindkettőt érhetik és érik ugyanis kudarcok. Ez a felfogás *az intézményes koordináció szerepét* hivatott kifejezni a gazdasági és a politikai instanciák (szervezetek, hatóságok) között, amit térségünkben, a neoliberalizmus térnyerése következtében, igencsak elhanyagoltak.

(Ellentétben az evolucionista közgazdaságtannal, a schumpeteri tradícióval, vagy a developemental state álláspontjaival, amelyek nem idealizálják a tökéletesnek mondott, tiszta piaci versenyt.)

A Public Choice-elmélet – legalábbis fő vonalában – erőteljesen kapcsolódik a közszféra új modelljének, a New Public Managementnek (NPM) a kidolgozásához. Éles bürokráciakritikájuk a közszolgáltatásokat ellátó bürokráciákat az értelmes önzés jegyében írja le. Olyan élősdi képződményeknek, melyek a bürokrácia céljait, növekedési önérdekét követik, hátterükben a politikai hatalommal, és nem a hatékony közfeladat ellátást. A bürócél könnyen államcéllá válhat. Ezért a versenyeztetést kell a közfeladatellátás megszervezésének középpontjába helyezni. A közösségi feladatokat ellátó intézményeket a neoliberális felfogásnak megfelelő NPM-keretbe értelmezik, ahol a piaci verseny a legmagasabb rendű szervezőerő. Ezt kell tehát minél nagyobb mértékben, minél több területre-problémára átvinni – a karcsúsítás (downsizing), a kiszervezés (outsourcing), a Private Public Partnership, a szabályozási ügynökségek eszközrendszerével, menedzseri szemlélettel. („Run like a business" – tekintsd úgy, mintha üzlet volna.[221]) Így a közigazgatásra és a politikára, a vállalkozásalapú kormányzásra is: „a politikai piac olyan hely, ahol szavazatokat állami beavatkozási ígéretekre cserélnek" (Jean-Jacques Rose). Messzire vezetne, ha a mikroökonómiai-menedzseri versenyeztetés elveinek, módszereinek a közigazgatási feladatellátásra gyakorolt tényleges hatása felé mennénk tovább (Dardot–Laval, 2013: 373–384).

Térjünk vissza tehát a kormányzatok keletkezése már feltett kérdésének megválaszolására a public choice theory,ban. A kormányzatok megbízása a tiszta politikai verseny következtében állítható elő, hiszen az egyéni érdeket szem előtt tartó értelmes önzés – amely jól informált és kompetens állampolgárokat feltételez – alapján végbemenő *racionális döntések (rational choice) és versenyeztetésük biztosítja a kormányzat optimális kiválasztását*, ahogy a neoklasszikus elméletekben a gazdaságban is a tiszta piaci verseny az áruk (termékek), szolgáltatások, erőforrások legjobb allokátora. Ha pedig ez így van, akkor az a kérdés, hogyan lehet a legtöbb szavazatot elnyerni a kormányzati felhatalmazáshoz. A választ a választói magatartást *medián-szavazó* modellel megadó magyarázat adja: mindig (legtöbbször) *a közép definiálja, hogy milyen szolgáltatásokat vár el, melyek a domináns preferenciák* az összválasztói közösségen belül. A közérdek ebben a felfogásban – legalábbis részlegesen – kötött mandátumként alakul ki, melyet a kormányzatnak képviselnie kell, hiszen az ettől a domináns igényektől való megbízotti eltérést a választók büntetik. Azaz eltérés esetén nem középre szavaznának. Itt a választók esetében feltételezik a tökéletes informáltságot, amely pedig aligha áll fenn. A. Downs (1957), az irányzat klasszikusa – az általunk megbízás nélküli ügyvitelnek nevezett problematikára[222] – még a bevallot-

[221] A jelszó alapos és meggyőző ideológiakritikáját adja: Gajduschek, 2010: 125–148.

[222] Rousseau-hoz kapcsolódva látható: a képviseleti demokrácia megbízásos megoldásában problematikus, hogy az előre nem látható esetekben, melyekre a megbízó nem adott megbízást, mi a teendő.

tan hiányos informáltság esetkörére is kiterjeszti az egyensúlyt kereső magyarázatot (Körösényi, 2012: 21).

Nézzük most már a piacanalógiával dolgozó, de nem a neoklasszikus egyensúlyelméletre építő, Schumpetertől származó megoldást. Egyik első, klasszikus értékű munkájában, *A gazdasági fejlődés elmélet*ében (1980 [1912]) már kifejtette *innovációelmélete alapgondolatát, amely aztán később a politikára is átvihetővé vált,* mégpedig a *Kapitalizmus, szocializmus és demokrácia* (1943) című híres könyvében. A vállalkozói profitról szóló vizsgálódásai közepette állapította meg, hogy az igazi gazdasági alanyok azok a vállalkozók, akik profitot teremtenek. Mit is tettek? – teszi fel a kérdést példaszerű fejtegetései nyomán: „Nem halmoztak fel semmilyen jószágfajtát, nem hoztak létre semmilyen eredeti termelési eszközt, csupán a megfelelő termelési eszközöket alkalmazták más módon, célszerűbben, előnyösebben. »Új kombinációkat valósítottak meg«, vállalkozóként léptek el. Profitjuk pedig, tehát az a többlet, amellyel semmiféle kötelezettség nem áll szemben, vállalkozói profit" (Schumpeter, 1980: 186). Itt az alkalmazásé a főszerep, amelyet *akarattal és tettel hoz létre a vállalkozó*, azzal a céllal, hogy a terméket a legkisebb költséggel állítsa elő, azaz *a termékek régi ára és a termelési tényezők átrendezésével előállított új költség között jelentős legyen az eltérés*. Azonban az üzemszervezési, a kereskedelmi vagy a termelési tényezőket célszerűbben, jobban

---

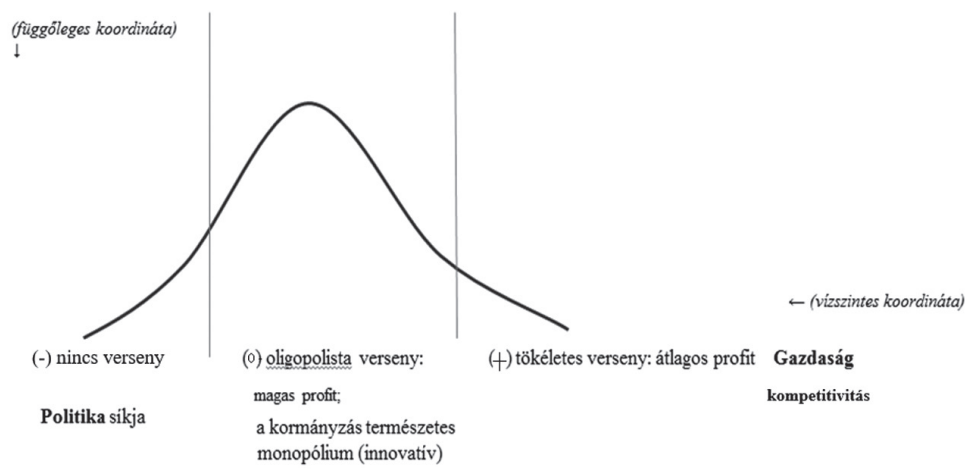
Jogilag nézve ilyenkor a megbízást a megbízás nélküli ügyvitel szabályai szerint kell bonyolítania a hatalomnak: megbízói, *a polgárok feltehető akarata és érdekei szerint kell eljárnia*. Nem ilyen egyszerű a kérdés *politikailag.* A megbízó-megbízott viszonyban egy körülhatárolt jogi helyzet áll fenn. (Gondoljunk csak az orvossal vagy az ügyvédünkkel kötött megbízásra: meghatározott feladat [vagy feladatok] ellátására bízzuk meg, hogy a maximális gondossággal eljárva érvényesítse érdekeinket, vigye peres ügyünket, vagy gyógyítson meg.) A politika világa nem ilyen, nem egyszerűen körülhatárolható ügyekből áll. A szakadatlan változásban lévő, újratermelődő, alternatív szerkezetű valóságra vonatkoznak a hatalom döntései. Ebben az értelemben: hatalom = döntés, s a döntéshozók az előre nem látható és változó problémák következtében akár teljesen függetlenedhetnek megbízóiktól.

A *közvetlen demokrácia* elégedetlen egyrészről a fenti helyzet esetlegességével, másrészről pedig azzal, hogy a közhatalmat – akkor, ha az függetlenedik a társadalomtól – nem lehet ellenőrizni. Ezért dolgozta ki a szerződésnek azt a formáját, ahol *a nép önszerződése*, önmagával történő szerződése *hozza létre a szuverént, az államot*. A szerződés a nép társulása, következésképpen a kormány olyan mértékben felelős a szerződésben foglalt általános akarat megtartásáért, hogy megsértése esetén tagjai visszahívhatóak. A mandátum tehát nem kötetlen, hanem *kötött és a megbízottak visszahívhatóak, amennyiben eltérnek a szerződés tartalmától*. A népszuverenitásnak ez a felfogása a közvetlen demokrácia elvét preferálja. Lehet azonban észszerű megoldásokat kidolgozni a képviselet és a közvetlen demokrácia elvei között.

A visszahívhatóság elvét *kisközösségi viszonyok között* lehet jól alkalmazni, ahol ismerik egymást a közösség tagjai, tapasztalataik számosak. A nemzeti *társadalmak* makroviszonyai esetében azonban csak korlátozott érvénnyel. Túlhajtani semmiképpen sem lehet, mert társadalmakat *kormányozni képviselet nélkül, csak közvetlen részvétellel, döntéshozatallal lehetetlen*. Ellenben összeegyeztethető a kormányozhatóság értékével az, ha megszorító feltételekkel, korlátozottan rendelnek hozzá eljárást a képviselők visszahívhatóságához. (Tilos választások előtt és után egy éven belül; megfelelő mennyiségű választópolgári kezdeményezés áll mögötte; egyidejűleg nem bojkottálható a törvényhozó hatalom munkája az ilyen eljárásokkal.)

kihasználó – nevezzük nevén – innováció is lemásolható. Követhetik, követni fogják mások is, előbb szórványosan, aztán tömegesen, így eltűnik-eltűnhet a költségek feletti többlet, amikor az új kombinációt megvalósító innováció a gazdasági körfolyamat bevett részévé válik. A profit apadni kezd a konkurencia fellépése és elterjedése, tehát a növekvő kínálat nyomán. Így a vásárlók le tudják szorítani az eladói árakat, és ezáltal csak minimális profit képződhetne. Paradoxon, de igaz: egy tökéletesen szabad piacon ellehetetlenülne a végtelen tőkefelhalmozás[223] – jellemzi ezt a helyzetet Wallerstein (2006: 46). Mindaddig azonban, amíg az innováció utánzása és a verseny nyomása nem éri utol az innovációt bevezető vállalkozót, nemcsak profitra, hanem *extraprofitra* tehet szert. Ennek a helyzetnek a fenntartása legelőnyösebben az *oligopolisztikus piac* esetében járható, amely a versenyhiány és a szabadpiac közötti tartományban alakul ki, illetve alakítható ki. Egy bizonyos mértéken felül ugyanis már nem igaz, hogy a minél erősebb verseny növelné a piaci hatékonyságot.

Politikai piac ábrázolása:
A verseny erőssége és a piac hatékonysága közti viszony (ahol a kompetitivitást a vízszintes koordináta, a piac hatékonyságát (vagy a politikai jóléti függvényt) függőleges koordináta ábrázolja (Körösényi, 2012: 12), saját kiegészítéseimmel: ahol G = az ökonómia és P = a politika síkja.



[223] A tökéletes szabadpiacnak három együttes feltétele van: *a)* minden termelési tényező szabadon, akadálymentesen mozog; *b)* nagytömegű eladó és nagytömegű vásárló áll egymással szemben, *c)* minden szereplő (eladó, vevő) tökéletes információval rendelkezik a termelési költségekről, az áru vagy a szolgáltatás használati értékéről, tulajdonságairól. A neoklasszikusokkal szemben éppen ezen feltételek egynémelyikének vagy együttesének hiányát állapítják meg az evolucionista vagy a marxista közgazdászok vagy az NPM (New Public Management), azaz az új közmenedzsment-felfogás kritikái.

Bár a politika piaci analógiájának megvannak a maga korlátai, a fejlődést, a politikai innovációt, tehát a minőségi változást azonban ez az irányzat az oligopolista verseny tartományához köti.

Mielőtt rátérünk a politikai innováció előnyeinek és problémáinak taglalására, érdemes röviden felidéznünk Wallerstein magyarázatát (2006: 46–50) arról, hogy a mai viszonyok között mi módon lehet bizonyos mértékű monopolhelyzetet állami intervencióval fenntartani. Szerinte tökéletes monopolhelyzet fenntartására az állam sem képes, azonban a *kvázi-monopóliumok* kikényszerítésére igen. Alapvető ebben a *szabadalmak* rendszere, amellyel a találmányok felhasználási jogait levédik mások elől. Az ilyen módon védett termelés sem jelent abszolút védettséget, még a high tech esetében sem, mert más, alternatív módokon is kikísérletezhetnek eredményes megoldásokat. Kvázi-monopólium, *oligopólium azonban elérhető és tartós extraprofitot hozhat*, hasonlóképpen a *protekcionista* politikákhoz vagy az állami *szubvenciókhoz* és *adókedvezményekhez*, amelyekkel sokáig magas profitrátát tarthatnak fenn. „Az államok oly sokféleképpen és kiterjedten avatkoznak be a virtuális piac [értsd: világgazdasági érintkezés – Sz. P.] szférájába, hogy az állam tevékenysége az ár- és profitszint egyik alapvető meghatározójává válik. Ezen intervenciók nélkül a kapitalista rendszer nem prosperálhatna, így túlélni sem lenne képes" (Wallerstein, 2006: 48) – mutatja meg a mai állam össztőkés szerepét, amellyel, tehetjük hozzá, *az újratermelési és felhalmozási folyamat általános érdekét képviseli,* mintegy a tőkés állam rendeltetését betöltve. Az államnak ezen rendeltetését, sokrétű funkcióinak gyakorlásán keresztül kell ellátnia. Ha elfogadják a bérmunka – tőke elválasztottságára, a termelés személyi és tárgyi feltételeinek elválasztottságára és piaci összekapcsolására épülő újratermelési és felhalmozási folyamatot, akkor a folyamat szakadatlan lejátszódása feltételeinek fenntartását közérdeknek tekinthetik. Eközben a polgári társadalom uralkodó osztálya, a polgárság különössége – érdekei, értékrendje, világ- és történelemfelfogása – tesz szert az általánosság rangjára, hegemóniára. Ennyiben a hegeli maradandó tőkéhez érkeztünk vissza. Jelentős és jó példával igazolva későbbi tézisünket, hogy az osztálynak mint az egyik kollektív identitással rendelkező képződménynek specifikus érdekei vannak.

Wallerstein magyarázata értékes hozzájárulás a probléma közgazdasági természetének jellemzéséhez, és az állami intervencionizmus világunkat majdnem száz esztendeje (szimptomatikusan: 1929 után) jellemző szerepének bemutatásához. Schumpeter tőle eltérően, döntően *nem a mesterséges*, hanem *a természetes monopóliumra épít*. Két okból. Egyfelől *magát a kormányzást is természetes monopóliumnak* tekinti, hiszen egyszerre mindig csak egy kormány van hatalmon, és csak egy jogrend érvényes. Másfelől pedig azért, mert a *kormányzati pozíció megszerzéséért folyó küzdelem optimális szabályozójának is az oligopolisztikus versenyt* tekinti. (A fentebb lévő ábra középső mezőjét.) A gazdasági fejlődés minőségi – és nem pusztán mennyiségi – hordozója nem lehet az egyensúlyi helyzeteket újratermelő piaci verseny, mert ebben *a változások külső, exogén tényezők hatására* (például a fogyasztók kö-

zött már létező kereslet növelésére vagy a meglévő igények kielégítéséhez történő alkalmazkodás révén, új termék kínálata nélkül) léphetnek csak fel. Az egyensúlyi állapot nem kedvez a minőségi változásnak, *a fejlődés igazi hordozójának, amely endogén módon tör utat magának, innovációval*[224] vagy a *közjóra vonatkozó innovatív politikai elgondolással*. Ahogyan nála az oligopóliumok és a kartellek nem a piac fogyatékosságai a tőkés gazdaságban – mint láttuk, Olson nem osztja a jelenségnek ezt az értékelését –, azonképpen az optimális kormányzásnak is az oligopolisztikus – tehát az elitek közötti – korlátozott verseny[225] felel meg legjobban. Ebben a politikai vállalkozó újíthat, nincs kötve meghatalmazó mandátumhoz, a *politika belső, endogén természete szerint kap szabad felhatalmazást a közérdek szakadatlan értelmezésére és átértelmezésére*. Előre nem lehet megmondani, mi a közérdek, ami csak menet közben, a választáshoz képest ex post derül és derülhet ki, *kedvezve a hosszú távú távlatos reformoknak, politikai innovációknak*.

Ugyanakkor Schumpeter is számolt a piaci analógia korlátaival. A legfontosabbakat kiemelve: 1. A politikai piacnak nincs állandó működése, csak a választások alkalmával működik, ezért a „termékeknek" itt nincs használati érték felőli folyamatos ellenőrzése, falszifikációja. 2. Az elit formálja a közéleti-politikai tematikákat, képes az ügyek manipulálására (pont úgy, ahogyan a kereskedelmi reklám is befolyásolja a fogyasztói preferenciákat és hajlandóságot). Ezért erős a lehetősége annak, hogy a politikusok ne kifejezzék (reprezentálják), hanem előállítsák az úgynevezett népakaratot. 3. A közpolitikát a politikai elit alakítja, ami fölött nincs állampolgári kontroll. A pártok versenye – eltérően a látszattól – csak a vezetés elfogadtatása. (Pusztán alkotmányjogi legitimáció – mondhatjuk.) 4. Mivel a „politikai piac nemcsak szükségszerűen korlátozott és monopolisztikus, de a verseny minőségének a leromlása/hanyatlása még inkább átformálhatja a kormányzat természetét, *autokratikussá téve azt* a demokratikus módszer alkalmazása ellenére" (Körösényi, 2012: 12–14).[226]

[224] Körösényi két plasztikus *innovációmeghatározást* idéz Schumpetertől: „a termelési függvény olyan megváltoztatása, amely nem bontható szét végtelenül kicsiny, apró lépésekre. Akárhány postakocsit kötünk össze, sosem lesz belőle vonat" vagy: „Amit mi, a hétköznapi nyelvben gazdasági fejlődésnek nevezünk, az lényegében nem jelent mást, mint a termelési erőforrások olyan módon történő használatba vételét, amit még addig sosem próbáltak, miközben kivonják őket a korábbi használati módból" (Körösényi, 2012: 10). Amihez hozzá kell tennünk: az új, ha valóban új, tényleg nem visszavezethető a régire. Ez az érv mégsem zárja ki, hogy a mennyiségi felhalmozódás – amennyiben eléri a kritikus tömeget – minőségi ugrásba csapjon át. (Gondoljunk például a méretarányosság javulásának konzekvenciáira a mikroprocesszorok gyártásában.)

[225] Korlátozott ez a verseny, mert drága a belépés: sok költséggel jár a választásokon indulás, a médiából való részesedés-befolyásolás, a szervezetfenntartás. Továbbá a parlamenti erők kifelé „rúgnak", nem engedik megfelelő esélyekhez, szerepléshez jutni a (parlamenten) kint lévőket. A politikai elit igazán nem nyitott.

[226] Szép példája ennek, hogy a szabályoknak azon átírása, amely a domináns pártrendszerrel az alkotmányozó hatalom megszerzését hozta, és 2010 után teret nyitott és intézményesítette az autokra-

Végül továbbfejlesztett változata is létrejött a schumpeteri alapgondolatnak (pl. Tullock, 1965; Wohlgemuth, 2000). A kormányzati hatalom megszerzése korlátozott, elitek közötti oligopolisztikus verseny, amelynek *nyertese egy előre meghatározott időszakra nyer monopóliumot*. Működtetése a természetes monopólium árverési piacához hasonló, mert *legtöbb szavazatot kapó* (legnagyobb licencdíjat fizető) *szerzi meg egy periódusra a kormányzás bérletét, használati jogát*. Itt már nincs verseny, *akik a kormányhatalmat működtetik, monopoljószágot szereznek, szabad felhatalmazást a közjavak elosztására*, *hasznosítására*. Ahogy az árverésen, úgy a politikai árverésen sem kötelezi a nyertest ajánlata, szabadon sáfárkodik a reá bízott kormányzati hatalommal. A választók által leadott (többségi) szavazat a legmagasabb licencdíjat és egyben *a vezetés elfogadását jelenti*. *Nem megbízást*, hanem a kormányzás mint monopoljószág használatának átruházását. „Monarchikus" szuverenitáshoz vezető *hatalomátruházást*, mint egykor Hobbesnál. Az elit biankócsekket kap, hogy kiválaszthassa a közérdek követendő útját.

Innentől kezdve a *közérdek meghatározása a hatalom birtokosainak előnye*, definiálhatunk – mutatis mutandis – a skandináv realistákkal szólva. Márpedig nagy előny, ha figyelembe vesszük, hogy az *állami redisztribúciós hatalom* mekkora jelentőségre tett szert az elmúlt száz évben, a fejlett országokban. Az EU-ban az elsődleges jövedelemtulajdonosoktól elvont értéktömeg 45-47% körül ingadozik, az USA-ban kisebb (32-35%) de jelentős, amit tehát nem a piaci kapcsolatok, hanem a *politikailag-adminisztratíve szabályozott folyamatok keretében osztanak el*. *Hogy milyen célok és preferenciák jegyében, az pedig nagymértékben ideológiailag vezérelt*. Egészen eltérő prioritások jegyében történik az újraelosztás egy neokeynesiánus, jóléti állami szabályozás vagy pedig a monetáris ellenforradalmon és kínálati gazdaságtani doktrínákon, ideológiai orientáción alapuló esetben. Az ideológiai-doktrinális befolyásoltság ugyanis *egy autentikusnak (igazságosnak) tekintett rendről alkotott felfogás* révén jelöli ki a közérdek meghatározásának ilyen-olyan tevékenységi területeken történő útjait.

A globális kapitalizmus globális gazdaságában pedig éppen az az új, ahogyan az óriás magáncégszereplők kibújnak a nemzetállamok és a regionális integrációk adóztató hatalma alól. Nemcsak az adóparadicsomokról, offshore területekről van már szó, ahol a vállalati nyereségadó 12% alatt marad, vagy arról, ahogy a transznacionális tőkés társaságok adókedvezményeket, mesterséges monopóliumokat tudnak ráerőltetni a befogadó országokra (a „kedvező üzleti klíma" ideológiája jegyében), hanem egy egész feltörekvő és óriási bevételeket realizáló ágazat, *a digitális*

---

tikus kormányzást Magyarországon. A győztes neocon elit a szabályok átírását politikai innovációként értelmezte: az Alaptörvény megalkotásától, a választási rendszer átírásán át az outsourcing gyakorlatáig vagy éppen a közérdekű adatokra vonatkozó korlátozások új területekre történő és nagymérvű kiterjesztéséig. Ezzel sokak számára láthatatlanná és ellenőrizetlenné tehetőek nemkívánatos kormányzati döntések.

*gazdaság tudja kivonni magát a köztehervisel*és *alól*, mégpedig az internet szabadsága jegyében. A *Big Data hatalma ugyanakkor a fogyasztói és állampolgári tudat manipulációjában* is soha meg nem élt „hatékonyságot" tud felmutatni. Utalva néhány jelentős fejleményre, mégsem kezdünk új dolgozatba. Megtette ezt Forgács Imre (2015 és 2016), aki sikeresen eredt az eltűnő munka, a Big Data és a pénztőke összefüggéseinek nyomába.

6.5. KONKLÚZIÓK – A KÖZÉRDEK SZUBSZTANTÍV FAJTÁI

6.5.1. magánjogi, partikuláris-konfliktusrendező; 6.5.2. empirikus közérdek; 6.5.3. generikus közérdek; 6.5.4. specifikus közérdekek: a kollektív identitás fennmaradása és/vagy fejlesztése. Az érdekek elismerése és priorizáló artikulálása

Hosszú utat tettünk meg, amíg eljutottunk az egyéni és különös érdekek akarati képviseletétől és közvetítésétől addig, ahol a közérdek meghatározását szabadon gyakorolhatják azok, akikre a polgárok átruházták a közhatalom gyakorlását. Kérdéses, *nem mondhatunk-e búcsút* a demokrácia hagyományos, népuralom (többség) fogalma kemény magvának, *ha a versengő elitek közötti árverés cirkulációjára bízzák a mindenkori közérdek menet közbeni meghatározását?*

Jogászilag nézve ez annyit tesz, hogy *a közérdeknek nyilvánított akaratot a mindenkori főhatalom definiálja, normatív erővel*. Ez már vizsgálódásaink elején is kiderült: ez volt a *formális* megközelítés, amelyhez utolsó paradigmánkkal visszajutottunk. Tud-e a jogelmélet ennél többet, mást, vagy csak a megtett úttal lettünk gazdagabbak? (Szellemileg utóbbi sem kevés.) Ha itt megállunk, akkor megmaradhatunk az elemzett tiszta elméleti álláspontoknál. Ugyanakkor elemzéseink nyomán – elhagyva most már az elméleti építkezés elsődleges közegét – eljuthatunk a közérdek természetére vonatkozó néhány olyan *szubsztantív konklúzióig, összefoglalásig,* amelyek rámutatnak a formális közérdek-meghatározások mögötti változatokra. Ezek pedig döntően befolyásolják a jognak a társadalmi reprodukcióban betöltött aktív közvetítő, tehát szelektáló, priorizáló, koordináló szerepét.

I. *Magánérdekek konfliktusainak feloldása is orientálódhat – közvetve – a közérdeken,* amelyet egy történelmileg meghatározott mérce definiál, akár a „Salus rei publicae" kommutatív, akár egy más korszak disztributív közjó (igazságosság) felfogása szerint. Itt a különböző magán- és partikuláris érdekek ütközése feloldásának, összehangolásának módja a közérdekre hivatkozás. Ebben a roppant kiterjedésű esetkörben *a közjó valamely vélelmezett, történelmileg „ott és akkor" érvényesnek tekintett mércéje a feloldás közvetett eszköze*, melyet *az ütköző érdekek különböző mértékben történő elismerésével végez el a jogrend* – fogalmazhatjuk meg Deli monográfiája és Poundnak az érdekharmonizációra, optimalizálásra vonatkozó koncepciója alapján megoldásunkat.

II. Kidolgozott az *empirikus közérdek* fogalma is (Barry–Sajó), amelynek szubsztantív ellenőrzése a Pareto-optimum alapján végezhető el. (Tehát e közérdek különbségtevés nélkül közvetlenül érintheti egy közösség bármely tagját, ha egy törvény vagy intézkedés hatására *legalább egy személy helyzete javul, anélkül, hogy bárki másé rosszabbodna* [Barry, 1960; Sajó, 1999]). Javító, jutalmazó közérdekről van itt szó tehát.

III. Az empirikus közérdek ellentéte a *generikus közérdek* általunk kidolgozott típusa, ahol *veszteség, kár megelőzése* végett kell bizonyos magatartásokat, törekvéseket tiltani. Mintegy a Pareto-elv megfordítása alkalmas az ilyen jogforrási rendelkezések, döntések tartalmi ellenőrzésére. (Tehát „*senki rosszabb helyzetbe ne kerüljön azáltal, hogy akárcsak egyvalaki jogellenesen előnyre tehessen szert*" – ennek kell lennie a tiltó norma létokának, vagy ez lehet szubsztantív jellemzője a pozitív jogi rendelkezésnek.) A generikus, azaz a nemet védő általános elismerése nyomán akkor minősíthet jogellenessé egy társadalmi cselekvést a jogalkotó, ha az az adott nemre (osztályra) potenciális veszélyt hordoz.

IV. Minden *kollektív identitással rendelkező entitás általános érdeke* pedig azok *egységének fennmaradása (vagy fejlődése)*. Itt az egyéni, a különös-partikuláris és az általános érdekek közötti olyan közvetítés szükséges, amely az empirikus érdekérintettségtől és annak akarati tartalommal történő kifejeződésétől akár függetlenedhet is: az összfolyamat lejátszódását nem bomlasztja szét, nem robbantja fel a közösséget-társadalmat. Ezt nevezhetjük *specifikus közérdek*nek vagy általános érdeknek. Specifikus, mert egy kollektív identitással rendelkező entitás sajátos érdekeit támogatja vagy mozdítja elő. Hegel közvetítési elméletét kötöttük itt össze a kollektív identitások természetével, amelyek nem egyéni szubjektumok halmazából, nem pusztán sokaságból állnak, hanem azok munkamegosztásos és/vagy szociokulturális kötelékeiből. Bizonyosan ilyenek például az identitással rendelkező kisebbségek, hivatásrendek, osztályok, azok rétegei és a nemzeti társadalmak. (A polgárság mint kollektív identitással rendelkező osztály különösségének általánossá és hegemónná válása a polgári társadalomban volt erre bemutatott példánk.) R. Pound felfogásából éppen ez az összefüggés hiányzik. Hegel tevékeny állama az erkölcsiséggel magasabb szintézist teremtő kvalitásával, a politikai piac felfogás pedig a politikai innovációval ad teret a konstitutív aktusnak.

Különbség van azonban a fennmaradás és fejlődés között. A fennmaradás az önmagát minimálisan azonos (és nem csökkenő) szinten reprodukálódó viszonyokat jelenti. A fejlődés, mint egy folyamat eredménye azonban *tartalmazhatja a fejlesztés tudatos mozzanatát*, ami nem pusztán reprodukció, hanem produkció, és amelyet a közösség általános érdekével indokolnak. Biztos, hogy nem mindenkit érintenek egyformán fejlesztési döntések egyénileg vagy különös-partikuláris szinten,

de amennyiben nem vélt, hanem valós szükségleteket elégítenek ki – legalábbis a közösségen belüli többség igényeit –, akkor a köz érdekét szolgálják. Itt a közérdek konstitutív aktus, mert alakítóan befolyásolja a közösség viszonyait.

I–IV. közérdekfogalmakkal (magánjogi, partikuláris-konfliktusrendező; empirikus; generikus; specifikus közérdekek) közelíthetünk leginkább a szabályozási optimum mércéjéhez, amely a jogosultságok megengedett mértékeit és a kötelezettségek mércéit, indokait az autoritással rendelkező szervekre bízza. Hozzátéve, hogy a társadalmi létezésben nem minden folyamat kíván jogi szabályozást, vannak, lehetnek és kívánatosak is spontán elrendeződések, társadalmi normák spontán koordinációi, amelyeket nem érint meg a közhatalom lehelete. Ahogy ezt jellemeztük a normakontinuum-elméletben. Továbbá a szabályozási optimum sohasem értékközömbös, nem függetleníthető attól, hogy milyen történelmileg keletkezett és meghatározott értékre vonatkoztatottságot rangsorol, priorizál – a bárhogyan is, megbízással vagy átruházással keletkezett – főhatalom (vagy az azok felhatalmazásait realizáló állami szervek).

VII.
JOGALKALMAZÁS – JOGÉRTELMEZÉS – JOGTALÁLÁS ÉS BÍRÓ ALKOTTA JOG

Elméletek, teorémák, hipotézisek

7.1. A bírói szerepfelfogások 292
7.2. Paradigmák a jogalkalmazásban: fogalmi elemzések és jogesetek 298
7.2.1. Racionalista dogmatizmus versus az erkölcsi egyenértékűségek pluralizmusa 298
7.2.2. A bíró „a törvény szavát kimondó száj" montesquieu-i paradigmája: a mechanikus jogalkalmazás modellje vagy a polgári törvényesség 18. századi követelménye? 305
7.2.3. A jogi szillogizmus logikai racionalizmusa – dogmatizmussal és a nélkül 306
7.2.4. A szkepticista relativizmus pszichológiai változata: a jogbiztonság mint apapótlék (J. Frank) 313
7.2.5. Az egységes magyarázat paradigmája: C. Schmitt decizionizmusa 315
7.2.6. Az egységes magyarázat paradigmája: az esetnorma Wolfgang Fikentschernél 323
7.2.7. A könnyű és a nehéz eset között differenciáló megközelítések – a normálforma beiktatása 328
7.2.8. Jogi normák – jogtételek versus szabályok (rules) – egyéb magatartásminták (principles; policy) összevetése 334
7.2.9. Kitekintés: a regulatív és a feladatnorma viszonya a reproduktív és innovatív normához 341
7.3. Casus perplexus vagy joghézag? 343
7.3.1. Palmer vs. Riggs és a nehéz esetek alfajai 344
7.3.2. A joghézag mint olyan: szubjektív és objektív okai – fogalmi síkon és jogesetekben 345
7.3.3. A normakollíziós problematika (bár több norma vagy dogmatikai fogalom is releváns, mégsincs konkluzív törvényi megoldás az életbeli esetre – mint a normálformánál) 349
7.3.4. Alapelvi bíráskodás, ab ovo mérlegelési jogkörben hozott döntés 357
7.3.5. Diszkrecionális döntés és méltányosság 361

7.1. A BÍRÓI SZEREPFELFOGÁSOK

Ronald Dworkin (1931–2013) nyomatékosan hívta fel a figyelmet arra, hogy mivel egy jogrendszer nemcsak szabályokból, hanem egyéb magatartásmintákból is áll, ezért a jogalkalmazói döntésbe a szabályokon (rules), elveken (principles) és politikákon (policy) túlmenően még a jog *elméletéről alkotott bírói szerepfelfogás is belejátszik az ítéletalkotásba*. Sakkjátékhasonlata plasztikusan mutatja meg, hogyan kell értenünk ezt. A sakk szabályai kidolgozottak, azt a játékosok és a bíró egyaránt követik. Nem lehet a szabályoktól eltérően lépni, időkorlát is van, veszít, mert mattot kap az a játékos, akinek a királya nem tud kilépni a sakkból, de még az a viselkedési norma is rögzített, hogy hangoskodással, megjegyzésekkel vagy más hasonló módon nem zavarhatja egyik játékos a másikat. Az azonban már nem szabályalkalmazás, hanem bírói értelmezés, hogy vajon megengedhető-e, hogy valaki tartós mosolygással vagy egyéb mimikai játékokkal, grimaszolással zavarhassa ellenfelét? Dworkin válasza, hogy az ilyen – nevezzük határhelyzeti – kérdéseknél a versenybírói *értelmezésnek a játék általános elméletén kell alapulnia.* Ha pusztán szellemi-intellektuális játéknak fogja fel a sakkot, akkor tiltóan kell beavatkoznia a felek küzdelmébe a bírónak. Ellenben, ha pszichikai csatát, tehát lelki erők csatáját is látja a játék természetében, akkor passzív marad, és nem fog beavatkozni (Dworkin, *Taking Rights Seriously,* 1977). Az általános elméleti felfogás bizonyos vonatkozásokban tehát belejátszik az interpretív megoldásokba.[227] (Itt persze az „elmélet" terminus laza fogalomhasználatú, hiszen voltaképpen az eseten túl lévő olyan bírói [jog]felfogást jelent, amely belejátszik az eset megoldásába.)

Éppen ezért nézzük meg a bíráskodásra vonatkozó három olyan eszményt, elgondolást, amelyek a bíró szerepfelfogását – legalábbis minimálisan – intencionálisan befolyásolják. Nagyon eltérő az a bírói attitűd, amely magát *a nép jogi képviselőjének* tartja. Finomított felfogásban ellenben a laikus elem (nép) részvételének értelmes, bár nem problémamentes megoldásaihoz közelít.

A mi jogrendszerünkben és a világ sok más táján is a bírót *a jogviták pártatlan eldöntőjének* fogják fel. Semleges döntnöknek, aki a felek és az általuk előadottakra korlátozva hozza meg ítéletét. Mintegy diametrálisan ellentétben egy harmadik eszménnyel – amely az államszocialista (1949–1989) korszakban normatív rangra emelkedett –, amely a bíró feladatává teszi az *objektív igazság feltárását*, vagy legalábbis az arra való törekvést. Sokkal aktívabb szereplőként és kötelezettségekkel,

[227] Dworkinnál az *interpretív jogelmélet* nem külső teoretikusi, hanem résztvevői perspektívájú, ahol „mintegy a bíró fejével gondolkodik" a teoretikus (Bódig, 2004: 217), illetve kifejtve és a teoretikus perspektíva felől bírálva-meghaladva az egyoldalú résztvevői nézőpontot (lásd Bódig, 2004: 281–418). Persze *a joggyakorlat jogelméletének minden változata különbözik egy társadalomelméleti alapozású jogelmélet módszertani és tárgyi perspektívájától és hagyományától,* ámbár adódnak jelentős közös témáik is, ahol érintkeznek egymással. A dworkini jogelmélet egyébként nem foglalkozik az angol–amerikai jogon túli világgal, Dworkin kimondottan annak kutatója.

mint ahogy ez a pártatlan, mintegy külső megfigyelői elvárás esetében fennáll. Mindez persze a pervezetés felfogásába realizálódik, amelyet persze tételes eljárásjogi szabályok és eljárási cselekmények moderálnak.

A nép jogi képviselőjeként felfogott bírói eszményt Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) fejtette ki, éspedig éppen a jogtudományra (jogelméletre) és az organikus természetű germán népszellemre (Volksgeist) alapozva. A német romantikából eredő konzervatív-organikus felfogását a jog történeti változásaival és evolúciójával is törekedett összebékíteni (ahogy ezt a jog történetiségének egyik felfogásaként már bemutattuk). Az állam által alkotott törvényeket éppúgy, mint a bírói jogfejlesztés lehetőségeit gyanakodva szemlélte. Olyan megoldást keresett, amely a saját korára nézve sem hordozza az erőszakos változás veszélyét (mint a korrupciónak tekintett törvényhozás), ugyanakkor mégis képes organikus fejlődésre, vagyis egy jobb múlt ígéretét hordozza. Ehhez szükséges, hogy a tudomány és a törvényalkotás *tárja fel a szokásjogon alapuló népszellemet*. Ha a népszellem megismerése nem megfelelő, akkor ez azzal a következménnyel jár, hogy a jogalkotás által hozott törvényeket a szokások le fogják rontani (desuetudo). Koncepciója ily módon az úgynevezett jogászjog, a jogtudósi jogfejlesztés és a népszellemből eredő organikus elmozdulások eszméinek integrációján alapul. A jogászság ezen államiságtól való függetlenedési igényét támasztotta alá a jogalkalmazásról vallott felfogása is: *a bíró által alkalmazott jognak a nép jogi meggyőződésével kell egyeznie*, mert a bíró a nép képviselője a jogviták eldöntésében. A bírói ítélkezésben a törvények mögött alapvető jelentőségű a szokásjog. A germán jogi hagyományokat a recipiált római joggal befejezett ténynek tekintette, mert utóbbit a népszellem magáénak fogadta el (Samu, 1990: 28). A *jognak a népben való létezése* szemléletét, a legéletszerűbb szemléletet (Savigny, 1840–1849. I.: 10). kell tehát a bírónak ítéleteiben érvényesíteni. Savigny e kulcsfogalmakat azonban empirikusan nem alapozta meg, fogalmilag nem vezette le, hanem egy tovább nem elemezhető közvetlen adottságnak tekintette, amit ezért az irracionalitás lehelete leng körül.[228] Úgy is kifejezhető álláspontja, hogy a népszellem nála nem a törvény szövege és a jelentése közötti nyelvi probléma értelmezését, a ratio legis keresését jelentette, nem is a jogrend ratio iurisát, hanem ezeknél átfogóbban az organikus közösség érzületében leledző – és aligha konkretizálható – általános jogforrást.

Mégis, a népi-társadalmi jogtudat egyik összetevőjének, a *jogérzéknek* a jelentősége kiolvashatóak fejtegetéseiből, ha a modern viszonyok felől olvassuk és interpretáljuk elgondolásait. Az organikus felfogástól némiképp elrugaszkodva ugyanis egy adott társadalom valós viszonyaival való összhang megteremtését kereshetjük a bírói munkában, ha ezen – bizonyos, meghatározott jogvitáknál – valaminő társadalmi tapasztalat közvetítését értjük. Ez a tapasztalat lehet pedagógiai, individuál- vagy

[228] Savigny irracionalizmusának típusáról és a modern, a rendi állásponttól a nemzeti konzervativizmus felé mutató törekvéseiről ragyogó elemzések olvashatóak Mannheim Károlynál (1994: 140–176).

szociálpszichológiai, vagy az uralkodó erkölcsi felfogást behozó, amit *a bűnösség eldöntésében a jury bíráskodás* intézményesít, és amelyre egykor az Eötvös-féle reform Magyarországon is törekedett.[229] Ez a *laikus elem, népi részvétel* pedig a szakbírók mellett is és azok jogi instruálása keretében – *társasbíráskodásként* – intézményesíthető.

A laikus elem részvétele az igazságszolgáltatásban függetlenségi-garanciális, reprezentációs-képviseleti és legitimációs szerepet egyaránt betölt. Badó Attila értékes munkája a laikus elem reprezentációjának jelentőségét a bíráskodásban teljeskörűen taglalja.[230] Laikus bírónak[231] per definitionem azt tekinti, aki „a jogviták eldöntésében döntési joggal felruházott, a szakbíróvá váláshoz szükséges képzettséggel nem rendelkezik, aki tevékenységét saját igazságérzete vagy valamilyen speciális, nem jogi szakismeret ítélkezésbe integrálása érdekében kifejt" (Badó, 2017: 99). Értsük ebbe bele annak a társadalmi tapasztalatnak az ítélkezésbe történő közvetítését, amely a mindennapi élethelyzetek és állampolgár szereplőik ismeretéből táplálkozik, szakismerettől függetlenül (ami nem feltétlenül igazságossági kérdés), továbbá a büntetéskiszabásban mind a speciális, mind a generális prevenció szempontjából lehet relevanciája.[232] Szemben a szakbírókkal, a *laikusok kiválasztásánál* nem a jogi szempontok, hanem valaminő társadalmi *reprezentativitásé* a fő szempont. Mit értsünk ezen? Közelítsünk összehasonlító módon.

Az USA-ban – egy etnikailag, vallásilag és szociológiailag egyaránt plurálisan tagolt társadalomban – egyenesen a különböző társadalmi csoportok részvételét értik az ítélkezésben, éppen a csoport- és réteg-előítéletek kiegyensúlyozása miatt. Ez ugyan nem lehet a pártatlanság feltétlen garanciája, de az esküdtek reprezentatív kiválasztása egy igazságos ítélet fő feltételei közé tartozik abban „a szabályokban körülbástyázott csatában", amelyet a verdikt kialakításában megvívnak. Franciaországban egy többlépcsős kiválasztáson és állampolgári kötelezettségen alapuló esküdtrendszert működtetnek, amíg kialakítják az eljáró esküdtszéket, amelyet több véletlenszerű mozzanat beiktatása (sorshúzás) tesz pártatlanná. A német ülnöki rendszer is állampolgári kötelezettségen alapul, azaz saját jelentkezés és jelöléselfogadás hiányában az állampolgár akarata ellenére is felvehető a lajstromba, melyet az önkormányzat testületének kétharmados támogatása nyomán követ a laikus bírói

[229] Schlett István, *Eötvös József*, Gondolat, Magyar História, 1987. Csizmadia Andor – Kovács Kálmán – Asztalos László, *Magyar állam- és jogtörténet,* Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2005.

[230] Akadémiai doktori disszertációja V–VI–VII. fejezetében, lásd Badó Attila, *A bírói függetlenség egyes garanciális elemeinek összehasonlító vizsgálata* (2017).

[231] A laikus bíróságok fajtái a következők: *önálló esküdtszék*, amely elválasztja egymástól a tény- és a jogkérdések eldöntését, és a tényállás-megállapításáról és/vagy a bűnösségről dönt; *kevert esküdtszék,* amely a tény- és jogkérdések megítélésében egyaránt kompetens; ítélkezési hatáskörrel rendelkező, *önálló békebíróság* (magisztrátus); *ülnöki* és *szakülnöki* rendszerek (Badó, 2017: 176).

[232] Az ülnöki rendszert meglehetősen korlátozó 2017. évi magyar reform talán ezért hagyta meg két területen, az *ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekményeknél* az ülnökök társasbírósági részvételét.

megbízás. Ez szövetségi szinten százezres nagyságrendű és kedvező laikus részvételt eredményez. Elfogadhatjuk, hogy a laikus bíráskodás az igazságszolgáltatás legitimitását erősítő eszköz (Badó, 2017: 106–109). *A népi részvétel ki is fejezi és képviseli is a társadalmi tapasztalatot-jogérzéket, ez* az eljárásban *a manifeszt funkciója.* Emellett *látens funkcióként* az állampolgári *jogtudat-jogismeret formálódásának is katalizátora* (aminek népnevelésként felfogott jelentőségére híres könyvében Alexis de Tocqueville is felhívta már a figyelmet, 1983).

Az ülnökök a német és a magyar megoldásban is a szakbíróval azonos jogokkal rendelkeznek, akinek jogi iránymutatásai és érvelései persze a tapasztalat által igazoltan hatásosak, meghatározóak. A laikusok viszonylag szerény közrehatása az érdemi döntés végeredményét illetően (Kulcsár, 1971; Badó, 2017: 135)[233] mégsem teszik feleslegessé a néprészvételt, *mert garanciális függetlenségi és társadalmi reprezentációt jelentő részvételi minőségükben hozzájárulnak egy demokratikusabb és átláthatóbb igazságszolgáltatáshoz. Ezzel pedig az igazságszolgáltatás társadalmi legitimációjához, amely egy társadalomelméleti szempontú jogelméletben releváns összefüggés.*

A „szabályokkal körülbástyázott csata" gondolata már átvezet minket a bíró/bíróság *„semleges döntnök"-kénti* szerepfelfogásához. Azonban ne feledjük, hogy amikor a bírói szerepre vonatkozó eszményeket, elméleti és szemléleti elvárásokat vizsgáljuk, akkor elsődlegesen az eljárási oldal felől vizsgálódunk. Tehát egyelőre még nem a tényállások jogi minősítésével és eldöntésével kapcsolatos szinten mozgunk, ezt majd a jogalkalmazás anyagi jogai és az eljárásjogok együttesének vizsgálatakor tesszük meg: a *könnyű* esetek, majd a szabályalapú döntések *normálformájának* megmutatásával, illetőleg a *nehéz esetek* és *válfajaik* jogelméleti fogalmán keresztül.

A bíró mint *a jogviták pártatlan eldöntője* egyértelműen a törvény előtti egyenlőség polgári fejlődésben kimunkált – már tárgyalt[234] – követelményeihez kapcsolódó szerepfelfogás. *Az igazságszolgáltatás eljárási igazságosságát törekszik biztosítani, azzal, hogy részrehajlásmentes, pártatlan elbírálásra törekszik.* A törvények tárgyi hatálya és illetékessége alá eső magatartások elbírálásában valamennyi fél érdekeit, előadott igényeit és érveit egyaránt figyelembe veszi, értékeli. Egyenlő mércével méri a feleket erkölcsi, politikai, világnézeti álláspontjuktól és attól függetlenítve, hogy magának a bírónak melyek az említett körbe tartozó preferenciái. Ellenszen-

[233] Badó újabb empirikus kutatásaiból kiderül, hogy hazánkban az ülnökök köre nem tükrözi vissza társadalmi struktúránkat, abban felülreprezentáltak az idősebb korosztályok, a nők, az inaktívak, a szellemi foglalkozást űzők és felsőbb iskolai végzettségűek. Az ülnökök konkrét ügyekre elosztása ad hoc, fontos szempontokat nélkülöz. Mégis, ellentétben az inkább negatív értékelést érdemlő kiválasztási gyakorlattal, az ülnökrészvétel „a vázolt s kevert bíróságokra szükségszerűen jellemző szervezetszociológiai körülmények között kifejezetten jónak mondható" (Badó, 2017: 179).

[234] Emlékeztetőül: Nullum crimen sine lege; Nulla poena sine lege; Audiatur et altera pars; Az ártatlanság vélelme; Ne bis in ideam; a jogorvoslathoz való jog (ius remedium); az anyanyelvhasználat joga; stb.

veit, rokonszenveit zárójelbe téve, és hatalmi helyzetével vissza nem élve vezeti a pert, tisztességgel, amely felek vitája, mégpedig felperes és alperes; vádhatóság és védelem előtte zajló és egy kontradiktórius eljárás „szabályokkal körülbástyázott" és garanciákkal védett igény- és érdekérvényesítése. Amíg a jogegyenlőség elsődlegesen anyagi jogi tartalmú – jogokat, igényeket, kötelezettségeket, tilalmakat megállapító normákat, rendelkezéseket tartalmaz –, addig a törvény előtti egyenlőség az anyagi jogok mindenkire egyformán érvényes és alkalmazandó eljárási szempontját jelenti. Polgári perben vagy a választójogban a pártatlanság feltétlen összetevője a *petitumhoz kötöttség elve*, mely szerint a bíró semmilyen olyan igényt nem ítélhet meg, amelyet a felek kérelme nem tartalmazott. A magánjogi rendelkezési elv pedig egyenesen azt jelenti, hogy a bírónak az összes felperesi igényére, illetőleg az alperes viszontkereseti igényeiről rendelkeznie kell. Voltaképpen *a polgári perben minden kereset már indulásakor jogilag megformált – vagy legalábbis annak gondolt felperesi – igény:* itt eltérően a büntető- és a közigazgatási jogtól, nincs életbeli tényállás, esemény, történés, amelyet jogi tényállássá kellene formálni a jogi relevancia határainak megvonásával a bírónak. Utóbbiakban az *életbeli tényállás rekonstruálása* (milyen esemény történt?, ki mit tett vagy mulasztott el megtenni?, milyen tények és körülmények relevánsak az ügyben?) már a nyomozó hatóságok, a vádhatóság és a bíróságok feladata. Azonban majdnem kivétel nélkül a bíró az ügy ura (dominis litis), mert az előtte előadott tényeket, érveket ő értékeli, számítja be és minősíti konkluzíve *ítélete rendelkező részében*. Indoklásában ténybelileg és észszerűen megalapozva, indokolva döntését. A vád és a védelem által előadott igazolt vagy megcáfolt állítások pártatlan elbírálója.[235] Hozzátéve, hogy ez a petitumhoz kötöttség a bíróság saját judíciumát ugyanakkor korlátozza.

Kérdés, mit tegyen a bíró, ha a büntetőeljárásban olyan releváns eseményt, tényt, körülményt észlel, fedez fel, amelyet se a vád, se a védelem nem hozott elő? Ez a

[235] *Az igazságszolgáltatás hatalmi ágát három munkamegosztásosan elkülönült szervezet képezi: a nyomozó hatóságok, amelyek vélelmezetten jogsértő magatartások nyomába eredve próbálják a tényleges történéseket*, az életbeli tényállásokat rekonstruálni, széles körű kriminalisztikai eszközrendszert használva a bizonyítási eljárások során. A nyomozó hatóságok tevékenységük jellege alapján akár a végrehajtó hatalom körébe is tartozhatnának, de ennél fontosabb, hogy az igazságszolgáltatás egyik funkcióját látják el, ezért ebbe a hatalmi ágba tartoznak. A *vádhatóság* az ügyészség, amely a *vádemelés és a vádképviselet kizárólagos letéteményese* a büntetőeljárásban. Ügyészi indítvány nélkül, nem indulhat büntetőeljárás, s az erősen centralizált ügyészi szervezetben dől el, hogy az előterjesztett vagy ügyészi indítványra kiterjesztett nyomozati anyag elégséges alappal szolgál-e az alapos gyanú megállapításához. Végső soron a vádemelés a legfőbb ügyész judíciumán múlik (aki minden ügyben utasítási jogkörrel rendelkezik az eljáró ügyész felé). A függetlenség az ügyészséget mint szervezetet illeti meg, de nem az egyes ügyekben eljáró ügyészt. A büntetőeljárás bírósági szakaszában azonban már a *bíróság* az ügydöntő, amely el is ejtheti a vádat, vagy éppen bizonyítottság hiányában is hozhat felmentő ítéletet. (Nem túl gyakori kivétel, amikor a vád elejtését a vádképviselet a per bírói szakaszában teszi meg.) Szemben az ügyésszel, az eljáró bíró is független instancia. A témánk szempontjából tehát a bírói függetlenség az igazságszolgáltatás függetlenségének ultima ratiója.

problematika erős érvként alapozza meg a harmadik megközelítést. Azt, hogy a jogszerű és megalapozott ítélkezéshez *a bírói szerepet az objektív igazság feltárásának követelményéhez kössék*. Ez esetben nemcsak kívülről és felülről nézi a jogvitát, és foglal pártatlanul állást abban, hanem hivatalból kezdeményez utólagos bizonyítási eljárást is – nyilvánvalóan a tényállás, a releváns körülmények megismerése céljából. Szélesebb körben jár el a büntetőeljárásban, de a közigazgatási vagy munkajogi perben is – mert itt nincs strict petitumhoz kötöttség, de a *tisztességes eljárást és a fegyveregyenlőséget biztosítania kell*[236] – éppen az anyagi igazság feltárása érdekében.

A három megközelítés, szerep, attitűd persze nem mindenben zárja ki egymást, bár a néprészvétel erkölcsisége ütközhet a pártatlansággal, a petitumhoz kötöttség pedig csak a magánjogi jogvitákban zárja ki egyértelműen a teljes, az objektív igazság feltárásának követelményét. Más jogterületeken és parciálisan ez nem állítható. Mint ahogy az objektív igazságra való törekvés is csak a jogi relevancia határain belül felvethető kérdés, ami a mi nézetünk szerint belejátszik (vagy legalábbis belejátszhat) az alapkérdés, a jogos/jogtalan és milyen mértékben eldöntendő alapkérdésébe.[237]

Végső soron pedig az adott jogcsalád, adott ország *jogi kultúráján múlnak a bírói szerepfelfogások*, azok milyensége. A common law hagyomány és jogcsalád a maga jogászjogával az ítéletet veszi élő jognak, amely a törvények horgonya, éles ellentétben a vallási jogcsaládok „szentenciáival", amelyek érzületetikai vagy transzcendentális megfontolásokat, azaz materiálisan és formálisan irracionális jegyeket alkalmaznak jogszolgáltatásukban. Nem a törvénykönyvek, hanem a szent könyvek a „szentek".

[236] Három ügy az Emberi Jogok Európai Bírósága joggyakorlatából: EJEB ítéletek: 1. 59214/11. sz. kérelem: Kis B. vs. Magyarország – az embertelen bánásmódról; 2. 33292/09. sz. kérelem: B vs. Magyarország – megalázó bánásmódról; 3. 20723/02. sz. kérelem: Osváth vs. Magyarország – A fegyveregyenlőség sérelme.

[237] A jogeszme célja az igazságosság, amely azonban a jogbiztonsággal és a célszerűséggel olyan antinomikus viszonyban áll, amely átvezeti az igazságossági kérdést a célszerűséghez – eddig G. Radbruch. A célszerűség igazolása pedig csak az igaz/hamis ismeretelméleti megkülönböztetéssel történhet. Tehát nemcsak az életbeli tényállásokra vonatkozó rekonstrukció igazságtartalmáról, hanem a jogi minősítésről is beszélünk. Mi az igazságos? – ha a természetüknél fogva különbözőeket *azonos mércén mérik*, vagy ellenkezőleg: ha a jog figyelembe veszi a dolog természetében meglévő különbözőséget, s a különbözés alapján *eltérő mércét* tesz meg ítélete alapjának. Konkrét jogintézmények példáján: miért van az, hogy a nők nyugdíjjogosultságát másként (kedvezőbben) szabályozzák, mint a férfiakét, holott mindketten emberek és egyenlő jogú állampolgárok? Azért, mert a nők testi-fizikai felépítésének különbözőségét, anyasági szerepének elismerését tárgyi igazság illeti meg. Vagy az, hogy a köz érdekében végzett tevékenységükért az országgyűlési képviselőket – éppen képviselői munkájuk feltételeinek biztosítása érdekében – mentelmi jog (feddhetetlenség, sérthetetlenség) illeti meg, és ezt a társadalmi-politikai folyamatokról alkotott ismeretünk motiválja, ámbár ez nem jár minden állampolgárnak. A célszerűség szempontjának mikénti érvényesülésében való állásfoglalás az indokoltság, *az igaz és a hamis ismeretek elválasztása mellett lehetséges csak*. A jogeszme igazságossága a célszerűségen keresztül *ráutalt az igazságra*. Akkor is, ha bizonyos analitikusoknak nem sikerül kitörniük a jogimmanencia bűvköréből.

7.2. PARADIGMÁK A JOGALKALMAZÁSBAN: FOGALMI ELEMZÉSEK ÉS JOGESETEK

A bírák számára a jogesetek megoldása komoly szakmai és intellektuális erőfeszítések eredménye, éspedig egy olyan összetett folyamatban, amely hagyományosan több szakaszra, cselekményre és sok-sok gondolati műveletre bontható. Egészen addig, ameddig a bíró nem jut el *az ítéleti bizonyosság meggyőződéséig.* A jogalkalmazás jogtechnikái – szakaszainak és műveleteinek, értelmezési és érvelési kánonjainak, eljárási fokának (alapeljárás, jogorvoslati eljárás, végrehajtási eljárás), a bíróságok összetételének, szervezeti formáinak stb. kérdései minket itt nem kell, hogy foglalkoztassanak, mert ennél sokkal átfogóbb paradigmák bemutatására törekszünk: az ítéletalkotásra vonatkozó „racionalista dogmatizmus" megközelítését ütköztetjük a „szkepticista relativizmus" pozícióval, illetőleg az egységes, vagy legalábbis egységességre törekvő jogalkalmazási magyarázatokat pedig szembeállítjuk a mai jogelméleti tudásunkkal jobban összhangban álló differenciált megközelítésekkel. Itt azonban szükségesnek látjuk beiktatni a *könnyű* (easy cases) és *nehéz eseteknek* (hard cases) minősülő magyarázatok, felfogások közé a szabályalapú döntések normálformáját. Természetesen megválaszolva, hogy mitől könnyű a könnyű, és mitől nehéz a nehéz eset, illetőleg *miért és mennyiben kikapcsolhatatlan egy normatanilag megalapozott normálforma beiktatása az ítélkezési folyamat jellemzésébe. Mindaz pedig, ami a definiált könnyű eset és a normálforma után következik – az egyszerűtől a bonyolult felé haladva –, azok a „maradékok", a nehéz esetek lesznek.* Ezeket pedig nem lehetséges paradigmatikus, példaértékű jogesetek elemezése nélkül tárgyalni, hiszen itt egyedi-konkrét kérdések megoldásával az élő, bíró által alkalmazott jog játssza a főszerepet, beleértve azt is, hogy vajon az egyetlen helyes döntés versus egyenértékűen racionális döntések, illetőleg a szubjektív-intuitív jogalkalmazás álláspontjai mellett vagy ellen milyen indokok szólnak.

7.2.1. Racionalista dogmatizmus versus az erkölcsi egyenértékűségek pluralizmusa

A döntések racionalitására vonatkozóan a kitűnő Chaïm Perelman (1912–1984) retorikai elmélete állította fel az *egyetértés hiánya* kérdésének paradigmáját.[238] Ebben állítja szembe a racionalista dogmatizmust a nihilista szkepticizmussal, előbbit R. Descartes-hoz, utóbbit D. Hume-hoz kötve. De ezen túlmenően a Nyugat filozófiai-tudományos hagyományát egyben szembe is állítja a bibliaértelmezés és a Tör-

[238] Chaïm Perelman, Egyetértés hiánya és a döntések racionalitása, ford. Varga Csaba in *A jogi gondolkodás paradigmái.* (szerk. Varga Csaba) Szövegek III/2. Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Budapest, 1999, 17–23.

vény alkalmazásának talmudi gondolatával. Utóbbi problematika az erkölcsi szabályok és az igazságosság (méltányosság) kérdéskörébe vezet át, amelyből minket csak Peter Winchnek a Talmudéval párhuzamos következtetése érdekel, amelyben „két azonos problémáról szóló és egymással teljességgel szembefutó erkölcsi ítélet egyaránt tiszteletet érdemlő és ésszerű lehet" (1999: 20). Magunk nem közelítenénk a valláserkölcsi alapú jogszolgáltatás nem-nyugati „racionalitását" (sem zsidó jogi, sem iszlám jogi, sem mohamedán vagy egyéb vallási jogi stb.) a kontinentális jogcsalád immanens racionalitásához, merthogy az erkölcsi értékek osztály-, réteg-, csoport-, szakmai-etikai és nemzedéki pluralitásának elismerését sem tekintjük zsinórmértéknek a jogviták eldöntésében. Éppen azért nem, mert a jog saját egynemű közegébe emelve az erkölcsök sokfélesége közepette meglévő dilemmákat – saját ítélkezésében – meg is haladja azokat, ámbár minden pozitív jogrend szükségképpen tartalmaz természetjogi, természetjogias és erkölcsi elemeket. Nem szükséges, hogy a jog újrafogalmazza vagy kielégítse az erkölcs követelményeit (bár van, amikor kielégíti – kinek-minek az erkölcsét, az erkölcsi értékrendek és értékek megszüntethetetlen társadalmi heterogenitásában). Az inkluzív pozitivizmus harti tétele ezen a ponton tehát kiegészítendő az erkölcsök osztály- és rétegspecifikus természetével,[239] ami legyengíti – bár nem mindenütt lehetetleníti el – a jogok, jogosultságok és büntetések kimérésének valaminő erkölcsre való visszavezethetőségét. Az életbeli történéseknek az erkölcsi értékek világából a jog egynemű közegébe áthelyezését mint a problémák megoldhatóságának egyik eszközét persze még bizonyítanunk kell, éppen P. Winchnek a Herman Melville *Billy Buddd* című regényében leírt eset megoldásának jogszempontú átértékelésével, mely esetet Ch. Perelman is jellemez. Így a pozitivista szkepticizmus nihilizmusának Descartes–Hume szembeállítására vonatkozó perelmani minősítését[240] *kitágíthatjuk a szkepticista*, de nem nihilista *relativizmus* problémájává, amelynek változatait később ki is fogjuk fejteni.

„Ha ugyanazon döntési helyzetben… két személy eltérően dönt, mondhatjuk-e vajon, hogy mindketten ésszerűen cselekedhettek így, vagy éppen ellenkezőleg, ennek lehetetlenségét kell állítanunk, nevezetesen hogy legalább egyiküknek ésszerűtlenül kellett eljárnia – vagy a tények tökéletlen ismerete miatt, vagy az ésszerűségen

[239] Mitől lenne azonos erkölcsisége a nagypolgárságnak a kispolgárságáéval, a szervezett munkásoknak a lumpen elemekével, az arisztokráciának a menedzserekével, vagy az orvosoknak a rendvédelmi dolgozókéval? Gyakori, hogy akik ettől a problémától eltekintenek, az erkölcs nevében saját liberális vagy éppen konzervatív beállítottságukat teszik meg rejtett értékrendnek. Persze bizonyos közös erkölcsi minimumok léteznek, ezek egy része természetjogias (jóhiszeműség, méltányosság, tisztesség stb.) vagy akár tételes jogi formában (emberölés és lopás stb. tilalma) is átkerül szinte minden nemzeti jogrendszerbe. Az értékek és értékrendek megszüntethetetlen harcában a ma álláspontjáról és az euroatlanti relációban a közös értékminimumokat az emberi és állampolgári jogok katalógusában (vagy e katalógus egy részében) lelhetjük fel.

[240] „A racionalista dogmatizmus imperializmusával szemben így a pozitivista szkepticizmus nihilizmusának lobogója feszül" (1999: 18).

kívül álló indítékok befolyására, mint például a szenvedély, érdek vagy szeszély?" (Perelman, 1999: 17). Az egyetértés hiányát sokan *az észszerűség hiányára hajlamosak visszavezetni*, gondolván, hogy az igazságot az ellentmondásnélküliség elve biztosítja, tehát az, hogy lehetetlen, hogy két egymásnak ellentmondó kijelentés egyszerre igaz és hamis legyen. Descartes *Regulae*jában akként fogalmazott: „Mindannyiszor, hogy két embernek ellentétes az ítélete ugyanarról a dologról, bizonyos, hogy egyikük téved. Sőt, mi több, igazsággal egyikük sem rendelkezhet, minthogy amennyiben bármelyiküknek világos és tiszta képe lenne az igazságról, kifejthetné azt ellenfelének úgy, hogy meggyőződését végül is sikerrel ráerőltethetné." Tehát akárcsak egyik téved, akár mindkettő, az egyetértés hiánya a nyilvánvalóság hiánya – ami tévedésként értékelendő. Következésképp az *igazság kritériumává a nyilvánvalóság válik*, *annak hiánya a tévedés és egyúttal az észszerűtlenség jele*.[241] Ezzel ellentétben, az antik szkepszisnek még az emberi *érzékelés megbízhatóságára vonatkozó kételyeit*, tehát éppen az egyértelmű nyilvánvalóság tagadását, *az értelemre terjesztette ki* az újkori szkepticizmus legjelentősebb gondolkodója, David Hume, éspedig *a létítételek és az értékítéletek/normák különbözőségének érvével.* Amíg a létítéletek jellemezhetőek igaznak vagy hamisnak, addig az értékítéletek tekintetében nem rendelkezünk igazságkritériumokkal. Mivel választásaink, az alternatív emberi cselekvések tekintetében nincsenek észszerű kritériumaink, ezért az egyetértés hiánya sem magyarázható azzal a ténnyel, hogy valakié észszerűtlen lett volna csak azért, mert nem-racionális, szubjektív tényezők indokolják cselekvését, döntését. „Értelmünk biztosan képes a cselekvéseink következményeit illető felvilágosításra, de nem értékelheti ezeket, tehát nem is irányíthatja cselekvéseinket. Ez Hume és az összes pozitivista következtetése" – állapítja meg Perelman. Nagyon hasonlóan G. Radbruchhoz, akinél szintén a gyakorlati ész álláspontjáról dönthető el a teoretikus észszerűségek hallgatása (illetőleg a versengő értékei közötti választás), mert a legyen tételeket nem léttényekből, hanem egymásból vezetik le. A végső legyen tételek pedig posztuláltak, axiomatikusan felvettek (Radbruch, *Jogfilozófia,* 1981: 231–232).

A vallástól eltérő nyugati jogi hagyományban[242] a magatartásra vonatkozó ügyekben a *gyakorlati értelem* terepére kerülünk, ahol a minden észszerű lénynek hason-

[241] Perelman hozzáteszi érveléséhez, az, hogy „az ugyanarról ellentétes ítéleteket megfogalmazó két ember közül legalább az egyikük téved és ennélfogva ésszerűtlen is" álláspontja, annak előfeltételezéséből indul ki, hogy Isten a maga mindentudó hatalmánál fogva minden probléma megoldását ismeri, ergo egyetlen helyes válasz van, melyet az isteni értelem öröktől fogva tud, és aminek megtalálására az emberi értelem hivatott (1999: 18).

[242] Szem előtt tartva, hogy a szent szövegek minden vallásban a legmagasabb szintű, autentikus források, amelyek alapján papok jóslatokat, isteni kinyilatkoztatásokat közölnek. Orákulumok. A legmagasabbrendűtől, a mindenhatótól származó vélekedés, vélemény, álláspont pedig ab ovo érvényes, mert hit kérdése, amit nem kell igazolni, sem tapasztalatilag, sem fogalmilag levezetve, racionálisan. Egészen a „Credo, quia absurdum est"-ig. A formálisan racionális nyugati jogokban a jogi szövegek,

lóképpen kell megítélnie az ügyet, amennyiben igazul ítél, gondolja Henry Sidgwick (némiképp Descartes-ra hajazó elgondolásában), de némiképp furcsán, a Talmudéval párhuzamos következtetéshez is juthatunk az erkölcs területén (mint P. Winch). Itt érkeztünk el beharangozott, regényben leírt esetünk elemzéséhez. „Az eset közvetlenül a Nore-on történt lázadást követve történt, amikor félő volt, hogy a brit háborús hajók fedélzetén hasonló események következnek majd be. Billy Buddot, az angyali jellemű matrózt azzal vádolja az őt üldöző legénységi főnök, Claggart, hogy lázadásra bírta a matrózokat. Megkövülve a felháborodástól, zavarodottságában Billy Budd megüti vádlóját, aki elestében halálos fejsérülést szenved. A háborús törvény, aminek alkalmazása a Vere kapitánya számára kötelező, halálbüntetést rendel Budd cselekményére, melyet minden bűnök leggyűlöletesebbjének tekint – miközben mindenki szemében úgy tetszik, hogy Claggart hamisan vádolt egy teljesen ártatlan embert. A probléma felvetődhetnék úgy is, mint a katonai büntető törvénykönyv formalizmusa és a lelkiismeret követelménye közötti összefüggés, hiszen mindenki egyetért abban, hogy Billy Budd »ártatlan Isten szeme előtt«. De a Vere kapitánya tisztán erkölcsi síkon fogalmazza meg a problémát: »Erkölcsileg ítélhetünk-e szégyenletes halálra egy olyan embert, aki ártatlan Isten előtt, és akinek ártatlanságáról mindannyian meg vagyunk győződve?«

Végső soron a kapitány egy ilyen tragikus erkölcsi konfliktusban szavaz a halálbüntetés mellett, miközben helyettese Budd felmentése mellett foglalt állást" (1999: 20–21).

Perelman egyetértve Peter Winchcsel elfogadja, hogy *az erkölcsi relativizmus, szkepticizmus csapdájába bele nem esve, azt elkerülve is lehetséges,* hogy mind a Billy Budd halálbüntetésére szavazó hajóskapitánynak, mind pedig a felmentését szorgalmazó helyettesének az álláspontja észszerű legyen.[243] A kapitány döntésének alapja a fegyelem fenntartásának elsőrangú kötelessége volt, míg helyettese erkölcsileg lehetetlennek vélte, hogy szégyenletes halálra ítéljen egy olyan embert, Billy Buddot, aki ártatlan. Perelman az erkölcsi állásfoglalás tekintetében elfogadja az értékmérők és filozófiák pluralizmusát, amelyből *egy esetre vonatkozó megítélési kritériumok tekintetében az egyetértés hiány áll elő.* Eltérően a filozófiai monizmus és/vagy a tudományos ismeret igaz-hamis, egymást kizáró dualizmusától. „A pluralizmus pers-

elvek, jogtételek jelentését transzcendentális hit nélkül állapítják meg, értelmezik, és indoklásra szorulnak. A természetjogi elvek vagy erkölcsi minősítések alkalmazása is.

[243] Paksy Máté Perelman-összegzésében: „A nézeteltérés (désaccord) filozófiai alapprobléma. A jogfilozófiában és a jogdogmatikában tárgyalt »nehéz« jogi kérdésekre így több erkölcsileg is elfogadható válasz is kidolgozható. A gyakorlati diszciplínák – a jog, az erkölcs, a valláserkölcs – művelői tehát el kell, hogy fogadják a helyes válaszok pluralizmusának tényét. *A retorika képes arra, hogy a több helyes válaszhoz elvezető érvelések meggyőző erejét megvilágítsa, de önmagában képtelen igazolni, hogy ezek közül a válaszok közül miért kell egy meghatározott eljárással az egyiket vagy a másikat kiválasztani.* E felfogás inkább a »relativista önkorlátozás« mellett elköteleződő Radbruch, mintsem az »egyetlen helyes válasz« tanát valló Dworkin felé sodorja Perelmant" (Paksy, 2019: 52).

pektívájában egy ugyanazon tárgyról szóló két eltérő döntés egyaránt ésszerű lehet, mint egy következetes és filozófiailag megalapozott nézőpont kifejtése. Hiszen az az álláspont, mely szerint csak egyetlen igazságos – Isten által elismert – döntés létezik, előfeltételezi egy mindent átfogóan globális és egységes perspektíva meglétét, melyet teljes joggal úgy kell tekintenünk, mint ami az igazságnak egyedül felel meg" (1999: 22). Az ebben az előfeltevésben foglaltak azonban a földi lények számára elérhetetlenek.[244]

Ezért a filozófiai monizmus és a tudomány igaz/hamis minősítő álláspontjától tehát különbözik egy döntés, egy ítélet, mert a bírói ítélet az értékmérők pluralizmusának függetlensége jegyében hozható és hozandó meg, éspedig az egyenlően észszerű lehetőségek közötti választástól eltérve. A politikai közösségben vagy a bíróságon ugyanis olyan eljárás folyik, ahol az egyenlően észszerű lehetőségek közötti választásban egy bírói döntés „elfogadott kritériumát opportunus megfontolásból mindenki elismerheti anélkül, hogy ez a legkevésbé is feltételezhetné a választásból kihagyott megoldás ésszerűtlenné minősítését" (1999: 23).

A célszerűségből következő „mindenki" általi elfogadottságot – a politikai közösség elvárását és a bíróság döntési kényszerét – nem tagadva, *éppen a jog különnemű észszerűsége alapján* más megoldásra hívjuk fel a figyelmet. Olyanra, amely *a jog belső célszerűségére* alapozva kapcsolja ki és haladja meg az erkölcsi értékek egyenértékűként taglalt pluralizmusát.[245] A modern, formálisan racionális jog világában az emberi magatartások tényállásszerűsége, tehát tárgyi, normatív megfeleltethe-

[244] Számunkra mégsem teljesen elfogadható az egyformán észszerű megalapozhatóság paradigmája, bár ez nem kizárt helyzet az erkölcsi értékrendek és értékek világában. Ez akkor áll fenn, ha az erkölcsi problémát nagyon elvontan, értékek szembeállításaként tételezik, mint ebben a fenti paradigmában is tették ([háborús] fegyelem vagy lelkiismeret). Minél absztraktabb két erkölcsi érték szembeállítása, annál kevésbé haladható meg az egyenértékűen megalapozottság. Ellenben ha konkrétabban, azaz gazdagabb meghatározottsággal, tehát feltételektől behatároltan vagy a cselekvők motivációira vagy személyiségére tekintettel is rendelkezésre állnak információk, és ezeket bevonjuk az értékelésbe, ekkor a konkretizálódó közegben jobban súlyozhatóvá válnak a választások, a döntés mineműsége. Például a bátorság és vakmerőség erkölcsi értékei közötti minősítésben nem közömbös, hogy egy úszni nem tudó ember siet-e a fuldokló megsegítésére: ez több, mint bátorság, egyenesen vakmerőség, mert észszerűen véve e vakmerőségnek két áldozata is keletkezhet. De ha egy gyenge úszó segít a fuldoklónak, az bátor, életmentő tett. (Míg egy jó úszó gyáva ember, ha nem segít, egy úszómester vagy vízirendőr pedig segítségnyújtásra kötelezett, és ha nem teszi, súlyos mulasztásért kell felelnie.)

[245] Perelman munkássága egészére figyelemmel a bíró feladata az, hogy megkeresse a probléma természetének megfelelő helyes megoldását *a jogrend keretei között* és *döntését észszerűen meg is kell indokolnia*. Az indoklási kötelezettség pedig határt szab a bírói értelmezés szabadságának – foglalja össze Guillaume Vannier, Perelman monográfusa (lásd Paksy, 2019: 55, a kéziratban kiemelések tőlem – Sz. P.). Ez az álláspont már közel esik az eset általunk adott további elemzéséhez – ha jogrend keretei közötti észszerűségekben találjuk meg egy döntés indokait és rendelkező részét. Eltérően azonban Perelmantól, egy jogrend jogértelmi összefüggései és a velük végzett operációk nemcsak megvilágosítóak, retorikailag meggyőzőek, hanem a legkülönbözőbb érdekek, igények, szükségletek *elismerésén keresztül* megkerülhetetlenül szociologikumra vonatkoztatottak.

tősége – ha tetszik, a szubszumpciós probléma megoldása – biztosítja azt, hogy az egyenértékűen észszerű erkölcsi értékek világától különbözően, e magatartások jogi értelemben minősíthetőekké válhassanak. Az erkölcsi értékmérők absztrakt, általánosító egyenlő észszerűsége csak orientálni képes egy magatartásra, cselekvésre vagy éppen mulasztásra vonatkozó állásfoglalást. A jogi döntés ellenben nemcsak orientál, hanem – különösen a büntetőjog ilyen – *szituatív érvényességgel párosítja a különösség–tipikusság szintjén leírt cselekvéseket.* Azzal, ahogy a *jog saját egynemű közegébe, a jogrendbe* írja át az elbírálandóakat – megszünteti az erkölcsi értékek világának pluralizmusát, osztály- és rétegspecifikus heterogenitását.[246] *Amíg az emberi magatartások extenzív és intenzív végtelenségéhez bármikor kapcsolódhatnak a helyes, lelkiismeretes, gonosz vagy éppen bűnös erkölcs értékmérői egy közösségben, addig a jog semmi esetre sem von be minden cselekedetet saját, egynemű közegébe.* Szelektál, értékeli a jogilag relevánsat az azon kívül lévő tényektől, körülményektől, eseményektől, emberi magatartásoktól. Eltérően a Vere kapitánytól és helyettesétől, nem egyszerre és együtt álló eseményről mondanak erkölcsi szentenciát, hanem a jogrend szempontjainak normatív-tételes beszámításán keresztül értékelik az összetett magatartásokat. A jogalkalmazásban nem a melyik erkölcs alapján – a háborús helyzetre vonatkozóan vagy az ártatlanság vélelme alapján – történő ítélkezés a kiindulópont, *hanem egy komplex eseménysor magatartásainak tényállásszerűség szempontjából történő vizsgálata.* Életbeli események, történések jogszempontú értékelésével. Éspedig a leibnizi „casus perplexus" alapján, ahol az összefonódott, szövevényes esetben – ha azokat tényállásszerűség szempontjából felbontjuk – akkor a döntési lehetőségek szilárd alapra kerülnek.[247] A jog formális racionalitása – a tényállásszerűség[248] – szempontjából három különböző magatartásra bontható és bontandó a leírt eseménysor. Az egyik normatív tényállás: háborús körülmények

[246] Egészen más szintű probléma, hogy *a jogegyenlőségi jogból kilépő* – tehát nemre, fajra, felekezetre tekintettel a törvényhozásban különböző mércéket bevezető – *jogalkalmazás jogdogmatikája már a törvényhozás szintjén és következtében kilép a semlegességből*, és antihumánus értékeket érvényesít egy társadalom jogviszonyaiban és a jogalkalmazásban. A jogegyenlőségi vagy egyenlőtlenségi alapú jogrend – nem függetleníthető a politikai hatalomtól. Átfogóbban: törvényhozás klasszifikációi, jogdogmatikája olyan társadalmi-politikai képződmények, amelyeknek legitimációs értéktartalma és háttér igazolása van. Akkor is, ha a legalisták nem fogják fel, vagy egyszerűen csak nem érdekli őket, hogy a legalitás tételei, normái visszamennek rendszer- és korfüggő legitimációs értékekre. Enyiben osztály- és rétegspecifikusak.

[247] A leibnizi problematikát elmélyülten elemzi Szabó Miklós *Ars casus formandi* című dolgozata (in *Ordo et connexio idearum*, 2020, 173–186). A „tudományt" (itt elsősorban a kombinatorika), a „művészetet" és a „mesterségbeli" tudást egyaránt átfogó „ars" bemutatásakor eljutunk – a juriszprudencia és a geometria párhuzamából építkező – jogászi mesterség, a jog világának egyfajta jellemzéséhez (2020: 181–182).

[248] Itt a racionalitás azon értelme a mérvadó, amelyet Max Weber olyan, analitikus és szintetikus úton egyaránt létrejöhető dogmatikai fogalomképzésnek nevezett, aminek célja az, hogy „meg tudjuk állapítani, hogy egy tipikus módon lejátszódó közösségi cselekvésben jogilag mi a releváns és hogyan minősül" (JSZ, 1995: 19, 20).

között lázítás vagy annak elősegítése – amiért halálbüntetés jár. A másik tényállás: halált okozó súlyos testi sértés, amelyet hirtelen felindulásból követett el Billy Budd. A harmadik pedig, a hamis vád, amely büntetőjogilag büntetendő cselekmény, amelyet Claggart legénységi főnök követett el. Az életbeli magatartásokról tudjuk, hogy Billy ténylegesen nem lázított. Erre a nem lázító magatartásra kellene halálbüntetést kiszabni, mert a háborús fegyelem erkölcsi követelménye az adott helyzetben valóban fennállt? Az erkölcsileg helyes–helytelen félrevezető, és nem is tud mit kezdeni a problémával. Billy elkövetett magatartása az volt, hogy háborús helyzetben jogellenesen megütötte elöljáróját, amiért az őt a lázítás súlyos következményekkel járó hamis vádjával illette az állomány előtt. Az eredmény halált okozó súlyos testi sértés, mert cselekményének nem szándékolt következménye volt a halál bekövetkezte. Tehát Billy Budd cselekedete praeterintencionális, minek következtében *felelnie kell a háborús helyzet fegyelmét súlyosan sértő cselekedete, a súlyos testi sértés miatt,* de nem vétkes a halált okozó eredmény bekövetkeztében. Nem felel a szándékain túli, véletlenszerűen beállt eredményért. Továbbá nem felelhet lázításért, amelyet nem követett el, ellenben felelősség terheli Claggartot, a hamis vád hangoztatása miatt. Tehát ha az eseménysor komplexitását három releváns jogszabályi tényállás vizsgálatára bontjuk, akkor nem áll fenn a fegyelem fenntartására vonatkozó halálbüntetés és az ártatlanság közötti erkölcsi dilemma. A jog saját belső célszerűsége a tényállásszerűségek (szituatív érvényű normativitás és jogtételek) révén, s nem pusztán a döntési elvárás és kényszer külső célszerűsége révén érvényesül. Ezzel saját egynemű közegébe, a jogrend közegébe emelve úgy semlegesíti és haladja meg az erkölcsi értékek egyenértékűen észszerűnek tekintett pluralizmusát, hogy a szándékok, indítékok értékelését a tényállásszerűség megléte esetében, a jogkövetkezmények megállapításakor érvényesíti. *A norma tárgyi tartalma nem mosódik egybe az értéktartalommal. A tárgyi tartalom – tényállásszerűség – teszi lehetővé az összefonódó komplexitás analitikus felbontását*, eltérően az erkölcsi pluralizmus egyenértékű észszerűségekhez vezető (nyugati) megközelítésétől és eltérően a vallási és hagyományos jogok[249] erkölcsi-érzületetikai, szubjektív megközelítésétől.

[249] Amitől persze a *jogi vagy a kulturális antropológia nézőpontjából* a vallási és a hagyományos jogokat alkalmazó társadalmak adott fejlettségi fokon és körülmények közötti jogszolgáltatását tekinthetjük egyfajta, bár az euroatlantitól élesen különböző, sajátlagos „racionalitás"-nak. Azért idézőjelben, mert bár a racionalizáló, de nem racionális problémamegoldás jellemzi ezen alakulatokat: *a formálisan és a materiálisan irracionális, érzületi elemek szükséges kellékei* egy ilyen jogrendnek.

7.2.2. A bíró „a törvény szavát kimondó száj" montesquieu-i paradigmája: a mechanikus jogalkalmazás modellje vagy a polgári törvényesség 18. századi követelménye?

Szegény Montesquieu áldozatául esett azon más tudományágakban sem ismeretlen elvétésnek, amikor egy jellegzetes toposzt (*De l'esprit des lois*, 1749, Tizenegyedik könyv, VI. fejezet) elszakítva eredeti kontextusából kiemelnek, és a ma álláspontjáról önállósítanak, majd aztán visszavetítenek az eredeti jelentés, kép szerzőjére. A társadalomtörténeti kontextusából kiemelt toposz azért megy át jelentésváltozáson, mert a mai jogalkalmazási problémák felőli fogalmi-logikai alakzatként értelmezik át. A polgári törvényesség és a klasszikus hatalommegosztás-tan követelményeinek hirdetőjéből így vált a mechanikus jogalkalmazás felfogás egyik „állatorvosi lovává", idézve a jellegzetes és híres képet: „az ország bírái csupán a törvény szavait kimondó szájak" (2000: 257); vagy „a bíró a törvény nyelve", akinek nincs más dolga, mint kimondani a törvénynek megfelelő ítéletet. Csakhogy ezek a bírák a végrehajtó hatalmat a népképviseleten alapuló törvényhozással korlátozó hatalommegosztás részesei, akik ítéleteinek „annyira szilárdnak kell lenniük, hogy sohasem legyenek mások, mint pontos törvényszövegek". Visszautalva korábbiakra: „Az önkényuralmi államokban egyáltalán nincs törvény; a bíró önmagának szabálya" – írja Montesquieu (2000: 144), majd ezzel a gondolattal folytatja: „Ha az ítélet csupán a bíró magánvéleményét fejezné ki, az emberek úgy élnének a társadalomban, hogy nem ismernék pontosan azokat a kötelezettségeket, amelyeket a társadalommal szemben magukra vállaltak" (2000: 251). A tét és a nyomaték kedvéért tegyük hozzá: ha az kötelezhet, amit nem ismerhetek, akkor lehetetlenre köteleznek. A lehetetlenre kötelezés tilalma pedig minden fejlett jogrendszer kimondott vagy ki nem mondott axiómája.

A fő téma, gondolatmenet tehát nem a jogalkalmazás valóban elnagyolt (de mellékes) jellemzése,[250] hanem az, hogy *a törvény, a bíró és az emberek kapcsolata a törvényességen alapul*,[251] nem csupán magánvélemény kifejtése, hanem olyan véleményé, amely szóra bírja a törvény jogesetre vonatkozó értelmét.[252]

[250] Például Angliában az esküdtek csak a vétkességről döntenek (helyesen: a bűnösségről – Sz. P.), s ha annak nyilvánítják a cselekmény elkövetőjét, „a bíró kimondja a büntetést, amellyel a törvény ezt a cselekményt sújtja; ehhez pedig neki nincs egyébre szüksége, mint a szemére" (2000: 145). Ugyanakkor mivel az ítélkezés nem csupán magánvélemény kifejtése – a „nem csupán" megszorítással –, enged némi teret a bírói szubjektumnak is a törvény mellett. (Nincs olyan explicit törvénypozitivizmusról szó, amely a jogot azonosítaná-redukálná a törvénykönyvvel. A törvénypozitivizmust a polgári nemzetállami szuverenitás kifejlett formái, az uralomra jutott polgári berendezkedés szüli, nem pedig az abszolút monarchiákat bíráló és meghaladni óhajtó Montesquieu.)

[251] Interpretációnkat megerősíti Judith N. Shklar: *Montesquieu* (Atlantisz, 1994) című monográfiája.

[252] Nyilvánvaló, hogy egy autoritatív indokok keresésére koncentráló ítélkezéselméleti megközelítésben (J. Raz) – ahol nemcsak az erkölcsi értékeknek és politikáknak, hanem még a jogelméletnek sincs szerepe az ítélkezésben, eltérően Dworkin „Law as Integrity"-jétől (*Law's Empire*, 1986) – nem

7.2.3. A jogi szillogizmus logikai racionalizmusa – dogmatizmussal és a nélkül

Nos, a jogalkalmazásra vonatkozó *racionalista dogmatizmusnak* – az egyértelmű jogszabályi meghatározottságnak – szerintünk nem igazán Montesquieu a reprezentánsa. Abban sokkalta inkább egyoldalú, klasszikus logikai fegyverzetek működnek. *A szillogisztikus következtetés paradigmáját* kell szemügyre vennünk, amelyben igaz mozzanatok és a hamis leegyszerűsítések egyaránt megtalálhatóak. A formalista redukciót bírói passzivitás, mechanikus megfeleltetés jellemzi. E ponton egyetértve idézhetjük Győrfi Tamást: „…a formalizmus a bírót »szubszumáló automatává« akarja változtatni, akinek döntései a jogszabályból és a tényállásból »mechanikusan« következnek. Valójában a bírói döntések soha, még a legegyszerűbbnek tűnő esetekben sem mechanikusak vagy automatikusak abban az értelemben, hogy ne követelnének emberi hozzájárulást, emberi ítélőerőt" (Győrfi, 2001: 18). Igen, se ember, se emberi ítélőerő nélküli jogalkalmazás nem képzelhető el. Az emberi ítélőerő pedig – Kant nyomán, de attól némiképp a jogalkalmazás felé eltérve[253] – nem a gyakorlati észnek a különöst az általánosságnak történő alárendelése, hanem *olyan reflexiós ítélőerő, amely az egyedi konkrétumot a különösség–tipikusság, a jogrendben releváns szabályok és magatartásminták szintjére emeli*. Azt nevezzük dogmatikus racionalizmusnak, ha egy előzetesen adott megértési sémától vezettetve megvonják-kikapcsolják a reflexiós ítélőerő szerepét a jogalkalmazási folyamatból. Ahol ezért sematizálóan járnak el.[254] Nincs funkciója az ítélőerőnek annál a bírónál, kinek értékeléséből hiányzik az adott egyedi eset individualizáló célszerűsége, specializálása. Hiányzik az ítélőerő például egy olyan polgári keresetből, ahol egy igény jogalapjának jogszabályi feltételeinek beidézésével akarják alátámasztani a keresetet, a feltételek egyedi konkrét bizonyítékai meglétének igazolása nélkül. Hiányzik

---

sok figyelem esik az állampolgárra, a jogalkotás által befolyásolt társadalmi viszonyok alakítására vagy a jog kalkulálhatóságára. Az állampolgároknak így a számukra ismeretlen bírói indokokhoz kellene igazítaniuk társadalmi cselekvéseiket. Egy ilyen exkluzív pozitivista bírói-jogászjogi felfogás perspektívaválasztásának ez az elméleti vakfoltja.

[253] „Az ítélőerő az a képesség, amellyel a különöst úgy gondoljuk el, mint ami tartalmazza az általánost" – definiálja Störig Kantot (1997: 333). Az általában vett ítélőerőtől a jogi abban különbözik, hogy amíg itt a magatartásminták *érvényessége* valóban általános, mindenkire áll, addig a normák *tárgyi tartalma a különösség-tipikusság* szintjén helyezkedik el. A különösség pedig hol alacsonyabb, hol magasabb fokú általánosságot jelenthet, amelyet a bírónak a megtörtént eseményekre, körülményekre, emberi magatartásokra kell vonatkoztatnia. De csak azon jogalanyok esetében, akik magatartásukkal, tevékenységükkel a norma tárgyi hatálya, tartalmi különössége alá tartozó osztályba léptek.

[254] A számítástechnikai lehetőségekre alapozott, egyszerűsített bírói-jogalkalmazási modernizáció törekvései bizonyára fel is fogják vetni egyfelől a reflexiós ítélőerőt mellőző, tehát a „meghatározó ítélőerő"-vel besoroló, sematizáló eljárások problematikusságát – hogy a korai, még dogmatikus szendergésében lévő Kanttal fejezzük ki magunkat. Másfelől a mesterséges intelligencia bonyolultabb problémájára, a jogalkalmazásban történő alkalmazására még vissza kell térünk.

az ítélőerő annál a perbeli szereplőnél, aki az általa előadott beadványt vagy igényt nem köti össze releváns jogtételekkel és normákkal, jogcímmel.

Ennek a mechanikus megfeleltetésen alapuló *objektivista felfogásnak a jellemzése és bírálata* megtalálható M. Weber *Jogszociológiájá*ban (ebben az első világháború alatti, előadásainak hallgatói lejegyzését tartalmazó bonyolult műben). A modern jog formális vonásainak és az antiformális, materiális ellentendenciáknak a változó, hullámszerű jellemzése közepette – amelyet a jogfejlődésről szóló fejezetünkben kell majd tárgyalnunk – vetődik fel a „a bíró = paragrafusautomata" toposza, jellegzetes képe. A bírói munka paragrafusautomatakénti jellemzésének *elutasításával* pedig, érthetően, önérdeke védelmében is a jogászrend lépett fel elsőként. Weber szerint in concreto a nem formális normákra – nem jogi vagy konvencionális vagy tradicionális, hanem merőben etikai jellegűekre – támaszkodó materiális igazságossággal szemben lépett fel, a „jogot gyakorlók belső rendi ideológiája"-ként *ennek a toposznak az elutasítása*. „A modern jogi gyakorlat résztvevői kínosnak érezték azt a helyzetet, amely paragrafusok és szerződések puszta értelmezésére kárhoztatott jogi automatává alacsonyítja őket – fönt bedobják a tényállást és a költségeket, mire az automata lent kiköpi indoklással együtt az ítéletet –, és ez a helyzet a törvényesen kodifikált formális jog egyetemessé válásával éppen hogy egyre kínosabb lett. A jogot gyakorlók azt követelték, hogy a bíró jogi működése – legalább ott, ahol a törvények csődöt mondanak – »alkotó« tevékenység legyen. A »szabadjogi« doktrína annak bizonyítására vállalkozik, hogy a tények irracionalitásával szemben minden törvény eleve kudarcra van ítélve, hogy tehát a döntések számos esetben nem formális normákat, hanem konkrét értékeket mérlegelnek – és azokat is kell mérlegelniük –, és így úgyis csak látszat, hogy pusztán értelmezést alkalmaznak. A Svájci Polgári Törvénykönyv jól ismert – és horderejét tekintve gyakran túlbecsült – 1. cikkelye, mely szerint ha a törvény nem ad egyértelmű útbaigazítást, a bírónak úgy kell döntenie, ahogy ő maga mint törvényhozó törvényt alkotna, formálisan megfelel Kant ismert megfogalmazásainak. Tartalmilag azonban olyan ítélkezés felelne meg az elképzelt eszménynek, amely – látván, hogy az értékkompromisszumok elkerülhetetlenek – nagyon gyakran kénytelen volna eltekinteni attól, hogy ilyen általános normákra hivatkozzék, és amely, legalábbis konfliktus esetén, kénytelen volna megengedni egészen konkrét értékeléseket, vagyis nem csak a nem formális, hanem az irracionális jogtalálást is meg kellene engednie" (JSZ, 1995: 189). A továbbiakban Weber a *jogtalálás* fogalmát tulajdonképpen túlzottan is kiterjesztően, a jogalkalmazás egészére vonatkoztatottan használva, alá sorolja az érdekkompromisszumos döntés mellett mindazt *amikor nem általános normák alkalmazása történik valamely konkrét esetre*, mind pedig azt, amikor egy nyelvi kifejezéseknek „jogi tételekként" történő alkalmazása éppen nem grammatikai szabályok szerint történik, hanem a konkrét döntésekből absztrakcióval nyerik mintegy másodlagosan ezeket a jogtételeket. Így az „érvényes" jog (inkább *élő jog* – Sz. P.) a jogalkalmazói tevékenység terméke (JSZ, 1995: 189–190). Formulázzuk angolszász módra, pragmatikusan:

„Jog az, amit a bíróságok és hatóságok tesznek." Csakhogy, figyelmeztet minket az ősi formula: Si duo faciunt ideam, non est ideam! Ezeket a problémákat is a könnyű eset – normálforma – nehéz eset vizsgálódási körébe utaljuk, a kontingens jog*találásnak* csak az utóbbiban találva jogi jelentést, észszerűséget, elválasztva a jog*alkalmazás* – létező és gyakori – normálformájától. Ugyanis egyiket se tagadva, nem akarjuk *se leszállítani* az alkalmazást a jogtalálás „szintjére", *se felemelni* a jogtalálást a normatartalomból kifejtett normálforma szintjére, mert különböző paradigmákról van itt szó, mint ahogy a nehéz eset és annak válfajai sem vonhatóak előzőek alá.

Folytassuk éppen ezért rá a szillogizmus és a szubszumpció további vizsgálatával, amennyiben ezek elsősorban éppen nem a bírói szubjektivitás és leleményesség jelentőségére, hanem bizonyos, meghatározott döntések normatív és logikai keretekbe ágyazottságának objektív értelmére mutatnak rá: *meghatározatlan meghatározottsággal*, de racionálisan és nem, illetve nem feltétlenül dogmatikusan (ahogy képletesen a paragrafusautomataként jellemezhető mechanikus-formalisztikus felfogások redukciói teszik, gyakran egyetlen szillogizmusra szimplifikálva az ítélkezést).

Vegyük a logikai szillogisztikus következtetés archetípusát, amely a következő:

(A) Felső tétele: Minden ember halandó
(B) Alsó tétele: Szókratész ember
(C) Zárótétel (konklúzió): Szókratész halandó.

Ez a szükségszerű (apodiktikus) következtetés egyik fajtája, amelyben az alanyhoz („minden ember") hozzárendelt állítmány (tulajdonság) a halandóság. Következésképpen bármelyik ember, köztük Szókratész is osztozik a halandóság tulajdonságában. Ha mindenki halandó, akkor ez bárkire érvényes tulajdonság. Ami *érvényes logikailag*, azonban *nem feltétlenül igaz következtetés.*[255] Hiszen némiképp tautologikus is ez a következtetés, mert a konklúzió eleve benne foglaltatott a kiinduló felső tételben. Ahogy Hegel mondja a logikáról – tehát az emberi fogalomalkotás, az ítéletek és a következtetések mibenlétéről és viszonyáról –, hogy a logika tudománya hozzásegít a helyes gondolkodáshoz, de nem azonos azzal. Ugyanis a jog és a jogalkalmazói munka célja „a jogos és a jogellenes és milyen mértékben" megítélése a jogalanyok magatartásában, társadalmi cselekvéseiben. Elsődlegesen itt nem a logika ügyéről van szó. Nem logikai a cél, az csak a nem hibás gondolkodás eszköze, a logikailag hibás ítéletek, következtetések kiszűrése révén.

A jogi szillogizmusban a *felső tételt normatív* (A), az *alsót ténybeli premisszának* (B) tekintik, míg a záró tétel (C) az alsó tételnek a felső alá történő besorolásából adódó jogkövetkezmény. Ez eddig egy kissé formalisztikusan vett, ámde érvényes következtetés, olyan, amelyben bizonyos dolog megállapításából, a középfogalom

[255] Példának erejével szólva, egy érvényes, de hamis következtetésre, dedukcióval: „Minden férfi ember / Laura ember / Tehát Laura férfi."

beiktatása révén (A – B/B – A) szükségszerűen következik az általánosság valaminő egyedire vonatkozó konkretizációja, amit megállapítunk, és ha fennáll, akkor a zárótételben értékelni kell. Ez a bírói ítéletre alkalmazva azt jelenti, hogy a bíró a logikai módszert, itt a jogi *szubszumpciós szillogizmust* alkalmazva előírásszerűen, objektíven ítéli meg a történteket. Elemezzünk itt is egy iskolapéldát.

„Aki mást megöl, bűntettet követ el, és öt évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő" [mondta az 1978. évi Btk. 166.§(1) bek.].[256] A jogi, általános felső tételnek közvetítő középfogalma, hogy tényszerűen, saját kezűleg X. Y. 43 éves férfi megölte 30 éves nő, Z. élettársát, adott nap adott helyén és időpontjában, tehát bűntettet követett el, és büntetést kell kiszabni reá (szükségszerű konklúzió), ami akkor igaz és nem csak érvényes, ha közvetítő középfogalom igaz, bizonyított (nem hamis). A törvényhozó felső tételben kifejezett akaratát a bíró az életbeli tényállás megállapítása nyomán megfelelteti annak, szubszumálja az egyedi konkrét cselekményt az általános-absztrakt normát kifejező jogtétel alá. Majd ki kell, hogy szabja e cselekményre a minősítését már előíró jogkövetkezményt, a szabadságvesztést, amelynek mértékét azonban 5-től 15 évig lehetővé tevő fokozatok közötti mérlegeléssel dönt el.

Bizonyos értelmezési és bizonyítási problémák persze ebben az általunk az ítélkezés *normálformájának* tartott szillogisztikus következtetéses esetben is felvetődnek. Bizonyítani kell, hogy X. Y. tette és az eredmény (Z. halálának bekövetkezte) között *okozati összefüggés* áll fenn, ami a szakma által elfogadott kriminalisztikai módszerekkel történik. Az alsó tétel ténybeli megalapozottságát közvetlen tények, közvetett bizonyítékok és érvek, továbbá logikai következtetések igazolják vagy cáfolják. Tények, érvek, feltevések, logikai ítéletek és következtetések szelekciója, értelmezése és jogi értékelése (beszámítása) történik. A nyomozó hatóság, a vádhatóság és képviselet ilyen irányú érveit, előterjesztéseit a bírónak értékelnie kell. Abban a jogi eljárásformában, amelyben a szereplők közötti munkamegosztás (érdekvédelem – közérdek-érvényesítés) zajlik a védelem, a közvádló és a bírói ítélkező szerep között. A jogi szillogizmus tehát az alsó tétel vonatkozásában sem kontrafaktuális, a tényekkel ellentétes vagy ténybelileg megalapozatlan, a felső tétel vonatkozásában pedig contra legem érvelő (felső jogtétel rendelkezésével szemben álló), tehát törvénysértő biztosan nem lehet. A következtetési forma hiába érvényes, ha a felső tétel és a zárótétel között közvetítő középfogalom, az alsó tétel hamis – nem Z. volt a tettes –, akkor a konklúzió is hamis.

Ha nem áll meg a bizonyítottság, akkor a bíróság nem bűncselekmény, hanem bizonyítottság hiányában hoz felmentő ítéletet. (Ahogyan ténybelileg alaptalanul nem lehet igényt érvényesíteni egy polgári vagy egy munkajogi perben.) Ha bizonyított

[256] Nyelvileg témánk szempontjából kevésbé meggyőzően ugyanez a hatályos magyar törvényben, Btk. 160 § (1) „Aki mást megöl, bűntett miatt öt évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő."

a tényállás, akkor is számos körülményt kell számba vennie az eset jogi minősítésében, amelyekre egy laikus aligha gondolna, eltérően a jogi praxissal rendelkező bírótól, akinek *ezek a szempontok a bevett standardok közé tartoznak:* nem áll-e fenn büntethetőséget kizáró ok?, vagy a cselekményt nem jogos védelemi helyzetben követték-e el?, vagy nem áll-e fenn egyéb minősítő körülmény [160. § (2) bekezdésben az *a)–k)* fordulatokkal taxáltak, például: aljas indokból, nyereségvágyból, különös kegyetlenséggel elkövetett emberölés], vagy a törvényi tényállást szándékos bűntettként meghatározó, idézett paragrafus mellett a gondatlan emberölés törvénykönyvi esete is emberölés, amely nem bűntett, hanem vétség, és rá más büntetési tétel az irányadó. Eltérően a fentebbi bevett standardoktól,[257] az *eshetőleges szándékkal* (dolus eventualis, tudniillik akit magatartása következményeibe való belenyugvás jellemez) vagy *luxoriózus gondatlanságból* (aki előre látja magatartása következményeinek lehetőségét, de könnyelműen bízik azok elmaradásában)[258] elkövetett emberölés fogalmi-jogdogmatikai meghatározottsága közötti döntés már közel sem egyszerű standard: ez a határmegvonásra irányuló bírói gyakorlat ismeretét feltételezi az emberölések tömegéből. (Ha egy konkrét esetben ez *a dogmatikai kollízió előáll*, akkor már átkerülünk a normál jogalkalmazás világából a nehéz eset világába – mutatva, hogy ezk között nincsenek kínai falak .) A minősítés pedig átviheti ezt az eredmény-bűncselekményt (a halál bárminő cselekedet nyomán bekövetkezett beállta) a gondatlan elkövetés alakzatába, amely vétségként enyhébb büntetési tétellel fenyegetett.[259] A bírónak érvelnie, gondolkodnia, mérlegelnie szükséges a tényállási elemek megítélésekor, ami ezzel a szándékra vonatkozó minősítési problémával a szabályalapú döntés *normálformáját* át is viheti a *nehéz esetek* körébe. Ha egyértelműen szándékos bűntett történt, akkor „csak" a büntetés kiszabásának individuális célszerűsége és a generális prevenció szempontja igazán autonóm feladat egy bíró számára. Itt ugyanis a társadalomvédelmét szolgáló generális prevenciót, a büntetés visszatartó erejét és az elkövető személy individuális társadalomra veszélyességét kell mérlegre tennie az adott büntetés specifikációjánál: nemcsak jogszerű és megalapozott, hanem jogpolitikailag indokolt és közerkölcsileg elfogadható – de nem a közvélemény nyomásának eleget tevő – kiszabásához.

[257] Minden fogalom elvont a tapasztalati valóság egyedi konkrétságához képest. Attól, hogy fán nem nő egyformán két levél, még tudjuk, mi a falevél, megállapítható, hogy melyik fajta – cseresznye-, hárs- vagy birs stb. – fa levele alá tartozik egy létező egyedi levél. Továbbá gyakran a köznyelvi és a jogi fogalomhasználat sem eshet egybe, ezért szükséges az ítélkező munkában az értelmezési kánonnak (nyelvi-logikai; történeti; rendszertani, teleologikus) vagy a hermeneutikai eszközöknek az igénybevétele. Az értelmezés módszereivel, egy adott relációban a racionális kérdésfeltevések határáig elmenve, megszűnnek az aporetikus, kiúttalan helyzetek. Tehát nem osztjuk a nyelvi nehézségek felszámolhatatlanságának, megoldhatatlanságának relativizmusát, szubjektivizmusát.

[258] Lásd a 2012. évi C. törvény (Btk.) 7. és 8. §-ban foglaltakat.

[259] 2012. évi C. törvény 160.§ (4) bek.: „Aki az emberölést gondatlanságból követi el, vétség miatt egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő."

Szabó Miklós a „legal method", a „juristische Methodenlehre" hagyományához kapcsolódva értékesen tárgyalja a *deduktív*, az *argumentatív* és az *esetjogi jogi módszertant*, elválasztva a szabályalapú és az esetközpontú megközelítést, mely szélső pólusok között nála a közvetítő módszer, a jogvita áll (Szabó, 2015: 198–218). Nem kitérve némely nehézségre, oszthatjuk, hogy *a szillogizmuson alapuló deduktív következtetés alkalmazása szükséges, de persze önmagában nem elégséges a jogalkalmazói munka jellemzéséhez* (Szabó, 2015: 205–209), – ahogy ezt fentebb mi is modelleztük. Az argumentatív és a deduktív módszer szisztematikai (és didaktikai) szembenállása azon a *végső előfeltevésen* alapul, hogy a deduktív következtetés előzetesen adott-e a normákban és a tényekben, amit „csak" le kell vonni, „vagy pedig a következtetés lehetősége nyitott, s azt az érvek mérlegelésével kell kialakítani és igazolni. (…) Az argumentatív módszer sem hagyhatja figyelmen kívül – sőt, legerősebb érvként használja fel – a deduktív következtetési sémában rejlő meggyőző erőt, és az annak kiinduló pontjául szolgáló *vitathatatlan* adottságokat" (Szabó, 2015: 212). Voltaképpen nincs is dedukció argumentáció és értelmezés nélkül, miként a meggyőző argumentáció erős fegyvere tehát a megalapozott következtetés (amely persze sohasem merülhet ki egyetlen logikai műveletben, egy jogeset megoldásakor). Némiképp maliciózusan: szerintünk „csak" le kell vonni és a *vitathatatlan* nem feltétlenül áll messze egymástól, akkor ha elkerülve a sematizáló megfeleltetést, a megtett úttal már gazdagodtunk. Ezzel kitölthetővé és egyben kitöltendővé válik a „meghatározatlan meghatározottság" első, meghatározatlansági eleme. *Ítélőerő kell a meghatározatlan meghatározásához, tehát az egyedi tényállásból a különös normához és a különös normától az általános jogkövetkezmény specifikált levonásához.* A jogalkalmazói döntés ugyanis „a tényből tényre, normából normára, tényből és normából jogkövetkezményre történő következtetések sorozatából születik meg – egyfajta szövevényes láncszabályra emlékeztető »komplex« következtetési sémából" (Szabó, 2014: 170).[260]

[260] Itt térünk ki arra, hogy Szabó Miklós *Logica Magná*ja a legújabbkori irodalom kiemelkedő, átfogó tudású összegzése, amely a *klasszikus logikában* éppúgy eligazítja az olvasót, mint a *deviáns logikák* birodalmában (a nem alethikus; a többértékű és fuzzy-logika, a jog számára relevánsnak tartott Kalinowski- és Perelmen-vonallal fémjelezhető sajátos jogi logika, stb.) vagy a logikán túli retorika és érveléselmélet kérdéseiben. Egy nem-ontikus, normalogika kidolgozásának értékelését is mérvadónak tekintjük: „Mind a mai napig nem áll még rendelkezésre a deontikus logika olyan kidolgozott rendszere, amely a jelzett és hasonló fogyatékosságokat kiküszöbölve maradéktalanul meg tudná oldani vállalt feladatát" (2014: 111). Felvetjük, hogy talán nemcsak még megoldatlan, hanem talán megoldhatatlan is ez a feladat, mert a gondolkodás és benne *a logika létre (fogalom–valóság) és önmagára (fogalom–fogalom) vonatkoztatottsága* még a jogalkalmazói döntésben is érint olyan elemeket, amelyek kívül esnek Sein–Sollen módszerdualizmuson. A deontikus logika egy szükséges és hasznos, de nem mindenre kiterjedő mesterséges nyelvként tematizálja a gondolkodási folyamatokat. Ezért kár, hogy Szabónak a dialektikát a vitára korlátozó felfogása következtében, éppen egy nem-mesterséges, hanem filozófiai, dialektikus logika jelentőségére nem terjedt ki érdeklődése. A dialektikus, a formális és formalizált

Éppen ez a meghatározatlanság nem áll elő a *könnyű esetekben* – eltérően a normálformától és a nehéz esetek körétől – ahol *egyetlen jogtétel fennállta vagy hiánya ügydöntő* az eset eldöntése szempontjából. Itt a formális jogszerűség különösebb értelmezések, érvelési láncolatok nélkül dönti el az ügyet: ilyen könnyű esetek, ha a törvény valamiben *jogvesztő határidőt* állapít meg, és ezt elmulasztotta egy igényérvényesítés kezdeményezője;[261] ha valaki a nemzeti jogorvoslati rendszer adta eljárási lehetőségeket nem merítette ki, és az előtt fordul az Emberi Jogok Európai Bíróságához, miközben a törvény eltérést nem engedő szabálya ezt kizárja; a törvény a bizonyítási terhet egyértelműen az egyik félre vagy beadványozóra telepítette, és az ezt elmulasztotta megtenni, akkor emiatt végzéssel utasítják el. Egy sajtó-helyreigazítási perben a kérelmet előterjesztő W újságot nevezte meg alperesnek, miközben a helyreigazítást nem W, hanem a jogsértő Q újságnak kellett volna megtennie. Ezért hibás keresetét elutasították. Számtalan esetben kell rövid végzésekkel elutasítani a bírónak olyan pereskedéseket, amelyek során a beadványozó nem a hatáskörrel és/vagy illetékességgel rendelkező fórumhoz fordult kérelmével. Formális jogi hibák vagy eljárási cselekmények hiánya, inadekvátsága ügydöntő lehet egyetlen mozzanatával. A joggyakorlatból vett példákat nem kell tovább szaporítanunk a könnyűeset-minősítés megállapításához. Általánosítva: ügyet dönt el egyetlen anyagi vagy alaki vagy eljárási jogtétel által megkövetelt jogi tény, bizonyíték, feltétel, cselekmény, jogalap-megjelölés hiánya. Kellékhiányos az ügy/ügylet = ezért a szükséges jogi kellék hiánya már minősíti. Ekkor nincs semmiféle egyéb meghatározásra, levezetésre, mérlegelésre szoruló meghatározatlan elem a bírói döntésben. Ettől könnyű – kevéssé gondolkodásigényes – az ügy.

Áttekintve: *könnyű eseteknél nem a bizonytalanságok közegében kell a bizonyosat keresni, mint a nehéz eseteknél, hanem a kínálkozó standard megoldásokat kell alkalmazni.* A *normálformánál* pedig az ügydöntő szabály – a normatani értelemben vett, tárgyi hatályú norma – alkalmazása annak nemcsak szubszumpcióját, az egyedinek a különös (általános) alá sorolását, hanem *specifikáló, individualizáló alkalmazását* is jelenti. Ebben igényel szakmai ítélőerőt, de itt sem a bizonytalanságok közegében kell döntenie a jogalkalmazónak, mint ahogy ez a dogmatikai jelentés vagy normabeli ütközéseknél, vagy joghézagoknál (nehéz eseteknél) fennáll.

---

logika és a matematikai logika viszonyáról lásd a konkrét azonosság álláspontjáról Szigeti József: *Az azonosság és nem-azonosság azonossága* (1998).

[261] Itt is vannak határátmeneti, „nehéz" problémák: honnantól számít a jogvesztést eredményező határidő egy állapotszerű, tehát folyamatosan fennálló jogsértés esetében? A jogsértő cselekmény kezdetétől, vagy egészen fennálltának végétől? A *határidő jogfogalmának dogmatikai szerepét* a választójogi jogesetben lásd Szigeti Péter, 2011: 152–153.

7.2.4. A szkepticista relativizmus pszichológiai változata: a jogbiztonság mint apapótlék (J. Frank)

A legális formalizmus két alaptételét – a jog azonos a törvénnyel; a jogalkotó bármit szabályozás tárgyává tehet (Paul Laband)[262] – több oldalról is kikezdhetik jogi realizmusok. Történeti, szociológiai vagy pszichikai realizmusok. A bírói ítélkezés természetét illetően a legnagyobb hatású és valóságos problémákat is tartalmazó realizmus a mélylélektanra építő Jerome Frank (1887–1957) magyarázata. *Norma és jogalkalmazói döntés viszonyát kívánja magyarázni a szabadjogi jogtalálásként.* Ennek legszélsőségesebb, de sokatmondó elméletét dolgozta ki. Az amerikai realista mozgalom képviselője nézeteivel nem kevesebbre, mint a jogbiztonsághoz fűződő alapvető jogállami elvárásaink megdöntésére vállalkozott. Nála a jogbiztonság nem valóságos kategória, csak illúzió, ámde szükséges illúzió, mert ahogyan a gyermeknek szüksége van apapótlékra, azonképpen a modern társadalomnak is a jogbiztonság illúziójára. A *jogalkalmazói döntések azonban teljességgel kiszámíthatatlanok*, előre nem láthatóak, mert a jogi normáknak az élő jogi jogtaláláshoz csak abban az esetben van közük, amennyiben *a jogalkalmazó szubjektív döntéseinek – melyeket a jogszabályoktól függetlenül előre meghoz – utólagos racionalizálásául azok igazolásaként szolgálnak.* Ezért mondhatja, hogy „A bírósági ítéleteket, más ítéletekhez hasonlóan, a legtöbb esetben a próbaszerűen kialakított következtetésekből visszafelé alakítják ki" (Frank, 1977: 93). A jogbiztonság azonban mégiscsak hatékony illúzió, mert eredete az emberi tudattalan mélyén megbúvó biztonságvágy, amely elkerülhetetlenül, újra és újra életre hívja – függetlenül attól, hogy a jogalkalmazói döntés ellentétes természete folytán leleplezi az illúziót. Frank szerint a tényleges jog forrása a bíró szabad, kötetlen döntése, amely a norma objektív tartalmától független intuíció eredménye. Emberi lények a bírák, tökéletlenek. A tényleges jog, azaz a döntés nem kiszámítható, hanem bizonytalan jövőbeli esemény. Realista álláspontjának kialakulására erőteljesen hatott Sigmund Freud pszichoanalitikus elmélete. Erről a befolyásról tanúskodik az a metafizikusba hajló interpretáció, mely szerint a jog voltaképpen társadalmi mágia, a bírák pedig egy mitikus autoritás apafigurái, akik a rend fenntartásában érdekeltek. A jogász nem lehet a társadalom mérnöke, mert nem állnak rendelkezésére általános érvényű szabályok, csak egyedi, intuitív jellegű jogalkalmazói döntések. *Az élő jognak a döntésbe, illetőleg a bírói szubjektumba helyezett egyedisége tehát szükségképpen megsemmisíti a jogi normativitás általánosságát, s így persze a normatív elvárásstruktúrák kiszámíthatóságát is.* (Látni fogjuk: hasonló megoldásként jellemzi a bírói döntést a késői Carl Schmitt is a maga „tiszta

[262] „Az egész állami életnek nincs egyetlen területe, nyugodtan mondhatjuk, nincs egyetlen gondolat sem, amely nem tehető törvény tartalmává. A jog az, ami a törvény. A törvény az, amit formailag helyes eljárás útján bocsátottak ki" – állítja P. Laband, akinek jogászi formalizmusával szemben találják meg az élő jogot a realista mozgalmak.

döntési elemet" bevezető decizionizmusával – de nem futtatja ki a kiszámíthatatlanság–kiszámíthatóság apapótlék szociálpszichikumára, mint Frank paradigmája.)

Az intuitív összbenyomásból vagy materiális igazságérzetből, mint kívánatos eredmény felől kialakított utólagos igazolással – a próbaszerűen kialakított következtetésekkel – akkor és azért van baj, *ha a benyomásszerűséget nem teszik ki az esetre nézve releváns normák, jogtételek, jogdogmatikai mértékek, bírói gyakorlatok, tehát a jogrend szelektáló kontrolljának*. Más egy összbenyomás után (vagy éppen annak ellenére) megalapozottan levezetni a jogrend közegében egy ítéletet és a hozzá vezető indoklást, mintegy összbenyomást racionalizáló tételeket, következtetéseket utólag tetszőlegesen hozzárendelni az ítélet rendelkező részéhez. Az esetlegességgel és a belőle következő kiszámíthatatlansággal van a baj, nem azzal, hogy az igazságosságnak és a bírói ítélőerőnek szerepe lehet az ítélkezésben, amire Frank felhívta a figyelmet.

Az „apapótlék" mellett J. Franknél a *kiszámíthatatlanság-tézise* még az ember alkotta, tökéletlen jognak az erényeként is feltűnik, amelyet a jog rugalmasságának biztosítékaként egyenesen társadalmi értékként aposztrofál (Frank, 2006: 22). Szabályszkepticista radikalizmusának mégis fontos hozadéka, hogy élesen irányította rá a figyelmet arra, hogy *voltaképpen mit értsünk jogbiztonságon, a jogszolgáltatás kiszámíthatóságán,* amely nemcsak a pozitivista megközelítések, hanem *a társadalmi elvárások felől nézve is felvetendő.* Igen különböző gondolkodók, mint Max Weber (a kettős racionalitással) vagy F. A. Hayek (az életvezetés joguralmi vagy jogállami kalkulálhatóságával) erre megoldásokat kínáltak.

Anélkül, hogy most teljes értékűen megválaszolnánk a jogszolgáltatáson belüli kérdésünket, hozzuk közelebb a megoldást azzal, ahogy az *esetjogi rendszerben* a döntési alapok jogforrási jellegét Oliver Holmes felvetette. A Supreme Court (az USA Legfelsőbb Bírósága) bírájaként nagy tapasztalattal és az általánosítás elméletalkotó képességével egyaránt rendelkezett. Végkövetkeztetése ennek megfelelően az volt, hogy a döntéseknél az élő szabályokat el kell tudni választani a csak papíron létezőktől. Ezzel sajátosan kapcsolódott Roscoe Poundnak és a szabadjogi szerzőknek, így Eugene Erlichnek a papírjog és az élő jog között bevezetett megkülönböztetéséhez. Holmes jóslási teorémájában az élő és holt szabály megkülönböztetése eminensen szociológiai kérdés, mert csak *tapasztalati ismeretek* alapján lehetséges. A jog nem logika, hanem tapasztalati valóság kérdése. „Az egyszerű embert nem jogi axiómák vagy jogelvek érdeklik, hanem az, amit például a massachusettsi bíróság valószínűleg tenni fog. A jog nem más, mint prófétálás arról, hogy mit fognak a bíróságok ténylegesen tenni. *Így a jogszabályok a leírás és az előrejelzés szabályai, amelyeknek az igazságértéke felülvizsgálható, amennyiben későbbi bírósági ítéletekkel összehasonlítják és megállapítják, hogy azok a szabálytól eltérnek, vagy annak megfelelnek.* Nagyfokú megegyezés esetén valódi szabályokról (real rules) van szó, melyek a valódi jogot testesítik meg, ellenkező esetben úgynevezett papírszabályokról (paper rules), melyekhez a bíróságok nem tartják magukat, és ezért csupán papiroson

maradnak. A jogtudomány feladata, hogy a realista felfogásnak megfelelően ezekkel a reális szabályokkal foglalkozzék" – írta a *The Path of the Law* című művében. A szubjektív tényezők benyomásszerű prózaisága és az intuitív jogkeresés helyett itt objektív problémamegoldásról van szó: *a joggyakorlat vizsgálata hoz közelebb minket saját ügyünk jogi konzekvenciáinak kiszámításához, real rules alapján, ha a hasonló esetekre vonatkozó döntéseket tanulmányozzuk.* Az ítélőerő szerepét kikapcsoló racionalista dogmatizmus és pszichologizáló szkepticizmus között helyezhető el a holmesi megoldás.

7.2.5. Az egységes magyarázat paradigmája: C. Schmitt decizionizmusa

Két olyan jogalkalmazásra vonatkozó paradigmát fogunk bemutatni, amelyekben a fő törekvés az, hogy egységes gondolati alapról magyarázzák el tárgyukat, noha nagyon különböző előfeltevések mellett és levezetések mentén.

Carl Schmitt *makroszintű* decizionizmusával már megismerkedtünk a politikum konstrukciójánál, egyrészt a „politikai" szabályozott versenyhelyzetében előálló legális jog képződéseként, másrészt a jogrendet felfüggesztő kivételes állapot ellentétviszonyaként, és harmadrészt a politikum antagonisztikus természetével járó illegitim jog képződéseként. Most *mikroszintjére* szűkítve vizsgáljuk ezt a decizionizmust. A korai, még neokantiánus előfeltevésekkel dolgozó, 1912-es Schmitt pozíciója egyszerű volt a *Gesetz und Urteil*ban, mert ott a jogot még a norma és a döntés egységeként értelmezte. A *Politikai teológiá*ban (1920) és az utána következő munkáiban, melyekben a norma (jogrend) és a döntés (rend) viszonyát már problematizálva, megszűnik ez az egység, s a két mozzanat elválasztásával nyit teret a bíró számára, hogy a normatív, pozitív jogi semmin alapuló döntést, épp ezért valaminő decíziót hozhasson.

Schmittnél a makro- és mikroszint, a decizionizmus közös gondolati alapként ér össze: a döntés alanyának, szubjektumának – személyes kvalitásai, informális *potestasa* révén – önálló jelentősége lesz a döntés, tehát a szerep formális-jogi, normatív hatalmához, *autoritásához* képest. Ez a két mozzanat annyiban egységben van – mint ezt Schmitt a *Leviatán* 26. fejezetén keresztül bizonyítja (Schmitt, 1992: 17) –, hogy nincs autoritás potestas nélkül. A görög kriszisz eredendően válságos állapotot, határhelyzetet jelentő latin átiratából, a decisióból ered a „decizionizmus" terminus. Az a meghatározott álláspont, amely az állam- és politikaelméleti, alkotmányjogi témákat immáron nem a szociológiai tényszerűség és a jogtudományi normativitás módszerdualizmusára építi. Hiszen normativitásigény éppen nem illeti meg a válságos, határhelyzetekben hozandó döntéseket, az egzisztenciális ontikus értelmű kivételességet – melyet módszertanilag egyesíti a jogelmélet jogalkalmazásra vonatkozó problémáival. Van, amikor ezt a „jogi fogalmak szociológiájáról" beszélve teszi (Schmitt, 1992: 19), máskor a „jogászi tudományos gondolat"-ról (Schmitt, 1992:

17) vagy a jogtudományi gondolkodás fajtáiról ír (Schmitt, 1934: passim), miközben közel sem intentio reflecta jogtudományi, hanem *intentio recta* jogi kérdéseket vizsgál.

A jog a szuverén döntése, mint Austinnál, s ezzel a makro- (általános) és mikro- (egyedi) szintű jogi döntések közös alapon válnak elemezhetővé.[263] Vessük össze Austin 1859-es, Schmitt két világháború közötti és Hart 1961-es *(The Concept of the Law)* álláspontját. Austinnál a jognak azért van autoritása, mert imperatív képződmény, megparancsolják. Hartnál nem attól kötelez, mert parancsolják, hanem attól, hogy a szabályok megfelelnek – autoritatív kötelezés nélkül, vagy azzal együtt is – a körülményeknek, a társadalom elvárásainak és nyomásának. Schmittnél nemcsak és elsősorban nem is azért van a jognak autoritása, mert imperatív képződmény, hanem a szellemi erő is tekintélyt ad a döntésnek – a joghatóság formális mozzanatán túl és mellett. Austinnál tehát az autoritás imperatív jellege, Hartnál a kényszerítőerő szociológiai megalapozása, Schmittnél pedig képességként, szellemi erőként való felfogása az übergreifendes Moment, a túlsúlyos mozzanat. Mindenesetre idealista, etizáló természetjogászok felfogása ellenére, a legalitás vizsgálatában aligha kerülhető meg az autoritásmozzanat, mert nélküle a jog érvényessége sem alapozható meg. Schmitt decizionizmusa az autoritás két összetevőjének – az autoritásnak és a potestasnak – egységében mutatja fel a jogalkotásban, a jog regulatív funkciójában és a jogalkalmazásban, konfliktusfeloldó, döntéshozatali funkciójában egyaránt jelen lévő érvényességi összetevőt. Nem szerencsés azonban, hogy ezt nem a funkcionáló jogrendszerek tárgyi tulajdonságaként kezeli, hanem a jogtudományi, jogászi gondolkodással kapcsolatban írja – holott a jog autoritatív jellegét a nem-decizionista típusú jogfelfogások is elismerik (a hegeli, marxi, kelseni, pragmatista, skandináv realista stb.).

A *Politikai teológia* Schmittje szerint két típusa létezik a jogászi tudományos gondolatnak, aszerint, hogy „milyen mértékben befolyásolja őket a jogi döntés normatív sajátossága" (Schmitt, 1992: 17). Hobbes a decizionista típus képviselője, a hatalom és az igazság antitézisének klasszikus megalkotásával: Autoritas, non veritas facit legem. Ez radikálisabb és pontosabb meghatározás Schmitt szerint az autoritás és a többségi elv ellentétének F. J. Stahl-féle megoldása (ahol feltehetőleg az „Autorität nicht Majorität"-re gondol), mert „Hobbes is döntő érveket hoz fel az ilyen fajta decizionizmus és perszonalizmus összefüggése mellett, és minden kísérletet elutasít, mely a konkrét állami szuverenitás helyére absztrakt érvényű rendet akar állítani.

[263] Rejtett kelsenizmus, hogy a joglépcső elméleti leleménye – minden normatív aktus a magasabb szint felől nézve pusztán jogalkalmazás, a saját szintjéről tekintve azonban alkotás – a Kelsen-ellenes Schmittnél decizionizmusként lép elénk: hiszen a jogalkotás is és a jogalkalmazói döntés is a szuverén parancsa (tudniillik szuverén módon dönt el egyedi, konkrét jogvitát a bírói ítélet). Talán csak azt tehetnénk hozzá, hogy *még szuverénebb*, ha a bíró döntését nem normatartalom alapján hozza meg, hanem a joghézag kitöltéséhez keresi meg és vezeti be a döntési alapot. Ez éppen a bíró alkotta jog egyik esete, noha közel sem bír a normatív aktusok érvényességével.

Vitatta azt a követelést, hogy az állami hatalom rendelődjék a szellemi hatalom alá, mivel az utóbbi magasabb szintű rendet jelent" (Schmitt, 1992: 17).

Schmitt Hobbeshoz visszanyúlva vitatja, hogy a létezne egy szellemi rend, erő, amelyet objektíve, személytől függetlenül – „Zurechnungspunkt"-ként – be lehetne számítani, á la Kelsen. Ezzel pedig tagadja az arisztotelészi eredetű hagyományt, a törvényesség formális értelmét, amelyben a törvény személytelen rendjének, s nem egy személynek kell uralkodnia. („A törvény uralkodjék, s ne az ember."[264]) A hatalom potestas összetevője perszonalista, mert „létezik jogi valóság és élet", amely nem természettudományos értelemben objektív. A jogi gondolkodás sem hagyhatja figyelmen kívül „ a jogi normának a jogi formában megtalálható specifikus valóságát". A forma, amit ő keresett, a konkrét és meghatározott hatalomtól eredő döntésben rejlik. *A döntés önálló jelentőségén belül a döntés alanyának önálló jelentősége van – függetlenül a tartalom kérdésétől.* A jogi élet valósága számára az fontos, hogy ki dönt.

Abban áll az alany önálló jelentősége, hogy vannak kivételes helyzetek, amelyek a normativitás alá besorolhatatlanok, s ekként minősítésük nem vezethető le normatartalomból. Hisz mint Robert von Mohl mondotta, „jogi értelemben csak akkor beszélhetünk döntésről, ha azt teljes egészében a norma tartalmából vezethető le" (Schmitt, 1992: 1). Ez azonban csak a jogállami liberalizmus és a jogpozitivizmus illúziója, amely szerint, tehetjük hozzá, még joghézagok sincsenek, s amely félreértelmezi a döntés jelentését. Schmitt a szó szoros, tárgyi értelemében vett jogalkalmazást jogelméletileg, szisztematikusan a *Politikai teológiá*ban nem vizsgálta, ámbár annak természetéről másutt elszórt, nem is mindig ellentmondásmentes megjegyzéseket gyakran tett. Ugyanakkor a döntés önálló jelentőségéről vallott nézetei egyértelműsíthetőek, álláspontja az igazságszolgáltatásra vonatkozóan is rekonstruálható, mégpedig a következőképpen: A normákhoz kötött igazságszolgáltatás tényszerű besorolást, szubszumpciót tesz lehetővé. Ezek a besorolások tartalmuk szerint nem kétségesek és nem vitatottak. „Minden igazságszolgáltatás normához kötött és ott ér véget, ahol a normák maguk is tartalmukban kétségesek és vitatottak lesznek" – szól egyik plasztikus megfogalmazása a *Hüter der Verfassung*ban (Schmitt, 1931: 19). Voltaképpen, ha a dolog így festene, azt mondhatnánk, hogy szerzőnk számára az igazságszolgáltatás – a jogelmélet mai nyelvén szólva[265] – mindig egyszerű esetekből

[264] Diszkutáljunk. Ha az objektív, személytelen törvény és az uralkodó személy viszonyát úgy tételezzük, hogy az első negatív, a második viszont pozitív értékű, akkor Schmittnek adhatunk igazat, hisz miért lenne jobb egy zsarnoki törvény rendje, mint egy felvilágosult uralkodóé. Ha viszont egyaránt jó, vagy egyaránt rossz törvényt és uralkodót feltételezünk, tehát azonos szintűeket, akkor valószínűsíthetően az arisztotelészi követelmény az igaz, mert ez esetben a törvény rendje még mindig kiszámíthatóbb, mint az uralkodó hatalma, amennyiben egy személyhez való alkalmazkodás problematikusabb, mint egy jogrendhez.

[265] A nehéz ügyekben a szabályok alapján el nem dönthető, de más magatartásmintákkal (elvek, politikák) megítélhető jogi érvelésekkel és igazolási eljárásokkal behatóan foglalkozott Ronald Dworkin

áll, s a nehéz eseteknél *át kellene lépnünk az igazságszolgáltatás területéről a decizionizmus terepére*. Egyszerű eseteknél, ahol nincs szó jogkérdésekről, a jogi minősítés problémájáról, legfeljebb az eset megítélésének tényálladéka, ennek feltárása és bizonyítása jelent nehézséget a perben.[266] Másutt azonban ezekre az egyszerű esetekre nézve is érvényesnek szánt, ellentmondó kijelentést tesz: „Minden döntésben, még egy tényállásszerűen besoroló, pert eldöntő bíróságéban is rejlik egy olyan tiszta döntési elem, amely nem vezethető le a norma tartalmából"[267] (Schmitt, 2000: 45–46). A *normatartalomból nem következő tiszta döntési elem bevezetése tehát érvelése ugrópontja* – de mit értsünk ezen? A normától független kivételesség–egyediség jelenlétét (mondjuk az egzisztenciális konkrétság értelmében nem létezik két teljesen egyforma falevél, ahogyan lopás sem), amely átvinné a problémát a joghézagok és nehéz esetek világába, noha ezt Schmitt maga nem mondja; vagy pedig azt, hogy az úgynevezett egyszerű, nem nehéz esetekben is van olyan tiszta döntési elem, amely a norma alá történő besorolást nem teszi automatikussá, hanem a jogalkalmazótól szellemi erőfeszítést, képességet kíván. Szövegeiből nem igazán rekonstruálható, hogy mai kérdésfeltevésünk szempontjából az egyszerű esetet is, vagy csak a joghézagot és a nehéz esetet illeti-e meg a „tiszta döntési elem" jelenléte, ami a bíró ítélőerejét igényli a szubszumpció vonatkozásában. További kibontása ennek, ahogy a *Politikai teológiá*ban a jogi gondolkozás sajátosságaként jellemezve Hugo Krabbéval szemben érvelt Schmitt: „Minden értelmezés *auctoritatis interpositio* [személyes tekintély közbeiktatása – Sz. P.] is egyben. Egy jogtétel jogi minőségéből önmagában még nem vezethető le egyértelműen, hogy ki az a magánszemély vagy hatóság, aki vagy amely ezzel az autoritással rendelkezhet" (Schmitt, 1992: 16).

---

híres munkája, az 1977-es *Taking Rights Seriously*. A magyar jogelméletben szemantikailag kidolgozott, színvonalas felfogást érvényesít Győrfi Tamás, amikor – könyve *Nehéz esetek* című fejezete 1. részének 2. pontjában – az egyszerű eseteket elválasztja a részlegesen szabályozottaktól és a szabályozatlanoktól, melyek bizonyos feltételek mellett jelentik a joghézag problémáját (Győrfi, 2001).

[266] Vegyünk egy ilyen *egyszerű*, az életben gyakori, de jogelméletileg konstruált jogesetet, egy autólopást, ahol a lopás törvényi tényállása az 1978-as magyar Büntető Törvénykönyvben a következő: „Aki idegen dolgot mástól azért vesz el, hogy azt jogtalanul eltulajdonítsa, lopást követ el" (316. § [1]). Az idegen dolog elvételének megfelel az autó birtokbavétele, s a corpus elem semminemű besorolási, minősítési problémát nem jelent, mint ahogy e bűncselekmény elkövetésének az a jogi eleme sem, hogy a szándéknak, az animusnak ki kell terjednie az eltulajdonításra. Ha nem eltulajdonítás végett vitték el az autót – mondjuk csak használatba, „kölcsönbe" vették –, akkor nem kocsit, csak kocsihasználatot loptak. (Például „elkötötték", de visszaviszik. Erre az esetre alkotta meg a jogalkotó „a jármű önkényes elvétele" tényállást.) A törvényi tényállás egyik mozzanatával kapcsolatban sincs jogi minősítési probléma. Legfeljebb a *tényállás bizonyítása* okozhat nehézséget a bíráskodásban, nevezetesen az, hogy a szándékmozzanat milyenségére többnyire csak a körülményekből következtethet a bíróság.

[267] Ha ezen Schmitt azt értené, hogy a döntésben, mondjuk a büntetéskiszabásban individualizáló célszerűség lenne, és/vagy a ius strictum és a ius aequm feszültségének feloldása mindenkor bírói mérlegelés, ítélőerő kérdése, akkor érvelése ki is állná a szakkritika próbáját. Azonban nála a probléma artikulálatlan marad, ennyiben nem erről van szó.

Az azonban bizonyos, hogy Schmittnél a kivételesség – az általunk bevezetett elméleti megkülönböztetések nélkül – mikroszinten is megáll, holott voltaképpen csak a joghézag, a hiányos és/vagy homályos rendelkezések értelmét kellene kapnia. A joghézag valóban kiküszöbölhetetlen, legfeljebb előrelátó szabályozással egy meghatározott minimumra szorítható, s mivel a jogalkalmazásban döntési kényszer van – a bíró nem mondhatja, hogy sajnálja, mivel joghézag áll fenn, nem dönti el a jogvitát – a hézag kitöltésével, a döntési alap keresésével és megtalálásával (Rechtsfindung) a döntést hozó alanynak önállósága van. Azt, hogy a kivétel fontosabb lehet, mint a szabály, Schmitt, jelentős gondolkodóhoz méltóan, filozofikusan is alátámasztja, Kierkegaard gondolatát idézve: „A normális semmit, míg a kivétel mindent bizonyít, és nemcsak megerősíti a szabályt, hanem maga a szabály léte is kivételből táplálkozik. A kivételben a valódi élet a folytonos ismétlődések során megmerevedett mechanizmus kérgét töri át. (…) A kivétel megmagyarázza önmagát és az általánost is, s ha valaki az általánost akarja tanulmányozni, akkor a kivételt kell keresnie. Abban minden sokkal világosabb, mint az általánosban. Hosszú távon eltelünk az általánosról szóló fecsegéssel, pedig vannak kivételek. Ha azokat nem tudjuk megmagyarázni, a szokásost sem értjük. Mivel a hétköznapi dolgokra nem szenvedélyes figyelemmel, hanem csak kényelmes felszínességgel gondolunk, nem vesszük észre általában a nehézségeket. Ezzel szemben a kivétel szenvedélyes figyelmet fordít az általánosra" (Søren Kierkegaard: *Az ismétlés* című munkájából idézi C. Schmitt 1992: 7).

Nem lehet tehát norma alapján értelmet adni, jelentést találni a faktikus helyzeteknek, mert a kivételesség – egyedi, egyszeri, megismételhetetlen – jellegében „a valódi élet a folyamatos ismétlődések során megmerevedett mechanizmus kérgét töri át". *A kivételesség, feltehető ideáltipikus értelme szerint, a létszerűséget és az újítást hordozza a szabályossal, a normálissal szemben, aminek következtében a jogalkalmazás folyamatába tiszta döntési elem kerül.* Az újítás értelmét hordozó létszerűség pedig felfogásában tematikailag reflektálatlan, ontikus – nem pedig ontologikus, kell rámutatnunk –, mert nem a lét, levés folyamatában keletkező konkrét létező, amely reflektálható. A tiszta döntési elem, melyet a kivételesség alapoz meg, vagy a kivételesség létszerű, egyedi, egyszeri, megismételhetetlen jellegére alapozódik, vagy pedig a létszerű fogalmilag artikulálatlan – vélt vagy valós – természete áll mögötte. Ez az, ami miatt „a kivételes állapot a jogtudományban hasonló jelentéssel bír, mint a csoda a teológiában" (Schmitt, 1992: 19). A hegeli ontológiától az „életszerűség"; a „történelmi konkrétság"; az „egzisztenciális értelműség" felfogásában tér el Schmitt, mégpedig az egzisztenciálfilozófia irracionalizmusa irányába mozdulva. Hegelnél a kategóriák – a szerző objektív idealizmusa következtében, némi logicizmussal megterhelt – egzisztenciameghatározások. Ezekkel és a modalitáskategóriákkal az „új" levezethető a régi elemek variációi, kombinációi, és/vagy az alap–következmény viszony megváltozása következtében.[268]

[268] Arra gondolunk, ahogy *A logika tudománya* a modális kategóriákat és az alap–következmény viszonyt tárgyalja. Egyrészt a formális és a reális alap szintéziseként áll elő az új, teljes alap. „Ez az

Az egzisztenciálfilozófiai értelmű egyediség, kivételesség – amely az újítást hordozza – viszont nem levezethető. Nincs olyan alap, amelynek következményeként mutatkozna, ezért fogalmilag megragadhatatlan, kielemezhetetlen – csodaszerű decíziót igényel. Tulajdonképpen normalogika és ontikusság feszültségét állítja elő ezzel Schmitt, ahol most már azt mondhatjuk, hogy vagy azért nem lehet norma alapján értelmet adni, tulajdonítani a létszerűnek, mert az tagolatlan, artikulálatlan természetű, vagy pedig a konkrét egyediség rossz végtelenségben szétesõ természete miatt. A decízió feladata módszertani oldalról tehát az, hogy kitöltse a hiatus irracionalis tételezte űrt. A létfolyamat egzisztenciálfilozófiai felfogása és a fogalom- és normaalkotó gondolkodás meg nem feleltethetőségéből, inadekvát viszonyából ered a decizionizmus: *a normatív semmi lokalizálása utáni problémamegoldások*. Schmitt elvont racionalizmusa azért és annyiban csap át a hiatus irracionalis felmutatásánál irracionalizmusba, mert nem teszi fel magának a kérdést: ha decízióval kell kitölteni az űrt, milyen e decízió természete? Tehát se fogalmilag, se tapasztalatilag tovább nem elemezhető végső adottságnak fogja fel a tiszta döntést. Mi viszont, a jogelmélet szaktudományos síkjának bekapcsolása mellett, rá kívánunk mutatni arra is, hogy filozófiai-világnézeti motívumok akadályozzák szerzőnket abban, hogy túlléphessen elvont racionalizmusán.[269]

Schmitt fordulatával a *Politikai teológiá*ban, majd az utána következő munkáiban a norma (jogrend) és a döntés (rend) viszonyát úgy problematizálta, hogy általánosságában megszüntetve az előbbiek közvetített egységét, nyit teret a bírói decízió számára. A kivételességen túl tehát a normálformájú – normatartalomtól függő – döntés esetét is ezzel a saját módszertannal kezeli. Álláspontját egyfelől szakkritikai, másfelől világnézeti szinten kell értékelnünk. Valóban nem lehet mindig a norma a mérték, mert csak a tömeges-tipikus esetekben – ha tetszik, a normálformánál – oldható meg az életbeli tényállás norma alá történő reflexív besorolása, szubszumpciója. Amikor a jogi norma a döntés mértéke, a norma tárgyi meghatározottsága

---

alap és feltétel által közvetített és a közvetítés megszüntetése által magával azonos közvetlenség az *egzisztencia*" (Hegel, 1979: 88). A modális kategóriák szempontjából pedig Hegel a pusztán absztrakt lehetőségtől az esetlegességen, sporadikus megvalósuláson át a reális lehetőségig és a szükségszerűen kibomló folyamatokig keletkezteti a létező újat (Hegel, 1979: 150–163). Öntevékeny, teremtő alap következményeként – azzal az objektív idealizmushoz kapcsolható problémával, hogy ebből hiányzik a tevékeny emberi praxis, a szubjektum mozzanata.

[269] Mindez érthetővé válik Szigeti József akadémiai székfoglaló előadása alapján (Szigeti, 1991). *Ismeretelméletileg* ugyanis pozicionális irracionalitást elismerhetünk magunk is, mert a megismerésben fogalmilag még feltáratlan – de nem elvileg feltárhatatlan –, megmagyarázatlan helyzetek gyakran adódnak. A megismerés folyamatszerű, sohasem teljesen lezárt mozgás. *Az igazságszolgáltatásban azonban* elsősorban nem az ismeretelméletileg igaz–hamis problémáját kell a jogalkalmazónak megoldania a *hiatus irracionalis* helyzetében, hanem *a jogos – jogalap nélküli – jogtalan triád szempontjából* kell szakmai tudása, tapasztalata alapján mérlegelnie és értelmeznie e hiátust. E szempontok különbsége nem jelenik meg Schmittnél sem a létszerűség–kivételesség elemzésében, sem a döntés alanyának önállóságában.

ekkor is a különösség–tipikusság szintjén mozgó absztrakció, egyneműsítés, ezért a módszertani individualizmus egyedi konkrétumokat behozó érvelésével ezek a helyzetek is problematizálhatóak. Látnunk kell: logicisztikus-filozofikus szinten *egy tematikailag reflektálatlan ontikusság és egy deontikus normalogika feszültségét mindig elő lehet állítani*. Ez Schmitt fő fegyvere, amely hatásos is. Ezen a filozofikus szinten és ez esetben azonban el kell vonatkoztatni a szakszerűség – a koncentrált tapasztalat és képzettség a jogalkalmazói praxisban – problémamegoldó képességétől, ami nála implicite, a decíziófogalom vélelmezhető tartalmaként akár jelen is lehetne. Erre azonban nem törekszik. A decízióban épp ezért eltűnik, hogy a normálforma nem azonos természetű a kivételekkel: nem keverhető össze a joghézaggal, amely objektíve és szubjektíve egyaránt előáll és megalapozható, és az úgynevezett nehéz esetekkel. Schmitt a három problémát túl közel vitte egymáshoz, sőt együtt kezelte – s ez nem elégséges, noha a jogot dogmatikusan, logikai jelentésalakulatként felfogó módszerdualizmussal és a törvénypozitivizmussal szembeni érvei gyakran meggyőzőek. Későbbi felvetése megfelel annak, hogy a pályája elején jogfilozófusnak indult Schmitt *problémái ugyanis megváltoztak*, s egyre inkább alkotmányjogásszá és politológussá vált. *Az alkotmányjog eminensen az a terület*, ahol a jog a leginkább politikai természetű: normatív és intézményteremtő funkciói mellett a *legitimációs funkció* legalábbis nem marad és maradhat el. Ezért aztán világnézeti posztulátumokat is látnunk kell abban, ahogy a jogalkalmazói döntés jogi motívumai mögött jogon kívüli motívumokat tol előtérbe, s a politikai (joghoz képest meglévő) autonómia aspektusát akkor is behozza, amikor ez félrevivő, s amikor – mondjuk – a német nép jogérzékére hivatkozik.

Decizionizmusa megértéséhez ki kell még térnünk arra a munkájára, amely részben a jelzett problémák megoldására hivatott, részben a döntésfogalom elrejtett terhét cipeli magával. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftliches Denkens*ben (1934) a jogtudományi gondolkodás három, elvileg egyenértékű formáját taglalja. Nem elégséges, hogy elválasszuk *a rendet mint normatív állapotot*, melyet a szabály- vagy törvénygondolkodás típusa képvisel *(Regeln- oder Gesetzdenken) a konkrét döntéstől*, melyet a döntési típusú gondolkodás *(Entscheidungsdenken)* reprezentál, mint ezt eddig Schmitt tette. Hanem az is szükséges, hogy a felmutatott nehézségeket *egy magasabb egység oldja fel*. Pethő a pályakép szempontjából ezt így jellemzi: „A konkrét rend és a decízió összekapcsolása a rendező gondolkodásban annak a *Politische Teologie* koncepciójában még csak elvontan benne rejlő következménynek az aktualizálásával jár, melynek nyomán a rendfogalom sajátosan megkettőződik. A rend a *Drei Arten*ben már egyaránt jelenti a döntés által megteremtendő, illetve a maga valóságos konkrétságában adott rendet. A rendezés (mint döntés) és a rend (mint megteremtendő állapot) között a kettő intelligibilis azonos neműségének (Artgleichheit) belátása teremt kapcsolatot. A rendező akarat (voluntas) így a normához képest szükségképpen irracionális tényezőként tételeződik" (Pethő, 1993: 156).

Egy új rendnek (jogrendnek) a bevezetése éppúgy döntés, mint egy jogvitát, jogalkalmazást eldöntő rendelkezés. Egy jogrendet, normatív *rendet alapító aktus* és egy jogsértést megállapító vagy jogvitát eldöntő *jogérvényesítő egyedi aktus* azonos nemű döntés lehetne? Aligha. A *konkretes Ordnungsdenken* magasabb egysége hivatott arra, hogy a szabály- vagy törvényi és az esetjogi gondolkodás ellentétét a konkrét jogviszonyok szintjében feloldja. Szerintünk is egy jogrendszer *legfontosabb jogrétege mindig a konkrét jogviszonyok* szintje. Az, ahol az absztrakt, jogszabályok által előírt jogviszonyokat *jogi tények közbeiktatásával* a bíróságok, a hatóságok vagy éppen a magánfelek konkréttá teszik, specifikálják és individualizálják, hogy ezáltal a jogalanyok magatartását alanyi jogi jogosultságokként, igények elismeréseként vagy kötelezettségekként szabják meg; azaz konkrét jogviszonyokat keletkeztessenek, módosítsanak vagy szüntessenek meg. A Schmitt által nem használt fogalom jól megvilágítja azt a tárgyi problémahelyzetet, amelyre megoldást kínál a konkrét rendelkező gondolkodás – éppen ellentétesen a kelseni módszertisztasággal, amely a jogból a szociológiai, világnézeti, politikai és morális elemeket igyekezett szisztematikusan kikapcsolni. A konkrét rendelkező gondolkodás megalapozása nemcsak az állam belső társadalmi állapotait kifejező belpolitikai szükségletekkel történik, *törvényalkotás révén*, mint ezt még Schmitt a *Legalitás és legitimitás*ban a törvényhozó, az igazságszolgáltató, a kormányzó és az igazgató állam megkülönböztetésével tette (Schmitt, 1932: 7–19),[270] hanem az állami és a belpolitikai tendenciájától némiképp *távolítva, világnézeti értékválasztásának megfelelően érvényesítette jogfelfogását*. A konkrét jogviszonyokban az absztrakt törvényi szint és a jogalkalmazási szint reflexív egymásra vonatkoztatásán keresztül érvényesül az ítéletekben tárgyiasuló élő jog. Ez a konkrét jogviszonyok valóságossága, tárgyiasultsága, plusz még az ezekben rejtőzködő valami. Schmitt itt keveri bele retrográd értékválasztásait a konkrét jogviszonyokba, egyenesen a Führerprinzipig elmenően. Ugyanis Schmitt a konkrét rendelkező gondolkodást az életforma rendjével, a nép jogérzékével, a szokásjog rendjével és a karizmatikus vezér nagyszerűségével egyaránt alátámasztja.[271]

[270] Schmittet már korábban is foglalkoztatták a jog különböző szintjei, megjelenési formái. Így a zárt legalitásrendszeren alapuló törvényhozó állammal, melyen a politikai közösség meghatározott formáját értette, szemben áll egy másik, konstruált ideáltípus (államforma): „Az igazságszolgáltató állam jellegzetes kifejeződése a *konkrét eseti döntés*, melyben a helyes jog, az igazságosság és az ésszerűség közvetlenül – előre meghatározott általános normák közvetítése nélkül – nyilvánul meg, s ezért nem merül ki a puszta legalitás normativizmusában" (Schmitt, 1932: 8).

[271] Felfogásában a legfontosabb jogréteg nem vezethető vissza sem a liberális társulásra (konszenzuselméletekre), sem a hipotetikus alapnormára (Kelsen logikai pozitivizmusára), sem a társadalmi-gazdasági alakulatokra (a marxista társadalmiság felfogására), *hanem más természetű*. Egyszer a Gemeineschaft szokásjogán, másszor a német nemzet individuális szupremáciáján alapul, amikor „a német állam rendelkezett azzal az erővel és akarattal, hogy különbséget tegyen a barát és az ellenség között" (Schmitt, 2002a: 231), vagy „amikor [a Führer] a veszély pillanatában vezéri erejénél fogva legfőbb bíróként közvetlenül jogot teremt", és kijelenti: „Ebben az órában én voltam a felelős a német nemzet sorsáért és ezzel én lettem a német nép legfőbb bírája". Az igazi vezér mindig bíró is. A bírói

A jog elméleti felfogása a népi jogérzékkel és a közhatalmi jogpolitikával egyaránt a konkretes ordnungsdenken összetevője.

Az igaz és a hamis mozzanatok gyakran rejtett, kifejtetlen formában, mégis nagyon jelentős jogalkalmazási problémákat mutattak fel: igaz, hogy *a szabályalapú döntésnél a jogalkalmazó autonómiája a minimumom van, szemben a nem-szabályalapú, összes egyéb* problematikával. Ott, elhagyva az igazságszolgáltatás terrénumát, a rendkívüliséget az egyediség-egyszeriség-megismételhetetlenség ontikus uralmaként jellemezve *a rendkívüli válik rendessé* (ha tetszik, normálformává), ahol a „tiszta döntési elem" akár a *szabad mérlegelései jogkörben hozott döntést*, akár a *joghézag kitöltését*, akár *más jogértelmezési* problémákat képes érzékeltetni. Így *az egységes vagy legalábbis egységességre törekvő schmitti decizionista paradigma* legfontosabb hozadéka, hogy egyfelől nem célszerű a normálforma kiiktatása egy túlfeszített rendkívüliséggel, másfelől pedig az, hogy fogalmilag-gondolatilag szét kell írni a decízióban felmerült elvi, értékrendbeli, jogpolitikai és műveleti egybemosásokat.

7.2.6. Az egységes magyarázat paradigmája: az esetnorma Wolfgang Fikentschernél

Montesquieu és a jogi szillogizmus normacentrikus kiindulópontjával szemben Schmitt a decizionizmus prototípusát testesítette meg. Ehhez a *normacentrikus* és *döntéscentrikus* jogalkalmazási folyamatot vizsgáló gondolkodásmódhoz képest nevezhetjük *esetcentrikus* megközelítésnek az esetnorma-felfogást. Nem egy jogcsaládról (common law) és annak jellemzéséről, hanem a jogalkalmazói döntést sajátlagosan vagy alkotóan értelmező felfogásról van szó, ami persze – mint látni fogjuk – bíró alkotta jog, és ekként nem áll messze a precedensgondolattól.[272] Azonban az esetnorma-tan a pozitív jogi adottságokon túli, jogilag szabad tér kitöltésére

---

mivolt a vezérség folyománya, teszi hozzá a jogtudós (Schmitt, 2002a: 228) – alighanem a *konkretes Ordnungsdenken*re gondolva. A jogelmélet művelője mellett azonban a nemzetközi jogász is racionalizálja a helyzetet, amennyiben megmagyarázza, hogy az állam egységét – amely tehát itt a hatalommegosztás hiányának kontextusában áll – a külső és a belső szuverenitás egysége képezi. Ahogy az állam nemzetközi jogi vonatkozásban az ellenség megnevezésével dönt a *ius ad bellum*ról, azonképpen belül, a vezér-bírónak kell eldöntenie, hogy ki az ellenség. A monarchikus állameszmény (Bodin, Hobbes, Donoso Cortés) és az alkotmányos monarchia (Constant) legitimációs mintái érvényességének fenntartása egy antipluralisztikus és szocialistaellenes perspektíva jegyében – hiszen a szubsztanciális, erkölcsiségtől és igazságosságtól elválasztott semleges legalitás jogállami eszméje lerombolta, s tulajdon ellenségeinek szolgáltatta ki a német államot – már megalapozta, hogy 1934-re „a Führer oltalmazza a jogot".

[272] Egyik megfogalmazásában: „A legtalálóbb kifejezés az esetnorma jogforrásként jellemzésére az, hogy *bírói jog*" (Fikentscher, IV. kötet: 221).

koncentrál, ahol a jogrend kétféle szemléletmódjából következik W. Fikentscher felfogása. Ugyanis a jogi hermeneutikára alapozva igen radikális jogrendfelfogást dolgozott ki. Nála *a jogilag szabad tér jövőbeli kitöltésével – voltaképpen az esetnormák megalkotásával – válik a jogrend esetnormák összességévé*. A miénkhez közel álló (5.6.3., *A jogrend*) probléma felállítása jelentős, mert a jogrend jövőbeli nyitottságának valóban fontos tulajdonságára alapozza esetnorma felfogását. A legátfogóbb jogi jelenség Fikentschernél a jogrend – eltérően a mi objektivációs megközelítésünktől (másodlagos teleologikus képződmény, létmódjaival és funkcióival, amelynek egyik tárgyspecifikus kategóriája a jogrend). Ennek a jogrendfelfogásnak a pozitív joghoz és az objektív joghoz való viszonya pedig a következő: „Jogrenden… azoknak a normáknak, törvényeknek, eldöntött eseteknek, jogelveknek vagy efféléknek összességét értjük, amelyek együttvéve a jogot jelentik" [Fikentscher 1928–2015)] i. m. IV. kötet 176). A jogrend kétféle szemléletmódját javasolja szerzőnk: egyfelől „a ma és itt létező esetnormák összességét", a voltaképpeni pozitív jogot; másfelől figyelembe kell venni a jogrend időbeli változását, amelyek a jogilag szabad térben a jövőben kidolgozandó esetnormákat jelentik. Ha a kettőt együttesen tekintjük, akkor jutunk el az átfogó jogrenddel csaknem szinonim, objektív jog kategóriájához. Ez több, mint a pozitív jog, mert a bírói úton újraképződő jogot, a jogtovábbfejlesztést tartalmazza. „A pozitív jog tehát azonos jelentésű az időben és helyileg fixált jogrenddel, az objektív jogot a fejlődő jogrend alkotja" (Fikentscher, i. m. IV. kötet 177). Nyitott a jövőbeli változásokra. A jogrendnek, a pozitív és objektív jognak ezek a fogalmai nyilvánvalóan az esetnormára épülnek, olyképpen vannak kialakítva, hogy azokban az esetnorma mint dinamikus elem meghatározó erővé válik. (…) Végül is a fikentscheri jogelméletben arról van szó, hogy a jog nem más, mint az esetnormák összessége" (értékeli Peschka, 1992: 120–121).

Hogyan jön létre egy jogeset normája, az esetnorma, ami alapján a bíró az esetet eldönti? Nos, nem normaértelmezéssel, hanem a bírónak magának kell megteremtenie a változó világhoz adaptálódó változó esetnormát. („Ha egy esetet jogilag másképp kell megítélni, mert a körülmények vagy a jogi szempontok megváltoztak, új esetnormát kell kifejleszteni. A korábbi esetnormák nem érvényesek, precedenskötöttségnek nincs helye" idézi Peschka, 1992: 130). Éppen azért, mert a valóságban *nem létezik két egyforma eset*, konkrét életbeli tényállás, de *jogilag egyformán elbírálandó* esetek már vannak, melyeket a bírónak egyformán kell kezelnie, és ehhez kell megalkotnia azt az esetnormát (tulajdonképpen a megítélés mértékét – mondhatjuk), amelyet *a tárgyi és egyenlő igazságosság alapján* alakít ki, alkot meg. Vonatkozik ez az életbeli esemény, tényállás tényállásjegyeinek rekonstrukciójára éppúgy, mint az ennek elbírálására szolgáló normára. Az egyenlő igazságosság követelménye egy esetnorma alkalmazásában pedig a bírót is köti a hasonló esetek jogi kezelésében, ennyiben ez nem szabad jogtalálás. De a törvényi rendelkezések, a szokásjog és a precedensek nem kötelező erejű jogforrások, hanem csak az adott ügyet eldöntő

esetnorma igazolására alkalmas eszközök. Maga az esetnorma a jog: az érvényes, az kötelez a bíró tárgyi és egyenlő igazságossági ítélőereje alapján.[273]

Az egységesnek vett esetnorma érvényességének három fokozata van Fikentschernél. „Lehetséges, hogy a törvény az esetnormát átfogja, ilyenkor a törvény és az esetnorma kötőereje egybeesik. [Voltaképpen ezt tekintettük mi szabályalapú döntésnek, csak ott a törvényi jogforrás normája volt a felsőtétel, Fikentschernél ellenben az esetnorma válik premissa maiorrá – Sz. P.] Ha a teljes egybeesés nem állapítható meg, de az esetnorma a törvényes előírások célkitűzéseinek és értékeinek körében helyezkedik el, az esetnorma érvényessége még a törvény alapján nyugszik, mégpedig mindenféle precedenshez való kötődés nélkül. (Ilyenkor sincs szükség az esetnormához fordulni az érvényesség megalapozása végett.) Fordulat következik be az esetnorma érvényességének megalapozásában, amikor a törvényes előírások szóhangzata bizonytalan, generál-klauzulákról vagy blanketta-fogalmakról van szó. *Ekkor az esetnorma érvényességének kialakítása során a bírói joghoz kell fordulni, azaz a jog bírói továbbfejlesztése következik be*" (Peschka, 1992: 130, kiemelés tőlem – Sz. P.).

Fikentscher jogot továbbképző, sőt a harmadik esetkörben jogot újjáalkotó szellemes megoldásait néhol problematikus levezetések tarkítják. Peschka elemzését (1992: 81–133) és kritikáját sok szempontból osztjuk, mely szerint az *esetnorma* fikentscheri felfogása végeredményében *contradictio in adiecto* (1992: 133). Ami norma, az nem eset, ami eset, az nem norma. Ami norma, az mérték, ami konkrét, egyedi eset, szingularitás, az nem mérték – az éppen az azonosítandó és minősítendő, éppen a magatartásminta mint mérték alapján –, mondhatjuk kategorikus szigorral.[274] *Lételméletileg* nézve nincs olyan jelenség, tény, eset, jogeset, amely *ki-*

[273] Itt kell rámutatnunk, hogy a *tárgyi és egyenlő igazságosság* elv alkalmazása azért komoly problémákat vet fel. A tárgyi *egyenlőség a norma tárgyi tartalmára vonatkozik,* az *igazságosság pedig formális, procedurális jellegű*. Az utóbbival nincs is baj, ha az a pártatlan, részrehajlástól mentes elbírálás követelményét jelenti. Az eljárási igazságosság mellett az igazságosság azonban lehet kommutatív, lehet disztributív (a résztvevők száma szerint egyenlően osztó-nivelláló, vagy ettől nagyon eltérően, érdemek szerint osztó – és milyen érdem szerint?), de lehet szociális, vagy éppen a büntetőjogban megtorló. Ha azt alapesetet nézzük, hogy *azonosakat azonos mércével, egyenlőeket egyenlően, különbözőeket pedig különbözően kell megítélni*, akkor ez a döntés sem evidens: az igazságosság csak a viszonyt határozza meg, de nem a megítélés módját. Ezért a kérdése *átvezet a célszerűséghez*, tudjuk Radbruchtól, aminek függvényében az egyenlőség vagy az egyenlőtlenség mércéjét alkalmazzuk (*A jogeszme antinómiái,* 1981: 233–236). A magánjog a különbözőeket méri azonos mércén, a közjogban inkább azonosnak tekintett állampolgárokat minősítenek azonos mércén.

[274] Kivéve, és ez a szigor szükséges feloldása, ha az esetnormát *nem* jogalkalmazásnak tekintjük, hanem olyan tudatos, jogot alkotó, konstitutív ügyletnek, ahol az alanyok joghatásra irányuló akaratmegegyezésének önmagukat és csakis önmagukat kötelező, egyedi, jogügyleti érvénye van – éspedig a szerződési szabadság jegyében. Ekkor nem önellentmondás az eseti norma, mert a mértéket, az elvárandót a létrehozó felek önmagukra vonatkoztatják. Ez nem jogalkotás, nem jogalkalmazás és nem bíró alkotta jog. Mert nem másodlagos teleologikus tételezés a jogügylet, mint a jogalkotás, ahol a jogalkotó nem önmaga, hanem a jogalanyok számára alkot általánosan érvényes, kötelező mintáza-

zárólag egyedi tulajdonságokból állna, különös és általános vonások, tulajdonságok nélkül. Feltéve, de nem megengedve az egyediség kizárólagosságát, ahol az egyes eseteket kizárólag egyediségükben felfogva, esetről esetre ítélnének meg, akkor nem lehetne semmiféle jogbiztonság.[275] Mint ahogy fordítva, amennyiben az elvont, normatív-fogalmi általánosság alapján akarnának megítélni jogeseteket különös-partikuláris és egyedi-konkrét jellemzőik számbavétele és specifikálása nélkül, akkor a kiszámíthatóság jegyében akár a Summum ius summa injuria Cicero felfedezte, ismeretelméletileg téves, jogilag igazságtalan eredményéhez jutnánk. Amikor a jogeset egyedi különösségét a jogrend általánosságára, csoportképző dogmatikai ismérveinek egymásra vonatkoztatásával végzi el a jogalkalmazó, ebből akkor lesz az egyedi *konkrét eset megoldásán túlmutató objektív jog, ha a megoldásban az egyedi eseten túlmutató érvényességgel szerepel valaminő dogmatikai újítás, jogtétel, alkotó értelmezés.* Olyasmi, ami autoritatív jogforrásként addig nem állt rendelkezésre. Ez a bíró alkotta jog, ami ekkor már nem csak szemléletmód, és ahol az érvényesség

---

tokat a társadalmi viszonyok koordinálására. A jogszabályok, a jogi normák alá csak azok az életbeli történések sorolhatóak be a jogalkalmazás során, amelyeknél a személyi, időbeli és tárgyi hatály beviszi a cselekményt a norma absztrakt érvényességi körébe. Ettől eltérően *a jogügylet érvényessége*, személyi-időbeli hatálya és tárgyi tartalma *öntételezés:* nem kell felső tétel és alsó tétel viszonyát keresni, mert nincs ilyen. A *jogügylet egyedi normája* nem is bíró alkotta jog, mert a bíró másokról ítél, a jogügylet felei pedig önmaguknak szabnak cselekvési mértékeket. Továbbá, nem is szabadjogi jogtalálásról, tehát esetleges leleményességről, hanem tudatos kötelezettségvállalásról, a konkrét jogviszony létrehozásáról van szó. Ha pedig a *jogalkotó alkotna egyedi normát* konkrét nehézségei áthidalására – mondjuk személyi kinevezéseknél beleír egyedre szabott kimentést vagy feltételeket jogszabálymódosítással; nálunk ilyenek voltak a lex Szapáry és a lex Mocsáry – az a jogalkotás minőségét derogálja, a weberi értelemben vett materiálisan irracionális jogot kreálva és a hatalmi állam körébe helyezi el az adott állam jogszolgáltatását. Elméletileg a Kelsen–Merk-joglépcsőelmélet egyedi normája leleményét az vitte félre, hogy a bírói ítélettel és a hatósági határozattal *egy szintre helyezte a jogügyleteket,* mint ami a magasabb szint felől nézve jogalkalmazás, a saját szintjén pedig jogalkotás (Lásd tanulmányunkat: a *Világosság* Kelsen-különszámában, 2005/10, 99–111). A *jogügyletnek viszont nincs magasabb szintje*, ezért ilyet nem is alkalmazhat.

[275] Deli Gergely a római jog szingularitásáról szóló szép dolgozatában a technikai szingularitás azon – általa és sokak által – potenciálisnak tekintett helyzetét jellemzi, „amikor a mesterséges intelligencia robbanásszerű mértékben meghaladja az ember kognitív képességeit", aminek megfelelője a jogi szingularitás. „Ha a jogi szingularitás bekövetkezik, akkor az igazi jog Esemény lesz, méghozzá heideggeri értelemben véve negatív esemény. Heidegger szerint a technikai fejlődés rákényszerítheti az embert mint létezőt, hogy szembe nézzen a léttel. Ez a szembenézés az Esemény *(Ereignis)*, »a lét létezése« *(Wesung des Sein)*. A jogi szingularitás megvalósulásakor az ember a normativitás hiányával néz majd szembe. A homogén jogi téreben [értsd: egy jogbiztonságot adó algoritmizált bírósághoz fordulásnál – Sz. P.] ugyanis a normativitás értelmét veszti és tényszerűséggé kopik. Ha ugyanis mindenki saját egyedi ügyére szabott döntésben részesül, elvész a normativitás objektív tapasztalata. Ez a normativitás elfelejtődésének pillanata" (Deli, 2020: 198). Magunk ezt úgy értjük, hogy egy ilyen jogalkalmazásban minden algoritmizált műveletsor *eredménye voltaképpen nem döntés, amennyiben nem lehet benne fronézisz, nem lehet benne prudentia iuris, azaz szubjektív elemet, tapasztalati tudást tartalmazó ítélőerő: hanem egy adott* szituáció által algoritmusok által kalkulált eredmény.

adott eseten túlmutató terjedelmi kritériuma a joghézag kitöltésére is áll.[276] Peschka Fikentscher-kritikája az *életbeli tényállás – jogeset – norma (törvényi tényállás) triád* következetes nézőpontján alapul, de ebből adódnak megoldatlan problémák is. A *norma mintája nála ugyanis a kettős hipotetikus szerkezetnek eleget tevő konstrukció,*[277] *ami felől leszűkítve nézi a problémát. Voltaképpen hallgatólagosan, de a klaszszikus, szituatív érvényességű regulatív* vagy esetleg a *feladatkitűző normát tekinti normának*, amelyeknek nemcsak érték-, hanem tárgyi tartalmuk is van.[278] Ahol ezek a kritériumok adottak, ott beszélünk a jogalkalmazás normálformájáról. Ehhez képest látnunk kell, hogy a joghézag, az elvi, alapelvi bíráskodás (aminek van érték-, de nincs tárgyilag meghatározó tartalma) a mérlegelési jogkörben eldöntendő, diszkrecionális problémák és a bíró alkotta jog *nem esnek a triádra megálló megoldások alá*.

A múlthoz tapadó rögzített joganyaggal (a pozitív joggal) *egységesen szembeállított jövőbeli esetekre vonatkoztatott szabad jogi tér kitöltésénél Fikentscher megoldásánál is differenciáltabb megközelítés szükséges*. Nála sincs minden jövőben előforduló esetnek szüksége jogfejlesztésre vagy innovatív megoldásra – láttuk az esetnorma érvényességének fokozatonkénti tagolásánál. Ezért nem szerencsés Fikentschernél *esetnormaként generalizálva azonosítani* mindenféle jogalkalmazást. Ami kézenfekvő egy joghézag kitöltésére nézve – ahol kellene lennie szabályozásnak, de még sincs –, ott igen komoly relevanciája van a jogilag szabad(on hagyott) tér kitöltésének. Nagyon különbözően a meglévő jogforrásokat, argumentációs technikákat és igazolásokat igénylő esetek, jogalkalmazási problémák megoldásától. Ezért tartjuk szükségesnek a *könnyű esetek*, a *normálforma* és a *nehéz esetek* közötti lényegi különbözés kidolgozását a jogértelmezés és jogalkalmazás vonatkozásában. Ez éppen *a nehéz eseteknél – és ennek egyik válfajaként a joghézagoknál – dinamizálja és újíthatja meg a jogrendet*. A nehéz esetekben a norma vagy a jogtétel tárgyi tartalmának vagy homályosságának vagy hiányának következtében a *meghatározott meghatározatlanság áll fenn, tehát a jogilag szabadon kitöltendő tér problémájával* kerül szembe a jogalkalmazó. Itt valóban érvényes a bizonyosság keresése a bizonytalanságok közegében, eltérően a könnyű esetektől és a jogalkalmazás normálformájától. *Módszertanilag a könnyű esettől a normálformán át a nehéz esetek kritériumai felé megyünk előre,* hogy aztán elvégezhessük utóbbiak belső gondolati átvilágítását is. Amíg a könnyű eset és a normálforma a jogrend szintjén jellemezhető és kezelhető proble-

[276] A nagy kódexek közül a ZGB, a svájci polgári törvénykönyv (Zivilgesetzbuch, 1907) úgy kapcsolja be a jogalkalmazásba a bíró alkotta jogot, hogy az elsőrendű hézagkitöltő szokásjog hiányában felhatalmazza a bírót, hogy a joggyakorlatra figyelemmel legyen ő, a jogalkotó.

[277] *Ha* ilyen és ilyen körülmények fennállnak, *akkor* ezt és ezt kell tenned, vagy eltűrnöd, vagy éppen tilos tenned (hipotézis–diszpozíció a regulatív norma logikájában). *Ha nem* teszel eleget a diszpozícióban előírt elvárásnak, *akkor* életbe lépnek a jogkövetkezmények (diszpozíció–szankció reláció).

[278] Szabó Miklós Peschka-metakritikája ezen a ponton alighanem ugyancsak erre utal, amikor Peschka belső korlátait a hagyományos német *Rechtslehre* beidegződéseiből eredőnek minősíti (2016/17: 96).

mák, a nehéz eset elsősorban a jogrend leszűkített tartományának, a jogdogmatikai elemzésnek az eszköztárát igényli: több norma vagy dogmatikai fogalom vagy összefüggés is releváns, mégsincs konkluzív törvényi tényállás az életbeli esetre.

7.2.7. A könnyű és a nehéz eset között differenciáló megközelítések – a normálforma beiktatása

Tudjuk, a bírák maguk nem szívesen minősítenék és határolnák el egymástól a könnyű eseteket a normálformától vagy a nehéz esetektől. Számukra ugyanis *az ügy eldöntésének kötelezettsége természetes beállítódásként* áll elő – nem gondolkodnak a külső megfigyelő jogelméleti szempontjából feladataikról. Számukra ugyanis nem közömbös, hogy munkájuk hány befejezett ügyet eredményez egy adott időszakban, amely teljesítményük hatékonyságának az egyik mutatója. Amin persze javítanak a kvázi egy mozzanat révén ügydöntővé váló esetek, ahol semminemű meghatározatlanság nem áll elő. A könnyű esetekben, voltaképpen a római jogi eredetű „casus normalis" *előtti* helyzetben van a bíró, mert ekkor az egyetlen jogtételnek megfelelés fennállta (vagy hiánya) a kritérium, míg a klasszikus római jogban a norma alkalmazása volt az ügydöntő kritériuma a normális eset eldöntésének. A könnyű eset eldöntéséhez tehát norma sem kell, mint egykor a római jogban.[279] Eltérően a normálformától és a nehéz esetek körétől, ahol minimálisan a harti „nyitott szövedék", tehát (1) *a „nyelvi" kifejezések kemény magván túli (holdudvarba [vagy másként félárnyékba] eső) jelentések értelmezési problémájával vagy* (2) *az elérendő célok viszonylagos meghatározatlanságának bizonytalanságával* is szembe kell néznie a mérlegelő jogalkalmazónak (Hart, 1995: 151–153). A normálformánál csak utóbbival (2), a nehéz esetekben mindkettővel.

A normálforma beiktatását már indokoltuk azzal, ahogy a jogi szubszumpciós szillogizmust reflexív ítélőerővel alkalmazzák, azonban normatanilag még nem analizáltuk, miközben a normálforma beiktatásának megalapozottsága éppen ezen múlik. A jogtudományban is vannak persze divatjelenségek, amelyek újításaikat, sokszor csak terminológiai változtatásukat túlzottan is érdeminek állítják be. Azzal próbálják erőssé tenni „újításukat", hogy megfeledkeznek vagy tudomást sem vesznek a réges-régóta ismert és alkalmazott megoldások hasznáról, teszem azt, a jogértelmezés évezredes kánonjáról vagy a klasszikus regulatív norma ügydöntő erejéről. Sokszor öntudatlanul is, hiszen nem vagy nem feltétlenül gondolnak arra, hogy ugyanazon jogi jelentés nyelvileg többféleképpen is megfogalmazható, tehát elgon-

[279] A Római Birodalomban a jogászok minden esetet nehéz esetként kezeltek, esetjogi gondolkodásuknak megfelelően. Csak a Nyugatrómai Birodalom bukása után és glosszátorok által értelmezett és immáron holt joganyagban dolgozták ki a casus normalis terminust, amely esetekre a Corpus Iuris Civilis rögzített jogforrásként egyértelmű megoldást adott (Szabó, 1996: 11–12).

dolásuk csak verbális újítás. Magunk nem járnánk ezen az úton, hanem *normatanilag, analitikusan bizonyítjuk, hogy a normálforma érdemben különbözik a nehéz eset problematikájától, és sem a könnyű esettel, sem az ítélőerő nélküli mechanikus, hozzárendelő jogalkalmazással nem keverendő össze.* Képletesen szólva: a normálforma az a kályha, amitől érdemes elindulni.

Minden jogszabály sok-sok jogi normából és még több jogtételből áll. Ezek a jogszabályok elemei, elemi építőkövei, filozofikusabban szólva: konstituensei. De amíg a *jogtétel* bárminő értelmes jogi gondolat *nyelvi és logikai* megfogalmazása, addig *a normatani értelemben vett normák* nemcsak nyelvi és logikai, hanem egyúttal *tartalmi egységek is, éspedig azért, mert önmagukban is alkalmasak a magatartás irányítására.* Mi teszi a klasszikus, regulatív jogi normákat alkalmassá a jogalanyok magatartásának irányítására? Előbb logikailag, aztán a norma struktúrájának kifejtésével válaszoljuk meg e fontos distinkciót. A jogi norma leírható kettős hipotetikus („ha… akkor") összefüggésként:

I. *Ha* ilyen és ilyen körülmények fennállnak, *akkor* ezt és ezt a magatartást kell tanúsítani (tenni; vagy nem tenni = tartózkodni; vagy éppen tűrni)
II. *Ha* nem tanúsítják a normába foglalt elvárást, *akkor* ez és ez lesz ennek jogkövetkezménye, szankciója.

A két „ha… akkor" összefüggést pedig három elemre bonthatjuk:

1. A jogilag releváns tények rögzítése meghatározza azokat *a feltételeket, körülményeket, amelyek fennállása esetén bizonyos magatartást kell* tanúsítaniuk *a címzett jogalanyoknak*.
2. A *magatartásra vonatkozó elvárás, rendelkezés* a címzettek számára meghatározza a helyes, jogszerű, illetve a jogellenes magatartást. A magatartások jogi minősítését. (Ezen joghatást kiváltó magatartás lehet cselekedet [tevés] vagy nemtevés, illetve mások magatartásának eltűrése.)
3. A jogszerű magatartások jogkövetkezménye pozitív, a jogelleneseké negatív *értékítéletet* (szankciót) von maga után.

Bármelyik elem hiányában már nem beszélhetünk jogi normáról, mert hiányzik a tartalmi egység. Ekkor a norma, az elvárás nem képes befolyásolni az adott társadalmi-gazdasági stb. viszonyokban az emberi magatartást. Az első két elem a *tényállást*, a norma tárgyi tartalmát, a harmadik a *jogkövetkezményt,* az értéktartalmat definiálja. Ezek az összefüggések jelennek meg a jogi norma szerkezeti elemeiben, a hipotézis, a diszpozíció és a szankció kapcsolatában. A szerkezeti vagy más néven funkcionális elemek tükröződnek a kifejezésmódban, hiánytalanul, néhol rejtett megfogalmazásban[280]

[280] A büntetőjogban nem kell egy normatív tényállás hipotézisébe belefogalmazni, hogy az elkövető csak természetes személy, jogalany lehet. Ezt az „aki" szóval helyettesíti a jogalkotó, többnyire diszpo-

vagy éppen hallgatólagos összefüggésként. A jogrendszer, az adott jogág vagy jogterület szakismeretét nem lehet „megspórolni" a normák értelmezésében-alkalmazásában. Az úgynevezett *klasszikus* vagy más néven *regulatív normáknál* ez az alkotóelemek következő tagozódását jelenti (de tárgyalni fogjuk a feladatkitűző norma szerkezeti elemeit is): hipotézis – diszpozíció – jogkövetkezmény.

Hipotézis (feltételegyüttes): a magatartásra vonatkozó jogalkotói elvárást *milyen tipikus körülmények között* kell tanúsítani. A szituáció körülírásával a jogalkotó megjelöli a védett társadalmi helyzetet, életviszonyt.

Diszpozíció (rendelkezés): a hipotézisben meghatározott feltételek fennállása esetén *a jogi norma címzettjének milyen magatartást kell* (előíró rendelkezés: cselekvésre vagy attól való tartózkodásra kötelez) vagy *szabad* (megengedő rendelkezés) tanúsítaniuk.

Jogkövetkezmény: A magatartási elvárás követésére vagy megsértésének esetére meghatározott *joghatást* fűz. A kötelezést vagy tiltást előíró magatartásminta nem-teljesítése vagy megsértése negatív jogalkotói értékelés alá esik, ami jogellenes, ezért szankciót, joghátrányt von maga után. A norma elvárásának megfelelő magatartás pedig – beleértve a megengedő diszpozíciót is – a jogszerű elbírálást eredményez. Harmadik eset az, amikor nincs szankciója egy magatartásmintának (lex imperfecta). Itt voltaképpen ajánlásokról, normatani értelemben hiányos normáról van szó.

Az első logikai „ha… akkor" tehát a hipotézis és a diszpozíció szerkezeti elemei között teremt kapcsolatot. Eszerint lehet határozott (certa)[281] és határozatlan (incerta) tartalmú normákat, in concreto keretszabályt és utaló normát[282] azonosítanunk.

A második logikai „ha… akkor" pedig a rendelkező rész és a jogkövetkezmény közötti kapcsolatot definiálja, tiltó, parancsoló vagy megengedő normákként. A szerkezeti elemek közötti kompakt kapcsolatokról van itt szó.

---

zícióra és szankcióra redukálva a normaszerkezetet. Tudniillik kerülendőek egy törvénykönyvben a nehézkes, dagályos megfogalmazások. Sokszor a jogtételek is ezért egyszerűsítik le jogfogalmakká azt, amit nehézkesen mindhárom szerkezeti elem bevonásával is leírható volna.

[281] „Aki mást személyi szabadságától megfoszt…" – Btk. 194. § (1) bekezdés.

[282] Határozatlan tartalmú normánál – ahol más normára történik az utalás, amely a hipotézist vagy a diszpozíciót meghatározza, lehet keretszabály vagy utaló norma:

[+] *keretszabály:* „Aki a számvitelről szóló törvényben vagy a felhatalmazásán alapuló jogszabályokban előírt bizonylati rendet megsérti vagy könyvvezetési, beszámoló készítési kötelezettségét megszegi, és ezzel…" – Btk. 403. § (1) bekezdés.

[+] *utalónorma:* valamely más norma pontos (és nem csak keretszerű) rendelkezésére utal. Ilyen például a kegyeletsértésre vonatkozó norma (Btk. 228. §), amely a rágalmazásra és a becsületsértésre utalva határozza meg a halott vagy emlékének meggyalázását kiváltó magatartásokat. Vagy a Választási eljárási törvény (1997. évi C.) egyik alapelve, a jelöltek és a jelölőszervezetek közötti esélyegyenlőség (3. § c) fordulata) a média törvényhez utal át, hogy a kiegyensúlyozott, objektív, arányos tájékoztatás követelményét érvényesítse a jogalkalmazó választási szerv vagy bíróság.

Érdemes itt Hans Kelsen normatanának egyik plasztikusan tömör megfogalmazásával kiemelnünk a regulatív jogi norma *szerkezeti elemeinek* – a tényállás meghatározásának és a jogkövetkezménynek – *a jogértelmi egységét* előtérbe állító gondolatát. Ez az általános tényállásnak és az egyediesített jogkövetkezménynek az értelmét ragadja meg: „Az általánosnak – amely egy elvontan meghatározott tényálláshoz egy éppoly elvont jogkövetkezményt fűz – ahhoz, hogy egyáltalán értelmet nyerjen, egyediesítésre van szüksége" – mondja. Nincs olyan bírói ítélet, amelyik normálforma esetében ne kellene, hogy elvégezze ezt az egyediesítést. Hiszen a norma absztrakt fogalmi, az élet pedig konkrét, egyedi karakterű. (Más kérdés, hogy Kelsen az ehhez az egyediesítéshez szükséges jogértelmezési módszerekkel kevéssé törődött *Tiszta jogtan*ában. Igaz, hogy beszámításteóriájában [Z urechnungstheorie] elve benne foglaltatik valaminő értelmezés. Mint ahogy analitikusan a jogtétel és a jogi norma differenciált viszonya sem kidolgozott.)

A jogtétel és jogi norma nemcsak *különböznek*, hanem *egybe is eshetnek*. Hiszen ha egyetlen mondatban olyan értelmes jogi gondolatot sűrítünk, amelyben mindhárom szerkezeti elem együtt van, akkor jogi normát, *normatartalmat kifejező jogtételről* beszélhetünk. Ilyenkor norma és jogtétel egybeesik. Könnyen igazolhatjuk ezt egy jó példán, ahol egyetlenegy jogi gondolat hiánytalan regulatív normaként van megfogalmazva a törvénykönyvben, van hipotézise, diszpozíciója és szankciója, ergo, alkalmas a magatartás irányítására – miközben olyan jogtételek is kapcsolódnak a normához, amelyeknek önmagukban nem lenne magatartásirányító státusza.

1978-as Btk. 247.§(1): „Az ügyvéd, aki azért, hogy ügyfelének jogtalan hátrányt okozzon, hivatásából folyó kötelességét megszegi, bűntettet követ el, és három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő."

A hipotézis az, hogy az ügyvédi hivatás feltételei között zajló magatartásról lehet csak szó. Ezt a norma rendelkező részében foglalt, a jogtalan hátrányt *okozó kötelességszegő magatartással* követhetik el, amely, ha megvalósult, akkor olyan minősítésű bűntett, amelyet három évig terjedő szabadságvesztéssel fenyeget a jogalkotó. Ha nincs kötelességszegő magatartás az ügyvéd részéről és az abból okilag folyó jogtalan hátrány, akkor nincs tényállásszerűség sem. Kötelességszegés és a jogtalan hátrány közötti okozati összefüggés tehát együttesen kell, hogy fennálljon. *Szabály (norma) alapú a döntés,* ahol ezeket az egzaktul behatárolt szempontokat kell vizsgálnia a bírónak. Ha az ügyvédi cselekmény tényállásszerű, tehát megvalósult ez a bűncselekmény, akkor is a bírónak kell *individuálisan specializálni a büntetés kiszabását:* adott viszonyok között az elkövető társadalomra veszélyessége milyen fokú, milyen szabadságvesztő büntetéssel érhetőek el a törvénykönyvben és a bírói gyakorlatban jogpolitikailag alkalmazott büntetési célok (az elkövető visszatartása a hasonló tevékenységektől, és a társadalom generális védelme a jogellenes, büntetendő ügyvédi praktikáktól). *A szabályalapú, tehát regulatív vagy feladatnormán alapuló döntés normálformája is megköveteli a reflexív ítélőerőt, legalábbis a jogpolitikailag kívánatos jogkövetkezmények tekintetében.* Akkor is, ha az életbeli tényállás

rekonstrukciója egyértelműen bizonyított volt, és az eset jogi minősítése a szabályból szubszumpciós következtetéssel adódott.

E bűncselekmény súlyosabb esetének fennállásához kell még egy olyan jogi mondat, ami önmagában csak jogtétel, de nem norma. Vagyis az alapesethez képesti *minősített eset tényállása* csak akkor áll fenn, ha a jogtételben fennforgó *minősítő* körülmény – haszonszerzés – is fennáll. Tudniillik alapesetben az ügyvéd úgy okoz jogtalan hátrányt ügyfelének, hogy azt nem célzatosan, nem haszonszerzés végett okozza: a tőle, ügyvédtől elvárhatótól eltérően, mondjuk figyelmetlenül járt el, de sem megkárosítani nem akarta ügyfelét, sem pedig saját zsebre nem dolgozott. A minősített eset normatartalma ebben az esetben két jogtételből áll tehát össze.

247.§(1) és (2) bekezdéséből: „A büntetés öt évig terjedő szabadságvesztés, ha a bűncselekményt haszonszerzés végett követik el."

Található a 247. §-ban még egy jogi mondat, amely egy értelmező jogtétel:

„(3) E paragrafus alkalmazásában ügyvéd az ügyvédjelölt, és más olyan személy is, aki jogi képviseletre foglalkozásánál fogva jogosult."

Itt nem önálló normáról van szó, hanem olyan jogtételről, amely a fenti normák részét képezi azzal, hogy a címzettek körét kiterjeszti. Ezzel segíti értelmezni a normát, mert kiderül, hogy nemcsak ügyvéd lehet e bűncselekmény elkövetésének alanya, hanem az ügyvédjelölt és más olyan személy is, aki jogi képviseletre foglalkozásánál fogva jogosult.

A hiánytalan klasszikus norma is *kapcsolódik jogtételekhez*, amelyek azonban önmagukban nem alkalmasak a jogalanyok, a norma címzettjeinek magatartását irányítani, de egybeolvasva a normával többletértelmet nyernek. Nem lehetne jogot alkalmazni, a jogrendszer *egységességét kifejező jogtételek nélkül.* (Így például a jogszabályok területi, időbeli hatálya, a bűncselekmény fogalma vagy a szándékosság és a gondatlanság büntetőjogi fogalmai stb.). De *jogi vagy jogpolitikai célokat, minősítő ismérveket, alapelveket*[283] *megfogalmazó jogtételekre* (például a jogszabályok preambulumai ilyenek[284]) – ahogyan értelmező rendelkezésekre is – szükség van egy jogrendszer funkcionálásához (ahogy példánkban az ügyvédi bűncselekmény alanyi körét kiterjesztően értelmezte a jogalkotó, két irányban).[285]

A feladatkijelölő normák vagy feladatnormák társadalmi rendeltetése és szerkezete eltér a regulativ normákétól. Jellemzően a közigazgatásban végrehajtandó vagy az állami szervek létrehozását és működését lehet ilyen normák megalkotásával meg-

[283] Az alapelv, jogelv státuszának, természetének elemzésére a nehéz esetek vizsgálatában lesz jelentősége.

[284] „E törvény célja az adózás rendjének, az eljárás törvényessége és eredményessége érdekében az adózók és az adóhatóságok jogainak és kötelességeinek egységes szabályozása" [1990. évi XVI. törvény 1. § (1) bek.].

[285] *Ügyvédjelölt* és aki jogi képviseletre *foglalkozásánál fogva jogosult személy* jogtételeivel tette zárttá e bűncselekmény alanyi körét. Ezzel az értelmezéssel további lehetőségek kizártak, taxatívvá vált az alanyi kör.

oldani. Vegyük át itt ennek a jellemzését Szilágyi Pétertől, e normatípust legmeggyőzőbben kifejtő szerzőtől.

„A feladatnorma tartalmi jellemzője, hogy elsősorban olyan magatartások szabályozására szolgál, amelyek spontán módon nem vagy csak csekély gyakorisággal jönnének létre, így mindenekelőtt az új társadalmi viszonyok létrehozásához kapcsolódó és szervezeti magatartások szabályozására. Érvényesülésükhöz ezért mindig szükséges az állami szervek közreműködése." Saját felfogásunktól eltérően, a magánjogon és annak bírói gyakorlatán orientálódó argumentatív-prezentív jogelméletek számára ez nem vagy alig létező rétege a jognak és a jogalkalmazásnak, noha az állami beavatkozás kiterjedése a fejlett országokban is kitágította a felülről jövő beavatkozások, állami funkciók körét. A fejlett tőkés államok már nem a 19. század minimális államainak antiintervencionista filozófiájára épülnek. Akkor sem, ha *egy normatív ítélkezéselméletként felfogott jogelmélet* (R. Dworkin)[286] nem venne tudomást a *jog és az intervencionista állam lassan 100 éves, kétes frigyre lépéséről* (ahogy a normakontinuum-elméletben a modern jogról R. König a 6–9. pontjában fogalmazott) – ennek minden pozitív és negatív konzekvenciájáról.

A feladatnormák összetett szerkezetűek, azonban nyelvi megfogalmazásuk természetesen nem feltétlenül kötődik ehhez a sorrendhez, de ez a logikájuk maradandó:

„1. *a feladatkitűzés* (feladatmeghatározás), ami olyan előírás, amelyben valamely állami szervet (amely egy személyből is állhat) kötelezneknek valamilyen eredmény biztosítására vagy feladat ellátására;
2. a feladat ellátására hivatott *szervezet megjelölése*, létrehozása az állami szervek hierarchiájában;
3. az állami szerv anyagi jogi értelemben vett *hatáskörökkel való fölruházása*, vagyis azoknak a jogi és igazgatási eszközöknek (pl. engedélyezés, valamilyen tevékenység felfüggesztése, bírságolás, kiutalás stb.) a meghatározása, amelyekkel az adott szerv feladatait elláthatja;
4. az állami szerv *eljárásának a szabályozása*;
5. a *jogkövetkezmények* (többnyire szankciók) meghatározása, ami két irányban történik: a közjogi (alkotmányjogi és közigazgatási jogi) és a munkajogi felelősség szabályai tartalmazzák azokat az előírásokat, amelyek a feladatait nem vagy rosszul ellátó szervekkel és a munkájukat nem vagy rosszul ellátó állami alkalmazottakkal szemben kilátásba helyezett hátrányokat tartalmazzák; többnyire

[286] Lásd indoklását Szabó Miklós, 2015: 202, aki idézi is Dworkint, a *Law's Empire*ből (1986): „Semmilyen éles határ nem választja el a jogelméletet az ítélkezéstől vagy a joggyakorlat bármely más aspektusától. (…) Tehát minden bírói ítélet egy darabka jogfilozófia is, még ha ez a filozófia el is van rejtve, s a látható érvet tények elősorolása uralja. A jogelmélet az ítélkezés általános része, minden jogi döntés láthatatlan előszava." Érthető, hogy nemcsak a hatósági jogalkalmazás és az államszervezetet működtető jogalkalmazói kérdések, hanem az állampolgári jogkövetés problémái sem exponálódnak ebben a filozófiát kicsit lazán kezelő felfogásban.

a szabálysértési felelősség szabályai tartalmazzák azokat a szabályokat, amelyek szankció kilátásba helyezésével az érintett személyeket kötelezik arra, hogy engedelmeskedjenek a hatáskörét gyakorló állami szerv intézkedéseinek" (Szilágyi, 2011: 305–306).

A feladatnorma-komplexum – ahogy Szilágyi nevezi – tartalmazhat regulatív jogi normákat (így mind az eljárásokban mind a szankcionálásukban) és anyagi és alaki (eljárási és szervezeti) normákhoz is kapcsolódhat. Voltaképpen minden nem-könynyű esetnél ez a helyzet, ellenben a normálformát ez a komplexitás önmagában még nem teszi nehéz esetté.

7.2.8. Jogi normák – jogtételek versus szabályok (rules) – egyéb magatartásminták (principles; policy) összevetése

A normatani nélkülözhetetlenek – tehát a jogtételek, a regulatív és a feladatnormák taglalása után – amelyet német–osztrák minták nyomán a magyar jogirodalom honosított meg,[287] érdemes R. Dworkinnak, egy nem kontinentális szerző egyik híres munkájának, a *Taking Rights Seriously*nek (1977) a felfogásával összevetnünk ezt a jogdogmatikát. Ugyanis ez az összevetés a jogalkalmazást viszonylagosan egzakttá tevő elemekre, építőkövekre irányítja rá a figyelmet, a két különböző jogcsalád ellenére.

Némely nyelvi és szemantikai problémától eltekintve egyelőre felállíthatjuk az összehasonlítás alapjaként szolgáló képletünket: *a jog nemcsak normákból, szabályokból (itt szinonimaként véve a kettőt), hanem valami másból is áll: nem normákból.* A kontinentális jogcsoportban különböző rendű és rangú jogtételekből, olyanokból, amelyek *nem normatartalmat* kifejező jogtételek, hanem mások (elvekkel, jogelvekkel, generálklauzulákkal, célokat kimondó gondolatokkal stb.), hiszen az a jogi mondat, jogtétel, amely normatartalmat fejez ki, nem különbözik a regulatív jogi normától, egybeesik azzal. Dworkin a *Taking Rights Seriously* (1977) második fejezetében (*The Model of Rules*, *A szabályok modellje,* Prudentia Iuris 5., Miskolc, 1996), a Harttal szembeni polémia nyomán fejti ki, hogy a jog szövedéke *nemcsak szabályokból (normákból), hanem más magatartási mintákból (sztenderdekből), mégpedig fő formájában elvekből (principle) és politikákból (policy)*[288] *is áll.* Arról pedig az imént és korábban a bírói szerepfelfogásoknál is volt már szó, hogy nála a jogelmé-

[287] Ismereteink és megfogalmazásaink elsősorban Somló Bódogra (1920), Peschka Vilmos munkáira (1965, 1979), Szilágyi Péter jogi alaptanaira (1998, 2011), Szabadfalvi József (2001), *Az állam- és jogtudományi enciklopédia* (1980) releváns, Peschka, Varga Csaba és mások által írt szócikkeire támaszkodnak, saját irodalmi előzményeink mellett.

[288] Ződi Zsolt fordításában a *célkitűzés*, Takács Péterében a *politika* szó szerepel, de azzal a fogalmi tartalommal, hogy a politikák nem a hatalmi jelleget, hanem célok kijelölését, normatív jelleget kapó

letnek szerepe lehet a bírói ítélkezésben, mintegy annak mögöttes részeként. A szabályok harti modelljével szemben fejti ki saját, *law as integrity* elméletét (*Law's Empire*, 1986), ahol az értelmezéssel elkerülhetőek mind a konvencionalizmus, mind a pragmatizmus buktatói. Az elvek és politikák segítségével zárt és hézagmentes, sőt még a nehéz ügyekre is csak egyetlen helyes választ ismerő jogszolgáltatást feltételez.

Eltérően a Herkules bírót igénylő, teljességként felfogott jogfelfogásától, melyet Herkulesre vonatkozóan a kontinensen sokan nem osztanak, *szembetűnő strukturális azonosságnak tartjuk, hogy a mindkét felfogásban a követelményt, előírást tartalmazó norma vonatkozása a nem-norma, ahol a kontradiktórius tagadás kifejtett, explicit formára hozása (a jogtételek fajtái és az egyéb dworkini sztenderdek) után sem kerülünk ki a jog univerzumából*. Se a jogtételek, se az egyéb magatartásminták (principle; policy) esetében. A magyar (és kontinentális) jogban különböző típusú, de a regulatív és feladatkitűző jogi normákkal szoros kapcsolatba hozható jogtételek találhatóak, míg a másikban magatartásmintáknak bizonyuló, szintén jogias, egyéb összetevők vannak. A jogcsaládok különbözése ellenére meglepő tehát a hasonlóság, bár zavaró, hogy a dworkini szabályfogalom igen átfogó (jogszabály?, jogi norma?, szabályosság?). Továbbá normatív erő nélküli *kivételekre*, szabályozóerő nélküli jogtételekre (ajánlások, lex imperfecta) is mindkét jogcsaládban szükség van. Ilyeneket a kontinentális jogrendszerekben is meg kell állapítani, mint ahogy az elvek Dworkinnál sincsenek mindig sem szabályt értelmező-megerősítő, sem pedig ügydöntő státuszban. Az elvek lehetnek ugyanis súlyozandó, érvelési irányt jelölő, de nem feltétlenül esetet eldöntő státuszban, mert funkciójuk szerint nyitottak különböző gondolati, erkölcsi vagy éppen gyakorlatias megfontolások felé, amelyek nem kötelező erejűek.

A *szabályok ügydöntőek*, „mindent vagy semmit" alapon működnek, tehát ha érvényesek az esetre, ha egy konkrét eset alkalmazási körükbe tartozik, akkor nem lehet figyelmen kívül hagyni őket, minősítik azt. Amint megmutattuk, a szabályok a jogászi szillogisztikus ítélet felső tételét képezik. Az *elvek (csak) érvelési irányt jelölnek* ki, más elvekkel ütköztethetőek, ezért súlyozandóak a jogalkalmazás során. A szabályok szituatív érvényességükkel (ha ilyen és ilyen feltételek fennállnak… akkor) kizárólagos természetűek, míg az elveknek fokozataik lehetnek. A magyar jogban általában *az elvek a szabályok értelmének feltárását segítik*, mozdítják elő. Ahhoz, hogy *norma nélküli, alapelvi bíráskodásra kerülhessen sor, a törvényhozó külön felhatalmazása szükséges*.

Ezeket az azonosságokat és hasonlóságokat találtuk az összevetésben. Takács Péter hívta fel a figyelmet arra, hogy „Az elvek és a szabályok különbségének természetesen más a helyi értéke az angol–amerikai és az ún. kontinentális jogrendszerekben. Ez részben azért van így, mert eltér a jogszabályok megfogalmazásának

---

stratégiai megfontolásokat jelentenek (Takács Péter: *Ronald Dworkin – a „teljességként felfogott jog" elmélete.* In 1998: 96–106).

konkrétsága, részben pedig különbözik az általánosan elfogadott jogértelmezési kultúra (az ún. szubjektív jogértelmezési módszereknek az angol–amerikai jogban az európai-kontinentális jogban megszokottnál szűkebb tere van). A legfontosabb ok azonban az, hogy a kontinentális jogrendszerek törvénykönyvei szabályokként fogalmaznak meg egyes általános elveket, míg az angolszász jogokban – *a common law* domináns volta és a törvények szövegezésének ehhez igazodó technikája miatt – a szabályokba öntött elvek viszonylag ritkák. Az angol–amerikai jogban felvetődő probléma mindazonáltal a kontinentális jogrendszerekben sem érdektelen" (Takács, 1998: 97). Bizony nem, s a kontinentális és esetjogi jogrendszerekben és jogi kultúrákban fogant elméleti megoldások fentebbi rokon vonásaira ezért hívtuk fel a figyelmet.

A jogalkalmazás normálformájáról összefoglalóan és Győrfi Tamás figyelemre méltó ellenvetésére még kitérve, a következőket állíthatjuk: közös sajátosság mindkét normatípusnál, tehát a regulatív és a feladatnormánál az, amit Robert von Mohl egykor úgy határozott meg, hogy *jogi értelemben (ilyenkor) a döntés teljes egészében a norma tartalmából vezethető le.*[289] Egy levezetés persze tartalmaz jogértelmezési műveleteket, logikai ítéleteket, érvelést és következtetéseket, és nemcsak hogy nem zárja ki, hanem egyenesen involválja is az alkalmazott norma adott esetre szabott individuális specializációját. A konkrét ügy jogalkalmazói eldöntése *ettől lesz individuális érvényű* (ahogy erre Kelsent idéztük). Képletesen szólva: a jogalkalmazási folyamat tehát nem helyettesíthető paragrafusautomatával. A magatartás jogszerűnek vagy jogellenesnek minősítését azonban ilyenkor a norma uralja, határozza meg. Ezeket az eseteket tekintjük „a könnyű" eseteken túl lévő normálformának, amelyek tömegesen-tipikusan fordulnak elő a kontinentális jogrendszerekben, mert ezek élnek a jogszabályi tényállás, a norma tárgyi hatályának meghatározása eszközével. Jogelméleti tévedés ezeket akár a schmitti decizionizmus jegyében, ahol *a kivételesség érvényteleníti a normálformát,* akár a precedensjog jegyében összekeverni a joghézagokkal és az úgynevezett „nehéz" esetekkel (hard cases), ahol a jogértelmezés és a jogalkalmazó autonómiáját előtérbe állító lelemények valóban meghatározóak lehetnek. A normálforma alá tartozó esetek – rögzítsük még egyszer – *az egyedi eset tényállására érvényes leírást adnak vagy regulatív vagy feladtnormák,*[290] – és nem az általában vett, ki tudja mit jelentő „szabályok" – *akkor az egyedi eset norma alapján történő minősítése konkluzív, ügydöntő,* noha ettől még teret ad *a jogkövetkezmény individualizációjának*. Mindez nem zárja ki, sőt feltételezi, hogy a normatív tényállás absztrakt fogalmait és az életbeli tényállás egyedi, konkrét karakterét egymásra

[289] Idézi Carl Schmitt: *Politikai teológia*, 1992: 1.

[290] Meghatározva a norma alá nem tartozó kivételek körét. A mérlegelést lehetővé tevő vagy megengedő normák tehát nem tartoznak a könnyű esetek körébe, hasonlóan a generálklauzulákhoz, mert ezeknél nincs a felső és alsó tétel megfeleltethetőségéhez köthető konkluzív logikai következtetés. A generálklauzulák státuszának jellemzéséhez lásd Szigeti, 2004, 77–82.

vonatkoztassa a jogalkalmazó, a jogi konfliktus megértése és feldolgozása folyamatában. Az életbeli tényállás és a törvényi tényállás között az egyediség szintjén némi eltérést megengedő, tehát a konkrét azonosság viszonyát kell értenünk. Ez eltér az *elvont azonosság* követelményétől (A = A). Ugyanis a konkrét azonosságfelfogás a különbséget, az esetleges vonások eltérését, az extenzíve kimeríthetetlen variációgazdagságot, a lényegtelen különbségeket megengedi a törvényi tényállástól, azonban egybe kell esnie a lényegesekkel (A és non A = Ā).[291] Az azonosság és a nem azonosság (egyedi vonás, lényegtelen eltérés, a fő fogalom megjelenítődésének mindenkori variációgazdagsága stb.) azonossága,[292] tehát *a különbözést is magában foglaló, átfogó, szintetikus azonosság áll fenn az életbeli tényállás és a normatív tényállás között*.[293]

[291] A lopás idegen dolog (corpus) elvétele, az eltulajdonítás szándékával (animus). A minden, ami *nem* saját, az az idegen – tehát a saját kizáró (tagadó) vonatkozásán keresztül azonosítható az idegen fogalmi eleme. Ez lényeges összetevő, az azonban már csak lényegtelen, esetleges, hogy az elkövető tudta-e, hogy ki a tulajdonos. Azt kell tudnia a tényállás fennállásához, hogy nem az övé, tehát idegen a dolog, amit elvett, s nem azt, hogy pontosan kié, x-é, y-é, z-é vagy n-é. Ez ugyanis esetleges az elkövetési magatartás szempontjából. *A könnyű eseteknél* a jogalkalmazó értelmezési mozgástere eleve igen szűk, mert egyfelől a hipotézis és a diszpozíció, illetőleg a diszpozíció és a szankció kapcsolata tartalmilag meghatározott, másfelől pedig kidolgozott dogmatikával rendelkeznek. Példánkban a használatlopás (furtum usus) problémáját a joggyakorlat kiterjesztő értelmezéssel bevitte az idegen dolog fogalma alá. Ez a jogdogmatika munkája. Innentől kezdve pedig megszűntek a szándék tényállási elemével kapcsolatban korábban fennállott értelmezési nehézségek („vissza akartam adni, csak kölcsön vettem, Bíró úr" – elkövetői érvelése elesik), mert dogmatikailag rögzült, hogy a törvényi tényállás megvalósulása szempontjából a használat lopása is lopás.

[292] A formális logika elvont és a dialektikus logika konkrét azonosság felfogásának különbségét legkidolgozottabb formájában, a matematikai logikára is reflektáltan lásd Szigeti József, „Azonosság és nem-azonosság azonossága", *Magyar Filozófiai Szemle* 1998/4–5–6, 445–507. Az életbeli és a jogszabályi tényállás közötti *azonosság* vagy *hasonlóság közötti viszony* jellemzéseként pedig lásd Peschka, 1992: 113–117.

[293] Jogelméleti álláspontunkat Czebe András a kriminalisztikai forenzikus azonosításában igazolja. Ennek központi kérdése, hogy az azonosítandó objektum (egyes) sajátosságainak a mennyiségi (különös) változása milyen minőségi (általános) határok között történik? A materiális lételmélet e kérdés kapcsán az azonosítandó objektum (A) generikus általánosában (A) jelöli ki azt a logikai alapot, amely szabatosan és szükségszerűen határozza meg az azonosító objektumban rejlő tartalmat: azt, hogy a kérdéses nyom melyik azonosítandó objektumtól származhat egyáltalában. De nem bármelyik azonosítandó objektumtól, hanem csak az illetékes forenzikus szaktudomány által szabatosan meghatározott „fuzzy" halmazon belüli objektumtól. (Czebe, 2020/2–3, 12). A konkrét azonosság a tagadás mozzanatát nem csupán magán viseli, hanem magában is hordozza, azáltal hogy saját elemeinek az önállóságát tagadva, új, szintetikus egységbe foglalja össze őket (A = A). Az anyagi világ (egyes) jelenségei nemcsak azonosak (különös), hanem nem-azonosak (általános) is önmagukkal (Szigeti, 1998: 468). A kontradiktórikus és kontrárius ellentéteknek eme dialektikus egységében viszont mindig ott rejlik a bizonytalanság valamely foka, amelynek megoldásában Czebénél a „fuzzy halmazok" alapgondolata látszik kibontakozóban (hivatkozva: Mészáros–Molnár, 1986/30: 487). A forenzikus tudományok fejlődési folyamatában kimutatható, hogy a fejlettebb eszközök alkalmazásával korlátozottabbá válik a bizonytalanság, de nem szűnik meg teljesen. A forenzikus tudományok mindig is operáltak a bizonyosság fokával. A tudományos horizont kitágulása révén viszont napjainkban még inkább meg tudják mondani, hogy mi az érvényességi köre ennek a még hozzá nem fért ismeretnek. Utóbbira viszont nem szabad

Ennek a kapcsolatnak a megteremtése a jogalkalmazásban egy reflexív gondolati eljárással megy végbe, és ez az eljárás nem kiküszöbölhető, nem megspórolható. Ezért mondhatta Horváth Barna, hogy a jog sem nem tiszta norma, ahogy Kelsen gondolja, sem nem tiszta tény, mint a természettudományos megismerés tárgyai, hanem „örökös" egymásra vonatkoztatása a tényeknek a normákra és megfordítva, a normáknak a tényekre. A norma, a jogtétel által hordozott elvont jelentés nem elegendő *az életbeli tényállás jogesetté értelmezése nélkül*, mert az utóbbi, a szemléletes-érzékletes tény is számít. A megtörtént esetből, az életbeli tényállás konkrétságából e gondolati művelet, a reflexió révén lesz csak jogeset, a tényből jogi tény, ahol a jogilag releváns tényállás megállapításával az értelmezés nyugvópontra jut. A tényállás rekonstrukciója után (tehát amikor *túljutottunk a tény-szkepticizmuson*) pedig *a norma, a jogtétel elvontsága* és immáron a *jogesetté értelmezett eset konkrétsága közötti távolságot kell áthidalni*, az értelmezési műveletek során keletkező kételyek, határhelyzetek gyakorlatias eldöntésével és kizárásukkal. Tehát az absztrakt jogszabályi jogviszonyból konkrét, a feleket érintő és azokra érvényes egyedi jogviszonyt kell teremtenie a bírónak azzal, hogy *szóra bírja a törvény jogesetre vonatkozó értelmét*. Ebben a reflexív, gondolati mozgásban kaphat pozitív szerepet *mind az ítélkezési gyakorlatban relációival és jelentésekkel konkretizálódó jogdogmatika*, *mind pedig a jogi hermeneutika*.

A jogdogmatika a joggyakorlat és a jogtudomány gyakran együttes, fogalom- és relációelemző munkájának az eredménye, amely a nyelvi megfogalmazás és a jogi jelentés közötti nehézségek áthidalását szolgálja. Segít „a jog nyitott szövedéke" nyelvi és jogértelmi feszültségének áthidalásával a jog egynemű közegének jelentésbeli egzaktságát, koherenciáját növelni. Pokol Béla meghatározásával: „A jogdogmatika a jogi szabályozás által érintett értelmi összefüggésekre vonatkozó hétköznapi szóhasználat (jelentésbeli és logikai) nyitottságának eltüntetésére törekvés közben létrehozott fogalmi és osztályozási kategóriák összessége, »gondozott szemantika«, a jogi fogalmak összecsiszolt rendszere" (Pokol, 2007: 81).

A hermeneutikai jogértelmezés nem végtelenített, circulus vitiosus folyamat, ahogy ezt a műalkotások vagy a történelem értelmezésében a bölcseleti hermeneutikában felfogják. Hanem a norma általános érvényessége felől és a különös normatartalmon keresztül értékelendő *esethez, ügyhöz kötődő szelekció és minősítés*, ahol a megértés körébe előismereteivel bennlévő jogalkalmazónak a döntéshozatal felé előrehaladó mozgás érdekében kezdetben majd mindenben, majd a bizonytalanságokat kiszűrő bizonyítékok és értelmezések következtében elért bizonyosságok

---

egy megoldhatatlan maradványproblémaként tekintenünk. Éppen ellenkezőleg, el kell ismernünk az individualizáció folyamatában a pozicionális irracionalitást: *„a megismerhetőség szempontjából nehezen hozzáférhető, de az összfolyamat szempontjából fogalmilag és gyakorlatilag mégis megragadható és kezelhető jelenségeket"* (Szigeti, 1991: 13–14). A maradék ily módon nem megismerhetetlen, hanem az adott fejlettségi fokon még nem ismert.

miatt egyre kevesebb kérdésben, végül már csak a kételyben kell kételkednie. Az eredmény a döntés, *az ítélet rendelkező része mindenkor már a jogesetet és nem az életbeli tényállást minősíti, és ennek lesz egzisztenciális hatása* (eltérően a folyamat során a bíró által mozgósított közbenső érveléstől, értelmezéstől, és az indoklástól, amelynek nincs egzisztenciális hatása, pusztán meggyőző-igazoló ereje kell, hogy legyen). A jogi hermeneutika célhoz, az eset megoldhatóságához kötött, a ratio iurist keresi.

A szabályok modelljének Dworkin adta leírása is némiképp hasonlóan, mégsem azonosan jellemzi e helyzetet. Győrfi Hart felőli kritikája – *elvek nemcsak elvekkel, hanem a szabályokkal is ütközhetnek* – azt mutatja, hogy a dworkini értelemben vett szabályok nem lehetnek „mindent vagy semmit" jellegűek, mert bizonyos elvekkel való összeütközés esetén az elvek többet nyomnak a latba, mint a szabályok. Következésképp egy szabály nem feltétlenül határozza meg azoknak az eseteknek a minősítését, amelyek alá tartoznak. Így *a szabályok nem feltétlenül szolgáltatnak kizáró indokokat, mert az elvek felülírhatják őket*. Ezért következtet arra, hogy „az auroritatív indokokat úgy kell felfognunk, mint amik egyrészt tartalomfüggetlenek, másrészt pedig meghatározott, különleges súlyuk van az érvelésben" (Győrfi, 2002: 184).[294] Csakhogy ami megáll a dworkini „laza" szabályfogalommal szemben az esetjogi jogtechnikában és gondolkodásmódban, az *nem érvényes* a kontinentális regulatív és feladatnormaként definiált normák vonatkozásában. Ezeknek ugyanis *szituatív, a hipotézis és a diszpozíció kapcsolatával leírt érvényességük van*, tehát *nem mérlegelést megengedőek*, hanem valóban kizáró, vagy-vagy természetűek.

Ilyenkor a normálformával szembeállítható, a következő problémákat okozó esetek lehetségesek: 1. törvénysértő a bíró, aki eltekint annak a normának az alkalmazásától, amelynek szituatív érvényessége van az eldöntendő életbeli tényállásra. Ez esetben *törvénysértő döntést* hoz, lerontva a jogrend autoritását. Ellenben 2. ha a jogalkotó olyan hibát követett el, hogy egy mérlegelést igénylő szabályt normatívként, sőt, ius strictumként fogalmazott meg, ezt a hibát a jogalkalmazó csak akkor képes kiküszöbölni, ha vagy (2/a) a törvényt rontó szokásjogra tér át, tulajdonképpen jogszokást teremtve[295] vagy pedig (2/b) a merev, elhibázott normát a „summum ius – summa injuria" elvvel korrigálja. Ekkor a korrekcióra felhívott elv valóban nem a szabály írott értelmének feltárására hivatott, mint ez igen gyakori a regulatív normák alkalmazásának alapesetében, hanem éppen a szabály hibája következtében a ius strictum és az equity ellentmondásának feloldására. Az azonban, hogy a kontinentális jogrendszer sem csak szituatív érvényességű, tényállást meghatározó és ez-

[294] Továbbá, s ez is gyakori az analitikus pozitivistáknál, hogy az érvelést, az ítélet indoklását fontosabbnak veszik az ítélet rendelkező részénél. A fogalmi, logikai, érvelési összetevőknek pedig nincs közvetlen joghatásuk – ellentétben egy ítélet rendelkező részével.

[295] Ilyen esetet mutattam be a magyar bírói gyakorlatból fentebb is hivatkozott elemzésemben: 2004: 75–76.

által ügydöntő normákból, hanem egyéb elvekből, jogelvekből és jogtételekből, sőt, laza szabályokból is áll, amelyek szabályszkepticizmust szülnek és az ügyet minősítő jogértelmezést kívánnak meg a jogalkalmazótól, nos, *még ez sem teszi indokolttá, hogy lerontsuk a jogrend legegzaktabb összetevője érvényességét, s a súlyozandó autoritatív érvek, elvek diszkrecionális alapon eldöntendő esetköreibe áthelyezve értékeljék le őket*.[296] A 2/a és 2/b-ként definiált létező jelenségek mégsem indokolhatják a túláltalánosítást: a normálforma gondolati fellazítását. Mintha egyfelől csak rugalmatlan és *hibás törvényhozás* létezne, amivel szembe kell állítani a helyes és helyzetadekvát, *rugalmas jogászjogot*, az ítélkezés indokláselméleteként. (Ez akkor is téves szembeállítás, ha az úgynevezett jogászjog hazájában valóban magas fokú jogi kultúra létezett és létezik.) Észszerűbb elismerni, hogy nemcsak érvelési irányokat kijelölő és az elvek súlyát mérlegre tevő nehéz esetek és joghézagok vannak, *ahol az elvek és jogtételek ügydöntő státuszba kerülnek, hanem egyszerűek is*, *ahol a regulatív vagy feladatnorma léte, általános érvényessége, tartalmi igazoltsága és alkalmazása konklúzív, zárt érveléssel oldja meg az adott jogesetet.* Abban a mértékben ahogy elhagyjuk a szabályalapú döntések tartományát, és a *nehéz esetek* (1. az egyedi esetre tartalmilag több, egymással konkuráló norma vagy dogmatikai elem releváns; vagy 2. „a normatív semmi" helyzetében a jogalkalmazónak adandó mérlegelési-diszkrecionális jogalkotói felhatalmazás áll fenn [alapelvi bíráskodás] vagy *a joghézagok*) körébe lépünk, kerül a jogalkalmazás előterébe a nyitott érvelés és a jogi hermeneutika jogesetet minősítő jelentésadása. Itt a szabadjogi jogtalálás – bár még sokféleképpen értelmezhető – területére kerülünk.[297] Ugyanis az életbeli tényállások és a normatív tényállások között nincs megfeleltethetőség, nincs fentebb leírt értelmű konkrét azonossági viszony, legfeljebb *analogikus kapcsolatot* lehet teremteni közöttük. Az analógiák képzésében a jogalkalmazónak pedig van szabadságfoka, bizonyos területeken a joganalógia (analogia iuris) esetében lazán, akár a jogrendszer egészében mozoghat, míg a szűkebb, törvényi analógia (analogia legis) legalább néhány lényeges tényálláselem megállapíthatóságán, tehát részleges egybeesésén nyugszik a

[296] Jogesetelemző, empirikus bizonyíték a magyar választójog területéről azon tanulmányunk, ahol a fentebbi, normatani értelemben vett *szabályalapú döntéseket* jellemeztük és különítettük el a *jogfogalmon alapuló*, illetőleg *az alapelvi* – ab ovo – *mérlegelési jogkörben* hozott döntésektől. A paradigmatikus, tiszta példák természetesen nem zárják ki *a típusok kombinációit, ami a nehéz esetek körébe viszi át* a felmerülő kérdéseket. Lásd *A választójog jogdogmatikája – jogesetek tükrében* (Szigeti, 2007b).

[297] A „normatív semmi" helyzetére vonatkozó paradigmatikus kérdés: *lehetne-e jogot szolgáltatni a 21. században egyetlen norma, szabály nélkül?* A történetietlen, logicisztikus dekonstrukció szülte kérdésére a válasz: lehetne, csak ezzel visszaesnénk az esetjog kialakulásának kezdeteihez, annak amorf, differenciálatlan jogszolgáltatásához, bármennyire is törekedjék egy ilyen helyzet (jó) bírája arra, hogy azonos mérce szerint, pártatlanul bírálja el az ügyeket. (W. Fikentscher esetnormájának elemzésekor rögzítettük álláspontunkat.) Társadalomtörténetileg a forradalmi törvényhozás feleltethető meg ennek a helyzetnek. Ahogy Szovjet-Oroszországban a húszas évek elején mondották: a bíró proletár jogtudata szerint ítél (a még meg nem alkotott jogszabályok hiányában).

hasonlóság. A jogrendszer „ultima ratió"-jában tilos mindenféle analógia, itt a „nullum crimen sine lege" és a „nulla poene sine lege" törvényességi követelményei kizárják az analogikus érvelést és a szabad jogkeresést.

7.2.9. Kitekintés: a regulatív és a feladatnorma viszonya a reproduktív és innovatív normához

Szilágyi professzor arra a területre koncentrált, ahol nagyon plasztikusan tetten érhető a klasszikus regulatív és a feladatnorma különbsége. Nevezetesen a feladatnormát az államszervezet működtetése és a közigazgatás területén lokalizálta. Fel kell azonban vetnünk, hogy a természetes személyek mint jogalanyok számára is lehet feladatot adni, olyanokat, amelyek spontán módon nem jönnének létre. Ebben az esetben azonban kétséges az a tétele, hogy a feladatnorma érvényesüléséhez mindig szükséges állami szervek közreműködése. Például az 1987. évi. VI. törvény által bevezetett személyijövedelemadó-kötelezettség (szja) kötelezetti oldalán állampolgárok állnak, akik számára *új magatartást írt elő a jog*, ezen *adónem* bevezetésével.[298] Önkéntes adóbevallás és fizetés esetén érvényesül a norma állami szerv közreműködése nélkül is (hacsak nem a kötelezettség teljesítésével szemben az elfogadást tekintjük érvényesülésnek). Hasonló a helyzet akkor, amikor a jogalkotó a házastársak névválasztási jogává teszi, hogy a gyermek vezetéknevét az anyjáé után választhassák meg. Az anyakönyvi bejegyzés közigazgatási jogi aktusán túl, ezzel a személyiségi jog állampolgári (szülői) önrendelkezésének alkotmányjogi, és a személyhez fűződő jogok polgári jogi normáinak egy új területen való konstituálása játszódik le. *A feladatnorma mint újítás az államszervezet és a közigazgatás vonatkozásán túl is érvényes.* Normatanilag talán teljesen meg sem oldható, hogy a regulatív norma elsősorban a már kialakult társadalmi kapcsolatok védelmére, oltalmazására, míg a feladatnorma új viszonyok kialakítására alkalmas. *Azért nem, mert a szerkezeti eltérések ellenére a regulatív norma diszpozíciójában és a nem-klasszikus norma feladatkitűzésében egyaránt szereplő követelményt – valamit meg kell tenni, vagy éppen nem szabad megtenni, tehát tevést (dare, facere, praestare) vagy tartózkodást, nem tevést vagy készenlétet – csak előírt magatartásként fogalmazhatja meg a jogalkotó.*[299] A norma tartalmi követelménye mindkét típus esetében a jogalany magatartására

[298] Ha azt is hozzátesszük, hogy az 1987. évi V. törvény az általános forgalmi adó bevezetéséről (áfa) is ekkor született, még jobban kiemelheti az újítást tartalmazó normák szembeállításának jelentőségét a szabállyal szemben. Retrospektíve teljesen világos, hogy itt Magyarországon a gazdasági rendszerváltás kezdeteiről volt szó, amely a gazdálkodó alanyok addigi magatartásán változtatott, e kapitalista jogintézmények bevezetésével. Ami kezdetben innovatív norma volt, az persze a tömeges elterjedéssel és stabilizálódással – a tehermentesítésen keresztül – szabállyá válik, s némiképp eltudattalanodik.

[299] Világos, hogy az eltűrés mint magatartásforma csak a regulatív normánál jöhet szóba. Például egy szolgalmi viszonyban.

irányul. A magatartásra irányuló követelmény meghatározásában a normatan pedig egyneműsít és egyszerűsít: ezáltal eltünteti a jogi normából azt, hogy *egy létező szabályosság betartásának követelményét* vagy *pedig egy még nem létező állapot elérését, innovatív követelményét tartalmazza-e*. Jogászi szempontból, *tételesjogilag az is követelmény és az is elvárt magatartásként rögzített, ha a norma a tény, a fennálló hivatalos elismerése,* s akik ezt megsértik, azokat fenyegeti a szankció; és az is, ahol a követelmény mint a magatartás mértéke újít, előír valami olyasmit, ami még nem valóságos, csak a jogalany normakövető magatartásával valósul meg. Az egyik esetben a *reprodukciót* mozdítja elő, a másik esetben *a jogi norma az innovatív produkciót hozza létre, a benne foglalt elvárással*, anélkül hogy a kettő közötti különbséget normatanilag kifejezné. Ismételjük: Szilágyi a normatanon belül érzékeltette és kifejtette a különbséget, de azáltal hogy a probléma kézenfekvő, plasztikus oldalára (államszervezet és közigazgatás működése a feladatnorma révén, szemben a klasszikus, regulatív normával) koncentrált, nem vezette elő a jogfilozófiai szintű kérdést, *a reproduktív és az innovatív normák „Sollen" jellege különbségének kérdését. Azt, ami kategóriaelemzést involvál, amit kifejtettünk a jogi objektiváció tételezettségénél (5.5.). Okságról és finális determinációról a normatan nem beszélhet, mert saját diszciplínáján kívül eső, nem normaspecifikus, hanem egyrészt fundamentális (okság), másrészt a társadalmi létre jellemző különös (a finális determinációt leíró) kategóriák érvényességéről van szó. Ha pedig – harmadrészt – a fundamentális és különös kategóriák elesnek, akkor ab ovo fel sem léphet a másodlagos teleologikus tételezés vizsgálata. Ami viszont akkor is a jogi tételezések ontológiai, tárgyspecifikus sajátossága, ha erről a normatani megközelítés nem tudhat. A normatan tehát bizonyos pontokon átvezetendő a jogfilozófiába. Az analízis a szintézishez.*

A szabály szabályosságára (egy állapot reprodukciója) és *az innovatív norma szabálytalanságára, azaz a fennállóhoz képesti újítására* e nélkül aligha deríthető fény, mert a jogalanyi magatartást követelményként tételező normatan számára nincs különbség a kettő között. Az elmondottak figyelembevételével pedig *a jogi norma társadalmi valósághoz való viszonya szempontjából* az alábbi tipológia következik: *reproduktív és innovatív jogi normák*, ahol előzőeken belül helyezkednek el a szokásjogi képződmények, a jogszokások és a klasszikus, regulatív jogi normák, míg az új magatartásformákhoz (és ezen keresztül életviszonyokhoz, társadalmi állapotokhoz) vezető innovatív jogi norma nevesített eseteként adódik a feladatnorma. Reproduktív és innovatív jogi normák megkülönböztetése nagyon is releváns.

Végül, a szabályosság (ismételtség) és az újítás *között* foglal helyet a jogi normák azon tucatja, amely *szabályozottságot* visz az életviszonyokba. Nem teljesen újít, s nem is pusztán a fennálló tényszerűségek mértékkénti megerősítése, hanem a valóságos viszonyok *modifikációja* áll elő a jogalkotó által előírt magatartásokkal. A fennálló, *a régi és az új között egymásba részlegesen átmenő* jellegű reguláció a módosítás.

7.3. CASUS PERPLEXUS VAGY JOGHÉZAG?

Eljutottunk a nehéz eset (hard case) tárgyalásáig. Se szeri, se száma a nehéz eseteket definiáló megközelítéseknek – néhányat a maga helyén, eseteink elemzése közepette már érintettünk, és még be is fogunk mutatni.[300] Ami azonban a *nehéz esetek közös meghatározását* illeti, ott a saját eljárásunk szerinti, negatív megoldással élünk: *mindaz, ami nem könnyű eset és mindaz, ami nem esik a bevezetett normálforma-kritériumaink alá, az a maradék – az a nehéz eset*. Szükséges és elégséges is egyben ezen az úton járnunk, hiszen az ügyek, jogesetek extenzíve kimeríthetetlenül gazdag világát maradéktalanul egyetlen elmélet sem elégítheti ki. Lehet-e elméletileg kifejteni azon összetett jogeseteket, ahol a tényállás bizonytalanságainak kiderítése, szakértői vélemények behozása, eljárási cselekmények sokasága miatt öt vagy nyolc éve húzódik egy ügy, esetleg bírói hibáktól tarkítottan? Aligha. Ahogyan *A jogfilozófia Alapvonalai* előszava (Hegel, 1820) Goethe *Faust*jának Mefisztójára céloz: „Grau, teuer Freund, ist alle Theorie / Und grün des Lebens goldner Baum" – „Fiam, fakó minden teória / s az élet aranyló fája zöld". Így is van, ha az élet- vagy létfolyamatot a maga egyszeri és egyedi megismételhetetlenségében nézzük, azt egyetlen elmélet sem foghatja át maradéktalanul. Azonban absztraháló-tipizáló gondolatvezetésünk elrugaszkodva a „nincs két egyforma eset" eléggé üres érvelésétől, semmitmondó evidenciájától – tudniillik minden létező egyedi, különös és általános vonások komplex egysége – átfoghatja és leírhatja az itt meglévő jogalkalmazási problémák javát. Az élet egzisztenciális átélése és az arról való ítélkezés két külön idejű és szempontú reláció.[301] Az „ott és akkor" egyedi konkrétságát újra átélni lehetetlen, de *post festa jogilag értékelni* „itt és most" lehetséges: ha és amennyiben közvetíthető a jogi norma tényállásának tipikus, az általános felé orientált különössége az élettényállás konkrét egyediségét a jogeset különössége felé mozgó egyediségével. Dedukció és indukció, értelmezés és érvelés révén.

[300] Paksy Máté (a francia *cas extrème* irodalomra is hivatkozva, 2014: 297), azt tekinti nehéz eseteknek, amelyek közvetlenül érintik a közösség politikai moralitását. Takács Péter a *Nehéz jogi esetek* előszavában alkalmazott megoldással (2004: 12) azt tekinti ilyennek, „amelyek megítélésekor a jogban járatos szakemberek véleménye *jó okok alapján különbözik*, s e különbség a megoldásra is kihat… [ebből] ugyanakkor csak az »egyetlen helyes döntés« tételének elvetése következik, s nem az, hogy az ilyen ügyekben bármilyen döntés" helyes lehet. Áttekintő leírása a nehéz eset teoretizálhatóságának és jogdogmatikai szerepének az újabb irodalomból: Pődör Lea (2018).

[301] Az életvilág struktúrájában az *átélés* és a *cselekvés* (itt most döntés) különbségét adekvátan felhasználva Jürgen Habermas a kommunikatív cselekvés reflexív természetéből kiindulva térhetett át az életvilág normatív struktúráinak vizsgálatára, ebben nem elfelejtve ezeknek az egyén számára külső kényszerítő erejéről (Balogh–Karácsony, 1995, 9–10).

7.3.1. Palmer vs. Riggs és a nehéz esetek alfajai

Szövevényes, összefonódó jogi minősítési problémát[302] mutathatunk be azzal, ha némiképp tovább gombolyítjuk az eredetileg Dworkin által az amerikai jogból vett és kielemzett esetet. Az USA jogában egykor *joghézagot* jelentő ügyet érdemes áthelyeznünk a magyar jogba, mert *ott a normakollízió* problémájaként vetődne fel. Jól érthetően, mégis paradigmatikusan mutatja be ez az egyfelől valóságos, másfelől konstruált jogeset a jogelméleti nehéz eset egyik válfajának, a joghézagnak a természetét.

Egy New York-i állami bíróság 1889-ben, a Riggs versus Palmer ügyben azzal a problémával került szembe, hogy vajon örökölhet-e – büntetésének letöltése után – az az örökös, aki korábban az örökhagyó életére tört? Sem tételesjogi szabály, sem korábbi precedens nem szólt az öröklés ellen. Sőt, ahogy erre Dworkin rámutat a bíróság indoklását idézve: „Való igaz, hogy a jogszabályok, amelyek a végrendeletek készítéséről, alakiságáról és joghatásáról rendelkeznek – *ha nyelvtanilag* értelmezzük őket, és semmilyen esetben és körülmények között sem tartjuk érvényességüket és jogi következményeiket megváltoztathatónak vagy felülbírálhatónak – ezt a vagyont a gyilkosnak juttatják" (28–29). Ez lett volna a formális jogszerűség, a jogpozitivista megoldás. „A bíróság azonban akként folytatta, hogy »minden törvény és minden szerződés hatókörét és joghatását korlátozhatják a jog általános, alapvető maximái. Senki sem gazdagodhat az általa elkövetett jogsértés nyomán, vagy szerezhet előnyt saját felróható magatartása révén vagy alapozhat bármilyen igényt az általa elkövetett bűncselekményre vagy szerezhet tulajdont bűncselekmény elkövetésével«. A gyilkos nem jutott hozzá az örökséghez" (R. Dworkin: *A jogszabályok modellje* In *Mai angol–amerikai jogelméleti törekvések*, Prudentia Iuris, Miskolc 1996: 29).

Tehát a bíróság a „Saját rosszhiszemű magatartására előnyök szerzése végett senki sem hivatkozhat" *jogelvét alkalmazva* zárta ki az örököst az öröklésből. Jól látható, hogy *az elvnek természetjogi érvényessége van*, mert a bíróság (hatóság) értékelőmértékként alkalmazta, egy igazságtalannak tartott eredmény kiküszöböléséhez. Voltaképpen *joghézagot töltve ki, mert az USA öröklési joga nem tartalmazott kizárási szabályt az érdemtelenségre* vonatkozóan. Nyilvánvaló, hogy itt a jóhiszeműség maxima egyik variánsával van dolgunk, amelynek alkalmazása írott joggal vagy a nélkül, rendszeresen ismétlődő ténye a jogszolgáltatásnak. A természetjog a jogon belül van jelen.

A mi öröklési jogunkban, ahol az 1959. évi Ptk. 600. § c és 602. § (1) a bekezdésének együttes alkalmazása ezt a nemkívánatos eredményt, azt, hogy örökölhessen

[302] Leibniz kombinatorikai-geometriai megközelítésű jogi munkásságát és benne a „casus perplexus" fogalmát Szabó Miklós szépen elemzi, mint ahol nem a kétely (dubium) játssza a nehézséget egy döntésben, hanem „a szövevényes esetben mindkét döntési lehetőség szilárd alapokon nyugszik, a szorosan vett kétséges esetben egyik sem". Ezt a problémát a mai nehéz eset pusztán egy specifikus változatának tekinti (Szabó, 2020: 175).

az az örökös, aki az örökhagyó életére tört, érdemtelenség miatt tételes jogilag zárta volna ki. Így a jogpozitivizmus nézőpontjából van egy öröklési (magánjogi) és egy büntetőügy, ami két különböző jogterület. A büntetőjogilag releváns, súlyos cselekmény értékelését pedig büntetőeljárásban lehet levonni. Ezért – joghézag nem állapítható meg, elesik a természetjog – és az értékelendő cselekmény kétféle joghatása – öröklési jogi és büntetőjogi – kettébontható. Megszűnik ekkor a látens normakollízió – amely egy végrendelet érvényessége és a bűnös emberi cselekmény minősítése között állt fenn –, melyet az amerikai bíróság természetjogias jogelvvel írt felül.

7.3.2. *A joghézag mint olyan: szubjektív és objektív okai – fogalmi síkon és jogesetekben*

Első megközelítésben különös, hogy vannak, akik állítják és vannak, akik tagadják a jogelméletben a joghézagok létét. Voltaképpen pedig nagyon hasonló eredményre jut a hézagokat állító és az azokat tagadó álláspontok képviselője: „Van, mert nem töltötték ki, amit ki kellett/lehetett volna (I.), és nincs, mert eleve kitölthetőek a hézagok (II.)" – formulázhatjuk röviden. Továbbmenve a probléma felállításában:

I. akik állítják a joghézag létét, azok a joghézag kitöltésének jogalkalmazóra kötelező módszereihez jutnak el, és így a hézag konkrét esetben megszűnik (például Ehrlich; Hart);
II. akik viszont tagadják a joghézag létét, azok a jogban explicite vagy implicite eleve meglévő módszerekre-eszközökre hivatkoznak álláspontjuk igazolására, ultima ratióként előadva, hogy ami nincs benne a tételes, pozitív jogban, azt a jogalkotó nem is akarta jogi hatalma alá vonni. Szabályozásra nem érdemes, naturális életviszonynak értékelte tehát (Kelsen; Somló; Moór; Dworkin).
I. álláspont szerint a *jogalkotás hibája keletkezteti a joghézagot*, amit a jogalkalmazó az előtte fekvő ügyben fel kell, hogy számoljon. Szubjektív mulasztás a jog hézagossága.
II. álláspont szerint a jogrendszer egy olyan *logikai és jogértelmi zártsággal* rendelkező, hézagmentes képződmény, amelyben minden jogi probléma kezelhető, megoldható, kellő körültekintéssel, felkészültséggel eljárva a jogalkalmazásban.

Áttekintésünket lehetne cizellálni, de mivel ezt sokan elvégezték már,[303] inkább a saját elgondolásunk vonalán értelmezzük az itt meglévő problémákat. Nevezetesen,

[303] Szabó Miklós: A joghézagfogalmakról és –fajtákról. In *Ars iuris. A jogdogmatika alapjai*, Prudentia iuris 24., Miskolc, Bíbor Kiadó, 2005; Pődör Lea: *A jogelmélet főnixmadara: a joghézag.* In *Unitas Multiplex* (szerk. Takács Péter), Gondolat, 2017; az *Állam- és jogtudományi enciklopédia* a jogalkalmazás alkotó szerepének különös eseteként tárgyalja a joghézag és kitöltésének kérdését (1980, 801–803).

mivel a jogrendszert félig nyitott és félig zárt, komplex rendszerként alapoztuk meg, ebből következően elesik egyrészt az, hogy a joghézagot pusztán jogalkalmazói hiányosságnak tekinthessük (ami elvileg is csak egy zárt rendszerben volna csak lehetséges). Másrészt az is, hogy a tételes jogot – annak hiányosságát – azonosítsuk a jog, ius átfogóbb fogalmával. A társadalmi változások szülte szabályozási igényt persze nem mindig és nem mindig időben ismeri fel a jogalkotó hatalom. Ez tehát a *joghézag létének egyik, szubjektív oka:* a ius területén kellene lennie szabályozásnak – de nincs. Ettől eltérő okok következtében a legelőretekintőbb, legbölcsebb, legrugalmasabb jogalkotás, a legmagasabb szakmai színvonalú törvényi szintű szabályozás, a kodifikáció sem képes elejét venni annak, hogy a valóság ne menjen túl egy, a tételesjog által rögzített jogi állapoton. (Nem beszélve arról, hogy nem minden jogterület és nem mindig alkalmas arra, hogy törvényi szintű, időtálló szabályozással rögzítsék viszonyait.) Amikor ez a túlmenés objektíve következik be, akkor már nem a jogalkotás szubjektív mulasztásáról beszélünk, hanem el kell ismernünk a joghézagok létét. Következésképpen nem válik tarthatóvá a hézagmentesség érve, és az sem, hogy azért nincs hézag, mert a jogalkotó azt az életviszonyt akaratlagosan a non-ius területén hagyta. Ez egy omnipotens, mindent tudó jogalkotót vélelmez, amely téves feltételezés és tapasztalatilag könnyen megdönthető. Azonban a jogalkalmazásban sem a jogalkotó mulasztása, sem a de lege lata szabályozáson túlfutó társadalmi viszonyok nem vezethetnek az ítélkezés berekesztéséhez, legfeljebb szünetelő felfüggesztéséhez.[304] A bíró, a jogalkalmazó nem hallgathat.[305] Következésképpen a jogrend egészében lévő eszközállománnyal, nagyon sokféle módszerrel és módon töltheti ki az adott ügy szempontjából fennálló joghézagot. A jogrend belső tartalmai, technikái, elvei vagy csak felhatalmazásai alapján – ahogy ennek tárgyspecifikus kategóriáját jellemeztük (5.6.3.). Így az életvilág folyamataira, környezetére nyitott jogrendszer a társadalmi, gazdasági, politikai, kulturális kihívásokra saját jogimmanensen konfliktuskezelő, aktív adaptációs technikáival reagál, aminek csak egyik alesete a joghézag azonosítása folytán történő jogalkotói reguláció. Ekkor a joghézag a pozitív jogon belül keletkezett, s ezért a jogrenddel többnyire kitölthető. Tehát túl a tételes, pozitív jogon, *az annál átfogóbb jogrenden belül* manipulálva oldja meg a joghézag kitöltését a jogalkalmazó. Ellenben a jogalkotó regulációját igényli az a joghézag, amely a tételes jogi szabályozáson kívül, a jogban mint olyan-

[304] Azokban a jogrendszerekben, ahol intézményesítik a *mulasztásos alkotmányellenességet*, amelynek kezdeményezője lehet saját ügyének felfüggesztése mellett a bíró. De átfogóbban érvényesült ez a követelmény a korábbi és a mai francia jogban, a *référé législatif* intézményében: kimondva, hogy a bíró az általa észlelt *joghézag* esetén szólítsa fel a törvényhozó hatalmat a szabályozás hiányának jogalkotással történő kitöltésére.

[305] A *Code Civil* 4. §-a szerint: „Az igazságszolgáltatás megtagadásában vétkes az a bíró, aki a törvény hallgatására, homályosságára vagy hiányosságára hivatkozva utasítja el, hogy döntsön." A közigazgatás jogiasításában a 19. században élenjáró francia jog pedig kifejlesztette a „L'administration silence" ügyfelet védő doktrínáját.

ban áll fenn. (Minden tételes jogi joghézag joghézag, de nem minden jogon belüli hézag tételesjogi is egyben, hiszen fennállhat dogmatikai-fogalmi hiány is.) Lesznek a tételes jogon és a jogon belül kitölthető joghézagok a jogalkalmazásban, továbbá jogalkotást igénylő esetek bemutatására is sort kerítünk (evidens példával: egy új bűncselekményfajta beiktatása.)

A jogrendszerekben nemcsak *alulszabályozás,* hanem aligha véletlenül a *túlszabályozottság* is mindig fennáll. Ugyanis sok olyan okafogyott, redundáns elem halmozódik fel, amelyek elvileg a hatályon kívül helyezés, az öntisztító mechanizmus hibájából maradtak benne a jogrendben. Ezek kiüresedett tényállások, üres formák, amelyek első látásra deregulációs mulasztásnak tűnnek. Alulszabályozás (joghézagok, kidolgozatlan jogfogalmak) és túlszabályozás (kazuisztikus, túlzottan részletező megoldások és redundáns elemek hallmozódása) egymást lerontó végleteiben – „les extrèmes se touchent" – aligha lehet mérték az arany középút ovidiusi igazsága. Nem, mert a joganyagban lévő, sokáig látensen megbúvó redundáns elemek sem mindig és szükségképpen maradnak funkciótlanok. Keletkezéskori összefüggésüktől elrugaszkodva ezek a látens, sokáig redundáns elemek aktualizálódhatnak, korábbi önmagukhoz képest akár teljesen eltérő tartalommal. Hiszen a jogalkalmazó felruházott arra, hogy *ne az originalista* („a jogalkotó erősebb, mint maga a törvény" – ekkor a keletkezéskori szándékát kellene kifűrkésznie), hanem a *textualista* („a szöveg maga, alkalmazáskori jelentése fontosabb, mint megalkotója eredeti akarata") vagy éppen a *rendszertani* vagy a *teleologikus* jogértelmezéssel dolgozzon. A jogi forma túlfejlődése egykori tartalmán „az üres forma" a jog stabilitásigényén belüli adaptációul szolgálhat. Ezért a technikai-formai értelemben vett túlszabályozás egy jogrendszerben nemcsak diszfunkcionális és nemcsak redundáns elemek létéből áll (amelyek lehetnek érték- és hatékonyságvesztés és jogbiztonság-deficit forrásai), hanem *egy bizonyos mértékig szükséges velejárója egy jogrend működtetésének* is. Mintegy készenlét az előre nem láthatóra, latens tartalékként, hogy a jogalkalmazó ne kerülhessen könnyen a non-ius senki földjére, hanem normatív, dogmatikai vagy éppen jogtechnikai eszközöket kapjon értelmező jogfejlesztéséhez, előre nem látható konfliktusok megoldásához.

Jogalkotói mulasztásból keletkezett joghézag kitöltése: két eset

1. A rend őre jogesetnél[306] a jogalkotó azért mulasztott, mert az igazoltatásra vonatkozó 3/1971. BM utasítás keletkezésekor nem volt még Magyarországon autósztráda, s ezt annak megépítése után sem tette meg. Így az igazoltatást a normál közúti forgalomra vonatkozó helyzetben, 1992-ben szabályosan alkalmazta az intézkedő rendőr, amikor a középső sávból intette le az ott haladó Audit. A sávot váltó

[306] Lásd részletesen, Takács Péter: *Jogelméleti jogesetek (oktatási segédlet).* ELTE ÁJTK, Budapest, 1994 vagy Szigeti Péter: *Jogtani és államtani alapvonalak.* Harmadik, bővített kiadás, Rejtjel, Budapest, 2011, 181–183.

és kiálló Audi pedig jól értette a rendőri intézkedést, amely a többsávos közútra, de nem a 130 km/h sebességgel haladást megengedő autósztrádára volt méretezve. Lehet, ha a rendőr törzsőrmester előrelátóbb, kisebb, nyugodtabb forgalmi viszonyok között keres hatósági tanút, ami miatt egyáltalán indokkal igazoltatott. Azonban a jogalkotónak – ha másból nem, a nemzetközi és a húszéves hazai tapasztalatokból – számolnia kellett volna azzal, hogy a többsávos közúti forgalomban igazoltató gyalogos rendőri intézkedésektől eltérnek az autósztráda forgalmi viszonyai közepette alkalmazható megoldások. Nem lehet analógiával átvinni az egyszerűbb és lassúbb forgalmi viszonyokra szabott megoldásokat a sztrádai közlekedésre. A tömeges, egybecsúszásos baleset oksági sorában a rendőri intézkedés azonban már semmiképpen sem hathatott ki a harmadik szereplőre, arra a Volkswagen Golfra, amelyik nagy erővel fékezve megcsúszott, és beleütközött a forgalomból kiállni megpróbáló Ladába. Ugyanis akármilyen indokból állt is volna ki a Lada, a harmadik szereplőnek a követési távolságot mindenképpen be kellett volna tartania. Így a baleset az ő felróható magatartásából vezetett anyagi károkhoz.

2. Egy ügydöntő és eredményes népszavazásnak meddig van kötőereje a törvényhozásra?

Több szabályozási probléma is adódott abból, hogy az Országgyűlés elmulasztotta a népszavazás intézményét (1989. évi XVII. törvény) összhangba hozni a többpárti parlamentarizmussal 1990 után. Sok tekintetben az AB határozatai [2/1993. (I. 22.); 52/1997 (X. 14.)] váltak mérvadó jogforrásokká, melyek aztán nagyrészt be is kerültek az 1998. évi III. népszavazási törvénybe. Furcsa módon nyitott maradt azonban *egy eredményes ügydöntő népszavazás esetében az időbeli hatály kérdése.* Meddig köti az a jogalkotót? Ha a parlament megalkotja egy eredményes ügydöntő népszavazás nyomán a törvényt, az örök időkre kötné őt? Vagy egészen egy ellentétes eredményű népszavazásig fennállna egy ily módon védett jogi helyzet? Ez a törvényhozó hatalom jelentőségét gyengítené el. Ha pedig a megalkotott törvényt kihirdetése után pár nappal a parlament már megváltoztathatja az általa népszavazás nyomán megalkotott és kihirdetett törvényt, akkor egyrészt értelmetlenné tenné a népszavazást, másrészt lejáratná magát a közvetlen demokratikus módon kifejtett népakaratot. Lehetetlen jogi helyzet állhatott volna elő, a kötőerő időtartamának eldöntése nélkül. Ez pedig olyan körülmény, amely rámutatott *az országgyűlés mulasztásos alkotmányellenességet* teremtő helyzetére, amelyet az Országos Választási Bizottság (továbbiakban: OVB)[307] erre irányuló indítványának elfogadása nyomán

[307] A szerző a jogalkalmazási problémák jellemzésében felhasználta azokat a jelentős szakmai tapasztalatait, amelyeket 2006. február 6-a és 2010. augusztus 23-a között, az OVB elnökeként szerezhetett és szerzett. Persze egész munkánkban csak olyan jogeseteket igyekeztünk elemezni, amelyek érdekesek és a köz érdeklődésére is számot tarthatnak.

AB-határozat követett: a parlamentet jogalkotásra kötelezte, ami három évben határozta meg a védettséget (ezzel felszámolva saját korábbi szubjektív hibáját, regulációs mulasztását).

A valóság túlfejlődik egy korábbi állapoton (objektív okból keletkezik a joghézag)
Népszavazási cunaminak nevezte a köznyelv azt a helyzetet, amit a jogalkotó még sokéves tapasztalatok nyomán sem láthatott előre. Addig nem is volt probléma az alkotmányos alapjog gyakorlásával, ameddig jóhiszemű és észszerű kérdések érkeztek az elbíráló szervekhez. A 2002 és 2005 közötti négy évben évi átlagban 20 kérdés, amit 2006-ban 48 követett. Az ezt követő periódusban, itt nem tárgyalható okokból 2007-ben 385, majd 2008-ban majdnem 500 kérdés érkezett. Mit tegyen a jogalkalmazó, amikor a rendes kérdések tucatjai mellett azzal szembesül, hogy egyetlen napon ugyanaz a beadványozó 25, 47, majd 200 kérdést ad be, melyek vagy komolytalanok[308], vagy abszurdak[309] és ráadásul copy-s technikával , egyetlen tényező megváltoztatásával készülnek? *A kezelhetetlenség miatt objektíve állt elő joghézag,* amelyet aligha láthatott előre a törvényhozó. (Annak bemutatását, hogy ennek jogalkalmazói megoldása mit kívánt, azt a mikroszintű aktív adaptáció körében, 8.3.1. alatt, a 335. lábjegyzetben tárgyaljuk.)

7.3.3. A normakollíziós problematika (bár több norma vagy dogmatikai fogalom is releváns, mégsincs konkluzív törvényi megoldás az életbeli esetre – mint a normálformánál)

Schumacher vs. Schumacher – csupán erkölcstelen?[310]

Kivételesen nehéz, II. világháborús körülmények közötti esetet mutatunk be, ahol nemcsak az elbírálás szempontjából szóba jövő, alkalmazandó normák ütköznek, hanem olyan erkölcsi elveket is mérlegelnie kell a bíróságnak, amely az egyéni érintetteken túl a történelmi igazságtétel kérdését is felveti.

Willy Schumacher katonai szolgálatának teljesítése során szabadságra hazalátogatott, és nyilvános helyen bizonyítottan a Führer becsületét sértő kijelentéseket tett („Ha a Führert kinyírnák, ennek az egész mocsoknak vége lenne"), amely az 1934-ben elfogadott büntetőtörvény szerint megvalósította a halálbüntetéssel is fenyegetett, a „Führer megsértése" tényállását. Mikor férje ezt 1943 nyarán tette, Inge

[308] „Akarja-e Ön, hogy Magyarország miniszterelnöke Fedák Sári (Kossuth Lajos, Madonna stb.) legyen?

[309] „Egyetért-e Ön azzal, hogy az Alföldön 1000 m magas hegyet építsenek?"

[310] A jogeset részletesebb leírását, eredeti forrását és szakirodalmi utalásait lásd Takács Péter: *Nehéz jogi esetek*. Napvilág Kiadó, Budapest, 2000, 67–71.

Schumacher már egy másik férfit talált magának, akivel komoly viszonyt folytatott. Azt tervezték, hogy össze is költöznek. Ismerve azonban férjét, Inge tudta, hogy az nem akar majd tőle elválni. Sőt, ha megtudja, hogy megcsalta, családi botrányokat rendez, és megkeseríti az életét. Úgy gondolta tehát, az lesz a legjobb, ha „rövid", de azért jogszerű úton szabadul meg férjétől. Willyt a német bíróság halálra ítélte, de viszontagságos módon büntetését előbb életfogytiglani szabadságvesztésre, majd orosz frontszolgálatra változtatták. Úgy tűnt, hogy Inge elérte célját házassági bontóper nélkül is. A háború végén azonban – Inge legnagyobb megdöbbenésére – Willy épségben hazatért, és nemsokára azt is megtudta, hogy a felesége volt a feljelentő.

1947-ben eljárást indított volt felesége ellen, akitől időközben elvált. Azt kérte a bíróságtól, magánvádas eljárást indítva, hogy mondja ki bűnösnek „más személyi szabadságának megsértése" miatt, és ítélje szabadságvesztésre. Vádindítványa két fő szempontra támaszkodott: egy tételesjogi és egy természetjogi érvelésre.

Álláspontja szerint Inge Schumacher mint tettes a bíróságot felhasználva jogtalanul fosztotta meg őt szabadságától, márpedig az 1871-es német *Büntető Törvénykönyv* szerint ez büntetendő cselekedet. Az 1871-es *Büntető Törvénykönyv*et formálisan sosem helyezték hatályon kívül, és sokszor alkalmazták a joggyakorlatban, amelynek egyik tényállása valóban tartalmazta a „mások szabadságtól való jogtalan megfosztását". Másodszor, volt felesége megsértette az emberi együttélésnek azokat a legalapvetőbb elveit, amiket a civilizált világban már évezredek óta tisztelnek. Mint azt az utóbbi évek borzalmai is tanúsítják – tette hozzá –, civilizált társadalmi lét csak ott lehetséges, ahol az ilyen elveket nem lehet büntetlenül félretolni.

Inge Schumacher azzal védekezett, hogy a férje magatartása 1944-ben büntetendő volt, és ő csak egy jogellenes cselekedetet hozott a hatóság tudomására. Az 1871. évi *Büntető Törvénykönyv* szerinte 1944-ben nem lehetett hatályban, hisz azt egy másik Németország törvényhozó szerve fogadta el, nem állt összhangban az 1944-es német jogrendszer egészével. Valószínűleg az történhetett, hogy az idők során elfelejtették hatályon kívül helyezni.

Ő tehát nem tett semmi olyan, ami az akkori jogszabályokba ütközött. Lehet, hogy tette erkölcsileg kifogásolható: de akárhogy is ítéljék meg erkölcsileg, a bíróság ezért mégsem büntetheti. Nem volt persze „feljelentési kötelezettsége", de ilyen tilalom sem létezett. Magatartását az 1944-ben hatályos jog alapján kell megítélni; annak alapján pedig nem követett el bűncselekményt.

Willy Schumacher álláspontja szerint, ha volt felesége magatartását nem minősítik bűncselekménynek, akkor ez azt jelentené, hogy egy 1947-ben eljáró bíróság a náci törvényekre alapozhatja ítéletét, és figyelmen kívül hagyhatja mind a Németországban 1945 után történteket, mind pedig azt a korábbi (1871-es), de még hatályos német jogot, amit a náci joggyakorlat semmibe vett. Ő tehát egyszerre vádolja volt feleségét, és ítéli el az olyan joggyakorlatot is, aminek alapján jogszerűen lehet megsérteni a legalapvetőbb elveket. De nemcsak a joggal van a baj, hanem a jogi

gondolkozással is. Hisz ha valaki csak a tételes szabályok szövegeire vagy a tényleges joggyakorlatra figyel, akkor e szabályok nevében, illetve e gyakorlatra hivatkozva elkövetheti a legnagyobb jogtalanságokat is.

***

Willy súlyos sérelmei orvosolhatóak-e a jog eszközeivel? Elítélhető-e Inge Schumacher 1943-as feljelentő magatartása jogilag 1947-ben? Elítélhető-e egy olyan joggyakorlat, amely a háború után nem írja felül a háború alatti rezsim jogszolgáltatását? – ezektől a kérdésektől nehéz ez az eset, a szó köznapi értelmében. Annak ellenére, hogy a tényállás bizonyított, ezért itt elesnek az ilyen típusú, az életbeli eseményeket rekonstruálni akaró nehézségek. Látni fogjuk, hogy nemcsak köznapi, hanem jogelméleti értelemben is nehéz ez az eset: normaalkalmazási és kollíziós problémák, erkölcs és jog viszonya és a jogról alkotott elméleti felfogás egyaránt szerepet kap a megítélésben, miközben a háborús és náci rezsim-beli viszonyokat békés, demokratizáló viszonyok váltották fel. Ezért aligha egyetlen helyes megoldása van az ügynek, de magunk részéről törekszünk a legjobban megalapozható kifejtésére.

Szerintünk Willy *igényét tételes jogilag valójában nem tudta megalapozni:* a szabadságától való (jogtalan) megfosztást ugyanis a náci rezsim ítélete okozza. Ingének erre nem volt hatalma, s azon állítás, hogy a bíróság volt Inge eszköze és tettestársa, jogilag nem állja meg a helyét: ugyanis *egy bíróság nem követhet el bűncselekményt, sem önállóan, sem tettestársként* – azt *csak természetes személyek* követhetik el. Ennek következtében pedig irreleváns, elesik az a kérdés, hogy az 1871-es törvény hatályban volt-e 1944-ben[311] (ha hatályban volt, akkor is csak természetes személy lehet bűncselekmény alanya). Willy erkölcsi igazságát a tételes jog nem tudja megalapozni.

[311] Inge Schumacher rendszertani érvelése szerint „az 1871. évi *Büntető Törvénykönyv* 1944-ben nem lehetett hatályban, hisz azt egy másik Németország törvényhozó szerve fogadta el, nem állt összhangban az 1944-es német jogrendszer egészével" – nem áll meg. Tudniillik ha egy jogszabályt nem helyeztek hatályon kívül, akkor mindaddig hatályos, amíg *ugyanazon tárgykör vonatkozásában, ugyanazon jogforrási vagy magasabb jogforrási szinten nem hoztak új rendelkezést*. Ugyanazon szint esetében fennálló normakollíziónál a „lex posterior derogat legi priori" rendező jogelve miatt vesztené hatályát, magasabb szint esetén pedig a „lex superior derogat legi inferior" jogelvei miatt, de ezek egyikére sem került sor 1871 és 1944 között. Tehát, ha természetes személy követett volna el Willyvel szemben olyan cselekményt, amely megvalósította volna a „más személyi szabadságának megsértése" tényállását, tehát a törvénykönyv szövege szerinti „aki mást személyi szabadságától jogtalanul megfoszt és ezzel számára jelentős érdeksérelmet okoz" bűncselekményét, az elítélhetővé válhatott volna ezen hatályában maradt 1871-es törvénycikk alapján, akár 1947-ben.

[Ha] egy cselekmény elbírálása idejére már hatályon kívül helyeznek egy jogszabályi rendelkezést vagy akár egész jogszabályt, azt akkor is alkalmazni kell, ha az esemény, cselekmény elkövetésekor még hatályban volt. A bírónak tehát nem az elbíráláskori, hanem az elkövetési időpontban hatályos jogot kell tehát alkalmaznia (kivéve: ha az elkövetés időpontját követő új rendelkezések az érintettre vagy terheltre nézve kedvezőbb megítélést eredményeznének – ezek az ex tunc hatály tilalma alóli kivételek).

A történelmi igazságtétel kiterjedhet-e erre az esetre? Vizsgáljuk meg a problémát a természetjog felől is. Bekapcsolva a Gustav Radbruch-formulát a kérdés megítélésébe, látni fogjuk, a megítélés kétfelé ágazik.

Elképzelhető-e, hogy egy *mindenkori új értékrendű rezsim visszamenőleg érvényesítse saját jogrendjét*, a korábbi általa elutasított jogrend alapján hozott ítéletek vonatkozásában? Hiszen a visszamenőleges igazságszolgáltatás lehetetlenre kötelezné az érintetteket: egy még nem létező értékrend szabályaihoz kellett volna igazítaniuk magatartásukat. Ergo, lehetetlenre kötelezne, *fő szabály* szerint. Ezért a csekély mértékben *igazságtalan jognak*, az „ungerechtes Recht" érvényességének utólagos kétségbe vonása nem járható út. A jogbiztonság fenntartása engedelmességet kíván a pozitív jog előírásai alapján a polgárok részéről. Az igazságtalanságnak bár vannak fokozatai, mégsem alapozható erre a nagy horderejű, akár érvénytelenséghez vezető különbségtevés.

Azt, hogy az igazságtalan jog nem jog, Szent Ágoston is kimondotta a maga a korai középkori természetjogában, a „Lex iniusta non est lex" formulájával. Ámde a reformáció előtti kereszténység eléggé egységes valláserkölcsisége jelentette akkor a természetjog alapját – eltérően a 20. századtól. Egy komplex, munkamegosztási, tulajdoni és elosztási viszonyaiban erősen tagolt társadalomban, az észszerű pluralizmust elismerve – sem vallási, sem világi természetjog nem biztosít olyan érzületetikai, gondolati-világnézeti és értékrendbeli homogenitást, amelynek alapján az általában vett, nem specifikált igazságtalanság megoldás lehetne a pozitív jogi rendelkezések érvényességének megállapításához.

Nem egészen így áll a megítélés, ha a nagymértékben igazságtalan jogot („übergesetzliches Recht") és az erre alapozott ítélkezést specifikálják. Mi a nem csekély, hanem nagymértékben igazságtalan jog? – amely Radbruch szerint *nem-jog, érvényességét és jogi jellegét is el kell vetnünk, mert ekkor a jog formájában* a *törvényes jogtalanság*, a „gesetzliches Unrecht" lép fel. Radbruchot történelmi érzéke vezette ahhoz, hogy olyan megoldást keressen, amely a zsarnoki, antihumánus rendekkel szemben védelmet talál, olyat, amely rettentő, emberiességellenes ténylegességek nyomán felfüggeszti a pozitív jog Sollen (legyen) tételeinek érvényességét.[312] Ezt a

[312] Ezzel voltaképpen ki is lépett a módszerdualizmusból: társadalmi tények, zsarnoki gyakorlatok következtében kétségbe vonhatóak és vonandóak a jogi normák érvényessége. A zsarnoki jogrendek veszélyes és értéktelen valóságot teremtenek. Tények és értékek között ezzel létrejött a közvetítő kapcsolat: a jog lehet az értékes valóság, és lehet az értéktelen valóság része egyaránt. A neokantiánus jogfilozófus módszerdualizmusa így értékelő kultúrtudománnyá vált. Igaz, korábban sem osztotta az extrém, logicisztikusan kimerevített módszerdualizmust, amennyiben „az eszme anyagi meghatározottságával" közvetített a Sein és a Sollen teljesen elválasztottnak vélt világai között (*Jogfilozófia*, 1981: 229). Más kérdés, hogy módszerdualizmus nélkülözhetetlen a jogalkalmazási problémák vizsgálatában, csakúgy, mint a jogszociológiai megismerésben.

nagymértékben igazságtalan jogot a bűncselekményekre utasításban és az *emberi jogok megsértésében* találta meg.[313]

Elfogadva, de megváltoztatva, megszorítandóan konkretizálva a megítélés ezen elvi mércéjét, amely az *értékek és értékrendek megszüntethetetlen harcában, az euroatlanti kutúrákban közös minimumot jelenthet*, azt állítjuk: *kivételként* az utólagos igazságtétel – meghatározott körben – lehet jogszerű: ha el nem évülő bűncselekményt követtek el vagy háborús és népellenes bűnök vagy genocídiumok, emberiesség elleni cselekmények megítéléséről van szó. Ez azonban a „Schumacher vs. Schumacher" ügyben semmiképpen sem állt fenn.

Továbbá látni kell, hogy egy *jogerős bírósági döntés és teljesedésbe menő joghatása beálló eredmény,* azaz *jogviszonyok utólagos megváltoztatása egzisztenciálisan lehetetlen.* Willynek az átélt súlyos háborús és a náci Németország bírósága által okozott traumáit nem lehet a jog eszközeivel nem megtörténtté tenni. Kaphat-e erkölcsi elégtételt? Igen, bár nincs semmiféle ügydöntő, konkluzív tényállás Inge elítélésére és ezzel Willy igényének megítélésére. Túlmenve Radbruchon, az 1947-es német államnak módjában állt volna odaáig elmenni, hogy generalizálóan, *semmisségi törvényhozással nyisson utat,* meghatározott körben, a letűnt rendszer joggyakorlatával szembeni felülvizsgálatoknak. Erkölcsi elégtételt szolgáltatva az érintetteknek, így Willy Schumachernek, a Führer megsértése miatti, 1944-es elítéléséért.

Nyilvánvaló, hogy ezen túlmenően az „úgynevezett" történelmi igazságtétel hívei radikálisabb megoldásoknál kötnek ki, ha számukra egy kedves rendszerváltás utáni helyzet állna elő. Mi ezzel szemben Georg Jellinekkel valljuk, hogy a történelmet nemcsak meg nem történtté nem lehet tenni, hanem a büntetőjogi vádlottak padjára ültetni sem lehet.[314] Akkor, ha a jogállami jogbiztonság számít valamit. Ha nem, akkor a hatalmi állam igazságszolgáltatásnak nevezett erőfölénye lesz a jog.

[313] „Egyetlen bíró sem hivatkozhat olyan törvényre, és nem alkalmazhat ennek alapján jogot, amely nemcsak jogtalan, de maga is bűncselekmény. Az *emberi jogokra* hivatkozunk, amelyek felette állnak minden írott jogtételnek – az elvonhatatlan és kétségbevonhatatlan jogra, mely embertelen zsarnokok bűnös parancsaitól elvitatja az érvényességet" – mondja kissé túláltalánosító módon G. Radbruch (1977: 134). Nem véletlen, hogy a *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1956) gondolati kifuttatása *az évszázadok alatt kimunkált természetjog megszilárdult magjának az Emberi és polgári jogok nyilatkozatát* tekinti, kiegészítve az *egyéni lelkiismeret* parancsával. Napjainkra az érvénytelenségre vezető, nagymértékben igazságtalan jog fogalma *egzaktabbá vált*: a népirtás (genocídium), a genfi konvencióban definiált háborús és népellenes cselekmények és meghatározott emberi jogok tartoznak ebbe a körbe. Első kettő nem évül el, az emberi jogokat, alapjogokat sértő törvényeket pedig az alkotmánybíráskodás érvénytelenítheti, s teszi ezzel meghatározottá, ha van alapjogi kontroll az adott jogrendszerben. (Ez tehát csak egy megfelelő, erre rendelt speciális szerv szabályozott eljárásának következménye lehet. Tételes joggá pozitivizálódott a helyes jogi, természetjogias mérték.)

[314] Az állam és a jog viszonya felől nézve a kérdést: az államélet alapjaiban bekövetkezett változás megsemmisíti az adott jogot, de megfordítva: a jog sohasem rendelkezik azzal a hatalommal, hogy kritikus időszakokban meghatározza az államélet menetét. Az állam erőszakos megváltoztatását nem lehet a jogrend mércéjével mérni, különben a történelmet kellene a büntetőjog paragrafusai szerint a vádlottak padjára ültetni – foglalja össze Szilágyi Péter az *Allgemeine Staatslehre* elgondolását. G.

Mit jelent a költségvetés? OVB vs. AB: jogértelemzés, dogmatikai kollízió miatt

Egy jogrendszer számtalan olyan fogalmat használ, amely előfordul a mindennapokban is, ellenben az ott evidens vagy evidensnek tűnő jelentések egyáltalán nem azok a jogrendben. Köznyelv és szaknyelv – gyakorta külön világok. Láttunk ilyen evidenciafelbontásokat, így például amikor a jogalkotás során a *közérdekfogalmat* elemezve mutattunk meg, hogy annak *jog- és politikaelméleti megközelítésében négyféle tipikus* és indokolt változata létezik,[315] anélkül hogy adott, konkrét problémákkal, esetekkel összefüggésében kerestük volna pontos jelentésüket. Most a *költségvetés* jogi fogalmának jelentését fogjuk megvizsgálni, éspedig egy népszavazási kérdés eldöntéséhez kapcsolódó jogesetnél. Két eltérő összetételű, magasan kvalifikált szakemberekből álló testület az adott relációkban miért jutott erősen eltérő jogértelmezésekhez, amelyek eldöntötték egy meglehetősen nagy jelentőségűvé vált, népszavazásra bocsátandó kérdés hitelesíthetőségét?

Az alkotmány 25/C. § (5) bekezdése sorolta fel az országos népszavazást tiltó, kizáró okokat, mondván, nem lehet népszavazást tartani, a fordulat szerint: „a költségvetésről, a költségvetés végrehajtásáról, a központi adónemekről és illetékekről, a vámokról, valamint a helyi adók központi feltételeiről szóló törvények tartalmáról".

Ha szó szerint vesszük, akkor eszerint népszavazást sem lehetne tartani, hiszen annak költségvonzatát a költségvetés biztosítja. Nyilvánvaló, hogy a fogalom jelentése nem érinthet minden köznyelvileg beleérthető adottságot. Az AB költségvetésre vonatkozó tesztje ezt ki is zárta: „A költségvetésről szóló törvény fogalmába semmiképpen sem tartozhat bele az összes olyan jogszabály, amelynek pénzügyi-költségvetési vonzata van."

Azonban az alkotmányszöveg nyelvtani értelmezése azt nem tisztázza, hogy a költségvetés mint olyan értendő-e itt a népszavazások vonatkozásában – amely egy taxatív felsorolás első elemét önmagában veszi. Vagy a nyelvi-logikai összefüggést akként értelmezik, hogy a felsorolás „valamint"-et követő utolsó tagmondatának tartalma, tehát „a helyi adók központi feltételeiről szóló törvények tartalmáról" tétel – mivel itt a hatályos törvényről lehet csak szó – megengedi, hogy a törvény hatályosságát implicite magában foglaló utolsó tételt visszavonatkoztassák a felsorolás első tételére: ennél a jogértelmezésnél nem *a költségvetés mint olyan* a népszavazást kizáró tárgykör, *hanem a hatályos költségvetési törvény.*

Az elbírálandó eredeti kérdésnél: *„Egyetért-e Ön azzal, hogy a háziorvosi ellátásért, fogászati ellátásért, és a járóbeteg-szakellátásért továbbra se kelljen vizitdíjat fizetni?"* – az OVB elsősorban azt vette alapul, hogy a vizitdíj bevezetésének tárgyköre milyen összefüggésben áll a költségvetéssel. Ennek során az OVB megállapította,

---

Jellinek: *Általános Államtan. Jogfilozófiák.* Tempus, Budapest, 1994, 18. A mindenkori államakarat triumfálása a megelőző múlt jogrendjén a történelmet ültetné a vádlottak padjára, amely jogi nonszensz.

[315] Emlékeztetőül: 1. magánjogi, partikuláris-konfliktusrendező, 2. empirikus, 3. generikus, 4. specifikus, a kollektív identitás fennmaradása és/vagy fejlesztése közérdek (lásd a 6.5. részben).

hogy a 2007. évre vonatkozó költségvetési törvényjavaslat (T/1145.) 12. sz. melléklete, mely az Egészségbiztosítási Alap 2007. évi költségvetését részletezi, az 1. cím, 7. alcím, 12. Vizitdíj, kórházi napidíj soron 22 milliárd Ft bevételt tervez ebből a forrásból. A vizitdíjnak mint az Egészségbiztosítási Alap egyik forrásának a léte vagy kiiktatása az Egészségbiztosítási Alap bevételei közül közvetlenül a költségvetést érintő kérdés. A kezdeményezés így az Alkotmány 28/C § (5) bekezdés a) pontjában szereplő tilalomba ütközik. Ugyan nem érint a már hatályos költségvetést, azonban egy jövőbeli költségvetéssel kapcsolatban összegszerűen meghatározható, számszerűsíthető mértékkel változtatja meg a költségvetési bevétel mértékét.

A *vizitdíj* kérdését a beadványtevők azonban érdemében módosították az első változathoz képest. Igazodtak annak újrafogalmazásával az AB döntéséhez, amely szerint: „*Jövőbeli költségvetésre, valamely költségvetési törvényjavaslatra hivatkozva az aláírásgyűjtő ív hitelesítése megalapozottan nem tagadható meg*". (16/2007. [III. 9.] Ab hat.) álláspontja nyomán a vizitdíj két a jelen kérdésben megtartott *népszavazást követő év január 1-jétől* „ne kelljen vizitdíjat fizetni"-re módosult. Ezzel kísérelte meg elhárítani a beadványtevő, hogy a 2006. december 21-én elfogadott költségvetési törvény már tartalmazta a vizitdíjfizetési kötelezettséget.

Az AB költségvetés elbírálására vonatkozó *tesztje* a költségvetést leszűkítetten, már a hatályos költségvetési törvényre értette, és a már idézetten túl, további elemeket tartalmazott. Az Alkotmány 28/C § (5) bekezdés a) pontjában szereplő, a költségvetési törvényre vonatkozó kizáró ok alapján valamely kérdés akkor nem bocsátható népszavazásra, ha a kérdés a költségvetési törvény módosítását tartalmazza (2. jogtétel), vagy a kérdésből okszerűen következik a tiltott tárgykörként megjelölt törvények megváltoztatása (3. jogtétel), illetve ha a kérdés arra irányul, hogy a választópolgárok pontosan határozzanak meg jövőbeli költségvetési törvényben szereplő egyes kiadásokat (4. jogtétel). Hogy minek van közvetlen és jelentős oksági kapcsolata a költségvetéssel, s hogy a költségvetés egyes elemeinek ez pozitív vagy negatív meghatározását jelenti-e, ezt a 15/2005 (IV. 28.) AB-határozat szerint *eseti mérlegelés alapján* lehet eldönteni (5. jogtétel). Mérlegelési jogkörben hozott döntés tehát az, hogy jelentős és közvetlen vagy pedig csekély mértékű-e az oksági összefüggés. Nem folytatjuk, az egyéb jogi szempontokkal kiegészülő problematika jogtörténeti elemzését. Megtettük ezt a maga idején.[316]

Az OVB az *államháztartási törvénynek* a magyar jogrendben érvényes fogalomhasználata alapján – a *költségvetés a bevételek, a kiadások és az egyenleg együttesét jelenti* – állította, hogy „a módosított kérdés arra irányul, hogy a választópolgárok pontosan meghatározzák egy jövőbeli költségvetési törvény egyik tételét", ami nem bocsátható népszavazásra. Az AB a költségvetési tételt azonban *szétírta bevételre és kiadásra*. A vizitdíjat az Egészségbiztosítási Alap költségvetésében sem kiadásnak

[316] Szigeti Péter: Esetjog: jelentős népszavazási döntések. In A *Magyar Köztársaság jogrendszerének állapota.* Akadémiai Kiadó, 2008, 55–79.

minősítette a költségvetési törvény szempontjából, hanem bevételnek. *Jövőbeni költségvetésnek pedig csak a kiadási oldala védett a népszavazástól, a bevételi jogcímek tehát nem (6. a teszt legújabb, innovatív jogtétele),* ezért nem tagadhatta volna meg az OVB a hitelesítést, indokolt határozata 3.1. részében. Továbbá önmagában a vizitdíjjal összefüggő bevétel elmaradása „a költségvetésről szóló törvényt nem érinti közvetlenül és jelentős módon. Eredménye népszavazásból sem következne okszerűen a költségvetési törvény módosítása" – alkalmazta az AB tesztjének 5. tételét határozata 3.2. részében.

Olyan teszt ez, aminek alapján sokféle eredményre lehet jutni. Mindezt nem a jogi nihilizmus álláspontja mondatja velünk. Pusztán a nehéz esetekre vonatkozó elméleti reflexiónak a helytállósága: az, hogy a jogban értelmezéssel sok minden levezethető és megindokolható. *Sőt, majdnem minden és majdnem mindennek az ellenkezője – akkor, ha el lehet térni a megítélés korábbi standardjaitól, fogalmi-jogdogmatikai mércéitől.*[317] Az egészséges szkepticizmusnak ez a tétele mégsem jelenti a relativizmus álláspontjának elfogadását, mert még nem jelenti, hogy mindent és mindennek az ellenkezőjét *egyforma meggyőző erővel és a jogrendre vonatkozó koherenciával lehetne képviselni*. A jogrend közegében és annak bevett mértékein mérve a jog szövedéke már nem annyira áttetsző és hézagos, mint ahogy ez az előzmények nélküli, tabula rasa helyzetekben adódik. A költségvetés fogalmának ez *a szűkítő, analitikusan felbontott, szelektáló és mérlegelő* tesztjét – eltérve a költségvetés törvényi fogalmától és saját korábbi joggyakorlatától – az AB úgy alkalmazta az OVB érvelésével szemben, hogy annak minden érve – szerintük[318] – érvénytelenné vált. Az AB határozatainak sorában az alkotmány szövegétől eljutott odaáig, hogy *egy*

[317] A kormány programja és a költségvetés mint alkotmányos kizáró okok a parlament hatáskörébe tartozó személyi és szervezeti kérdésekkel együtt védik a *képviseleti rendszer egyik alkotmányos értékét, a kormányozhatóságot.* Ebből következik, hogy ha nyelvtani és logikai értelmezéssel nem dönthető el a kizáró okok jogi jelentése, akkor *az értelmezés magasabb foka*, a *rendszertani* jogértelmezés felé kell haladni a jogalkalmazásban. Az AB nem ezt tette. Helyette, kevéssé megalapozottan saját, szövegpozitivista értelmezéseire építette levezetéseit, és 180 fokos fordulatot hozott az eddig követett joggyakorlatában azzal, hogy levezetéseiből új alkotmányossági zsinórmértéket állított fel. Bizonyítékképpen: Kukorelli 1998 és 2002 között elemezte az OVB és az AB hitelesítési joggyakorlatát. Azt mutatta ki, hogy „Az Alkotmánybíróság szerepfelfogására jellemző, hogy a politikai alapjog érvényesülése érdekében hatáskörét megszorítóan, a parlamenti demokrácia védelme érdekében pedig kiterjesztően értelmezte" (Kukorelli István: Az országos népszavazás, 1989–1998. In *Tradíció és modernizáció a magyar alkotmányjogban.* Századvég, 2006, 127). Szemben most elemzett eseteinkkel.

[318] A testület nyilatkozatban rögzítette saját álláspontját: „Az OVB alkotmányjogilag továbbra is elutasítja, hogy a népszavazás jogintézményének kiterjesztő értelmezésével szűkítsék a parlamentáris kormányzás mozgásterét a költségvetési gazdálkodás területén. Ennek végső mérlegelési jogát és felelősségét azonban az Országos Választási Bizottság eddig sem kívánta és ezután sem fogja az Alkotmánybíróságtól elvitatni. Ugyanakkor kijelenti, hogy nem szakmai meggyőződése, hanem kizárólag a törvényesség és az alkotmányos rend mindenek felett való tisztelete miatt vette tudomásul az Alkotmánybíróság jogértelmezéseit" – amelyek erga omnes hatályuk következtében kötötték.

jövőbeli költségvetés kiadási oldala a kizárt tárgykör. Jog az, amit a hatáskörrel rendelkező bíróságok és hatóságok tesznek. Két kvalifikált, bár eltérő összetételű és hatáskörrel rendelkező testület vitája jól megmutatta ezt.

7.3.4. Alapelvi bíráskodás, ab ovo mérlegelési jogkörben hozott döntés

Azokon a jogterületeken, ahol szigorú, többnyire kódexekben rögzített a legmagasabb szintű szakjogi forrás, ott az alapelvek a jogalkalmazást segítik, a szabályok jelentésének, „szellemük", pontosabban a *ratio legis* feltárásának eszközei. Többnyire a kontinentális, sokak által törvényközpontúnak tekintett jogrendszerek ilyenek, eltérően a lazább szabályfogalommal dolgozó és a kodifikációt nem, vagy kevéssé alkalmazó common law országok jogától. Két olyan esetet veszünk, ahol törvényi tényállás nem állt rendelkezésére a jogalkalmazónak, azonban alapelveket mérlegelve döntötték el a jogvitákat. Még sincsenek igazán tiszta helyzetek az alapelvek természetét illetően. A nehéz esetek bizonytalanságokkal terhelt közegében kell alappal bíró döntéseket hozni.

Egy 1996-os, Lábady Tamás által elemzett és egy 2019-es törvényszéki polgári jogi ítéletet, továbbá egy választójogi esetet fogunk felhozni az alapelvi bíráskodás, jogalkalmazás jelentőségének demonstrálására. Az alapelvek *normaértelmező szerepét* senki sem vitatja a jogirodalomban. Az alapelv *joghézagkitöltő* szerepét (amelyet mi korábban már elfogadtunk: jogesetelemzésben [7.3.1.] és generalizálóan, a természetjog ontológiai státusza kifejtésekor [6.2.] egyaránt) és *önmagában jogvitát eldöntő* státuszát azonban már nem övezi konszenzus. Vékás Lajos szerint az alapelvek közvetlen törvényi tényállástól független, ügydöntő alkalmazására annyiban van lehetőség, amennyiben a konkrét eset közvetlenül megfelel egy meghatározott alapelvnek,[319] amelyet különösen a Ptk. 5. § és 6. § vonatkozásában tart életszerűnek. Eltérően ettől, nem esik ezek alá a 1959. évi IV. törvény 4. §-nak (1) bekezdésén alapuló, *a jóhiszeműséget és tisztesség követelményét* rögzítő 1996-os jogeset, amelyet Földi András az *objektív* jóhiszeműség fogalma alatt elemzett. Rámutatva, hogy csak nagyon ritkán találkozhatunk olyan bírósági határozatokkal, amelyekben ezekre az elvekre szubjektíve hivatkozzanak, és kerüljön sor az alperes elmarasztalására vagy a felperesi kereset elutasítására.[320]

Egy idős magánszemély tévedésből egy nappal a lejárat előtt kívánta postai takarékjegyét kiváltani. A pénzintézet alkalmazottja pedig szintén tévedésből kifizette a tőke melletti, csak másnap esedékes kamatot is, összesen 160 000 Ft-ot. Észlelve tévedését, a pénzintézet utóbb *jogalap nélküli gazdagodás jogcímén* perelt és követelte

[319] Vékás, in Gellért: *A Polgári Törvénykönyv magyarázata.* Budapest, 2001, 4. kiadás, I, 27.

[320] Földi András: *A jóhiszeműség és a tisztesség elve. Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig.* Budapest, Publictiones Instituti Iuris Romani Budapestinensis 2001, Fasc. IX., 94–99.

a kamat visszafizetését. Az elsőfokú bíróság helybenhagyta, a fellebbviteli bíróság és a Legfelsőbb Bíróság ellenben elutasította a felperesi követelést. Azért, érvelt az Legfelsőbb Bíróság ítélete, mert a pénzintézet nem teljesítette a Ptk. 4. §-ban kimondott, *jóhiszeműség és tisztesség követelményének megfelelő, kölcsönös együttműködési kötelezettségét*. A pénzintézet szakképzett alkalmazottjának fel kellett volna hívnia ügyfele figyelmét arra, hogy a határidő előtt egy nappali pénzfelvét esetén őt jelentős veszteség éri. Az indoklás figyelemmel volt arra, hogy a pénzfelvét mindössze egy nappal a lejárat előtt történt, és mivel az ügyfél a pénzét ismét befektette, nyilvánvaló volt, hogy nem volt szüksége készpénzre.

Mi azt tekintjük a nehéz esetek alfajaként alapelvi bíráskodásnak, ahol más jogtétel vagy norma nem szerepel döntési alapként, és így ab ovo alapelvi döntés születik. Egyértelmű a helyzet a választójogban, az alapelvi jogalkalmazás lehetőségét illetően.

Alapozható-e kizárólag alapelvre épülő döntés? – ehhez választójogunkban törvényhozói felhatalmazás szükséges. Ezért jelentett fordulatot a választójogi jogalkalmazásban, amikor a 2005. évi LXXXI. törvény 77. §-nak (1) bekezdése *új jogalapot* teremtett, amikor bevezette azt, hogy a választási eljárás alapelveinek megsértésére (3. §) hivatkozással, jogszabálysértés nélkül is, bárki kifogást tehet. Mindazonáltal, ha kritériumok nélkül állapítana meg az OVB alapelvsérelmet, akkor csúszós lejtőre léphetne.[321] Milyen kritériumok jönnek szóba?, helyt lehet-e (kell-e) adni az ilyen ügyek megítélésében a valóság bizonyításának? Az elvi kérdés az, hogy *meddig mehet el egy testület vagy bíróság*[322] *az alapelvi jogalkalmazásban* (bíráskodásban)? Hasonlóan az amerikai Supreme Court gyakorlatában kiérlelődött állásponthoz,[323] kialakult itt is az a megkülönböztetés, hogy a *jogi elbírálhatóságot* („justifiable") kell figyelembe venni*, s a politikai kérdéseket a választókra hagyni.* Abszolút határmegvonás aligha lehetséges, de bizonyos, *hogy a választások kapcsán az alapelvi jogalkalmazásban a jogi elbírálhatóságot kell előtérbe állítani. Mivel a jogban vannak erkölcsi minimumok is, amelyeket sokféle meggyőződés alapján egyaránt vállalni lehet, extrém esetekben a morális alapú helytelenítés is lehet marasztalás alapja, ha egy magatartás választási alapelvet súlyosan sértőnek bizonyul.* Erre adott felhatalmazást

[321] A testület vitájának négy álláspontját bemutattuk: Országgyűlési képviselői választások 2006 – az Országos Választási Bizottság jog- és feladatkörein keresztül. *Magyar Közigazgatás*, 2006/7. 404–405. oldal

[322] A választópolgárok független, csakis a törvénynek alárendelt szerveként hatósági jogalkalmazásra felruházott testületek a választási bizottságok, közöttük az Országos VB. A bizottságok felett azonban mindig van – szintektől függő – bírói jogorvoslat mint végső iudícium. A választási szervek rendszerét, eljárását, jogorvoslati fórumait lásd tanulmányunkban: Országgyűlési képviselői választások 2006 – az OVB jog- és feladatkörein keresztül. In *Magyarország Politikai Évkönyve 2006-ról.* II. kötet, Budapest, DKMKKA, 2007. Elektronikusan elérhető: Szigeti Péter: *Norma és valóság* http://mek.oszk.hu/04400/04073

[323] Paczolay Péter: Alkotmánybíráskodás politika és jog határán In uő szerk.: *Alkotmánybíráskodás – Alkotmányértelmezés. Jogfilozófiák.* Tempus, Budapest, 1995, 21–25.

a törvényhozó a 77. § (1) beiktatásával. Egyben végett vetett a választási eljárás azon, 105/2002 (IV. 21.) számú OVB-határozattal kezdődő és a 2005 július 16-i törvénymódosításig érvényes gyakorlatának,[324] amelyet Molnár Miklós erőteljes pozitivizmusként jellemzett: „A pozitivista joggyakorlás lényege, hogy szigorúan ragaszkodik a hatáskörökhöz, annak határaihoz, tételes hatásköri felhatalmazás hiányában akkor sem hoz döntést, ha ez törvényi alapelvek érvényre juttatásához volna szükséges."[325] A 2005. júliusa előtti helyzetben valóban el lehetett így járni, hiszen a 3. § önmagában nem adott másra felhatalmazást, mint arra, hogy: „A választási eljárás szabályainak alkalmazása során a választásban érintett résztvevőknek *érvényre kell juttatniuk az… alapelveket.*" Az alapelveket ekkor a törvény létező szabályainak realizálásakor, a jogalkalmazás „szellemét" (a *ratio iurist*) meghatározó módon lehetett csak figyelembe venni – legalábbis ügydöntően. A joghézagok és az inkonzisztenciák feloldása – tekintettel arra, hogy a választójog ekkor sem csak szabályokból állt, hanem nem szabályjellegű, egyéb értelmes jogi gondolatokat jogtételként kimondó elvekből, magatartásmintákból is – ekkor is igényelte a jogászi problémamegoldó gondolkodást, érvelési és értelmezési technikák, bennük elvek alkalmazását. Kétségtelen azonban, hogy az alapelvek és a jogalkalmazói döntés új viszonyát maga a törvényhozó teremtette meg, mégpedig *alapelvi jogalkalmazásra való hatásköri felhatalmazásával*, amikor túllépett a 77. § (1) beiktatásával az alapelvek orientatív, szabályt értelmező, értéktartalom szerint érvényesítő funkcióján.

A Ve. 44/A. § törvénybe iktatása egy speciális területen, a médiakampány területén is bevezette az alapelvekre alapozott jogalkalmazói döntést. Mégpedig anélkül, hogy konkrét hatáskörrel látta volna el az alapelvsérelmeket. Értelemszerűen itt az esélyegyenlőségi alapelv sérelme mutatkozhat meg leggyakrabban, de az itteni elnagyolt szabályozás valóban kevéssé segíti a jogalkalmazás egzakttá tételét, noha a törvényi tényállás háttérjogát a Rádiózásról és a televíziózásról szóló tv. adja (a semleges, pártatlan, objektív és arányos tájékoztatás közszolgálatokra érvényes követelményeivel). Emiatt állt elő az a helyzet, hogy négy esetben sem lehetett – a Legfelsőbb Bíróság (LB) által számon kért megfelelő bizonyítottság hiányában – az

[324] Berta Zsolt megkülönbözteti az 1998-tól a fenntebbi 2002-es OVB-határozatig terjedő időszakot, melyben „a választási eljárás alapelveinek megsértése miatt mind az OVB, mind az LB hozott elmarasztaló tartalmú döntéseket" (Berta Zsolt szerk.: *Compendiarium. Választójogi kézikönyv (Jogszabályok és joggyakorlat)*. Dialóg Campus Kiadó, Budapest–Pécs, 2006, 218). Megmutatja, hogy ebben az 1998–2002 időszakban ellentmondásos gyakorlat érvényesült az alapelvi jogalkalmazásban, bíráskodásban, beleértve a Megyei Bíróságokat is (lásd döntéseken keresztül a 234. oldalig).

Szerintünk a ma álláspontjáról összesen három szakaszt kell elválasztani: 1. az 1998–2002 közötti időszakot; 2. a 105/2002 (IV.21.) OVB-határozattal kezdődő jogpozitivista önkorlátozás idejétől; melynek a 3. szakasz, a 2005 nyári törvénymódosításokkal kapott felhatalmazás nyomán az új összetételű testület felfogása vetett véget.

[325] Molnár Miklós: A választási eljárási jog korszerűsítési irányairól. *Magyar Közigazgatás*, 2004/11., 655–671.

esélyegyenlőség sérelmét megállapítani az országgyűlési választásokon.[326] Az OVB és az LB eltérő mérlegelése következtében, a jogerős ítélet hiányában már-már kiüresedni látszó, alapelvsérelemre építő törvényi tényállást aztán az őszi önkormányzati választásokon az mentette meg, hogy az LB is helybenhagyta (az OVB egy ilyen tárgyú, elmarasztaló döntését (Kvk. III. 37.469, 2006/3.). Idézzük fel ezt a jogesetet.

„Az Országos Választási Bizottság megállapította, hogy a Magyar Televízió 2006. szeptember 26-án sugárzott *Kedd 21* című műsorával megsértette a Ve. 3. §-ának c) pontjában foglalt, a jelöltek és a jelölő szervezetek közötti esélyegyenlőség alapelvét…

Szankcióként arra kötelezte a Magyar Televíziót, hogy a határozat rendelkező részét három napon belül, a jogsértő műsorral azonos napszakban tegye közzé. Az Országos Választási Bizottság a beadványtevőt és az MTV képviselőjének meghallgatása, valamint a műsor bevezető részének megtekintése után megállapította, hogy a sérelmezett műsorszám olyan élőben sugárzott vitaműsor volt, amely nem illeszthető be a műsorszolgáltató választási témájú hír-, és riportműsorainak folyamában, mert a választási kampány végső szakaszában került rá sor, sem előtte, sem – az MTV képviselőjének nyilatkozata szerint – a választási kampány hátralévő időszakában országos sugárzású hasonló műsorra nem kerül sor. Így a műsor önállóan értékelhető és nagy jelentőségűnek tekinthető, mert ez volt az egyetlen olyan műsor, amely a fővárosi listavezetők vitáját közvetítette élő

műsorban a legnézettebb műsorsávban.

(A)… műsorban nem követték azt az általuk megfogalmazott szerkesztési elvet, mely szerint a fővárosban főpolgármester-jelöltet és listát állító jelölő szervezetek listavezetőit kívánták szerepeltetni. Ugyanakkor a műsorban nem hangzott el az a tájékoztatás, hogy a fővárosban a jelenlévő hat listaállító jelölő szervezet mellett további három jelölő szervezet is állított listát.

A kimaradt szervezetek hasonló jellegű műsorban – ilyen jellegű további műsor vagy műsorok hiányában – megjelenési lehetőséget nem kaptak, ezért nyilvánvaló hátrányt szenvedtek. Ezt a hátrányt indokolatlanul szenvedték el, hiszen a megjelenő szervezetekkel azonos jogi helyzetben álltak (fővárosi listát állítottak).

Az Országos Választási Bizottság álláspontja szerint a fenti megállapítást nem befolyásolja, hogy a kifogást benyújtó szervezetek más választási hír-, és riportműsorban szereplési lehetőséghez juthattak volna. Az országos nézettségű műsorokban való megjelenés lehetőségével nem azonos értékű egy kevésbé nézett idősávban sugárzott regionális műsorban való szereplés lehetősége" (509/2006. [IX. 28.] OVB határozat).

Látható, hogy ilyenkor a jogalkalmazó csak súlyoz és mérlegel, hisz az esélyegyenlőségi alapelv sérelme csak érvelési irányt jelöl ki, ahol ütközik a pártatlan, arányos, objektív tájékoztatás a szerkesztői-műsorkészítői szabadsággal, amelyet el-

[326] Lásd ezen esetek elemzését: Országgyűlési képviselői választások 2006 – az Országos Választási Bizottság jog- és feladatkörein keresztül. *Magyar Közigazgatás*, 2006/7., 406–409.

vileg a véleményszabadság alapjoga is véd. Vitatható, hogy a jogsértés megállapításához a bizonyítottságnak milyen foka és milyen módszere szükséges. Nincs az elv alkalmazásának hipotézis és diszpozíció kapcsolatával meghatározott szituatív érvényessége, mint a szabályalapú döntéseknél – még ha a dagályos módon utaló szabállyal egybeolvasva meg is lehetne fogalmazni egy ilyen jogszabályi tényállást.

7.3.5. Diszkrecionális döntés és méltányosság

Végezetül: az alapelvi ítélkezés *mérlegelése* persze nem azonos a *diszkrecionális jogkörben eljáró jogalkalmazó szabad belátásos döntésével*.[327] Ez pedig átvezet minket a bírói és a hatósági jogalkalmazás nemcsak azonos, hanem eltérő jellegének érintéséhez is. A modern állam gyarapodó közigazgatási feladatai az abszolút monarchiáktól kezdve egyre inkább kidolgozták az igazgatási-végrehajtó tevékenység jogiasítását. Különösen a 20. századi szolgáltató államok (Leistungswervaltung) esetében van ez így, például a materiális szolgáltatások nyújtása, adózás kivetése-ellenőrzése, segélyezés, nyilvántartások, adatigazolás, hatósági minőség-ellenőrzések stb. tekintetében. Az igazgatás pedig nemcsak célhoz kötött, hanem hatékonyságot megkívánó folyamat, amelynek elbírálása ezért eltér a bírói jogalkalmazástól. Az igazgatás számára kívánatos célokhoz vezető jogalanyi magatartást a közigazgatási jogalkotás nem mindig tudja pontosan rögzíteni (az „így például…" formulával élve nem ad taxatív felsorolást, csak példálózik; a „különösen, ha…" hipotézis-diszpozíció kapcsolatra utaló jogszabályi szövegezés nyitott). Bár a regulatív és még inkább jellemzően feladatkitűző normák alkalmazása ezen a jogterületen is normatív arculatú, de logikailag sokszor nyitott marad. A közigazgatási anyagi jogban a tényállásszerűség magatartásra vonatkozó rendelkezése nem definiálható a jogalkotó egyértelmű magatartási elvárásaként, hanem az *igazgatás célján orientálódva kell megítélnie a jogalkalmazónak az eredményt,* tehát a teljesítmény elmaradását vagy annak hatékonysági fokát. A közigazgatási jogban jellemzőek az utaló normák, a keretszabályozás, a „tól–ig" minimum–maximum között mozgó jogkövetkezmény jogalkal-

[327] Nemcsak jogtörténetileg nem, ahol a római jogban az írott jog, a ius strictum merevségét a ius aequum méltányossági joggyakorlata oldotta. Az angol jog hosszú történetében, amely nem ismerte a közjog–magánjog római jogi eredetű kettősségét, is kialakult a jog megkettőződésének jelenségeként a common law (hagyományos, közönséges jog processzuális pereskedésben kialakult precedensrendszere) ridegségét oldó, kiegészítésre szoruló vagy az igazságosság felé terelő méltányossági jogréteg (equity), amelyet eredendően, a királyi felhatalmazású Kancellári Bíróságok (Court of Chancery) műveltek ki, a 15. és 16. században. Igen differenciált együttélésüket lásd egészen a 20. századig: R. David (1977: 278–285).

A méltányosság eredendően természetjogi elve (suum cuique tribuere) intézményesült, vagy legalábbis a joggyakorlatban bevett hivatkozássá, jogtechnikává, jogelvvé alakult a modern jogrendszerekben is.

mazói megítélhetősége. Nagy szerepe van tehát a célszerűséghez igazodó szabad belátásnak (diszkrecionális döntésnek)[328] és az ehhez kapcsolódó méltányosságnak. Az elbírálás tehát diszkrecionális jogkört igényel: mérlegelést, gyakorlatiasan kompromisszumos ítélkezést, akár a tényállásszerűség vagy eredmény elbírálásában, akár a jogkövetkezmények megállapításakor. Az eredmények minősítése sem olyan nyilvános, kontradiktórius eljárásban történhet, mint a bírói jogalkalmazásnál („felek funkcionálisan osztott jogvitája a pártatlan bíróság előtt"), továbbá annyira formalizált, garanciális elemekkel telített sem lehet, mint a büntetőeljárásban és a mellérendeltségi jogviszonyok pereiben. Az igazságszolgáltatás jogvitákat dönt el vagy vélelmezett jogsértéseket bírál el, míg a hatósági jogalkalmazásban *a közfeladat ellátását ítélik meg*. Utóbbi eljárás az ügyfél kérelmére, de jellemzően hivatalból (officialitás elve) indul el, míg az igazságszolgáltatásban – az ügyészi vádindítvány kivételével – mindig kérelemre jár el a bíróság. A jogállamiság mai követelményrendszerében azonban minden hatósági jogalkalmazói döntéssel szemben bírói jogorvoslati jogot kell biztosítani. Ezzel és ennyiben szervezetileg és fórumrendszerében is kapcsolatba kerül a jogalkalmazás két fajtája.

A paradigmatikus, viszonylag „tiszta", karakterisztikus példák természetesen nem zárják ki *a típusok vagy azok jellemző elemeinek kombinációit, ami a nehéz esetek körébe viszi át* a felmerülő kérdéseket. A jogi élet extenzíve kimeríthetetlen gazdagsága a vegyes formákban virágzik. Ezért is éltünk az egyszerűtől a bonyolultabb felé haladás módszerével, a könnyű esetektől a normálformán át mindazon „maradék" problémákig, amelyek a nehéz eseteket – belső tipológiájuk (joghézag; norma- vagy dogmatikai kollízió; alapelvi döntés) képzése mellett – egyaránt jellemzik.

> „A jogrendszerek kialakulása idején a jogfejlesztés szabadsága dominál, majd egy idő múlva törvényszerűen megmerevedik a jog – »becsukják az Idzstihad (a szabad értelmezés) kapuit« –, de az adaptációs igények ismét megteremtik a továbbfejlesztés »jeito«-it, jogi trükkjeit. Kitűnik az is, hogy még a forradalmi úton létrejött új jog sem tudja teljes mértékben kiszorítani az általa radikálisan tagadott régi jogot, hanem annak bizonyos – jobbára technikai – elemeit beleintegrálja az egészében merőben új jogba. E jogfejlesztés során, a módszerek, megoldások nagy gazdagsága jött létre." (Eörsi Gyula)

[328] Az ítélkezés gyakori formulái: „…az eset összes körülményeire tekintettel a bíróság méltányosnak találta, hogy…"; vagy „a bizonyítékok, teljesítések egyenként és összességükben történt mérlegelése nyomán, a hatóság…".

VIII.
JOGFEJLŐDÉS – AKTÍV ADAPTÁCIÓ A TÁRSADALMI-GAZDASÁGI KIHÍVÁSOKRA: JOGALKOTÁS A MAKROSZINT POLITIKAI KÖZVETÍTETTSÉGÉVEL – ÉS A JOGGYAKORLAT MIKROSZINTJÉN

8.1. Expozíció 364
8.2.1. Klasszikusok: Max Weber – a jog varázslat alóli felszabadítása 366
8.2.2. A jogfejlődés fő vonala és a jogi ideáltípusok 367
8.2.3. A jogi racionalitás jelentései 369
8.2.4. Az ideáltipikus megismerés problémái: az empirikus tények teljességéhez és a fejlődéstörténeti rekonstrukcióhoz való viszonya. 371
8.2.5. Kritikai észrevételek: a precedensjog kontinentalizálódása és a kontinentális (EU-) jog esetjogiasodási tendenciája 377
8.2.6. Materiális ellentendenciák és értékelésük a jogfejlődés formális racionalizációjában 380
8.2.7. Weber-értékelés – túl kell lépni Webert (Maine, Pound, Eörsi felé) 383
8.3. Az adaptáció formái és eszközei 390
8.3.1. Jogmegkettőződés – jogi pluralizmus és a régi és új harca a jogfejlődésben 397
8.3.2. Korszakváltásos adaptáció 399
8.3.3. A munkajog liberalizációja: fragmentált munkaerőpiac – flexibilis munkaviszonyok („flexploitation”) 406
8.4. Adaptáció nélküli jogfejlődés: a jog egy hiperciklikusan konstituált magas szelektivitású, autonóm szociális (kommunikatív) rendszer (Gunther Teubner) 409
8.5. A jog fejlettségének helyes jogi mértéke – a végső értékkritérium 414

8.1. EXPOZÍCIÓ

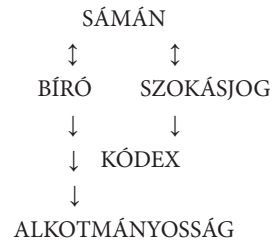
Fejlődik-e a jog egyáltalán, s ha igen, miben jelölhetőek meg fejlettségének kritériumai. Hiszen a változás nem azonosítható a fejlődéssel, akkor sem, ha köznyelvi szinten szívesen ajándékoznak meg minden változást és változtatást a fejlődés fogalmával – utóbbi, érthetően, különösen a cselekvők hiszékeny képzeletében megy könnyen végbe. Minden protagonista telis-tele van jobbító jószándékkal, ami azonban kevés az eredményhez. A jog változtatása és a spontán jogalakulás nem biztos, hogy fejlődés is egyben.

Bizonyos, hogy a fejlődés a társadalmi, gazdasági, erkölcsi, politikai környezetből, vagy éppen a jog életéből érkező kihívásokra adott olyan jogrendszeri reakció, amely differenciáltabban és hatásosabban tudja feldolgozni a kihívásokat a korábbiaknál, vagy új megoldásokat vezet be a konfliktusok kezelésére, a társadalmi integráció előmozdítására, fejlesztésére.

A jogfejlődés jogelméleti kérdését mindenképpen a „hosszú tartam" (longue durée) perspektívájából kell felvetni, tehát szekuláris tendenciaként. Előlegezzük meg – egyelőre bizonyítás nélkül –, hogy van fejlődés az egyetemes jogban, nem csak változásokról és stagnálásról beszélhetünk. Mégpedig négy csomópontját illetően a sámán–bíró–kódex–alkotmányosság vonulaton – ha most a kérdést jogtechnikai perspektívában vizsgáljuk. A jogfejlődés racionalizációs sémája felől nézve a sámáni, mágikus-irracionális jogszolgáltatás, amellyel egy tekintet alá esik a próféta kinyilatkoztatása, a döntést szakrális jelleggel (döntés = varázslat) alapozza meg. A középkorban elsősorban a tradícióval mérnek és támasztják alá a jogot (döntés = szokásjogi alapon). A jogfejlődés későbbi etapja létrehozza a normákból levezetett döntést (törvényi jogot), és a döntések ratio decidendijén alapuló esetjogot. Ezzel a döntések elvitathatóságát kiterjesztette a fellebbviteli fórumokon való felülvizsgálat öntisztító mechanizmusának. A jogszabályok (és speciális feltételekkel a ráépülő döntések) alkotmányossági, alapjogi felülvizsgálata pedig a jog önmagára vonatkozó, a hibáktól, megalapozatlanságtól megtisztító mechanizmusainak a joghelyesség felőli újabb stádiumát, jogrétegét alakította ki. A reflexiós fok ezen növekedése alapján lehet ma reflektív jogról beszélni. Anélkül azonban, hogy ez megszüntethetné a félig nyitott, félig zárt, tehát egyidejűleg függő és független, relatíve autonóm jogrendszer társadalmi környezetével való tartalmas kölcsönhatását, s azt a konfliktusfeloldó, regulatív és szociálintegratív alapfunkcióit, amelyekkel differenciált módon hat vissza a viszonyokra.[329] (Hamarosan ezen társadalmi környezettel való kölcsönhatással is foglalkozunk.)

[329] Nonet–Selznick: *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* (1978) amerikai szociológusok nagyon hasonlóan fogják fel a jog és a társadalom kölcsönhatásos mozgását, reszponzív jogként, amely meghaladja a jog saját, önértékeiből végbemenő változtatásokat (eltekintve attól a tipizálástól, amelyben a jogtörténeti anyagot rendszerezték).

Egy szemléletes ábrán kifejezve:



Konjunkturális mozgások, vargabetűk nem minősíthetnek, csak az igazán tartós és kiterjedt képződmények, megoldások. A jog kezdeti alakzataira a büntetőszabályok túlsúlya volt a jellemző, és a represszív fizikai kényszer végigkíséri a jog egész történetét. De például a kegyetlen, testcsonkító büntetési nemek vagy a talió elve és a kötött bizonyítékok merev, formális rendje a modern jogtípusokban már ismeretlen. A jog érvényre juttatásának árnyaltabb módszerei és eljárásai alakultak ki. Irracionális elemek (égi jelek, vízpróba, tűzpróba stb.) iktatódtak ki belőle, elvetve az ítélet az istenítélet megnyilvánulása évszázados képzetét, és a humanizmus és a felvilágosodás eszméi befolyásra tettek szert a modern jog történetében. Az erőteljesen represszív-megtorló feudális jogrendszerek az indícium (gyanújel-bűnjel) bizonyításával kötött bizonyítékokat keresett, ahol a bizonyosságot – a nem nemes emberekkel szemben alkalmazott – tortúra eredménye szolgáltatta a bűnperekben. A beismerő vallomást tekintették a bizonyítékok királynéjának, nem csoda, hogy az *inkvizitórius eljárás* meg is hozta a kívánt eredményt. A klasszikus büntetőjogi iskola hatása elmosta a határvonalat a teljes és a nem teljes értékű, előre definiált bizonyítékok között, és körülbelül a 19. századtól utat nyitott a bizonyítékok szabad mérlegelésének, benne a szakértői bizonyításnak. Az vádelvű, *akkuzatórius eljárás* sokat fejlesztette a nyomozóhatóságok megismerési technikáit és a vallomásból, mint egykor szinte kizárólagos bizonyítékforrásból csupán az egyik, bíró által értékelendő forrássá vált, éspedig a bűnjelek értékelésében a fizikai-természettudományos módszerek alkalmazása mellett (Czebe, *A bűn jelenségeiről való tudományos gondolkodás forradalma,* 2020: II.1. – II.1.9.-ig).

Az európai jogokban pedig az emberi méltóság védelmében – nem csak a pápa (infallibilitás) „az igazságszolgáltatás sem csalhatatlan" tapasztalata elismerése következtében – eltörölték a halálbüntetést mint a lehetséges legsúlyosabb (és tévedés esetén jóvátehetetlen) büntetési nemet. Épp ezért a jogfejlődésben bizonyos *formális racionalizálódási és (materiális) humanizálódási tendenciákat állapíthatunk meg,* noha nincs szó lineáris fejlődésről. De a sámán–bíró–kódex–alkotmányosság vonulat érzékeltetheti a jogszolgáltatási technikák racionalizálódását. Abban az értelemben, ahogy a sámáni, misztikus elemekkel kevert jogszolgáltatást még a természeti közösségekben élő törzsi társadalmak anyatermészetnek való nagyfokú kiszolgál-

tatottsága magyarázta, hiedelmeikkel és identitást képző rítusaikkal együtt. A természet adta közösségek felbomlási folyamatában a zsákmányszerző társadalmak törzsi harcaitól a gazdálkodó társadalmak felé történő átalakulások, a legeltető állattenyésztéstől a már letelepedő földműves közösségeken át a társadalmi munkamegosztás magasabb fokát jelentették: a többlettermék megjelenésének stabilizálódásával, a státuszrendek és hierarchiák *antikvitásra* (a nemzetségi-törzsi arisztokrácia előjogaival, a szabadokkal és a dolgok osztályába sorolt rabszolgákkal [res instrumentum muutum]) és a *feudalizmusokra* jellemző (teokratikus, patrimoniális, hűbéri-vazallusi láncolat és státuszrendek) tagozódásaival, ahol a jogszolgáltatás is fokozatosan eloldódik a varázslói-papi, még sok funkcióval kevert „jogtalálástól-kinyilatkoztatástól" és az ezzel egybefonódott ítélkezéstől. A termelőerők fejlődésének következtében differenciálódó és specializálódó társadalmi munkamegosztás a szellemi munkamegosztáson belül kitermeli magából a jogra specializálódott jogi honorációrokat és a bírói konfliktust megoldó tevékenységet. Ezt váltotta fel, vagy egészítette ki az igazgatási tevékenységet az adott területen élő népesség felett közhatalmat gyakorló felvilágosult abszolutizmusoktól a kódex, az absztrakt normán alapuló ítélkezési gyakorlatával, mintegy folytatva e fejlődési sort. Mégpedig rendes és rendkívüli jogorvoslatokat beiktatva, annak érdekében, hogy kiküszöbölhessék a hibás, törvénysértő és/vagy megalapozatlan jogalkalmazói döntéseket.

Az alapvető polgári és politikai szabadságjogok, emberi jogok első generációjának kialakulása (1948), majd a gazdasági, szociális és kulturális jogok (1966) második generációjának gazdagodó katalógusa pedig – véleményünk szerint – a jog humanizációs tendenciáit érvényesítik. Akkor, amikor ezekhez jogvédelmi intézmények társulnak, továbbá kialakul az alapjogok tartalmi követelményeit – meghatározott eljárásban – érvényesítő alkotmányvédelem, illetőleg ennek szerveként az alkotmánybíráskodás, benne az alapjogi kontrollal, akkor itt a jog belső öntisztító mechanizmusai révén a korábbiaknál magasabb reflexiós fokra jut. A materiális síkon *humanizációs tendenciákban és emellett a formális racionalizációban* érjük tehát tetten a jog kétezer-ötszáz éves önfényű fejlődését, amely aligha független a társadalmi változások fő sodrától, igényeitől.

8.2.1. Klasszikusok: Max Weber – a jog varázslat alóli felszabadítása

Az első megközelítés expozíciója után Max Weber jogfejlődési magyarázatát kell elemeznünk, mégpedig formális és materiális racionalizmus és irracionalizmus szempontból egyaránt. Anélkül, hogy elmélettörténeti áttekintésre volna itt szükségünk, ez a ma álláspontjáról történő értékelésével éppen olyan nélkülözhetetlen, mint az elemzésünkbe bevonandó további klasszikusok (Maine, Pound, Eörsi) és a mai szerzők. Ugyanis a történeti társadalomtudományokhoz kapcsolódó társa-

dalom- és jogelméletünknek megvan az a saját problémahorizontja, amelyet igen sokféle jogelmélet figyelmen kívül hagy.

Max Weber a racionalizáció folyamatát – Entzauberung der Welt – itt egy konkrét terepen, a jogtörténet és a jogszociológiai elemzés közegében konkretizálta. A jogfejlődés formáinak, racionalizációs fokozatainak, funkcionális összefüggéseinek vizsgálata foglalkoztatta.[330] Megértő szociológiájának módszerével, az ideáltipikus fogalomalkotással törekedett a jogi jelenségek rendszerezésére, megértésére. A jogintézmények „ott és akkor" felmerülésének magyarázatát összekötötte a történelem hosszú folyamatait jellemző történetfilozófiai tendenciával, a racionalizációval, amely a nyugati államfejlődés pandant-jaként fogható fel. Világossá válik ez, ha *A protestáns etika és a kapitalizmus szelleme* előszavában a Nyugat egyetemességéről írottakra, továbbá a szövegtöredékekből rekonstruált *Államszociológiá*jára gondolunk.[331] Webernél nincs szó a szubsztantív elméletalkotás értelmében vett történelemfilozófiáról vagy társadalmi formákkal összeköthető jogtípusok megrajzolásáról. A jogi fejlődés legáltalánosabb vonásainak megragadására, a racionalitási fokozatok elméleti konstrukciókkal való leírására és megértésére törekedett (JSZ, 1995: 185).

8.2.2. A jogfejlődés fő vonala és a jogi ideáltípusok

A jogfejlődés fő vonalát *az irracionálistól a racionális jogig terjedő ív fogja át.* Az irracionális jog lehet formálisan és materiálisan irracionális, miként a racionális jog is erre a két ideáltípusra, formálisan racionálisra és materiálisan racionálisra oszlik. Weber kiindulópontja, hogy a jogtalálás eredendően irracionális, hiszen az őseredeti jogokban – ezt számtalan elemzése bizonyítja – nem vált el e jogalkotás és a jogtalálás (amit amikor már van tételesjog, jogalkalmazásnak mondhatunk), mert a jogi normák megalkotása és az egyes esetekre történő alkalmazása szabadon és esetenként döntő igazgatás volt. „Ahol ez a helyzet, ott nincs jogi norma, és nincs alanyi jog az alkalmazására. De ott sincs, ahol a tárgyi jog szubjektív »privilégiumnak« számít, és így nem fogalmazódik meg a gondolat, hogy a tárgyi jog normáinak »alkalmazása« az alanyi jogi igények alapjául szolgálhat. …a római jog alkalmazási

[330] Weber életművének a hatástörténet felől nézve talán a legkevésbé elemzett, legcsekélyebb hatású munkája a *Jogszociológia* – például Raymond Aron éppen csak említést tesz róla *A szociológiai gondolkodás szakaszai*ban, ahol pedig minden más munkáját elemzi (1967: 497–583; 550) – mégis van mondanivalója a ma számára. Tulajdonképpen a róla szóló magyar irodalom gazdagnak tekinthető. Peschka Vilmos 1975-ös kritikai attitűdű monográfiája mellett bizonyos összefüggésekben Kulcsár (1976: 98–105; 1997: 49–53), Sajó (1983: 74–94), Bayer (1997: 94–99) és mások is támaszkodtak a *Jogszociológiá*ra, erre az igen nehéz szövegű monográfiára. Nemzetközileg, tudomásunk szerint, csak Winckelmann 1967-es bevezető tanulmánya *(Max Webers Soziologie des Rechts)* és F. Loos 1970-es *(Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers.)* munkái jelentik a téma direkt kommentárirodalmát.

[331] *A racionális állam s a modern politikai pártok és parlamentek.* KJK, 1970, 368–461.

területein kívül mindenütt – teljesen, vagy legalábbis töredékesen – az irracionális jogtalálás uralkodott" (JSZ: 18). A jogterületek (jogágak) tárgyuk szerinti differenciálódását és az alanyi jogok megalapozásának formáit ezért kell levezetnie, hogy bemutathassa: jogelméleti értelemben mikéntrel bomlott ki ez a racionalizációs mozgás.

Vegyük először az irracionális jogot. Ennek az őseredeti, nem tételezett, nem ember alkotta jognak az irracionális jogtalálásában bizonyos szokásokat feltétlenül szentnek gondoltak: „aki ezektől eltér, az gonosz varázslatot idézhet elő, vagy nyugtalanná teheti a szellemeket, vagy kihívhatja maga ellen az istenek haragját. Az ilyen normák „tradícióknak" (és ennyiben) – legalábbis elméletben – megváltoztathatatlannak számítanak. Ezeket fel kell ismerni, és helyesen, a szokásoknak megfelelően kell értelmezni, de alkotni nem lehet őket. Értelmezésük azokra hárul, akik a legrégebben ismerik őket, tehát a fizikailag „legöregebb emberekre" vagy a nemzetségfőkre vagy – különösen gyakran – a varázslókra és a papokra, mert a mágikus erőkről való szakmai tudásuk folytán ők ismernek és nekik kell ismerniük bizonyos szabályokat: a természetfeletti hatalmakkal való érintkezés szabályait és mesterségbeli fogásait" (JSZ: 96–97).

Mi az irracionális jog fogalmilag, és mi ennek két, formális és materiális alfaja? Elsősorban nem a gondolatilag ki nem fejezhetőt, hanem *a tapasztalattól függetlent, ellenőrizhetetlent* tekinti Weber irracionálisnak. *Formálisan irracionális* a jog, ha a racionális és ellenőrizhető eszközökön túl másfajta eszközöket is felhasználnak – például orákulumokat, istenítéleteket, égi jelek olvasatát – a jogalkotásban és jogtalálásban. „*Materiálisan irracionális,* amennyiben… az egyes esetre vonatkozó egészen konkrét értékelések – legyenek azok etikai, érzésbeli vagy politikai értékelések –, nem pedig általános normák mérvadók a döntés szempontjából" (JSZ: 21).

A vizsgált tárggyal materiális, tehát tartalmi értékvonatkozása felől a kapcsolatot teremtő ideáltípussal szemben *formálisan racionálisnak* pedig… akkor nevezünk valamely jogot, ha a tényállások megítélésénél *mind materiális jogi szempontból, mind az eljárás menetét illetően kizárólag egyértelmű és általános ismertetőjegyeket* vesz figyelembe. Weber kétféle formalizmust tárgyal: egyfelől az alaki kényszerhez kötöttség formalizmusát, amely érzéki szemléletességhez is tapadhat, például bizonyos szó elhangzásához vagy szimbolikus cselekvéshez a perben; másfelől azt, amikor a jogilag releváns minősítőjegyeket logikai rendszerezéssel állítják elő. A jog formális jellege ennél a meghatározásnál – kizárólag egyértelmű és általános ismertetőjegyek – tehát közel esik az objektív kritériumok szerinti osztályozáshoz. A *materiálisan racionális* jogalkotás és jogtalálás viszont ezzel ellentétben áll, mivel mindenfajta fentebb felsorolt külső jegyet, logikai absztrakciót, tehát jogi formalizmust áttörnek azok az „erkölcsi imperatívuszok, utilitarista vagy másfajta célszerűségi szabályok vagy politikai maximák", melyeket alkalmaznak (JSZ: 21).

A jog ezen ideáltípusait Weber számtalan helyen alkalmazza elemzéseiben. Így a racionális természetjogot is formális és materiális természetjogra osztja fel és elemzi

(JSZ: 172–183). A négy ideáltípus kidolgozásánál plasztikusabbnak és maradandó érvényűnek tekintjük a racionális (mint tulajdonság) és a racionalizálás (mint művelet) fogalmi meghatározásait.

8.2.3. A jogi racionalitás jelentései

A „racionális" poliszemantikus kifejezésének kitüntetett szerepe van a jog fejlettebb alakzatainak tárgyalásában. Rendszerezzük jelentésrétegeit, -változatait.

- „A jog nagyon különböző értelemben lehet »racionális«, attól függően, hogy a jogi gondolkodás racionalizálódása milyen irányban bontakozik ki. Mindenekelőtt racionális lehet a (látszólag) legelemibb gondolkodási művelet, az *általánosítás* értelmében, ami ebben az esetben annyit jelent, hogy egy vagy több »alapelvre« vezetjük vissza azt, ami az egyes eset eldöntése szempontjából mérvadó. Ezek az alapelvek a »jogi tételek«" (JSZ: 19).
- De racionalizálás a *dogmatikai fogalomképzés* is, analitikus és szintetikus úton, abból a célból, hogy meg tudjuk állapítani, hogy egy tipikus módon lejátszódó közösségi cselekvésben jogilag mi a releváns, és hogyan minősül annak.
- Kívülről nézve „…a jog logikailag egyre *kifinomultabbá és egyre szigorúbban deduktívvá válik*, a *jogorvoslás pedig egyre racionálisabb technikát* alkalmaz" (JSZ: 185) – szemben a primitív jogszolgáltatás mágikus feltételekhez kapcsolódó formalizmusához, rítusaihoz, kinyilatkoztatásszerű irracionalizmusához (szent orákulum sugallata, istenítélet, vízpróba stb.)
- Őseredeti jogban ismeretlen a szisztematizálás, az, hogy egy „…*elvileg hézagmentes szabályrendszert* alkossanak, amely azzal az igénnyel lép föl, hogy minden elgondolható tényállás logikailag besorolható legyen a szabályrendszer valamely normája alá, mert ellenkező esetben a szabályoknak ez a rendje nélkülözi a jogi garanciát" (JSZ: 20). Ugyanakkor az esetjognak, a common law-nak nincs a hézagmentesség értelmében vett szisztematizálási igénye, hiszen „a megújított »szokásjog« legrégebbi formája" (JSZ: 101).
- „[A] jog racionalizálása és szisztematizálása általánosan szólva… azt jelenti, hogy *egyre kiszámíthatóbban működik a jogszolgáltatás*, ami egyik legfontosabb feltétele a tartós gazdasági üzemnek, különösen a kapitalista módon működő üzemnek, amelyeknek okvetlenül szükségük van a jogi szempontból »biztonságos forgalomra« " (JSZ: 186).

A jogászi munka racionalitásának a módszeresség és a logika szempontjából legmagasabb fokát a következő öt posztulátum adja:

„1. minden konkrét jogi döntés egy elvont jogi tétel »alkalmazása« egy konkrét »tényállásra«, 2. az érvényes elvont jogi tételekből a jogi logikájának segítségével minden konkrét tényállásra levezethetőnek kell lennie valamilyen döntésnek, 3. az érvényes tárgyi jognak tehát a jogi tételek »hézagmentes« rendszerét kell elénk tárnia, vagy látens módon tartalmaznia, legalábbis jogalkalmazási célokra ilyen rendszerként kell kezelnünk, 4. amit jogilag nem lehet racionálisan »megkonstruálni«, az jogi szempontból nem is releváns, 5. az emberek közösségi cselekvését általában úgy kell értelmezni, mint jogi tételek »alkalmazását« vagy »valóra váltását«, vagy éppen ellenkezőleg: mint bizonyos jogi tételekkel szembeni »vétséget« (ezt képviselte – ha nem is expressis verbis – Stammler), mivel a jogrendszer »hézagmentességének« megfelelően a „jogi rendezettség« is alapkategóriája minden szociális történésnek (JSZ: 22).

Az eltérítő tényezők számbavétele

Weber álláspontja sem az egyes jogokkal, sem a nagy jogrendszerekkel (például: iszlám, indiai, kínai jog, kánonjog, common law, vagy a napóleoni kodifikáció) mint a körülmények különös egybejátszása folytán megjelenő történeti individumokkal, individuális totalitásokkal kapcsolatban nem jelenti azt, hogy a történelmi valóságban és abban a sorrendben léptek volna fel, ahogy a jogfejlődés fő vonala végbement. Az ideáltipikus konstrukció ugyanis megérteti és nem lefedi a reálfolyamatokat, melyet teljesen eltérő okok is mozgathatnak – a különböző jellegű és fokú jogracionalizálásban.

Módszertana ugyanis tudatosan arra törekedett, hogy elkerülje egyfelől a pozitivista „társadalmi fizikát", másfelől a dialektikus törvénykutató társadalomtudományt, amely lényeg-, és nem ideáltípusokat képez, de azért a módszertani individualizmussal sem akart teljesen azonos pozícióba kerülni. Képletesen szólva: a törvénykutatás *alatt*, de „az események úgy, ahogy vannak" historizmusa és szociológiai pozitivizmusa *fölött* kereste a számára kívánatos ideáltipikus megismerés lehetőségét. Ez pedig az empirikus és történeti joganyag, a jogi jelenségek rendszerező áttekintését, osztályozását tette lehetővé számára, a jogi ideáltípusok racionalitása szerint.[332]

[332] Osztjuk azon módszertani kritikát, amely e pozíció gyengeségeként azt mutatja ki, hogy „Jóllehet Weber… hangsúlyozza, hogy az ideáltipikus megismerés tárgya az empirikus tények végtelenségének csak egy véges része, az, ami az értékeszmével való kapcsolata folytán jelentős, azzal, hogy az értékek tudományos vizsgálatát lehetetlennek tartja s az értékek és az értékválasztás problémáját az irracionalitás körébe utalja, a kutatás tárgyának kiválasztásakor döntő a kapcsolat az értékeszmével, amelyhez végső soron az ideáltípusban megjelenő »konkrét különös szempontok« is igazodnak, nem teszi lehetővé a konkrét empirikus tények *totális* és *tartalmi* elemzését" (Peschka, 1975: 94). Ahol az empíria

8.2.4. Az ideáltipikus megismerés problémái: az empirikus tények teljességéhez és a fejlődéstörténeti rekonstrukcióhoz való viszonya.

Ha viszont a legáltalánosabb vonások nem esnek egybe a történeti realitásokkal, akkor azt is meg kell magyarázni, hogy milyen tényezők térítik el a konkrét individuális totalitásokat ettől az egybeeséstől. Weber számba is veszi ezeket a tényezőket. Felfogása szerint a fejlődésben mutatkozó nagy eltéréseket lényegében a következő tényezők határozták és határozzák meg: „1. Az eltérő politikai erőviszonyok – az impérium, később kifejtendő politikai okokból, sokkal erősebb hatalomra tett szert, mint a nemzetség, a népgyűlés és a rend. 2. A teokratikus és profán hatalmak közötti erőviszonyok. 3. A jog kialakításában döntő szerepet játszó jogi honoráciorok között lévő, politikai konstellációktól is erősen függő strukturális különbségek. Csak a Nyugat ismerte a népgyűlés előtti igazságszolgáltatás teljesen kifejlett formáját és a patrimonializmus rendi sztereotípiáit. Csak itt nőtt naggyá a racionális gazdaság, amelynek képviselői először a fejedelmi hatalommal szövetkeztek a rendi hatalmak megdöntésére, majd a forradalomban szembefordultak a fejedelmi hatalommal. Ennélfogva csak a Nyugat ismerte a »természetjogot«, és csak itt számolták fel teljesen a jog személyhez kötött [tehát tárgyilag megalapozott – Sz. P.] jellegét. Csak a Nyugat ismerte a »helyi jognál erősebb országos jog« tételét, csak ő látta kialakulni a római jog sajátosságát magán viselő képződményt, és csak a Nyugat élte át a római jog recepciójának folyamatát. *Ezek lényegében mind konkrét politikai okokhoz kapcsolódó folyamatok* [kiemelés tőlem – Sz. P.], amelyeknek a világ többi részén csupán meglehetősen távoli analógiái voltak" (JSZ, 1995: 185–186). Weber első helyen tehát *itt a politikai erőviszonyok*, harc szerepét hangsúlyozta a jog fejlődésében. Másutt úgy fogalmazott, hogy mivel a jogot különbözőféleképpen lehet racionalizálni, és egyáltalán nem szükségszerű, hogy ez a jogászi kvalitások irányába haladjon, ezért a jog *formális tulajdonságainak fejlődési irányát* a jogászság közötti, *a jogi élet hivatásszerű szereplői közötti belső viszonyok* határozzák meg, mindenekelőtt a jogi *tanítás, jogászképzés* (JSZ, 1995: 111; amit könyve 4. §-ban fejtett ki legrészletesebben).

Egy Johannes Winckelmann által felidézett keletkezéstörténeti összefüggés nyomatékosítja megoldását, hogy miért helyezte első helyre a politikai szervezet hatását a különböző tényezők között. A *Gazdaság és társadalom* programjában a jogot eredetileg a politikai szervezet cím alatt, a politikai közösségek formái mellett, a jog társadalmi feltételezettsége és hatásaként kívánta tárgyalni, hogy aztán utóbb elejtve ezt az elgondolását, önállóan megálló, zárt formában fejtse ki a jog szociológiáját (Winckelmann, Gazdaság és társadalom, a továbbiakban GT, 1987/1: 23). Több elemzésén is látni fogjuk, hogy milyen nagy jelentőséget tulajdonított az impérium

---

rendezése az értékeszmével való kapcsolata szerint történik, ott is van megértő rendszerezés, de mivel ez közel sem teljes megértés, bizonyos pontokon – mint látni fogjuk – maga Weber tér el saját módszerétől *a fejlődéstörténeti rekonstrukció* irányába.

hatásának a jog racionalizálásában. A gazdaság szerepét illetően pedig a következőképpen fogalmazott. „Láttuk, hogy ebben [tudniillik a jogászi szakképzésben – Sz. P.] mindenütt nagyon erősen közrehatottak a gazdasági feltételek, de – mint azt később, a politikai uralom tárgyalásánál még meg fogjuk mutatni – sehol nem kizárólag ezek voltak a döntőek. Amennyiben a gazdasági feltételeknek részük volt a mai nyugati jog jellegzetesen modern vonásainak kialakításában, úgy egészében véve a következő irányú hatásról beszélhetünk: a javak piacán érdekeltek számára a jog racionalizálása és szisztematizálása általánosan szólva – és fenntartva, hogy ehhez a megállapításunkhoz később még megszorításokat fűzhetünk – azt jelenti, hogy egyre kiszámíthatóbban működik a jogszolgáltatás, ami egyik legfontosabb feltétele a tartós gazdasági üzemeknek, különösen a kapitalista módon működő üzemeknek, amelyeknek okvetlenül szükségük van a jogi szempontból »biztonságos forgalomra«. Az olyan különleges formájú ügyletek és különleges eljárások mint a váltó és a váltóval kapcsolatos per úgy tesznek eleget ennek a szükségletnek, hogy tisztán *formális* szempontból egyértelmű jogi biztosítékra törekednek" (JSZ: 186).

Vegyük sorba, hogy mit kell értenünk e tényezők hatásán, majd pedig az ezután jövő *gazdasági feltételekén.*

A politikai uralom és az impérium hatását a jog formális tulajdonságaira a következőképpen jellemzi: „A régi népi bíráskodás, amely eredetileg a nemzetségek közötti engesztelő eljárást jelentette, mindenütt a fejedelmi és a magisztrátusi hatalom (bannus, imperium), valamint – adott esetben – a szervezett papi hatalom befolyása ragadta ki kezdeti, irracionális formalizmusából, és ezek az erők ugyanakkor a jog tartalmára is tartós befolyást gyakoroltak. Mégpedig különböző befolyást, attól függően, hogy milyen jellegű volt az uralom. Minél racionálisabb volt a fejedelmek és az egyházi hierarchia uralmi apparátusa – azaz: minél inkább »hivatalnok« közvetítette az uralmat –, annál inkább arra irányult a befolyása is… hogy a jogszolgáltatásnak tartalmilag és formailag racionális – persze eltérő értelemben racionális – jelleget adjon, az irracionális eszközöket kiiktassa a perből, és a materiális jogot rendszerezze, ami ugyanakkor valamiképp mindig azt jelentette, hogy racionalizálja" (JSZ: 130). A „racionális" fogalmi meghatározásánál tárgyalt hét eddigi jelentésen túl, ebben a körben további öt racionalitásfajtát, értelmet találunk, melyeket nevesíthetünk.

Az egyházi hierarchia és a patrimoniális fejedelemségek racionalizmusa, különösen teokratikus befolyás alatt álló jogalkotás esetén, *materiális jellegű* volt, melyben rendszerint keveredtek az etikai és jogi mozzanatok, és a szent parancsok sem váltak el a világi jogtól. E teokratikus képződményekben minden szigorúságot nélkülöző, nem formális jog keletkezett. Másutt „a szent parancsolat mint »fas« elvált a »ius«-tól, a vallási szempontból közömbös érdekkonfliktusok elsimítására szolgáló tételesen lefektetett jogtól". Utóbbi például Rómában és a középkorban is, autonóm módon, hol logikai értelmezéssel, hol tapasztalati úton, *racionális és formális* joggá fejlődött (JSZ: 131).

Az impérium hatása Angliában és a középkori itáliai statútumokban is azt jelentette, hogy a hűbéri jog *az egységes* jog, a lex terrae részévé vált – szemben Németországgal, ahol a hűbéri jog különleges jogterületként jött létre és maradt fenn (JSZ: 152). A racionalizáció itt tehát a jogegységet jelenti a jogi partikularizmussal szemben.

A materiális jellegű hivatali jognak késő középkori formáit elemezve Weber bemutatja, hogy azok új formái „a racionális formában lefolytatott peres eljárás igényéhez kapcsolódtak, mely igény főképpen a racionálisan gazdálkodó – azaz polgári rétegekből – indult ki". A polgárság szükségletei teremtették meg az alakiságát tekintve rendeletileg szabályozott eljárást, és iktattak ki eredetileg mágikus okokból használt formulákat, irracionális bizonyítási eljárásokat, főként a párbajt. (Relatív) *racionális bizonyító eljárások* segítségével teljesen felszámolták a népgyűlés előtti igazságszolgáltatás és a mágikus formalizmus maradványait. Angliában ilyesmik jelentették a királyi törvényszékek fő vonzerejét, noha „csak a 18. századtól találkozunk az equity talaján létrejött nagyobb materiális újításokkal" (JSZ: 154).

A frank kapitulárék egy része *(capitula legibus addenda)*, amelyek „a népjogi gyűjtemények *(leges)* királyi pótlásai, úgymond: a nép megkérdezésével, sőt egyetértésével kibocsátott törvények voltak" (Ruszoly, 1996: 29), az olasz városállamok signoriáinak parancsai és rendelkezései, valamint a római principátusok későbbi, *vice legis,* a törvény ereje által érvényes rendelkezései az impérium erejének növekedéséhez járultak hozzá jogalkotásukkal. Nem voltak még teljesen szuverén jogalkotó hatalmak, mert rendelkezéseik lerakódtak egy másik, igazi ősi vagy szokásjogi jogréteg mellé, messzemenően tiszteletben tartva a tradíciót. „De minél inkább sikerül az ilyen jogalkotásnak teljesen felszámolnia a népgyűlés előtti igazságszolgáltatást – és törekedni legtöbbször törekszik erre –, annál szabadabban mozog, és annál inkább a reá jellemző formális vonások alakíthatják a jogot. A patrimoniális fejedelmi hatalom, a különböző politikai feltételek következtében, kétféle jogszolgáltatáshoz vezetett: a »rendi« vagy a »patriárchális« struktúrájú joghoz" (JSZ, 155–l56). Nevezzük ezt a formális, a materiális, a jogegységesítő és eljárási racionalizáció után vegyes típusnak, ahol a racionális és irracionális elemek összekeveredve lépnek fel.

Mi jellemzi a rendi jogszolgáltatást? Az, hogy a fejedelem saját hatalmának egy részét átruházza másokra: hivatalnokokra, alattvalókra, kereskedőkre, szervezetekre, mégpedig *alanyi jogként* (privilégiumként), melyeket a fejedelmi igazságszolgáltatás szavatol és tiszteletben tart. Itt a jogrend – mivel »tárgyi« és »alanyi« jog, »norma« és »igény« egybeesik – olyan jellegű, mintha egy sor kiváltság állna egymás mellett. „A rendi jogszolgáltatás és jogalkotás esetében a jogrend ugyan szigorúan formális, de teljesen konkrét és ebben az értelemben irracionális. Ilyenkor csak empirikus jogértelmezés tud kibontakozni. Minden igazgatás kiváltságokról folyó tárgyalás, alkudozás, megállapodás: mivel lépten-nyomon rögzítenie kell a fennálló kiváltságokat, bírósági eljárás formájában történik, és formálisan nem válik el a jogszolgáltatástól" (JSZ: 156).

A másik esetben a fejedelem nem igényeket juttat, amelyek rá vagy az igazságszolgáltatásra kötelezőek lennének, hanem parancsokat ad, vagy rendeletet bocsát ki, melyek a hivatalnokainak szóló általános utasítások, arra vonatkozóan, hogy miként rendezzék el, egyformán, az uralomnak alávetettek ügyeit, az esetleges új rendelkezésig. Az az esély, hogy valakire nézve kedvező döntést hoznak, itt nem az érintett személy „alanyi" joga, hanem pusztán a rendeletbe foglalt utasítások ténylegesen bekövetkező, de jogilag nem szavatolt „járuléka". Ez a patriárchális fejedelmi jogszolgáltatás feloldódik a fejedelmi igazgatásban. A jog alkotása, a bíráskodás és a köz igazgatása keveredik, mert egyaránt az impériumot hordozó fejedelem aktusain keresztül, irracionálisan bonyolódik.

Módszertanilag rá kell mutatnunk arra, hogy amikor Weber – nem csak a mi parafrazálásunkban – idézőjelbe téve használ olyan fogalmakat, mint „tárgyi jog", „alanyi jog", „norma", „igény", akkor az idézőjel annak jelzésére szolgál, hogy a reális történelmi folyamatban ezek a jogdogmatikai kategóriák még nem voltak jelen, csak kvázi hasonló, fogalmilag kidolgozatlanabb előzményeikben, változataikban. *Implicite tehát a kifejlett alakzatokat teszi meg a fejletlenebbek mértékévé.* Nemcsak egy-egy konkrét probléma elemzése kapcsán, mint jelen esetekben a rendi és a patriárchális fejedelmi jogszolgáltatási formák elemzésekor, hanem olyan átfogó probléma felállítása kapcsán is, mint könyvének a tárgyi jog formális jellegét tárgyaló 3. §-ában. Irracionálisnak tekinti a jogtalálást ott, ahol nem válik el világosan egymástól a ténykérdés és a jogkérdés, nem tisztázott, hogy mi a viszonya a perbeli igényeknek a jogi normákhoz – hisz ilyenek még nincsenek –, hanem transzcendens hatalmak előtti formalizált összemérés folyik. A reálisan létező fejlettebből válik érthetővé a kezdetleges, fejletlen állapot. Ilyenkor *az ideáltipikus konstrukciók helyét* – a cselekvők szubjektíve vélt értelme – *átveszik a fejlődéstörténeti rekonstrukció nézőpontjai, a valós formákhoz történő viszonyítás*. Véleményünk szerint nem kárára, hanem előnyére a jogszociológiai mondanivalónak. (Más kérdés, hogy a módszertisztaság felől inkonzekvensnek minősíthetnénk e megértés előnyére szolgáló fejleményt.[333])

A jogászság szerepe

Weber fontos tétele a jog fejlődésének megítélésében, hogy formálisan valamennyire is fejlett jog soha és sehol nem létezett a jogot ismerő, képzett személyek, a jogászrend közreműködése nélkül (JSZ: 111). A római jog, elsősorban a jogtudomány és *jogászképzés* fejlettsége okán és az angol jog, elsősorban a *jogászi gyakorlatból* kikristályosodott megoldásai révén jelentik a jogászjog alapvető formáit, melyekkel szemben a világ harmadik nagy jogaként kezeli *a racionális törvényhozás* eredményeként előálló, a *Code civil* mintáján orientálódó jogrendszereket (JSZ: 172). „… [A] jog *racionalizálásának,* azaz annak a fejlődésnek az útja és a sorsa érdekel, mely-

[333] Állításunkat jól igazolják Weber fejtegetései (JSZ: 100–101).

nek során a jog mai, sajátosan »jogászi« kvalitásai kialakultak. Látni fogjuk, hogy a jogot különbözőképpen lehet racionalizálni, és egyáltalán nem szükségszerű, hogy a racionalizáció a »jogászi« kvalitások kibontakozásának irányába haladjon. A formális tulajdonságok fejlődésének irányát azonban közvetlenül a »jogászok közötti belső« viszonyok határozzák meg: azoknak a személyeknek a sajátosságai, akik abban a helyzetben vannak, hogy *hivatásszerű* befolyást gyakorolhatnak a jog alakításának mikéntjére, az általános gazdasági és társadalmi feltételek pedig csak közvetve határozzák meg a fejlődés irányát. A legfontosabb az, hogy milyen jellegű a jogi *tanítás*, azaz – amit ez itt jelent – a jogot gyakorlók képzése" (JSZ: 111). A római jog recepciója ugyanis egy olyan újfajta jogi honorácior réteget teremtett, amely szakirodalmon alapuló jogi képzésben részesült és egyetemi diplomával rendelkezett. A recepció során „…a jogászi szakma mindenképpen a jog üzemszerű működtetéséhez szükséges *dologi* feltételek miatt került előtérbe: elsősorban a miatt a – szakképzéssel szerzett – képesség miatt, amelynek birtokában a bonyolult tényállásokat a jogász úgy tudja feldolgozni, hogy jogilag egyértelmű kérdést lehessen feltenni. Egészen általánosan megfogalmazva: a szakképzett jogászok előtérbe kerülésének szükségszerű feltétele volt a peres eljárás racionalizálása. Ennyiben a gyakorló jogászoknak a jog üzemszerű működtetéséhez fűződő érdekei találkoztak az érintett magánszemélyek érdekeivel, elsősorban a polgárok érdekeivel, de a nemesekéivel is. A római jog *materiális* meghatározásainak átvétele viszont éppen a »legmodernebb« érintetteknek, a polgároknak nem állt érdekében; a középkori kereskedelmi jog és a városi földbirtokjog intézményei sokkal jobban megfeleltek az érdekeiknek. Az elkerülhetetlenül mindinkább szakszerűen működtetett joggal együtt a római jogot csak az általános *formális* tulajdonságai segítették mindenütt győzelemre, ahol nem volt erős érdekek által védelmezett saját nemzeti jogi képzés, mint Angliában" (JSZ: 165–166).

Eltérően az egyetemi jogi oktatásban kiképzett jogászsággal, *Angliában tapasztalati úton, a mesterség gyakorlása közben az igazságszolgáltatás szereplői (ügyvédek és a közülük kikerülő bírák) hordozzák a jog alakítását*. Koschaker szemléletes fogalompárját átvíve: a kontinentális Professorenrecht és az angol lawyer law jelöli a különbséget.[334] Angliában egy tisztán a tapasztalaton alapuló gyakorlati előképzés folyt, és ez – ahogy az ipari céhekben is – széles körű specializálódáshoz vezetett. A jogi tanításnak ez a fajtája természetszerűen azt eredményezte, hogy a korábbi döntésekhez és analóg esetekhez kapcsolódtak, s a jogot formálisan kezelték. Már az ügyvédek kézműves jellegű szakosodása megakadályozta a teljes joganyag szisztematikus áttekintését. A joggyakorlat az érintettek tipikusan egyéni szükségleteihez igazodó szerződési és kereseti sémák kialakítására törekedett. Ezért folyamodtak a

[334] Koschaker eredetileg német Professorenrechtet állította szembe a francia Juristenrechttel, amit R. David helyesen cáfol, mondván, hogy ami a múltban fennállt, annak nem szabad a változó körülmények közepette állandó jelleget tulajdonítanunk (R. David, 1977: 106).

peres eljárásban olyan fikciók alkalmazásához, amelyek megkönnyítették, hogy az új eseteket a már ismertek alapján osztályozzák, és ezek mintájára hozzanak döntést. Más, hasonló gyakorlati manipulációkat is alkalmaztak. A jogi gyakorlat fejlődését előidéző immanens motívumok nem hoznak létre racionálisan rendszerezett jogot, (vagy) egyáltalán, akár csak korlátozott értelemben vett racionalizálást a jogban. „A tisztán tapasztalati alapon működő jogi gyakorlat és tanítás *mindig csak az egyediről az egyedire következtet, és soha nem akar az egyeditől általános tételekhez eljutni, hogy azokból az egyedi döntést levezesse* [kiemelés tőlem – Sz. P.]. Működése inkább ahhoz kötődik, hogy egyrészt hogyan sikerül kiforgatni a szavakat, minden oldal igényének megfelelően magyarázni, kiterjeszteni az értelmüket, másrészt – amennyiben ez nem elégséges – sikerül-e rámutatni az »analógiára« vagy valamilyen ténylegesen alkalmazott fikcióra. Ha eléggé rugalmasan alkották meg azokat a szerződési és kereseti sémákat, amelyeket a jogügyletekben érintettek gyakorlati szükségletei megkövetelnek, akkor a hivatalosan érvényes jog nagymértékben meg tudta őrizni archaikus jellegét, és a legnagyobb gazdasági változások is végbemehettek anélkül, hogy formailag megváltoztatták volna" (JSZ: 113–114).

Weber itt is az összehasonlítás módszerével mutatja ki az esetjog egyediről egyedire, analogizálva haladó indukciós, de korlátozottan általánosító, rendszerező (E[k]) jogalkalmazói jogképződést és a kontinentális jogi gondolkodásnak az indukció útján (E[á]) általános tételekhez és normákhoz eljutó (jogalkotói) és azokból az egyedi esetekre deduktív (Á[e]), jogalkalmazói következtetéseket levonó jogtechnikáját.

A gazdasági feltételek

Válasszunk szét a pontos analízis érdekében két weberi állítást. Azt az állítását, hogy *képzett jogászok nélkül soha sehol sem létezett fejlett jog* – nem kívánjuk kétségbe vonni, mert maradéktalanul osztjuk. Azt a másikat azonban, miszerint *a gazdasági és társadalmi feltételek csak közvetett hatásával szemben a jogászság belső kvalitásai határozzák meg a jog fejlődését,* már nem osztanánk. Az egyik kitüntetett szerepet játszó terep, ahol Weber felfogását konkretizálja és igazolja, az az angol jog. Mégpedig az a tulajdonsága, hogy a kapitalista gazdasággal szemben is őrzi saját alacsony fokú racionalizáltságát. A kontinentális és az angol jog különbségét az általános uralmi struktúra és az ebből levezethetően különböző társadalmipresztízs-viszonyok mellett a szerző a jogászi rend viszonyaiban és az eltérő politikai fejlődésben keresi. Ezeknek az eltéréseknek gazdasági és társadalmi szempontból is mindig csak egyedi következményei voltak, és nem olyanok, amelyek a gazdaság egészének struktúráját megváltoztatták volna. „A kapitalizmus kibontakozását ebben inkább csak két mozzanat segítette elő: először az a körülmény, hogy a jog kialakítása zömében azoknak az ügyvédeknek a kezében volt, akik közül a bírók kikerültek – tehát egy olyan réteg alakította a jogot, amely *a magánjellegű ügyekben érintett vagyonosok, főképpen kapitalisták szolgálatában állt, és anyagilag közvetlenül belőlük élt*. Számításba kell venni továbbá – ezzel összefüggésben – azt a körülményt, hogy a

londoni birodalmi bíróságokon koncentrálódott jogszolgáltatásnak olyan hatalmasak voltak a költségei, *ami lényegében majdnem azt jelentette, hogy a vagyontalanoktól megtagadták az igazságszolgáltatást*. A lényegében egyforma kapitalista fejlődés mindenesetre nem volt képes kiegyenlíteni ezeket a jog milyenségében mutatkozó rendkívül éles ellentéteket. És egyáltalán nincs is semmilyen látható törekvés arra, hogy a jog és a jogszolgáltatás struktúráját a kapitalista gazdaságból eredő motívumok alapján megpróbálják a kontinentális viszonyokhoz igazítani. Ahol viszont a kétféle jogszolgáltatásnak és a kétféleképpen kialakított jognak módja volt versengeni egymással – mint Kanadában –, az angolszász típus fölénybe került, és viszonylag gyorsan kiszorította a számunkra megszokott módozatokat. (…) *A kapitalizmust mint olyant tehát döntően semmi sem motiválta arra, hogy a jog racionalizálásakor annak a formának kedvezzen, amely a középkori egyetem romanista képzésében alakult ki, és a kontinens nyugati részére azóta is jellemző maradt*" (kiemelés tőlem – Sz. P., JSZ: 194–195).

8.2.5. Kritikai észrevételek: a precedensjog kontinentalizálódása és a kontinentális (EU-) jog esetjogiasodási tendenciája

Mennyiben állja ki Weber teorémája a tények kritikáját? A válasz attól is függ, hogyan nézzük a tényeket. Ugyanis az összehasonlító jogtudomány kereteiben világossá vált: a római-germán jogcsalád és a common law mai rendszerei az azonos polgári jogtípus különböző variánsait jelentik, ahol a tradíciók ereje miatt sincs összeolvadás (Eörsi, 1975), noha két valós tendencia az elmúlt száz évben megfigyelhető. Egyfelől a törvényhozás jelentősége az angol jogban az utolsó száz évben annyira előretört, hogy legalábbis a századfordulótól már jogforrási értelemben sem tekinthető a statute law alacsonyabb rendűnek, mint a common law és az equity (David, 1974: 346–347. pontok). Tehát a Weber korában még csak kezdődő, de általa nem észlelt változások kiteljesedtek, s ezt a tőkés modernizáció okozta, melyet csak tovább erősített az EU-hoz való angol csatlakozás (1973). Másfelől pedig, szemben az előzővel, a fordított fejleményt, az EU-jog esetjogiasodási tendenciáját, Weber nem láthatta. Ennek erőteljes gazdasági és kereskedelmi aspektusai vannak. Végeredményben egyfelől a bíró alkotta precedensjog kontinentalizálódása, törvényi joggal való kiegészülése Angliában és a törvényi jog luxemburgi EU-bíróság általi esetjogi konkretizációja (tartalmiasodása) másfelől, egyfajta jogtechnikai jogközeledést jelent, *anélkül hogy a jogcsoportszintű különállás megszűnne*.

A jogfejlődési utakra vonatkozó finomításokon túl, Weber magyarázó sémájának értékével szemben két alapos oknál fogva is kritikusan kell eljárnunk. Egyrészt pozícióját a gazdaság és a jog viszonyát illetően, melyet egyfelől Rudolf Stammlerral, másfelől a marxi felfogással szemben fejtett ki, nem igazán lehet meggyőzőnek ta-

lálni.[335] Hiszen attól, hogy az ő korában a joggyakorlat tapasztalatán, induktíve építkező common law jogcsalád nem közelített a kontinentális, római jog oktatásán és a középkori egyetemek jogászképzésén alapuló jogcsoporthoz, attól még a *társadalmi-gazdasági dinamika strukturális hatásai sokkal jelentősebbek, mint a jogászrend belső viszonyai*, amely persze *érdekei szerint és a saját módján adaptálódik* e viszonyokhoz. (Munkájának írásakor még nem létezett szocialista jog sem, hogy a történelmi változások ezen új, jogrendszerre gyakorolt fejleményét magyaráznia kellett volna.) Ahogyan H. S. Maine – minden problémájával együtt is – kimutatta a 19. század közepén, hogy a „stagnáció" társadalmaival szemben a nyugati jogfejlődést az jellemzi, beleértve a római jog több mint ezer éves fejlődését, hogy a társadalmi szükségletek és vélekedések gyorsabban előrehaladnak, mint amit jogi szabályozás állandóságra törekvése megenged. Ezért a jog előtt járnak az igények, társadalmi szükségletek. (Ahogy részleteztük Maine-nek a *Historical Jurisprudence*-be illeszkedő felfogását a 2.3. alatt.) „A haladás egyes stádiumaiban a személyhez kapcsolódó jogok mind nagyobb száma s a vagyontárgyak mind nagyobb része kerül ki a »házi bíráskodás« alól, és kerül az állami közhatalom joghatósága alá. Maine úgy vélte, hogy a haladó társadalmak fejlődése egynemű: a családi függőség fokozatos feloldódása és helyette az egyéni kötelezettség előtérbe kerülése a jellemző […] *(progress from status to contract)*. A progresszív civilizáció a független, szabad, önmeghatározó személyiség mint a társadalmi élet elsődleges egységének megjelenésében nyilvánul meg (Szabadfalvi, 1999: 23). R. Pound szerint ezzel Maine hegeliánus elméletet alkotott. Ezt bővítenünk kell, mert a szabadság kibontakoztatása mint a nembeli lényeg végső mércéje egyrészt nemcsak individuális vonatkozású, másrészt szabadsága mellett munkája, nyelve, univerzalitása átfogóbb problematika, mint amit az egyéni szabadságra vonatkoztatottság jelent a polgári fejlődésben.

Még pontosabban dolgozta ki a társadalmi valóság és a jog között keletkező rés áthidalhatóságát – a jog stabilitásigényének összeegyeztethetőségét a szakadatlan társadalmi változásokkal – Roscoe Pound jogfejlődési magyarázta. Ez a makroszociológiai alapozású, a norma és a valóság viszonyát taglaló pragmatista jogelmélet pedig nagyban folytathatóvá vált. Éspedig a magánjog területén az összehasonlító jogi kutatás Eörsi Gyula által kidolgozott, Pound adaptációs szintjeit továbbvivő megoldásaival.

Másrészt számunkra úgy tűnik, további új fejlemények sem támogatják a gazdaság távoli, a jogfejlődés egyik közvetett tényezője szerepére vonatkozó weberi elgondolást. Az Európai Közösségek azért hoztak létre önálló, a nemzetállami joggal bizonyos vonatkozásaiban szemben elsőbbséget élvező jogrendszert, hogy a *gazdasági integráció és a közös piac célkitűzésének* megvalósulását segítsék elő (Kende, 1995: 346). Az áruk, tőkék, szolgáltatások és részben a munkaerő szabad áramlásá-

[335] Behatóan tárgyalja Peschka (1975: 115–134) kicsit viccesen: vajon mit szólna Stammler, ha a jog gazdasági elemzése és a gazdaság jogi elemzése mai jogelméleti irányzatait láthatná?

nak szükségletére jön létre, politikai akaratelhatározásból az EGK-integráció (Európai Gazdasági Közösség), amely megteremti a közös jogintézményeket.[336] Majd a maastrichti uniós (1993) és a lisszaboni (2007) szerződések, amelyek a tizenhetek valutauniója mellett a politikai együttműködés erősítését szorgalmazzák. Azért, mert túl kellett lépni az Európai Közösségek viszonyain, hiszen a négy szabadságot, és a vámhatárok eltörlésével létrejött közös vámuniót megvalósították és kinőtték az együttműködő felek. E fejlemény szempontjából a gazdaság szükségletei, anyagi és szellemi áruk és szolgáltatások döntő – és nem harmadlagos – tényezőnek bizonyultak, akkor is, ha az egyediség síkján a nemzeti jogrendszereknek ettől még nem kell és lehet egybeesniük. Azaz ezek működtetésének a nemzeti hatóságokkal való kapcsolatában már érvényesülnek olyan intézményes momentumok, melyek Webert igazolandó, *a maguk egyediségében* az adott ország jogi kultúrájához, jogászjoga dogmatikai és jogtechnikai sajátosságaihoz igazodnak. Ebben a vonatkozásban, de csak ebben, éppen az a rugalmas helyzet, melyet Weber a gazdaság és a jog viszonyával foglalkozva *más helyütt* maga is leírt, nevezetesen: „valamely tényállás jogi rendje a jogászi gondolkodás szemszögéből alapvetően különböző lehet anélkül, hogy ez jelentékenyen érintené a gazdasági viszonyokat, ha a gazdaságilag fontos vonatkozásokban az érdekeltek számára a gyakorlati eredmény ugyanaz marad" (Weber, 1967: 120).[337] Az EGK-szerződés 189. §-a ugyanezt az eredményközpontú elvárást fogalmazza meg a jogharmonizációs direktívák (irányelvek) tekintetében.

Elemzésünk summázata: az *általánosság* síkján végeredményben a gazdasági körülmények és a társadalmi szükségletek döntő módon előtérbe állnak, és ezeket a szükségleteket felismerő és támogató ideológiai-politikai akaratnak vannak jogi, intézményalkotó konzekvenciái, melyet itt az eredményközpontú azonosság követelménye fejez ki. A megoldások, az *egyedi* konkrétumok síkján viszont jobban érvényesülnek a jogászi elrendezés, a külső, technikai-formai meghatározottságok és képzési hagyományok. *Ha a módszertani individualizmus felől* nézzük a dolgokat, akkor az utóbbi mozzanatok, ha a *lényegtípusokba* gondolkodó és összehasolítási alapokat kereső szemlélet jegyében, akkor az előbbi, általános tendenciák válnak túlsúlyossá. Előbbi megengedi, utóbbi lényegtipikus szemlélete viszont kizárja, hogy különböző korszakok és társadalmak per definitionem nem formálisan irracionális jogait egy kategóriába, a formálisan irracionális (ahol tehát a racionális és ellenőrizhető eszközökön túl másfajta – teszem azt: emocionális, értékracionális és/vagy policy – eszközöket is felhasználnak) jogi ideáltípusba rendezzük.

[336] Az Európai Közösségek intézményrendszere és jogforrásai. In *Az EK kereskedelmi joga*, szerk. Király Miklós, ELTE ÁJTK, 2. kiadás, Budapest, 1996, 13–43.

[337] Némiképp eltérő hangsúlyú magyar fordítását adja ugyanennek: GT 2/1. 1992: 30. 3. pont, amely *A jogi kényszer jelentősége és határai a gazdaságban* címmel és nézőpontból tárgyalja a jog és a gazdaság összefüggését.

8.2.6. Materiális ellentendenciák és értékelésük a jogfejlődés formális racionalizációjában

A jogfejlődésben (1) az *irracionálistól a racionális felé haladó mozgást* Weber úgy fogja fel, *mint amiben* (2) *a formális racionalizáció a fő tendencia, melyet át-áttörnek antiformális, materiális elemek, de nem problémátlanul.* A modern jog formális vonásait olyan fejleménynek vélte, amely egyrészt összhangban áll a jog kettős (gazdasági és hivatali) racionalitásával,[338] s melyet erkölcsi, politikai, szociális tartalmak, elvek felől csak veszélyeztetni lehet. Másrészt a jogászi szakszerűsödésben kiteljesedő formalizmus mellett a jogban olyan békés eszközökkel vívott érdekharc lehetőségét látta, amely megvédi attól, hogy más, ettől eltérő igények kielégítésének eszközévé váljék. Mindazonáltal a „materiális" és a „formális" viszonyát a szerző számos helyütt ellentmondásos és csak relatíve elváló viszonyként jellemzi, ahol azonban a fő tendencia érvényre juttatását mégiscsak a formálisan racionális hordozza.

Miért tekintette a korában uralkodó jogi pozitivizmust (vö. JSZ: 181–182) és jogászi formalizmust (JSZ: 197–198) kitüntetett mércének, azok után, hogy könyve 7. §-ban, a forradalmi természetjog szülöttjét, a *Code civil*t előbb materiális természetjogként írja le, egy sajátos racionalizmus megnyilvánulásaként, ahol jogszabályok mellett szokásjogi tapasztalat, gyakorlatias jogtételek, az emberi és a polgári jogok posztulátumai, jog fölött álló természetjogi maximák egyaránt vannak (JSZ: 172–173), hogy aztán a természetjog osztályvonatkozások felőli elemzésénél, a formális és a materiális természetjog – egyébként sem tiszta – típusainak elválasztása után a forradalom által teremtett természetjog formális vonásait emelje a jogfejlődés láthatatlan trónjára?

A modern jog formális vonásait összegzendően, könyve záró lapjait érdemes felidéznünk: „A jog formális tulajdonságainak fejlődése tehát mindenképpen sajátosan ellentétes vonásokat mutat. Szigorúan formálisnak és az érzékelhetőhöz tapadónak mutatkozik a jog, ameddig az üzleti forgalom biztonsága ezt kívánja, ám az üzleti forgalom lojalitása érdekében nem formálisan fejlődik, amennyiben a felek akaratának logikai értelmezése vagy az »etikai minimum« értelmében vett »jó kereskedelmi erkölcsök« ezt diktálják. Ezen túlmenően azok a hatalmak is mind a formális fejlődéssel ellentétes fejlődési pályára kényszerítik, amelyek nem azt várják a jogi gyakorlattól, hogy békés eszközökkel vívott érdekharc legyen, hanem másfajta igényt támasztanak vele szemben. Tehát erre kényszeríti a társadalmi osztályérdekek és az ideológusok által követelt materiális igazságosság, erre kényszerítik a politikai

[338] E kettős racionalitást a fejedelmi és a polgári rétegek érdekszövetsége felől vezette le. Érdekszövetség, amely nem jelent mindig közvetlen együttműködést, de a jog formális racionalizálódásának legfontosabb hajtóerői közé tartozott az, hogy a polgári rétegeknek a magángazdaságba gyakorolt racionalizmusa – elsősorban a szerződések jogilag kötelező szavatolása – *összetalálkozott a hivatalnoki igazgatás haszonelvű racionalizmusával,* melyet a fejedelmi kincstár érdeke sarkallt (vö. JSZ: 159–160).

uralom bizonyos – ma is hatékony – formái, különösen az autokratikus és a demokratikus formák, valamint az ezeknek megfelelő nézetek a jog céljával kapcsolatban, és az is, hogy a »laikusok« olyan igazságszolgáltatást követelnek, amely érthető a számukra. Végül pedig, bizonyos esetekben – mint láttuk – magának a jogászi rendnek az ideológiailag megalapozott hatalmi igényei is a formális fejlődéssel ellentétes fejlődési pályára kényszerítik a jogot. De bárhogy alakuljon is e hatások közepette a jog és a jogi gyakorlat, a technikai és gazdasági fejlődésnek minden körülmények között – és minden laikus bíráskodás dacára – az a következménye, hogy a laikusok körében elkerülhetetlenül egyre nő a tudatlanság: a laikusok egyre kevésbé ismerik a technikai tartalmában tekintve állandóan duzzadó jogot. A jognak tehát elkerülhetetlenül (az) a sorsa, hogy szakszerűvé válik, és hogy a mindenkor érvényes jogot egyre inkább racionális – ennélfogva célracionálisan bármikor átalakítható és minden szentséget nélkülöző – technikai apparátusnak tekintik" (JSZ: 197–198).

Módszertanilag mit látok itt kulcskérdéseknek?
Ad 1. Miért látta a varázslat lehetőségének esetleges visszatértét a gazdaság célracionális világához képest a materiális „Wertrationalität"-ben? Azért, mert a célracionalitás álláspontjáról nézve minden értékracionális „irracionális" (GT, 1987: 54) elve vezette. De ez nem minden tekintetben meggyőző. Álláspontját – a fő tételt illetően – a saját munkásságával is problematizálhatjuk (Szigeti J., 1991: 8–9).

Ha a „Zweckrationalität" esetén cél és érték között adekvát eszköz van, mert az eszköz a gondolatilag megelőlegezett célt valósítja meg, tehát a cél, az eredmény felől determinált a cselekvés, akkor az értékracionális cselekvés esetén kétségtelenül lazább a kapcsolat az eredménnyel, de a cselekvés ettől még vezethet eredményre. Megengedve, hogy valóban az irracionális felé lehet elmozdulni akkor, ha a cselekvés egy abszolút érték rangjára emelt értéken – érzületen, jón, vallási értéken motiválódva – teljesen egyoldalúan orientálódik.[339] Egyetértőleg emeljük ki azt a mozzanatot, hogy Webernél a racionális cselekvés az irracionális mértéke és nem fordítva. A fő tétel mégis túláltalánosító. A *Gazdaságtörténet*ben elemzett, Simon Stevin-féle *mérlegkészítés* célracionális cselekvés a kapitalista vállalkozó részéről (KJK, 1979: 223), de ettől a tőkefelhalmozás szempontjából fontosabb, racionálisabb-e a könyvelés, mint a protestáns etika értékracionalitása? Lehet, hogy egyik, lehet, hogy másik fontosabb, de *aligha irracionális a megtakarítási hajlandóságot és szorgalmat motiváló protestáns erkölcs* e folyamatban. *Tehát a célracionalitás álláspontjáról nézve sem minden értékracionális cselekvés irracionális – s ez az, amit a weberi tétel nemcsak hogy nem tartalmaz, hanem ki is zár.*

[339] Például „a mindent feláldozni kész szerelemi érzület eredménye = öl, butít és nyomorba dönt"; „egy paradicsomi túlvilágba jutástól túlmotivált fundamentalista terrorista öngyilkos merénylete" – extrém módon egyoldalú határhelyzetek.

Mutatis mutandis, ezért se a gazdaságban, sem pedig a jogban nem lehet értékracionális mozzanatokat eleve, a funkciótól függetlenül az irracionalitás gyanújával szemlélni. Például a „justum pretium" kánonjogi, materiális természetjogi elve történetileg arra a sorsra jut, amit Weber leír (JSZ: 179), csakhogy sok modern jogrendszer ismeri a „laesio enormis" elvét (Dömötör, 1995/96: 58–64), a felén túli sérelem elvét, – a magyar Ptk. 201. § (2)-ben antiszinallagmatikus szerződésként tartalmazza – ami ettől még a bírói gyakorlatban közel sem vezet kádi bíráskodáshoz, irracionalizmusba való visszaeséshez, ahogy Weber többször érvel. Mint ahogy az sem, hogy a jóhiszemű eljárás jogelvi, materiális követelményét nemcsak ott, például a magyar jogban lehet alkalmazni, ahol ezt öröklést kizáró okként jogszabályi formába öntik, hanem az Egyesült Államokban is ez a helyzet, ahol a „saját rosszhiszemű magatartására, előnyök szerzése végett senki sem hivatkozhat" jogelvvel – tételes kimondás nélkül is – kizárta a bíróság azt, hogy az örökhagyó életére törő várományos börtönbüntetése letöltése után beülhessen az örökségbe – hivatkozhatjuk újfent R. Dworkin világos példáját. A materiális elvek alkalmazása egyrészt kiküszöbölhetetlen (és nem csak a forgalomban tanúsított üzleti erkölcs bevett elveinek körében, amit Weber elismer, JSZ: 187), másrészt önkényes alkalmazásuk lehetősége csak a veszélyét, de nem feltétlenül a valóságát teremti meg a szubjektív, irracionális jogalkalmazásnak. *Tehát a célracionális – ideáltipikus cselekvés – módszertani elvének érvényességi körén való túlterjesztése abba az irányba vitte Webert, hogy a jog materiális, értékracionalitását kifejező megoldásokat az irracionalizmus irányába visszaeső lépésnek tekintse.* Ahogy azonban ez a polgári természetjoggal sem következett be, és a materiális természetjog meg-megújul azóta is, azonképpen a szocialista természetjog sem szükségképpen irracionális, hanem olyasmi, ami tárgyiasulásra, anyagi, eljárás jogi, jogorvoslati és egyéb komplex – szervezeti és jogászi szerepekből álló – intézményesülési megoldásokra vezethet. Más kérdés, hogy Weber, miután ragyogóan elemzi a materiális természetjog irányába mutató döntő fordulatot, *a mérsékelt* (a „munkához való jog" vagy a „megélhetési minimum") *és a radikális* („a munka teljes hozamára formált jog" vagy még inkább világosan: „azé a föld, aki megműveli") *kisparaszti természetjogot* mutathat be akként, mint amelyek a jogi racionalizmus felszámolásának is kedvezhetnek (1995: 178–179).[340]

Ad 2. Hasonló problémák vethetőek fel az *uralomszociológia* álláspontján is, tudniillik Weber a formális legalitást kielégítőnek vélte. Eléggé kritikátlan volt a legális uralmat nála a legtisztább formában megvalósító, racionálisan szervezett bürokráciával, annak látens és diszfunkcionális produkcióival szemben. Ezért a legális uralom egyszersmind legitim is – gondolta. Valójában: egy rendszer legitimációját elő-

[340] Azt, hogy Weber itt a materiális, szocialista természetjogként mennyiben orientálódott a korabeli kispolgári szocializmusokon, illetőleg a munka közvetítetlen társadalmiságán alapuló, a szerződési szabadság formális elvét kizáró álláspontokon, bemutattuk *A jogállamiság jogelmélete* oldalain (Napvilág, 2007, 47–49).

segíti egy legális rend kiépítése, de az a formális legalitástól nem lesz önmagában, értékmentesen legitim. 1914 előtt ez a pozíció sokkal adekvátabb volt még, mint az embereket a két világháború vágóhídjára terelő üzemszerű racionalitás. A fasizmus után már semmiképp sem tartható álláspont kritikáját fogalmazta meg Habermas, a szociális jogállam lehetősége kapcsán (1973 és 1992), és mások is így tettek (Bayer, 1997: 98–99). A jogi formalizmus kritikája ennyiben itt is jogosult.

8.2.7. Weber-értékelés – túl kell lépni Webert (Maine, Pound, Eörsi felé)

Weber mindenképpen gondolatgazdag jogfejlődési sémáját hogyan értékelhetjük a *ma* álláspontjáról? Hiszen ő a késői individuál-liberális kapitalizmus korában jutott alkotói pályája csúcsára, s *Jogszociológiá*ját is az első világháború előtt írta. Azóta a polgári termelési mód és annak jogrendszerei is jelentős változásokon mentek át. A szabadversenyes kor kodifikációi és a monopolizált valóság szülte jogfejlesztési válságtendenciákat Weber antiformális elemek megjelenéseként, a szabadjogi irányzat fellépése nyomán, ha némiképp absztrakt formában is, de még tudatosította (Kulcsár, 1976: 98–99). Viszont azóta a szervezett kapitalizmus jóléti államainak periódusa, amelyre az áttérés a nagy gazdasági világválsággal kezdődött, s a II. világháború után vált uralkodó berendezkedéssé a fejlett centrum országaiban, nem törte szét sem a racionális jogot, sem a demokratikus kereteket. A redisztribúciós állami beavatkozáshoz a szolgáltatóállam Weber idején elképzelhetetlen új funkciói megteremtették a maguk jogi mozgásformáját, szabályait. Szimptomatikusan az 1973–74-es válságig Nyugaton, a centrumokban ebben a korszakban éltek. Azóta a globális kapitalizmus új kihívás elé állította a nemzetállami berendezkedésre és szabályozási technikákra építő keynesiánus jóléti államokat, a kínálati gazdaságtanra és a monetarizmusra építő gazdaság- és társadalompolitikájával, az államtalanításával (dezetatizáció) és a jogrendszer deregulációjával bizonyos értelemben újra hasonlítani kezd az egykori helyzethez. Ezen helyzet miatt sok minden érvényeset, de sok minden túlhaladottat találhatunk munkássága egészében csakúgy, mint jogracionalizációs teorémájában.

A nyugati racionális állam kialakulási területein meghatározott értelemben tovább folytatódott a *jog materiális tartalmainak egy olyan humanizációja*, amely leginkább a büntetési nemek és a büntetési célok – a megtorlás helyett visszatartás és nevelés – vonatkozásában jelentős. A talió és a testcsonkító büntetések e térségben már Weber korában is ismeretlenek voltak, s hogy e hosszú távon, a „longe durée" álláspontjáról látható fejleménnyel szerzőnk nem foglalkozott, ez talán annak tudható be, hogy a büntetőjog intézményeit és az ezen a területen bekövetkezett fejleményeket jogszociológiája alig-alig érinti,[341] lévén döntően a magánjog és a közjog

[341] Két kivétel: Az ex delicto keresettel, az őseredeti igazságszolgáltatás azon kiindulópontjával, ahol nem vált el a represszió a reparációtól (JSZ: 12) és a büntető igazságszolgáltatás jury bíráskodással egy-

egyéb, nem büntetőjogi területein mozog.[342] Az utóbbi több mint száz évben pedig olyan relatív büntetési teóriák és gyakorlat alakult ki a büntetőjogban, melyek a speciális prevenció és a reszocializáció vonatkozásában juttatnak a korábbiaknál nagyobb szerepet a tettes egyéniségéhez is igazodó nevelésnek[343] – noha ennek anticipálását természetesen nem kérhetjük számon Weberen, mint ahogy annak előrelátását sem, hogy mára az egységesülő Európában a halálbüntetés már nem létezik. Az állam büntető hatalma az emberi méltóság okán (mert az életvédelem materiális érték) és az igazságszolgáltatás csalhatatlanságának dogmájával való szakítás után nem terjedhet ki az élet fizikai kioltására. Mindez megnyilvánulása a jog materiális racionalizációs tendenciájának – de a formálisan racionális eljárások keretei között. Utóbbi követelmény jelentőségét hangsúlyozzunk, mert e nélkül kétségtelenül a varázslat alóli feloldódást megelőző állapotába eshetne vissza a jog. Viszont nem esik vissza azért, mert egy régi kornak, tartalomnak megfelelő formalizmust áttör, ha új formalizmust, intézményesedést, tárgyi jogterületet teremt, védendő materiális tartalmakat általánosít, mint ahogy ez a szociális jogok területén, az információs jogokkal, a környezetvédelmi joggal és a versenyjoggal megtörtént.

A formális racionalizáció körében Weber konstatálta a jogorvoslati rendszer tökéletesedését. Ez a jogalkalmazást érintő fejlemény egészült ki, fejlődött tovább *a jog belső, öntisztító mechanizmusainak a jogalkotásra* való kiterjeszkedésével, amely az alkotmánybíráskodás formájában a jogszabályok alkotmányossági kontrollját intézményesíti. (Tekintettel arra, hogy a kontinens első, önálló intézményként szervezett alkotmánybírósága csak 1920-ban született meg Ausztriában, ezt sem számonkérően, hanem tárgyi súlya okán említjük.) Azt azonban le kell szögeznünk, hogy az alkotmányos normakontroll és az alapjogi bíráskodás *egyaránt jelenti a formális (arra rendelt szerv megfelelő eljárásban, erga omnes hatállyal és kasszatórius jogkörrel) és a materiális racionalizációs fok (az alapjogok katalógusa), a jogrendszer önreflexiójának magasabb fokra jutását*. Olyasmit, ahol a materiális elvek garanciákkal körülhatárolt és eljárási oldaláról szabályozott jelenléte aligha viszi vissza a jogot a varázslat alóli felszabadulást megelőző, önkényes, irracionális jogszolgáltatás állapotába.

---

bekapcsolódó formájával Weber több helyütt is foglalkozik. De csakis saját problémafelvetése szempontjából, s ezért az a laikus jogérzékre, gyakran irracionális érzületre alapozó jogszolgáltatás, a „kádi igazságszolgáltatás" példájaként szerepel (JSZ, 1995: 154, 194, 195).

[342] A jogelméleti, jogfilozófiai irodalomban sem ritkaság az ilyen típusú egyoldalúság. Hiszen például Michel Foucault könyvei (1990, 1994) éppen fordítva, szinte kizárólag a büntetőjog intézményeivel, kérdéseivel, az állami büntetőhatalom kritikai megközelítésével foglalkoznak, úgy, hogy sokszor teljesen észrevétlenül a jog egészére nézve vonnak le általánosító következtetéseket. Megjegyzendő: Foucault-nál gyakoriak a jogtörténetileg legalábbis bizonytalan vagy elnagyolt érvelések, míg Weber tárgyi tudása az említett területeken meghökkentően gazdag.

[343] Felismerve azt, hogy a börtön a visszaeső bűnözővé válás melegágya, alakultak ki a szabadságvesztés körülményeit enyhítő, eltávozásos megoldások.

A hosszú távú jogfejlődés bemutatott tényéből *mégsem deriválhatóak közvetlenül* fejlettségkritériumok. Hiszen a nagyon különböző jogtípusoknak és egyedi jogrendszereknek is nagyon különböző társadalmi, gazdasági, politikai és vallási-kulturális követelményekre kell reagálniuk. Eltérő kihívásokra és nem értékmentesen. A jog-összehasonlító munkáknak ezért mindig az egyik fundamentális problémája az összehasonlítás alapjának megtalálása. Hiszen hogyan lehetne heterogén képződményeket – mondjuk egy vallási jogrendszert – közös alap nélkül összevetni a common law mai formájával, vagy a kontinentális jogfejlődéssel? Ha pedig homogén alapon azt nézzük, hogy miként szolgálja egy jogrendszer saját társadalmának reprodukciós folyamatait, akkor is differenciáltak a válaszok. Bővített újratermelését vagy önmagát azonos szinten megismétlő, konzerváló tendenciáit vagy egyenesen leépülő, regresszív folyamatait segíti-e elő? Ez a három irány lehetséges. *A minősítéshez be kell lépnie a kor és rendszerspecifikus meghatározottságok érvényesítésének*.

Roscoe Pound (1870–1964) a 20. századi jogelméletben azért különösen jelentős, mert jogfejlődési magyarázata mellett a kiterjedt állami beavatkozás (New Deal, 1932) jogrendre tett hatását is felismerte. Munkássága elején megfogalmazta kutatásainak módszertani alaptételét: „A jogrend tartós problémája a stabilitás szükségességének összeegyeztetése a változás kikerülhetetlenségével. A gyakorlatban ezt az összebékítést az eszmék segítségével hajtják végre, amelyekkel való megegyezés felé irányul a jogalkotás és az értelmezés, a bírói jogalkotás és a tudományos fejlődés. Ezek az *eszmék adják meg a változás irányát*. Ezek vezetnek a változásra és irányítják azt, és *ezeket alkalmazzák a múltban alkotott autoritatív anyaghoz*… (és) *ezek azok, amelyeket a jogalkotó, a bíró vagy a jogász ismer, így arra irányulnak, hogy a stabilitást fenntartsák a változás folyamán*" (idézi Kulcsár, 1976: 58). Pound az eszmék szerepének a változások irányát meghatározó természetét úgy fogja fel, hogy szoros kapcsolatot tételez a jogfilozófia *eszméi,* illetőleg a jogrendszer *szabályai* és *intézményei* között. A jogfejlesztés új szükségleteit az adott hely és idő követelményei szerint eszmék formájában fejezik ki, s az intézményesülés mindig a célokhoz kötött funkciók szerint alakul ki. A jogrend létezése és működése gyakorlati probléma. Az eszmék, a természetjog e problémák mögött rejlő szükségletekre reagálnak. Az eszmei mozzanat tehát a pragmatikus szükségletekre és az intézményes, funkcionális megoldásokra vonatkoztatott, a jogrend makro- és mikroszintjén egyaránt. Az ítélkezés szintjén a bíróságok azért és akkor térnek el a jogszabályokban rögzített tiszta jogi tényektől, amiért és amikor erre a relatív természetjog ereje kényszeríti őket. A civilizáció jogi posztulátumainak interpretációjában Jhering érdektana mellett elsősorban Kohler újhegeliánus jogbölcseletére támaszkodik. Pound követhető mintát talált abban, ahogyan Kohler egyfelől a jogot a civilizáció fenntartására és fejlesztésére szolgáló *eszközként,* másfelől a modern természetjogot meghatározott korra és civilizációra vonatkozó jogi követelményeket, posztulátumokat tartalmazó *eszmeként* értelmezi, melyek

alapján helyes érdekmegfontolásokra juthatunk. Mert, mint Kohler írja, a természetjog „mindig a mindenkori kultúrperiódus természetjoga, s ha természetjognak nevezzük, úgy ezen nem azt értjük, hogy az általános emberi természetből származik, *hanem hogy az emberi viszonyok természetéből ered*" (Kulcsár, 1976: 62, kiemelés Sz. P.). Az ekként felfogott természetjog *nem abszolút,* hanem relatív és *gyakorlatias* dolog, amit értékmérőként használva a jogász állást tud foglalni az érdekek elismerésében, megtagadásában vagy korlátozásában. „Kétségtelen, hogy képtelenek vagyunk olyan értékmérőt adni, amely mindenki számára elfogadható és elviselhető, ám ez még nem kötelezhet arra, hogy a jogrendet mindaddig felfüggesszük – és ezzel a társadalmat a korlátlan erőszaknak átengedjük –, amíg e lehetetlen célkitűzés meg nem valósul" (Pound [1942], 1981: 323).

Pound számára a helyes jog mércéje gyakorlatias. A pozitivista, formalista jogászokat a *law in books*, a nyelvileg megfogalmazott szöveg értelme, jelentése foglalkoztatja. Poundot ellenben az élő jog, a *law in action,* az, amely hat a viszonyokra (Pound, 1959: 14). Hogyan lehet két ellentétes jogosultságot összeegyeztetni? Hiszen bár mindkettőre van szabály, összeütközhetnek. Az érdekbeszámításon alapuló kompromisszumkeresés az angol rágalmazási jog példáján mutatja be megoldását. X azon joga, hogy azt írjon vagy mondjon, amit akar, és Y azon joga között, hogy tulajdonát és jellemét ne sérthesse X szabad véleménynyilvánítása, csak keserves kompromisszum képzelhető el. Ez a kompromisszum akkor sikeres, ha lehetővé válik a vita szabadsága, ugyanakkor megóvja az embereket jó hírnevük, tisztességük lerombolásától. A jogosultságok elismerésében és korlátozásában *a szabályozási optimum megtalálásának önértéke van: a lehető legkisebb veszteségek (kötelezések) mellett kell a lehetséges nyereséget (jogosultságokat) megtalálni*. A jogtól függetlenül keletkezett és létező érdekek priorizálását kell tehát a jog gyakorlatában autoritatív technikák révén elismerni. Ezért pragmatikus.

A pragmatikus megoldáskeresések tapasztalata pedig már átvezet a természetjog lelőhelyeihez. Ugyanis a mindennapi élet jogilag releváns szükségleteit kielégítő, történeti értelemben relatív mércék adják meg a választ: a *joggyakorlatban,* a *jogi posztulátumokban* és a *jogtudományi jogfejlesztésben* alakulnak ki a természetjogi értékelésekre alkalmas maximák, követelmények és elvek. A *joggyakorlatban* a *próba–hiba* módszerével, bírói elismerések és elutasítások révén tapasztalatilag határozzák meg, hogy mely elvek alapján szabályozhatók, illetve rendezhetők az ellentétes vagy éppen egymást átfedő érdekek. A jogszolgáltatás jogfejlesztő hatásában az értelem éppúgy szerephez jut, mint a gyakorlat. „A jogászok kidolgozzák az *adott hely és idő civilizált társadalmának megfelelő jogi posztulátumokat*, a viszonyokat és a magatartásokat illető előfeltételeket, és ilyen úton a jogi okfejtés autoritatív kiindulópontjaihoz érkeznek el. *A gyakorlatot ilyen alapon alakítja az értelem, az értelem próbaköve pedig a gyakorlat lesz*. Ezzel az adott hely és idő civilizációja jogi posztulátumainak megfelelő értékeléséhez érkezünk el. Az elismerésre törekvő új igények ezekhez a posztulátumokhoz méretnek" (Pound,

1981: 324).[344] A jogrendnek érdekeket, igényeket, követelményeket kell kielégítenie, a szabályozási optimummal.

A jogrenden kívül, a társadalomban keletkező *eszményeket a jogtudomány adaptálja a jogra* a relatív természetjog összetevőjeként. A jogtudomány jogfejlesztő hatása rendkívül rugalmas eszköz, általában csak hosszú távon fejti ki integratív-adaptív hatását, mivel egy eszme sokszor csak jóval megszületése után válik a relatív természetjog értékmérőjévé.

Roscoe Pound a jogot a saját korában bekövetkezett változások közepette *a társadalmi befolyásolás és ellenőrzés funkcionális eszközeként* fogta fel, s a jogfejlődéssel és a társadalomfejlődéssel együtt vizsgálta. A nagy gazdasági világválságot (1929–1932) követő roosevelti állami intervencionizmus motiválta a „társadalmi mérnökösködés" (social engineering) poundi eszményét, amely a tudatos tervezés eszközével akarta elősegíteni – nem sikertelenül – a társadalmi integrációs folyamatokat (*Social Control Through Law*, 1942). Rámutatott a jogváltoztatás adaptációs mechanizmusaira, melyekben az eszméknek mint a relatív természetjog értékmérőinek kikerülhetetlen szerep jut, mind a jogalkotásban, mind a jogszolgáltatásban és jogtudományt érintően. Nagyon hasonlóan ahhoz, ahogy Otto Kahn-Freund tézise mondja: „a célokat a társadalom határozza meg, az eszközöket a jogi tradíció" (1966: 45). A célok eszmeiségét a természetjog közvetíti, „hajlítja" a jogrend felé, amelyet az a jogi tradíciói felől fogad be és adaptál. Pound és Kahn-Freund megoldásai közel esnek ahhoz, ahogy mi a legitimációt és az ideológiát az egész társadalom berendezkedésére vonatkoztattuk, a természetjogot ellenben a tételes jogra és az egyéb jogintézményekre vonatkozó közvetítő, *legitimáló* (programadó és cselekvést motiváló) – *delegitimáló* (kritikai, engedetlenségre motiváló) funkcióval jellemeztük (lásd 6.2.). Egy jogrendszernek a jogi tradíciók, a jogi kultúra befogadó közegébe kell adaptálnia a társadalom adott fejlettségi fokán keletkező új célokat, reagálni a kihívásokra. Makroszinten a politizációs folyamat eredményeként születő jogal-

[344] Az adott hely (Amerika) és idő (1919 és 1943 között) civilizációjának *jogi posztulátumait* így foglalta össze: „1. Civilizált társadalomban minden embernek biztosnak kell lennie abban, hogy mások nem fogják megtámadni. 2. Az embereknek biztosnak kell lenniük abban, hogy a munkájukkal létrehozott javak fölött, amelyeket a fennálló társadalmi és gazdasági rendnek megfelelően szereztek, rendelkezhetnek, ezeket saját céljaikra fordíthatják. 3. Azok, akikkel érintkeznek, jóhiszeműen fognak eljárni, így: a) az ígéreteikből és magatartásukból folyó okszerű várakozásoknak megfelelően fognak cselekedni; b) vállalkozásaikat a közösség erkölcsi felfogásából eredő várakozásoknak megfelelően fogják végezni; c) megtérítik azokat a károkat, amelyeket olyan szándékos magatartással okoztak, melyek okszerűen nem voltak elvárhatóak az adott körülmények folytán. 4. Az embereknek biztosaknak kell lenniük, hogy mindenki kellő gondosságot tanúsít cselekedetei közben, 5. és azokat a károkat, amelyeket veszélyes üzeme és más dolgai által okozott, megtéríti." (Kulcsár, 1976: 65–66). Kritikusai között vita folyt a posztulátumok abszolút vagy relatív jellegéről. Egyesek ezeket minden jogra jellemző, állandó és ideális értékeknek fogták fel, mások meg éppen az akkori amerikai valóság jogi tükrét látták meg követelményeiben, amelyekhez a társadalom mérnöke az érdekek biztosításához szükséges jogszabályokat és autoritatív kényszerítő apparátusokat hozzárendeli.

kotással, kódexekkel, és mikroszinten a bírói és hatósági jogalkalmazás leleményes eszköztárával. Napjainkra a jogátvétel olyan mértékben nemzetközi jelenséggé vált, hogy a nemzeti jogrendszerek joganyagának jelentős része, olykor akár 80-90%-a másoktól átvett, és már a globalizáció és a regionális integráció (például EU) előtt is ez volt a helyzet (mutatott rá Sajó, 2004: 7). A makroszintű adaptáció igen gyakran tehát recepció, jogátvétel útján valósul meg.

Alapkérdésünk, hogy a *jog miért fejleszt ki és használ adaptációs technikákat? Azért, hogy képes legyen a társadalmi változások követelményeihez igazítani a jogrend stabilitásigényét, a változtatások generálása mellett*. Milyen adaptációs (gyakran egyben jogracionalizációs) fajtákat és formákat ismernek az euroatlanti régióban, túl most már a poundi „hármasságon".

Miután a *büntetőjog* az állami főhatalom szerves részeként a „nullum criemen sine lege" és a „nulla poena sine lege" elvein nyugszik, itt a társadalmi változásokhoz történő adaptációt alapvetően a nemzeti törvényhozó hatalom kell, hogy elvégezze. Kitüntetetten látható ez a bűncselekmény-fogalomnál, amely a tényállásszerű, társadalomra veszélyes és bűnös emberi magatartásokat minősíti. A tényállásszerűségen (formális jogellenességen) olyan emberi cselekményt értünk, amely beleillik valamely *Büntető Törvénykönyv Különös rész*i bűncselekményébe (avagy az *Általános Rész*ben definiált előkészületi, közvetett tettesi vagy részesi [felbujtó, bűnsegéd] törvényi tényállások valamelyikébe).

A továbbiakban támaszkodjunk Czebe András elemzéseire (2020). Megmutatja, hogy a tényállásszerűség ugyan szükséges, de nem elégséges fogalmi ismérve a bűncselekménynek, mert a formális jogellenesség alapján nem lehet megválaszolni azt a kérdést, hogy a jogalkotó miért éppen azokat a cselekményeket nyilvánította bűncselekménynek, amelyek a Btk.-ban szerepelnek, továbbá, hogy miért nem büntetendő minden tényállásszerű és bűnös magatartás? Így megjelent a materiális jogellenesség (társadalomra veszélyesség) fogalma, és vele együtt egy újabb kérdés is: csak büntetendőséget kizáró okra alapozva minősíthetünk egy bűncselekményt nem bűncselekménynek vagy általánosságban is?

A bűncselekmény társadalomra veszélyessége objektív kategória: „Elvileg nem kizárt, hogy a törvényhozó rosszul ismeri fel az egyes cselekmények ilyen tulajdonságát, s a társadalomra valójában nem veszélyes magatartást nyilvánít bűncselekménnyé, vagy ennek ellentéteként, a társadalomra veszélyesnek bűncselekménnyé minősítését mulasztja el. Az objektív kifejezés tehát azt jelöli, hogy a társadalomra veszélyesség ontológiai nem pedig normatív kategória" – idézi Békés Imrétől (1980: 89) Czebe. A társadalomra veszélyesség tartalma az állami, társadalmi viszonyokkal együtt változik, ezért *egyes magatartások társadalomra veszélyessége nő, csökken, illetve megszűnik. A társadalomra veszélyesség ezért a jogalkotás szempontjából a kirminalizáció és dekriminalizáció mércéje*. Objektív, hogy mindig vannak társadalomra veszélyes cselekmények, de a viszonyok változásával ezek megítélése változó, amelyhez a jogalkotás a minősítéseivel adaptáló-

dik.[345] A jogalkalmazásnak pedig a tényállásszerű cselekmények vonatkozásában kell megvizsgálnia, hogy a konkrét cselekmény az adott körülmények között veszélyes-e a társadalomra.[346]

A társadalomra veszélyesség éppen ontológiai jellegének köszönhetően része a bűncselekmény tudományos fogalmának. A jogalkalmazó pedig akár azt is megállapíthatja, hogy egy tényállásszerű magatartás teljes mértékben nélkülözi a társadalomra veszélyességet: „A konkrét ügyben a jogalkalmazó megállapíthatja, hogy már a tényállásszerű cselekmény kifejtésekor teljes egészében hiányzott annak társadalomra veszélyessége, ekkor a tényállásszerű cselekmény nem valósít meg bűncselekményt. Abban az esetben viszont, ha a tényállásszerű cselekmény csupán az elbíráláskor nem veszélyes a társadalomra, és ezért a törvény szerint alkalmazható legkisebb büntetés kiszabása vagy más intézkedés alkalmazása is szükségtelen, az elkövetőt megrovásban kell részesíteni. Ugyanígy kell eljárni, ha az elbíráláskor a tényállásszerű cselekmény csak csekély fokban veszélyes a társadalomra, azaz ebben az esetben is megrovásban kell felszólítani az elkövetőt, hogy a jövőben tartózkodjon bűncselekmény megvalósításától" (Belovics, 2017: 172).

A büntetőjogban tehát a változó viszonyok minősítésében a nemzeti jogalkotó és jogalkalmazó hatalomé a döntő szó. Milyen adaptációs (gyakran egyben jogracionalizációs) fajtákat és formákat ismernek az euroatlanti régióban, ahol egy korlátozott és meghatározott körben (a genocídium, a háborús bűntettek, az emberiesség elleni bűncselekmények és az agresszió elbírálására) mégiscsak kialakult a felelősség megállapítására jogosult állandó nemzetközi büntető bíróság, Hágában (1998). *Statútumát (Statue of the International Court of Justice)*, az Alapokmány mellékletét az ENSZ tagállamai írták alá. Ez nem azonos a nemzetközi bűnügyi együttműködéssel, amely alapvetően az egyes országok közötti kiadatási egyezmények (vagy kérelemre elbírálás) keretei között érvényesülhet, saját joghatóságuk önkéntes alávetésén keresztül. Meg kell jegyezni, hogy itt is egy változó, igazodó mozgás konstatálható, például az államok közötti elkövetési mód alapján beszélnek transznacionális bűncselekményekről is (szervezett bűnözés, kábítószer-ke-

[345] A homoszexualitás vagy a prostitúció utóbbi évtizedekben való megítélése a dekriminalizációhoz vezetett. Angliában Lord Devlin konzervatív főbíró, az erős moralizmus álláspontjáról a közmorálnak erkölcsi károkat okozó magatartásként a jogi büntetés mellett érvelt, míg Herbert Hart se kárt nem látott ezekben a magatartásokban, se pedig azt, hogy a privát erkölcsöket valaminő láthatatlan szálak kötnék a közerkölcsökhöz. A társadalmi, orvosi és tudományos viták a jogpolitikában a prostitúció dekriminalizálásához vezettek Angliában 1967-ben (lásd Bretter Zoltán, 2004), nálunk a rendszerváltás után. Az órák itt másképp járnak.

[346] Egy se magyarul, se angolul nem tudó albán állampolgár a ferihegyi reptéren nem jelentette be a nála lévő, csekély mennyiségű devizát. Tényállásszerű, formálisan jogellenes magatartását mégsem követte vádemelés az ügyészség részéről, mert a legfőbb ügyész saját hatáskörébe megszüntette az eljárást, éppen a cselekmény csekély társadalomra veszélyessége miatt.

reskedelem), anélkül hogy beletartoznának a nemzetközi bűncselekmények már kidolgozott fogalmába.[347]

A *közigazgatás* hatalmas területét már messzemenően nem jellemzi a büntetőjoghoz hasonló jogforrási-törvényi szintű kötöttség. Azonban az ahány ország, ahány állam, annyiféle közigazgatás helyzete miatt itt nehéz volna a közhatalom igazgatási gyakorlatainak jogi szerepét és alkalmazkodását akárcsak némiképp is generalizálni. Ez inkább állam- és közigazgatáselméleti – mint például az outsourcing vagy a New Public Management vagy a Public Privet Partnership néhány évtizede jellemzővé vált gyakorlata –, semmint jogtudományi problematika.[348] Ahol az összehasonlító jogtudományra nagyobb mértékben lehet támaszkodnunk, az a *magánjog*, illetőleg az újfent magánjogiasodó *munkajog* területe. A globális gazdaság pedig – a nemzeti területiumoktól függetlenedő termelési, kereskedelmi, logisztikai-értékesítési tevékenységek következtében – a gazdasági és kereskedelmi jogban produkálja talán a legintenzívebb alkalmazkodást. Utóbbi területeket egy *korszakváltásos adaptáció* keretébe ágyazva jellemezhetjük.

8.3. AZ ADAPTÁCIÓ FORMÁI ÉS ESZKÖZEI

A jogfejlődés átfogó fogalmát tehát *aktív adaptációként* fogjuk fel. Azért, mert eltérően az élő szervezet környezethez való alkalmazkodásának evolúciós mechaniz-

[347] A nemzetközi büntetőjog fogalmáról, és a nemzetközi büntetőjog és a nemzetközi bűnügyi együttműködés elhatárolásáról (15.2.1. továbbá a nemzetközi bűncselekmény fogalmáról (15.2.1.2.) szóló bonyolult kapcsolatokat lásd alapirodalomként: Belovics–Békés–Busch–Domonkos–Gellér–Margitán–Molnár–Sinku: *Büntetőjog*. Általános rész. 5. kiadás, HVG–Orac, 2014.

[348] A kiszervezések gyakorlata közigazgatási oldalról történik, hiszen a közfeladatot ellátó igazgatás ad át szükségletkielégítő tevékenységeket a magánszektornak, miáltal átlép a folyamat a magánjogi szerződések világába. Aligha egyedi, sokkal inkább paradigmatikus esetet ír le egy német szerzőpár. Az 1990-es évek végén egy USA-beli konszern, a Bechtel leányvállalata az Augas del Tunari megszerezte Bolívia harmadik legnagyobb városának, Cochabambának a vízszolgáltató jogát. „Az erősen megemelt vízárak miatt erőteljes tiltakozó akcióba kezdett a lakósság. Heves összecsapások után… kivételes állapotot vezetett be a bolíviai kormány. 2000 áprilisában az Augas del Tunari kénytelen volt kiszállni az üzletből. Ezután a cég, amelyet épp a bolíviai vízellátás céljából alapítottak, beperelte a Bolíviai Köztársaságot az International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) előtt. És 25 millió USA dollárt követelt az elmaradt nyereségért." 2003-ban a ICSID, amely a *Világbank egyik leányszervezete*, elutasította a civil szervezetek azon követelését, hogy Augas del Tunari és a Bolívia közötti tárgyalások dokumentumait közzé tegyék. Így egy olyan jogvita, amelyet ICSID szakértői kollégiuma tárgyal, hiába érinti mélyen a tiltakozó bolíviai lakosságot, a nyilvánosságtól elzártan történhet. A világgazdaság nemzetek feletti intézményei oldanak meg vitás kérdéseket államok és/vagy transznacionális cégek között, kiüresítve ezzel a jogállami megoldásokat, úgy, hogy a közvetlenül érintett népesség és a szélesebb közvélemény előtt mindez észrevétlen maradjon. A világgazdaság hatalmi centrumának intézményei gyakorta olyan (felség)jogokat gyakorolnak, amelyek fontosabbak az emberek életére, mint a nemzeti parlamentek törvényhozása (Flossmann–Piringer, 2004: 100–101).

musaitól, ahol a faj túlélése a végső mérce, a társadalmi létben ez előfeltétel, de nem lehet mérce. Itt a társadalom – nem tudattalanul – hanem érdekektől és céloktól vezetve, szelektálóan viszonyul „második természetéhez", elődeitől kapott környezetéhez.[349] Ahogyan a jogrendszer is intenzív kölcsönhatások közepette szelektíven viszonyul társadalmi, gazdasági, kulturális környezetéhez. A fennálló szabályok interpretálása vagy a bíró alkotta jog is adaptációs eszköz. A tudatos viszonyulás jellemzője miatt kell az aktív, minősítő jelző, az adaptáció mellé. Ez pedig mikroszinten – egyetlen jogintézmény, vagy egy jogterület szintjén[350] vagy jogági-jogterületi

[349] Blaise Pascal a szokást tekintette az ember második természetének. Mi az egyes ember mellett történetileg kibomló társadalmi létet.

[350] A hatósági jogalkalmazás választójogi területéről vett példán demonstrálnánk egyfelől a jogalkalmazás joghézag kitöltésére alkalmas mivoltát, ha tetszik a szabályok adekvát megmanipulálását, tehát aktív adaptációját, ami másfelől jogalkalmazói jogalkotást is eredményezhet. Az országos népszavazási kezdeményezések minősítését az Országos Választási Bizottságnak hatósági jogalkalmazói jogkörében eljárva kell hitelesítenie vagy kizáró ok áll fennállásakor ezt megtagadnia. Egészen addig nem is volt probléma ezen alkotmányos alapjog gyakorlásával, ameddig jóhiszemű és észszerű kérdések érkeztek az elbíráló szervekhez. (A 2002 és 2005 közötti négy évben évi átlagban 20 kérdés, amit 2006-ban 48 követett. Az ezt követő, a köznyelvben találóan „népszavazási cunaminak" elnevezett periódusban, itt nem tárgyalható okokból 2007-ben 385, majd 2008-ban majdnem 500 kérdés érkezett.) Mit tegyen a jogalkalmazó, amikor a rendes kérdések tucatjai mellett azzal szembesül, hogy egyetlen napon ugyanaz a beadványozó 25, 47, majd 200 kérdést ad be, melyek vagy komolytalanok, vagy abszurdak (erre példáinkat lásd 7.2.9. 1-nél) és ráadásul copy-s technikával, egyetlen tényező megváltoztatásával készülnek? A szigorú jog szerint a jogalkalmazó testületnek egyenként megtárgyalva és értékelve, *egyenként kellene hatósági határozatot hozni a kérdésekről*, amelyeket a Magyar Közlönyben kell közzé tenni és a határozattal szemben jogorvoslatért az Alkotmánybírósághoz lehet fordulni. Se az ügyek összevonására, se pedig a közigazgatási jogban ismert hasonló problémára – az úgynevezett sajtpapírbeadványok „érdemi elbírálásra alkalmatlannak" minősítésére – nem adott lehetőséget a hatályos joganyag. A közigazgatási jogi analógia alkalmazásának közvetlen lehetőségét kizárta, hogy a választási eljárási jog (1997. évi C. törvény, Ve.) szempontjából a közigazgatási eljárás nem minősült háttér jogszabálynak, azért, mert a Ve. a 44. § (2) bekezdésében más kérdésnél ezt megnevezte (és ezzel explicit felhatalmazást kívánt meg). Vajon azonosan kell-e elbírálni a népszavazás rendeltetésével összhangban álló kezdeményezéseket azokkal, amelyek komolytalanok, hátráltatják a normális kezdeményezések elbírálását és lejáratja az eljáró szervek (OVB és AB) és a hivatalos lap tekintélyét? Ez volta a gyakorlat által felvetett dilemma, amelynek *megoldásához jogalap nem állt rendelkezésre*. Az érvényben lévő jogszabályokból mégis el lehetett jutni az „érdemi elbírálásra alkalmatlan" minősítéshez, de csak a jogalkalmazó által alkotott joggal, az általa bevezetett új mértékkel. Ugyanis az 1998. évi III. népszavazási törvény *preambuluma, amely fogalmilag tisztázza a népszavazás alkotmányos rendeltetését* és a Ve. 3. § d) pontja, amely *alapelvként a jóhiszemű és rendeltetésszerű joggyakorlás követelményét állítja fel, következésképp tiltja a joggal való visszaélést (rendeltetésellenes joggyakorlást),* megalapozza e minősítést. A testület a preambulumot („az ország sorsát érintő legfontosabb ügyek eldöntésében, illetőleg a képviselői döntések befolyásolásában vagy megváltoztatásában a nép közvetlenül, szavazás útján is részt vehessen") a törvény részének tekintette, amit egyébként az AB is így fogott fel, rámutatva, hogy egy kérdésnek összeegyeztethetőnek kell lennie a népszavazás alkotmányos funkciójával, melyet a preambuluma tartalmaz (75/2009. (VII. 10.) AB határozat). A preambulum jogtárgyharmonikus (teleologikus) jogértelmezése és az eljárási törvény joggal való visszaélés tilalma együttes követelményének *származtatott jogalapként való újító alkalmazásából* le lehetett vezetni az e körbe tartozó kérdések ér-

mezoszinten[351] – is lehet aktív adaptáció, nem csak a tervezett jogalkotás makroszintjén. A jogalkotás mindennapi formáival, az érdekharmonizációval és politikai közvetítettségével már foglalkoztunk a korábbiakban. A *korszakváltások* és a *forradalmi jogalkotások jogképző ereje* tekinthető a joganyag és tartalmai legnagyobb mérvű cseréjének. Ha adaptáció csak passzív alkalmazkodás volna, akkor csupán visszfénye lehetne a társadalmi és gazdasági folyamatoknak. Lenyomata, tükre, amelyben ugyanazt pillanthatjuk meg, legfeljebb speciális, normatíve szelektált nézőpontból, amit a tükrön kívüli világ is mutat, éspedig komplexebben. A jog mindig homogenizálja, egynemű közegbe írja át és ezzel saját szempont- és kritériumrendszere szerint – önreferenciálisan – redukálja a komplex viszonyokat. Éppen ennek következtében válik alkalmassá a társadalmi konfliktusok feloldására és az érintkezési viszonyok szabályozására. Mivel funkcióinak ellátásán keresztül a társadalmi alapviszonyok reprodukciós színvonalát és minőségét a jog jelentős mértékben befolyásolhatja – éppen belső értéktartalmainak, a jogbiztonságnak, törvényességnek, alkotmányosságnak és ezek összetevőinek a kibontakoztatásával –, továbbá új intézményeket teremthet a szabályozás erejével és magatartásminták bevezetésével-elterjesztésével, ezért nem pusztán adaptáció, hanem *aktív adaptáció a jogfejlődés*. Ha nem, vagy nem sajátlagosan reagálna a jog külső környezetének, változó társadalmi viszonyainak kihívásaira, például a modernizációs vagy éppen a globalizációs folyamat kihívásaira, akkor a jogfejlesztés válsága alakulna ki. Ez pedig a jog tehetetlensége-inadekvátsága révén regresszíve befolyásolná az újratermelési folyamatokat. Ezzel szemben, ha megtalálja a környezeti kihívásokra az előremutató válaszokat, akkor bővítetten és differenciáltabban bontakozhatnak ki a gazdaságban, a társadalom életében, de a kultúrában is a modernizációs folyamatok. A jogalkotás teljesítményei mellett a bírói jogalkalmazás és jogfejlesztés lehetőségeit, de a jogtudomány teljesítményeit is ezen a mértéken lehet helyesen megítélni. Eörsi megfogalmazásában: „Világos, tiszta, de a bírói jogfejlesztésnek teret engedő kódexek és ezek viszonylag tág keretein belül egységes, következetes és követhető bírósági gyakorlat – ez a korszerű" (1975: 25). Ma is. Ahogyan ezt a magyar jogelméleti irodalom is behatóan taglalta. Így a kodifikáció négy alaptípusát Varga Csaba monográfiája (1979, 2. bőv. kiadás 2002) jellemzi, megkülönböztetve a prekapitalista, a felvilágosult abszolutista, a klasszikus polgári átalakulást szolgáló és szocialista rendszerek kodifikációs teljesítményeit, a híres nemzeti kódexek és az elvetélt törekvések analízise

demi elbírálásra alkalmatlannak minősítését. Konklúzió: az élet által újonnan felvetett jogalkalmazási problémákra nem kell a törvényhozóra várni, *ha a jogrendből levezethető újító jogalkalmazói jogalkotással általánosító érvényűen meg lehet* oldani azokat. Ez persze a *ratio iuris* győzelme egy ius strictum szövegpozitivista olvasat irracionalitásával szemben.

[351] Ilyen mezoszintű, választójogi elemzést végeztünk a magyar választási rendszer 1989–2010 közötti kétfordulós, háromcsatornás berendezkedésének az azt követő új, egyfordulós–kétcsatornás rendszerre való reformjának elemzéseként (A magyar választási rendszer átalakítása – összehasonlító perspektívában. *Jogtudományi Közlöny* 2014/2., 82–92).

mellett. A kódexek dialektikus záró és korszakot nyitó szerepe a jogfejlődésben egyaránt tetten érhető, eleget téve a korszerűségi követelménynek. A „jogászjog" hívei persze szívesen beszélnek – a tényektől elvonatkoztatva – a kodifikált jog végéről.

Persze a jogcsoportok szintjén már gazdagok az ugyanazon jogtípushoz tartozó változatok. A legmarkánsabbakat felidézve: a *korai*, osztálykompromisszumos polgári forradalom joga (common law), a *következetes* polgári forradalom joga, a napóleoni kodifikációval és hatásával (a francia jog), a *megkésett* polgárosodás jogcsaládját képzőek (német-osztrák jog és általában a kelet-európai országok, így Magyarország is jellemzően e jogcsaládba tartozott). A számottevő feudális előzményeket nélkülöző, a common law-t 1787-től az írott alkotmányokkal recipiáló amerikai jog vagy a monopolkapitalista fázist mellőző, befelé demokratikus paraszti társadalom svájci jog a maga híres ZGB-jével – olyan *különös képződményei az általában vett polgári társadalmak jogfejlődésének,* amelyeket nemcsak a nemzeti történelem, hanem az erős jogi-kulturális tradíciók és a recepciós hatások formáltak különössé. Ahogyan az európai regionális integráció megteremtette saját, unikális uniós jogát.

Saját jogelméleti jogfejlődés magyarázatunkban méltán támaszkodhatunk az összehasonlító jogász Eörsi Gyulára (1975, IX. fejezet) és a jogszociológus Kulcsár Kálmánra (1989: 55–72 és 119–140), mert mindketten érvényesítettek felfogásukban jogelméleti, általánosító szempontokat szűkebb problématartományaik vizsgálatában. Átfogóan spontán, tudatos és kényszeredett – adaptációs *formákról* beszélhetünk. Az adaptáció *eszköztára* pedig szinte kimeríthetetlenül gazdag, a jogtalálási leleményektől a kényszerek formáin át a jogszabályok-jogtételek átértelmezésétől a jog megkettőzéséig (generálklauzulákkal vagy éppen a szakjogok alkotmányosság felőli értelmezésével, átértelmezésével), a jog perifériára szorításától vagy megkerülésétől egészen a jogrendszer manipulálásáig terjed.[352]

A *spontán alkalmazkodás* elsősorban a bírói jogtalálás leleményeiben, a bíró alkotta jog megnyilvánulásaiban érhető tetten, amikor beleértelmezési és egyéb interpretációs technikákkal kerüli el a bíró a jogi válsághelyzeteket, vagy oldja meg

[352] El jeito: a brazil jogi szubkultúra kedvence, trükkök, rejtett technikák, amelyekkel lehetségessé teszik a lehetetlent, igazságossá az igazságtalant, jogossá a jogellenest. A normák ellenére – contra legem – megoldják a problémákat. Persze nem csak brazil jelenségről van szó. Vegyünk egy hazait: egy közös tulajdonban lévő cégnél annak érdekében készítenek visszadátumozott jegyzőkönyvet, hogy a fenntarthassák a cég működőképességét, az egyik tulajdonos váratlan elhunyta következtében létrejött működésképtelenség elhárítása végett. Ugyanis aláírási joga csak az elhunytnak volt, az örökösödési vagyonmegosztás pedig hónapokat vett volna igénybe, ergo visszadátumozott közgyűlési határozattal lehetett kezelni a helyzetet, érdeksérelem nélkül, de „apró" okirathamisítás révén. El jeito, amikor az ügyvéd fiktív jegyzőkönyvet készít; amikor a tisztviselő agronómussá minősít egy orvost a bevándorlási hivatalban, mert az orvosi kvóta már betelt. Az iszlám jogban a kamatszedés tilalmát úgy játsszák ki, hogy előre, a szerződéskötéskor már a kamattal megterhelt tartozási összeget írják be teljesítendőként. A kontinentális jogcsaládban – in fraudem legis – a joszabály megkerülésének eseteiről van szó. A *jogygyakorlatban tömegesen előforduló* – ám többnyire leleplezetlenül maradó – kis trükkjeiről a jogelmélet alig-alig vesz tudomást.

a joghézag kitöltését, vagy éppen annak valaminő célból történő mesterséges megkreálását. A jogszabály manipulációja szövegének érintése nélkül, rejtett technikák alkalmazásával is végbe mehet – jogászi formalizmusok igénybevételével, vagy analógia alkalmazásával.[353] A jogértelmezés jelentőségére láttunk már szép számmal előremutató, de roppant kétséges megoldásokat is a nehéz eseteket tipizáló részben (7.2.9.). De az élet által kitermelt normativitás, a kereskedelmi vagy egyéb területeken kialakult praktikus mintázatok, a „szokásosság" jogiasítása (elismerése a jogalkotó vagy a bíró révén) többször tárgyalt összefüggése is e körbe is tartozik.

A *kényszeredett adaptáció* elsősorban geopolitikai vagy gazdasági körülmények nyomására áll elő, lehet ez egy alkotmány elfogadása oktroj útján, de egy hosszabb szakaszban végbement kényszerű alkalmazkodási periódus is. A jog átvételének társadalmi-történeti kontextusában Kulcsár Kálmán – támaszkodva az *acculturation juridique* elsősorban Jean Carbonnier jogszociológus (1972, 166–175) kidolgozta fogalmára,[354] két típust különböztet meg. Az egyik „a jognak a kulturális érintkezéssel, a kulturális elemek terjedésével együttes átvétele, amidőn a *jog a kultúra egyik elemeként*, más elemekkel együttesen, azokhoz kapcsolódva honosodik meg (jelöljük ezt: A); illetőleg a társadalomnak *a külső környezethez való alkalmazkodási kényszeréből adódó recepció,* amidőn a fogadó társadalom politikai-gazdasági tényezők, esetleg hódítás következtében kényszerül adaptációra, és ezzel külső jogi szabályozás átvételére vagy követésére" (B) (Kulcsár, 1989: 120). Mindkét típust – a kikényszerítettet és a kulturális kontextusút – egyaránt a centrum–periféria függési viszonya magyarázza. „Az első esetben a centrum kulturális hatása kifejezett, amelyet a gazdasági viszonyok alakulása is alátámaszt, míg a másodikban a centrum gazdasági és politikai erejéből, esetleg terjeszkedéséből következő kényszer az, amely a periférián lévő társadalomból az alkalmazkodást kiváltja" (Kulcsár, uo.). A 16. századtól a világrendszerbeli egyetemes érintkezést pedig az elmúlt fél évszázad globalizációvá fokozta. Látni fogjuk ennek jelentőségét a „globális szabadjog" kialakulásával.

Tiszta (B) forma az imperialista gyarmatosítás, amikor külső erők erős oktrojjaként kerül sor jogátvételre. Itt a gyarmattartó joga dominál, noha uralma fenntartá-

[353] Nevezetes jogtörténeti példa erejével szólva: ha a kancellárnak megtiltják – mint ez a II. westminsteri statútumban 1285-ben történt Angliában –, hogy új writet bocsáthasson ki, akkor ezzel a formális tiltással terelték a meglévő writek tartalmi gazdagodása felé a királyi bíróságok jogszolgáltatását, hiszen az újonnan fellépő igényeket kellett beleértelmezni a meglévő keresetek zárt készletébe. Korlátozott számú kereseti forma között kellett tehát az új igények érvényesítésének utat törni. Fejlődésről itt a jogi eszköztár differenciálódása, gazdagodása értelmében beszélhetünk (bár a királyi és a bárók közötti bírói hatalom hatásköri megosztása, egykor minden bizonnyal, a jogtechnikánál is fontosabb kérdés volt).

[354] Olyan recepció, amely túl a jogpozitivista elemek átvételén, magában foglalja a joggal kapcsolatos *szociológiai, kulturális, pszichológiai összetevők illeszkedését*. Tehát a jog változása mellett a jogi kultúra változásait is.

sa érdekében is akceptál tradicionális elemeket vagy helyi jogszokásokat.[355] Ahogy Talleyrand mondotta: „Szuronyokkal sok mindent lehet csinálni, de tartósan rajtuk ülni nem lehet". Oktroj volt a magyar történelemben a bukott szabadságharc után I. Ferenc József császári pátensével az olmützi alkotmány reánk kényszerítése, amely kényszerítően tért vissza az első független, parlamentnek felelős kormány szuverenitásától a monarchikus legitimitáshoz (B). Azonban kényszeredettek lehetnek a finomabb megoldások is. Így Kanada jogi helyzete A és B típus együttes hatására „soft" eset volt, éspedig 1867-től egészen az alkotmány 20. század végi „hazahozataláig". A „Kanada szövetségi államberendezkedését kialakító British North America Act (BNA, 1867) eredetileg és jogi értelemben nem alkotmány, hanem birodalmi törvény volt, ami felett a jogforrási hierarchiában ott állt a brit történeti alkotmány. Az ország politikai értelemben a westminsteri megállapodás nyomán 1931-ben lett nemzetközileg elismert, önálló állam. Jogi értelemben viszont még ekkor sem volt az" (Paksy, 2014: 205). Egészen 1982-ig.

Kettős, keleti és nyugati külkereskedelmi kapcsolatrendszerének következtében *Magyarország* a hatvanas évek derekától egészen 1990-ig, helyesen – jól felfogott modernizációs szükségletei miatt – alkalmazkodott az Európai Közösségek olyan kereskedelmi és vámjogi szabályához, amelyek nélkül csak alacsonyabb szinten tudta volna kielégíteni gazdaságának fejlesztési igényeit (miközben politikailag 1955 óta tagja volt a KGST-országok szövetségének) – előző országhoz hasonlóan. Mindez A és B tényezők együttes jelenlétét mutatja.

Az adaptáció *aktív formája a programozott jogalkotás és jogátvétel*, a tudatos jogfejlesztés. Minden recepció adaptáció is egyben, de az adaptáció a szélesebb jelenségkör, mert külső hatások nélkül, autochton módon is lejátszódhat egy adott társadalom jogrendszerében. A recepció feltételezi a külső mintaadást. Kvantitatív oldalát tekintve a jogátvétel olyan mértékben nemzetközi jelenséggé vált, hogy a nemzeti jogrendszerek joganyagának jelentős része olykor akár 80-90%-ában másoktól átvett (mutatott rá Sajó, 2004: 7). Eörsi a recepció legmélyebben fekvő okaként *a fennálló jog adaptációs energiáinak kimerülését tartja,* ilyenkor ugyanis a *jogot újjá kell alakítani*. Akár forradalmi úton, mint Franciaországban a napóleoni kodifikációval, akár recepcióval (1975: 533).

[355] Az indiai brit uralom végére kikristályosodott elveket egy nem elfogulatlan szemlélő, Lord Wright, a Privy Council bírája ekként foglalta össze: „A brit kormány politikája ebben és más vonatkozásban a bennszülött jog és szokások felhasználása az ország igazgatásának céljaira oly mértékben, ahogyan az lehetséges és amennyiben nem módosítja vagy függeszti fel őket törvény, illetőleg rendelet… A brit kormány által létesített bíróságoknak kötelességük ezeknek a bennszülött jogszabályoknak és szokásoknak, mint az ország jogrendszere részének kikényszerítése, amennyiben nem barbár jellegűek" (idézi Kulcsár, 1989: 125). Világos példa a jog megkettőződésére, egyfelől brit törvények, rendeletek, másfelől bennszülött jogok és szokások együtt élő jogrétegére, ahol egyfelől „persze" a gyarmattartó minősíti a kettő viszonyát, másfelől dönti el az értékmércét: a barbár vagy nem barbár jelleget. (Ennyit a szövegpozitivista jogszabályértelmezés „immanens" érvényességéről.)

Az önként átvett joganyagnak a nemzeti jogrend jogdogmatikai és jogtechnikai közegébe kell illeszkednie, ami bizony nehézségekkel is járhat.[356] Szélsőséges esetben, nagyfokú közegidegenség esetén, az immunbiológiai reakcióhoz hasonlóan ki is dobhatja magából az idegen, szervesülni nem képes joganyagot. A nem lefordítható terminológiákra, a még nem létező jogi konstrukciókra és a dogmatika szemantikai mélyrétegeire gondolva komoly lelemény szükséges a nemzeti jogalkotó hatóságok részéről, hogy az átvétel szerves és ne szervetlen recepcióhoz vezessen. Utóbbi, kedvezőtlen esetben vagy papírjogot gyártanak, és ezt a jogalkalmazás hiányában válik redundánssá, vagy veti ki magából a belső jogrend. Akár pedig az alkotmányossági vizsgálat próbáján is fennakadhat és megsemmisítésre kerülhet az elhamarkodott, szervesülni nem képes, mert inkoherens szabályanyag, rendelkezések. Nyilván nem ez a sorsa annak a tömérdek, sokszor csak technikai jellegű normának, standardoknak az átvételével, amelyekre a jogharmonizációs folyamatban azért kell, hogy sor kerüljön, hogy az Európai Unió tagállamai (vagy éppen csatlakozni szándékozó városmányosai) hatékonyan érintkezni, cserélni, kommunikálni tudjanak egymással.

A recepció elmosódott határai következtében kevéssé definiálható fogalmának minimális követelménye, hogy „az egyik jog egy nagyobb jogterületen áthassa a másik jogot" (Eörsi, 1975: 532). *Szerves* a recepció, ha „a recipiens társadalmi-gazdasági berendezkedésének nagyjából megfelelő jogot recipiálnak", *szervetlen*,[357] ha nagy a távolság a recipiens társadalom és a recipiált jog honi társadalma között (Eörsi, 1975: 24). A szervetlen recepció mérsékelt válfajának tekinthetjük azt az állapotot, amelyen a *jog belső koherenciája törik meg*.[358] Akár úgy, hogy hatályon kí-

[356] Sárközy Tamás arra mutatott rá, hogy tőkepiaci törvényünk az egyik jellegzetes terméke az angol-amerikai jogi gondolkodásnak, amely multinacionális könyvvizsgáló cégek és ügyvédi irodák révén, az értékpapírjogon, számviteli jogon és a bankjogon keresztül hatoltak be a magyar jogba. Míg a konszernjogunkban az angol-amerikai take over – vállalatfelvásárlási – rendszert adaptáltuk, addig a Gt. a német „elismert vállalatcsoport" intézményét kodifikálta. „Így a magyar gazdasági jogban egyszerre van jelen a vállalatfelvásárlást megelőzni-meggátolni kívánó angol-amerikai szemlélet (offenzív konszernjog) a német típusú, a kisrészvényes és hitelezővédelmi méltányos érdekeket kiegészíteni kívánó szemlélettel (defenzív konszernjog)" (Sárközy, 2007: 604). Ezt tekinthetjük a *vegyes átvétel* módozatának.

[357] Közismert példák a *szerves* recepcióra: *jogrendszer szinten*a római jog recepciója az európai kontinens bizonyos területein; *jogági* nívón a *Code civil* recepciója Belgiumban. *Intézményi* szinten: az alkotmánybíráskodás bevezetése Magyarországon 1990-től, mivel voltak előzményei, előfeltételei: így az Alkotmányjogi Tanács „zsengéje" 1985-től és jogalkotási törvény (1987. évi XI. tv.), amely 2010-ig hatályban volt (Vastagh, 2019). A *szervetlenre*: az európai jogok recepciója Ázsiában, Afrikában, Latin-Amerika bizonyos országaiban (Kulcsár Kálmán átfogó részletességgel elemzi, A modernizáció és a „harmadik világ". In *A modernizáció és a jog.* KJK, 1989, 55–72).

[358] Ilyennek írja le büntetőjogunk ezredforduló utáni állapotainak egyes vonatkozásait Nagy Ferenc: „Tény, hogy a nemzetközi kötelezettségek egyre nagyobb »nyomást gyakorolnak« büntetőjogunkra, ez azonban nem jelentheti annak az eddig követett gyakorlatnak a folytatását, hogy a nemzetközi egyezményekből szóról szóra, a meglévő szabályozás rendszerére tekintet nélkül átveszünk gyökérte-

vül kell helyezni, akár úgy, hogy jelentősen módosítani szükséges. A *jogátvétel* és a *jogközelítés*[359] sohasem jelenti azt, hogy a hazai jogba beépült megoldások pontosan ugyanúgy működnének, mint ahogy ez a mintát adó helyen történt, mert már a szaknyelvi közegbe történő átvétel, az eltérő jogdogmatikai és jogtechnikai hagyományok is kihatnak a jog alakulására. Egy gazdasági közösség működéséhez azonban a céloknak és a várt jogi eredményeknek azonosaknak kell lenniük, akkor is, ha a hozzávezető út, nemzeti jogi technika és kultúra igen különböző lehet. A szerves recepció azonban a megbízható alkalmazhatóság (jogbiztonság) és tartósság mellett aktív adaptáció, jogfejlesztés, amely az előzőeken túlmenően egészen az uniós joggal való *kölcsönhatásig* terjedhet.

8.3.1. Jogmegkettőződés – jogi pluralizmus és a régi és új harca a jogfejlődésben

A jogi pluralizmus nem azt a konvencionális jelentést hordozza, és nem is akkor érdekes elméleti problémaként, amikor pusztán több jogágat vagy jogréteget vagy jogintézményeket értenek rajta. Ez még a hagyományos, patriarchális vagy feudális viszonyok között is így van, hát még akkor, amikor ezek a tradicionális elemek modern, polgári elemekkel élnek együtt, helyi szokásjogként. Hanem akkor, amikor *vagy* a jogrend monista felfogásának tarthatóságát kérdőjelezi meg a pluralizmus az élő jog felől, *vagy* pedig a jogfejlődésben a régi mellé lerakódó újnak, a jogfejlesztésnek a normálformáját adja. Az élő jog pluralitása a jogpozitivizmus monista felfogásával szemben a jogrend kiszélesedését jelenti. J. Carbonnier behatárolását felidézve, biztos, hogy a jogrend szélesebb, mint a tételes jog (és – teszem hozzá – az azzal indokolt döntések), de szükségképpen szűkebb, mint a társadalmi kapcsolatok, viszonylatok összessége. Emlékeztetve: ezért nem mehetünk el H. Sumner *Folkswayséig*, mert akkor elhagyva a jog területét, tisztán társadalmi normák világához jutnánk. A jogi antropológia, etnológia és a jogszociológia érdeklődési területére – némiképp túl a jogelméleten.[360] A kiszélesedett, pluralizálódó jogrend tehát ekkor leginkább jogszociológiai, jogi antropológiai relevanciával bír, ami nem akadálya, hanem egyenesen indoka volt annak, hogy a normakontinuum-elméletre alapozhassuk az azonosságon túli különbözőséget (lásd *A normativitás szociologikuma* című III. fejezetünkben). Eltérően attól, amikor a pluralizálódás bizonyos, sokasodó-felhalmozódó elemei úgy kettőzik meg a jogot, hogy nem kerülnek szembe – törvényt rontó szokásjogként – a pozitív jogrenddel, hanem legitim és legális,

---

len tényállás-megfogalmazásokat, és alkalmazhatatlanná ziláljuk büntetőjogunk meglévő rendszerét" (Nagy, 2007: 463).

[359] A briteket 1973-tól egészen a brexitig (2020) befolyásolta e fejlemény, amelyet némiképp erőteljesebb terminológiával „implantation"-nek neveztek.

[360] Hatalmas irodalmat ismerve és kritikailag összehasonlítva-kommentálva tárta fel Kulcsár Kálmán *A modernizáció és a jog*ban (1989) a jogszociológiai szempontú problematikát.

megkettőződött együttéléssé válnak: ilyenné vált a világi jog és a kánonjog a pápaság és a császárság hosszú harcának lezárultával, az állam és az egyház elválasztásával; a common law az equityvel, a római jog recepciója Németországban, Olaszországban vagy a Dél-Franciaországban; a magánjog és a kereskedelmi jog együttélése nálunk és másutt; a huszonhetek nemzeti jogrendjei az EU jogával. Ekkor tehát a jogmegkettőződés nemcsak állapot, nemcsak leírás, hanem az új jog egysége felé mutató és törekvő átmenet is. Ennek az új minőségű jog felé mutató mozgásnak a hiányában a jogintézmények, jogrétegek, jogterületek sokasodása, pluralizálódása „csak" a jogrend bővülését, elemeinek közvetlen-közvetett állami elismerésével a jogrendszer minőségének állandóságát nem kérdőjelezik meg.

Ilyen módon fordulunk rá a dominánsan jogelméleti nézőpontú jogfejlődési utak problematikájára. A jogfejlődés háromszakaszos, dialektikus felfogását Eörsi Gyula dolgozta ki már többször hasznosított, összehasonlító jogi opus magnumában (1975: 106–107). A jogi újítások először mindig a régi, még uralkodó jogrend keretein belül jelennek meg (leszámítva a forradalmi, egy régi rend álláspontjáról illegitim jogképződés esetét, amely rögvest új alapról és dinamikával indítja el a jogi változtatásokat). A *régiben megjelenő új* momentumok is több szinten, mikro-, mezo- és makroszinteken léphetnek fel, megfelelően a jogértelmezési és adaptációs technikáknak. A szövegek manipulálása, kiterjesztő vagy éppen a fennálló jogot kikerülő, in fraudem legis technikák egyaránt szóba jönnek. A jogalkalmazói jogfejlesztés mellett az alkotmánybíráskodás is újíthat, alapjogokra vonatkozó jogértelmezéseivel vagy éppen a jogalkotó mulasztásos alkotmányellenességének megállapításával, tehát jogalkotásra kötelezésével. Egyes valóban új intézmények megjelenése sem változtatja meg önmagában a régi uralmát.

A jogfejlődés második szakaszát a *jogmegkettőződés jelensége* kíséri: a régi mellé lerakódnak az új jogrendet hordozó elemek, szabályok, intézményes megoldások. Mindenképpen kulcsfontosságú területeket érintenek ezek a változtatások, alkotmányt, gazdasági alapintézményeket, s tudatosabb törekvések eredményei, mint az új régi kereteiben való felbukkanása, amely lehet még „a nem tudják, de teszik" társadalmi felhajtóerejének következménye. Ugyanakkor a régi és az új párhuzamosságában, amely folyamatszerű arányaiban fokozatosan tolódhat el az új irányába, s kezdeteinél az új még nem hatja teljesen át a régit. Ezért van szó jogmegkettőződésről, *ahol a jogfejlesztés kapui ekkor még igen nyitottak,* mert időigényes az új joganyag reformok útján történő megalkotása, amit gyakran a folyamatok tehetetlenségi nyomatékának, inerciájának az ellenállása is kísért. Nem is beszélve a megszokás és a tradíciók erejéről, amely beállítottságok átformálódásához még több időre, cselekvéstömegre és tapasztalatra van szükség, mint az újítást hordozó jogi normák, intézményesülés megalkotására. Ez a nehézség aláhúzza a jogi akkulturáció jelentőségét.

A harmadik etapban az *új győzedelmeskedik a régin,* mert már adaptálódott az új társadalmi viszonyokhoz, kiérlelte regulációs megoldásait, elvégezte intézményte-

remtő feladatait. Ezzel irreverzibilissé téve a joganyag átformálódását, mert egyfelől egyre kevesebb a régi jogból átöröklött szabály, megoldás; másfelől ezek is új jogi értelmet nyerhetnek a jogrend új közegében, összefüggéseiben. Az új azért győzi le a régit, mert a régi fennmaradt elemeinek jogi értelmét, jelentését is áthatotta és átformálta.[361]

8.3.2. Korszakváltásos adaptáció EK-ból EU (1993); A nemzetközi kereskedelmi jog és a globális szabadjog; „a iurisdictio primátusa a legislatio felett" (F. Galgano); az új pénzügyi intézmények

A jog jogalkotói fejlesztéséről és a jogfejlődés útjairól kifejtett teoretikus pillérek – a jogelméleti kutatás elhanyagolt, de kitüntetett figyelmet érdemlő – elemzése után térünk rá a *korszakváltásos aktív adaptáció legújabb fejleményének, a globális jog szerepének* a bemutatására. Ezt egyfelől a dominánsan tőkés világrendszer társadalomtörténeti folyamata produkálta, másfelől pedig a jogi adaptáció szinte minden tárgyalt formája és eszköze szerephez jutott benne. Ezért alkalmas a teória magyarázóértékének empirikus tesztelésére, bizonyítására. (Persze kimerítő teljességigény nélkül, a közös és fő folyamatokra koncentrálva.)

A magántőke-felhalmozáson alapuló kapitalista cseregazdaság[362] spontán, immanens folyamataiba való beavatkozás – összkereslet-összkínálat szabályozása, keresletösztönzés, motiváció-menedzsment, kontraciklusos beruházáspolitika – a centrumban 1945–75 között a Welfare State-en keresztül történt, éspedig polgári nemzetállami keretek között, amit aztán a kibontakozó globalizáció 1979–1980 után átalakítva tört meg. A kinyíló világgazdaság a nagy nemzetek kivételével (USA,

[361] Erre a felfogásra alapozva végeztünk empirikus kutatást a magyar nemzetállami jogrendszert illetően, az államszocialista kísérletből a tőkés termelési módra, jog- és politikai rendszerre való átmenetben: 1987–88 volt az átalakulás első szakasza, ahol a régin áttörő új az áfa, az szja és a Gt. bevezetésével, tehát a gazdasági jogalkotással kezdődött, illetőleg a jogalkotási és a népszavazási törvényekkel történt. Az 1989–1990-es jogmegkettőződésében az új elemeit elsősorban a teljes alkotmányrevízió és a sarkalatos törvények (alkotmánybíráskodást bevezető törvény; egyesülési-gyülekezési jog és párttörvény; választójogi törvény) jelentették. A békés átmenet lezárása, az új győzelmeként a régi felett a jogrendszer egészét áthatóan 1994-ig játszódott le (Szigeti, 2008: 15–17, 23–35 és 134–138). Nevezhető ez a társadalmi-gazdasági alakulat megváltoztatásához kötődő *jogtípusváltásnak*, amely persze korszakváltáshoz is vezetett. Minden formációváltás korszakváltás, azonban ez megfordítva már nem áll ez a tétel. Korszakváltásos adaptációt sok más tényező (vagy csomóponti válság) is előidézhet. Ilyen volt például az Európai Unióhoz való csatlakozásunk tényének a hazai jogfejlesztésre gyakorolt hatása: az alapító szerződések, a rendeletek és a luxemburgi bíróság ítéleteinek közvetlen érvényességével, a jogharmonizációs kötelezettséggel, az EU intézményeiben való részvétellel.

[362] Külön tanulmányban elemeztük a kapitalizmus fogalmak jelentős változatait (Max Weber, Fernand Braudel és Marcel van der Linden) és ezek viszonyát a tőkés termelési mód marxi elméletéhez. Továbbá utóbbi megszüntetve-megőrződő érvényességét a globális kapitalizmusban, abban az értelemben, hogy utóbbi megértése sem Marx nélkül, sem kizárólag vele nem lehetséges (Szigeti, 2017: 59).

Németország, Japán, Kína, Oroszország, Brazília) aláásta, majd sok szempontból erodálta azt a nemzetgazdasági alapot, amelynek adekvát politikai intézményesülései voltak az adott kor adott feltételei közötti, nemzetállamisághoz kötődő jogi és politikai szabályozó hatalmak. A centrumban megteremtették a bérmunka és a tőke történelmi osztálykompromisszumát, amely nem zéró – ahol a felek csak egymástól nyerhetnek –, hanem pozitív végösszegű játszmává válhatott, ott és az adott korszak feltételei közepette. Az ötvenes, hatvanas, hetvenes években, a polgári nemzetállam fénykorában létrejött társadalomintegrációs forma domináns jogfelfogása az volt – persze, az akkori világhelyzetben, a geopolitikai körülmények közötti Pax Americana – Pax Sovietica kölcsönös fenyegetettsége és kihívása mellett –, hogy a nemzeti törvényhozó hatalmak akceptálták az érintett makrogazdasági szabályozási technikákat, a háromszor nyolc órát, az egyenlő munkáért egyenlő bért, a minimálbér intézményesítését, az alsó néposztályok számára hozzáférhetővé tett ingyenes vagy támogatott felsőoktatást és a kulturális javakhoz való tömeges hozzáférést. A nemzeti törvényhozás, a *jog ebben a pozitív végösszegű játszmában makroszintű szabályozóként funkcionált,* mégpedig ex ante konfliktusmegelőző és ex post konfliktuselhárító eszközként. *Mindezt az emberi jogok második generációjának, a gazdasági, szociális és kulturális jogoknak a kifejlődése kísérte*.

A globális jog kialakulásának folyamata a nemzetállami keretekben szerveződött jóléti állam *(welfare state; sozialer Rechtsstaat; l' Etat social)* válságára adott sokoldalú reakció felől érthető meg (Szigeti, 2004: 87–127). A fordulatot a globalizáció hozta, amely nemzetgazdaságokat erodált, és egyben új szereplőket (regionális integrációk; transznacionális korporációk [TNC-k]) állított előtérbe a világgazdaságban, a kommunikációs forradalommal összekapcsolta az áru- (elektronikus vásárlás), pénz-, tőke- és értékpapírpiacokat stb. – egyre nagyobb mértékben a világpiac uralma alá helyezve a helyi piacokat és társadalmakat.

A világgazdasági és világrendszerbeli változásokhoz való alkalmazkodást nemcsak a nemzeti társadalmak, hanem a jogrendszerek sem kerülhették el. Ahol *a világrendszer a világgazdaság és a nemzetileg, osztályok és azok rétegei szerint tagolt világtársadalom ellentmondásos, feszültségektől terhes egysége.* Amíg a világgazdaságban a fő tendencia a világpiac egyre növekvő és *homogenizáló* jelentősége, a helyi piacok le- vagy felminősítése, addig a világtársadalom megszüntethetetlenül *heterogén* marad: fejlettségi szint, eltérő fejlődési ritmus, és az identitást hordozó nyelvi-kulturális, vallási különbözőségek miatt. A jog ebben az ellentmondásos folyamatban kell, hogy alkalmazkodjon, jöjjenek bár a kihívások akár a tőkés világgazdaságból, akár a heterogén világtársadalom valamely érdekérvényesítő, befolyásos ágensétől. A negyedik tudományos-technikai forradalom a mikroelektronikával, a világrendszerbeli érintkezés hálózatosodásával (információs rendszerek, tőzsdék, médiabirodalmak összekapcsolódása, szállítás és logisztika fellendülése), az atomiparral és a mikrobiológia fejlődésével olyan termelő-

erőkhöz vezetett, amelyek túlnőttek a *multinacionális* tőke és az egyes kisebb vagy közepes méretű nemzetgazdaságok horizontján.[363] Több közgazdász is találóan *transznacionális* monopolkapitalizmusként írja le azt a folyamatot, amelyben a tőkefelhalmozás globálisan folyik, összefonódva a financializálódás erősödésével (a tőke pénzformában való kicsapódásával és ezzel likviddé és mobillá válásával, a tőkeértékesülés globális értékláncba [value chain] szerveződésével). A *money-driven economy* egyik konzekvenciája pedig az, hogy aláássa a nemzetgazdaságot mint olyat. „A felhalmozási ciklus törvényszerűen innovációval induló kezdeti, ún. »intenzív« szakasza a centrumban zajlik, ahol a verseny erős, és innovációt innováció követ, miközben éppen a heves verseny miatt a gyártás nagyon gyorsan kikényszerül/kiterjed az alacsonyabb bérű és adójú perifériákra, ahol a termelést felpörgeti. Tehát a tőkeciklus ún. »extenzív« szakasza – a termelés kiterjedése, felfutása, az expanzió – a periférián-félperiférián folyik le, miközben a centrumban már az újabb ciklus intenzív (innovatív) szakasza zajlik" (Artner, 2018: 55). Ezen folyamatok nélkül *sem* a nemzetközi kereskedelmi jog, *sem* az új pénzügyi intézmények, *sem* a munka világának jogi újraszabályozása (a bérmunka atipikus formák közötti, flexibilis foglalkoztatása) nem érthető. Ugyanis ezek a folyamatok indukálták és fejezik ki a jogi adaptációt, éspedig legális formák között „megkonstruálva" intézményeit. A társadalmi formán belüli „ugrást", új *mértékviszonyok csomóvonalának* (G. W. F. Hegel) kialakulását jelentik a korszakváltásos adaptációk, ha és ameddig nem születik új társadalmi-gazdasági-jogi rendszer.

Konklúziónk: a *termelőerők megváltozott termelési viszonyokat, gazdasági és társadalmi érintkezési formákat és új jogi szabályozást igényeltek a világgazdasági korszakváltással, amely körülbelül négy évtizede kezdődött.* Ez az alkalmazkodás sokféle módon zajlott le. *Programozott, tudatos jogfejlesztéssel* az Európai Unió 1993-tól tovább vitt regionális integrációjával (EK-ból EU, a maastrichti szerződéssel) és a korszakváltást hozó – washingtoni konszenzussal jellemezhető – mainstream által kezdeményezett új etalonok bevezetésével. Taxatíve: dezetatizáció, dereguláció, privatizáció, monetarizmus és új individualizmus.[364] A nemzeti jogrendszerek szintjén pedig leginkább a munkajog területe az, ahol a nemzetállamok keretében a szervezett kapitalizmus keynesiánus szabályozási technikáit és motivációit általában is*, de benne különösen az egykori munkajog* vegyes szakjogi jellegét felváltotta a munkaviszonyok vissza-magánjogiasítása (szabad szerződés a munkáltató és a munkavállaló mint egyenlő jogalanyok között). Mindez a jó-

[363] R. Went a világ 100 legnagyobb tőkeerejű egységét (GNP-forgalom, millió dollárban indexszel) vizsgálta a világgazdaságban. A világcégek igencsak megelőzik sok ország erejét (1. USA 7 922 651; 2. Japán 4 089 910… 24. *General Motors* 161 315; 25. Hongkong 158 286; 26. *DaimlerChrysler* 158 286; 27. Norvégia 152 082; 28. Lengyelország 150 798; 29. *Ford* 144 416…; 87. *Mobil* 47 678; 88. *Hewlett-Packard* 47 061; 90. Magyarország 45 623; 99. Ukrajna 42 731 millió dollár (Robert Went: *Globalizáció. Neoliberális feladatok, radikális válaszok.* Perfekt, Budapest, 2002).

[364] Részletes elemzését lásd Szigeti, 2004: 129–135.

léti állami történelmi osztálykompromisszum felmondását jelentette. A pénzügyi szektorban pedig aktív, cselekvő módon új intézményeket és eljárásokat teremtő szabályozásokat hívtak életre, a gazdaság financializálódása jegyében. Ebben a szakelem, a pénzügyérek mellett a jog egyik hordozói, a nagy angolszász ügyvédi irodák játszottak alakító-kezdeményező szerepet. Persze egy korszakváltásos adaptációban nemcsak a tudatosság és az újítás, hanem sokszor a nem, vagy nem teljesen akaratlagos *spontán folyamatok* is nagy szerepet kapnak: így volt ez a *tulajdonviszonyok* területén, a multinacionális ágensek transznacionálissá válásával (TNC-k, amelyek a tőkekoncentrációs és -centralizációs folyamat legújabb fázisa),[365] illetőleg egy *új lex mercatoria* kialakulásával, ami a globális szabadjog létrejöttét eredményezte.[366] Tekinthetjük ezt egy autonóm kereskedelmi jognak, amely a világgazdaságban exterritoriálisan tevékenykedő transznacionális vállalatok közötti jogviták döntési alapjául szolgál, amelyben a nem állami jellegű jogforrások meghatározóakká váltak. A transznacionális – az egész világgazdaságot tevékenységi területükként használó – vállalatbirodalmak belső jogrendjében kialakult mintázatok, elvárások az állami jog fölé helyezték a lex mercatoriát, melyet a nemzeti bíróságok mégis elismernek. Ezen „kreatív jog súlypontja a kereskedelem módosult igényeihez alkalmazkodva a törvénytől a szerződés felé tolódik el", amely „képes az újabbnál újabb gazdasági modelleket és pénzügyi eszközöket minden nemzeti határon túl elterjeszteni. (…) A globalizációt a jog elsősorban a szerződéses kereskedelemben tükrözi vissza. A nemzetközi kereskedelmi élet szabályozásakor az új lex mercatoria vehető igénybe, ami a fokozatosan bővülő UNIDROIT mintaszabályokból (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts) – a jogászok végeredményben törvényként fungáló – művéből áll össze" (Galgano, 2006: 10–11). Ennek legitimitását, illetőleg választott bírósági alkalmazását a globális pénzpiacokon működő ágensek által közösen kialakított, ennyiben önszabályozó *opinio iuris* támasztja alá. A globalizáció által mozgatott, államtól függetlenedő jogterületek felbukkanása érzékelhető a *lex digitalis*, a *lex financiaria* és a *Lex Sportiva Internationalis* körvonalazódó, jogot pluralizáló eseteiben is (G. Teubner) – de anélkül, hogy utóbbi három esetében jogfejlesztő jogmegkettőződésről beszélhetnénk. A digitális gazdaság térnyerése alighanem létre fogja hozni a nemzetállamok feletti szabályozást – legalábbis uniós szinten.

[365] Kiválóan szemlélteti egy transznacionális tőkés társaság sokoldalú profilját és a fél világot behálózó tevékenységét az AT&T ábrázolása: Petrella, 1995: 56.

[366] Eredendően a középkori ius mercatorium a 11–15. század között a kereskedők saját joga volt, illetőleg a Hanza-városok saját területükön kiváltságként rendelkezhettek saját jogalkotó hatalommal. Források a terminust először 1300 körül említik, „amikor I. Edvárd angol király a határokon átívelő vitás eseteknél gyors lefolyású tárgyalásokat ígért egy olyan grémium előtt, amely felerészben hazai és felerészben külhoni kereskedőkből állt. A 17. században azonban veszített jelentőségéből az autonóm kereskedelmi jog a merkantilizmussal és a nemzetállamok keletkezésével" (Flossmann–Piringer, 2004: 101).

Mit dereguláltak?

A polgári nemzetállam neokeynesiánus szabályozási technikáiból azokat a megoldásokat, amelyek a szervezett kapitalizmushoz kötődtek, s útjában álltak a globális piacoknak. Nem arról volt szó pusztán, hogy a nemzeti jogrendszert megtisztítsák az időben hatályon kívül nem helyezett, okafogyott vagy redundánssá vált elemektől, ami jogszabály-inflációt előállító bürokratikus világunkban időről időre szükségessé válik. Hanem arról, hogy ez a dereguláció egy újfajta reregulációnak is teret nyisson. *Az államon kívüli szabadjog terjedésének, a nemzetközi érintkezés bizonyos dimenzióiban.*

Hogyan szabályoznak? Két új jogelméleti irányzattal kezdjük a választ.

A *jog gazdasági elemzése,* Posner, Keljanovski és mások az intézmények költség/haszon elemezésével (a per, a végrehajtás, a teljesítés hasznossága vagy az árvagy normakalkuláció problémája stb.) foglalkozva alapozzák meg az újításokat. Azzal, ahogy a chicagói iskola neoliberális piacosítási elgondolásait és kritériumait vitték bele a jogba, az adaptációt eszmék útján motiválva. Itt a jog elsősorban makroösszefüggésben jön szóba. Eltérően *a gazdaság jogi elemzésétől,* ahol *leszállnak mikroszintre, s az állam nélküli szabadjog,* egy spontán egységesülő világjog megalapozásában látják a jogfejlődés új útvonalát. A globalizáció szüli a „globale Bukowina" Günther Teubner-féle elemzését,[367] aki az egykori osztrák–magyar monarchiabeli szabadjoghoz (államon kívüli helyi szokásjogok, gyakorlatok, technikák, kereskedelmi és népszokások) hasonló helyzetként értelmezi a jog újjászületű jelenségeként a globális szabadjogot („Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralizmus"), a késői modern társadalmak jogi pluralizmusát.[368]

Melyek ennek a jogrétegnek a terepei? – deskriptíve:

Ad 1. A *globális pénzpiacok különféle ügyleteinek bevezetése* (futures; swaps; junk bonds; derivatives), amikhez deregulálni kellett a nemzeti szabályozásokat (Dezalay).[369]

[367] Gunther, Teubner (1996): *Globale Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society* in *Global Law without a State*. Gunther Teubner, ed., Dartsmouth, 3–28.

[368] Gunther, Teubner (1995): Die Zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der spätmodernen Gesellschaft Festschrift für Josef Esser, Karsruhe 1995, 191–214.

[369] Yves, Dezalay (1992): *Marchands de droit, la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit.* Fayard, Paris.

Ad 2. *A WTO jogvitákat rendező testületének (DSB) joggyakorlata* (ahogy például Alain Freeman[370] és Susane George[371] és Josepf Stiglitz[372] jellemezte ezt).

Ad 3. Az új *lex mercatoria*, amely Francesco Galgano (*Globalizáció a jog tükrében. A gazdaság jogi elemzése*, 2006) értelmezésében éppen az államon kívül dolgozza ki magatartásmintáit, mértékviszonyait, éppen a törvényhozó általános akaratával szemben képződő spontán-flexibilis jogként, ahol egyfelől a *bíró alkotta jog* kerül előtérbe, másfelől az *atipikus szerződések*. Találóan sűríti az olasz jogászprofesszor e két tendenciát, amikor „a jurisdictio primatusa a legislatio felett" tézisét megfogalmazza. Az absztrakt-általános, előre szabályozó törvényi joggal, lefektetett jogtételekkel szemben érvényesülnek a spontán előálló tapasztalat szülte evolúciós változatok, magatartásminták, a kereskedelmi szokásokra és szabványokra építve a joggyakorlat megoldásait.[373]

Először a lex mercatoriát kell leírnunk és értelmeznünk. Ez fogalmilag a Compania Valenciana eset ICC (International Commercial Chamber, Nemzetközi Kereskedelmi Kamara) választott bírósági részítélete (1988) óta, a nemzetközi gazdasági kapcsolatok „azon szabályainak összessége, amelyeket a nemzetközi gyakorlat, különösen a választottbírói gyakorlat folyamatosan alakított ki, és amelyek annak révén váltak jogszabályokká, hogy a nemzeti bíróságok határozatai szankcionálják azokat" (Vörös, 2003: 369). Amennyiben a felek *nem* élnek a nemzetközi magánjogi jogválasztás jogával vagy a cég székhely szerinti jogrendje *lehetővé teszi, hogy füg-*

[370] Egy brit közgazdász esettanulmányszerűen, mintegy „cseppben a tengert" mutatja meg, hogy eltérően a szabadkereskedelem mítoszától, a GATT és a WTO hogyan védi meg a gazdag országok érdekeit. Történetesen a dömpingtilalom szabályára hivatkozva zárták ki a lengyel golfkuli autók USA-ba irányuló exportját. Olyan büntetővámokat szabtak ki e kisautókra, amelyekkel a hasonló használati értékű amerikai kocsik eladási árszínvonala fölé emelték a lengyel termék összköltségét. Ezzel lehetetlenítették el a lengyelországi előállítási költségek alapján igencsak nyereséges exportot.

Alain, Freeman (1998): A szabadkereskedelem mítosza – a GATT és a WTO szerepe a világgazdaságban. *Eszmélet*, 40. szám, 57–80.

[371] Az eredeti GATT (1948–1994), progresszív céljaitól 1995-ös reformjától magát függetlenítő WTO feladata megváltozott, kereskedelmi irányító hatalommá vált. „Konkrétan ez azt jelenti, hogy a WTO-t nem köti *sem az Emberi Jogok Nyilatkozata, sem a Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogokról szóló megállapodás, sem Az államok jogairól és gazdasági feladatairól szóló egyezmény.* Annak ellenére így van ez, hogy szinte minden WTO tag egyben az ENSZ tagországa, és ezáltal az említett dokumentumok meghatározott kötelezettségeket rónak rájuk. (…) Az ENSZ Emberjogi Albizottsága hivatalos formában két alkalommal emlékeztette a WTO főigazgatóját, hogy az emberi jogok elsőbbséget élveznek a kereskedelempolitikával és a gazdasági programokkal szemben. Az ilyen lépések mindmáig lényegében eredménytelenek maradtak. Mivel a WTO nem tartozik az ENSZ intézményrendszeréhez, a Vitákat Rendező testület, a DSB *meghitt magányban állítja elő saját jogrendszerét*" (Susan George: *A WTO. Korlátlan világkereskedelem vagy szolidáris globalizáció?* Napvilág, Budapest, 2003, 38., kiemelések – Sz. P.).

[372] Josepf Stiglitz: *A globalizáció visszásságai.* Napvilág, Budapest, 2003.

[373] Tagadhatatlan, hogy a bíró alkotta jog lehet gyors és rugalmas. Azonban amikor először, tehát még precedens nélküli helyzetben ad a bíró előre nem látott, új megoldást, akkor ezzel a felek nem számolhattak, hiszen cselekedetükkor ez még nem létező elvárás volt.

getlenítsék magukat a nemzeti kollíziós jogoktól, akkor a nemzetközi választott bírósági gyakorlat nagymértékben támaszkodhat a lex mercatoriára. Arra a joganyagra, amely tartalmilag egy *jogszabályi* és egy *nem-jogszabályi szintből* szerveződött. A lex mercatoriához tartoznak

„• a jogegységesítés eredményeként létrejött nemzetközi szerződések, mint a szerződő államok által megalkotott jogszabályok (amennyiben tárgya »magánjogi« természetű),
- a nemzetközi kapcsolatok joga jogszabálynak nem minősülő (alábbi) jogforrásai:
  - nemzetközi gazdasági kapcsolatok körében kialakult (főleg kereskedelmi) szokás és szokvány,
  - az általános szerződési feltételek, és a mintaszerződések, valamint a felek egymás között kialakított tartós gyakorlata,
  - a választott bírósági gyakorlatban állandósult jogtételek,
  - valamint egy *új elem:* a nemzetközileg *általánosan elismert és alkalmazott szerződési jogi elvek;* ilyenek pl. a jóhiszem, *a pacta sunt servanda,* és az azt korrigáló *calusula rebus sic stantibus,* a szerződés tárgyának a vevő általi használatba vétele megdönthetetlen vélelmet jelent a dolog átvételére…" (Vörös, 2003: 368).

Jogelméleti általánosítással szólva, a lex mercatoria adaptációs jogmegkettőződéshez vezet a nemzeti kollíziós normák és a nemzetközi gazdasági kapcsolatok szereplői között kialakult, saját autonóm szabályrendszert követő megoldásaival, ahol utóbbi államon kívüli, de a felek és az állam által elismert – tehát nem illegitim – joganyag.

A másik tendencia az *atipikus szerződésekben* ölt testet. Ezekben elvileg nincs semmi „csoda", hiszen a civiljogban minden megengedett, amit a törvény nem tilt. A kiindulópont a szerződési szabadság, így e jogterületen a mellérendeltségi viszonyokban álló magánfelek akaratautonómiája érvényesülhet, ezért a magánjogi törvénykönyvek normái diszpozitívek, tehát eltérést megengedőek (szemben a közjogra jellemző kógens normákkal). Az autonóm, ügyleti jogviszonyok tehát legálisak. Amikor azonban *az atipikus szerződések normáit nem-szerződő felekre is kiterjesztik* a választott bíróságok gyakorlatában, ebben a pillanatban már *szabadjogi jogtalálásról* van szó: nem pusztán a jogvitákat eldöntő jogalkalmazói eszközről, mert ezek *jogforrássá* váltak. Eredetileg e szerződéstípusokat feltaláló „law firms"-ek saját megbízóik kéréseit teljesítették. Mára a piacok egységén belül ezekkel a hontalan szerződésekkel valósítják meg a jogegységet. Beszélő tény e szerződések angol elnevezése. Ugyanis szinte kivétel nélkül amerikai ügyvédi irodák és ágazati nemzetközi egyesületek jogtanácsosai szövegezték (leasing; merchandising; engineering; project financing; forfaiting; franchising stb.), hasonlóan a tőzsdei szerződések hosszú sorához (Galgano, 2006: 92–93).

Normatíve hogyan értékelhetőek e fejlemények?

A pozitív értékelés szerint nem kényszerrend ez a „jogtalálás" mint a nemzetállami jogalkotás, hanem egy *annak helyére lépő önszabályozás*, ami egy társadalmasodási folyamat, ahol a szereplők a saját gyakorlatukban dolgozzák ki a mértékeket. Ezt a mikroszintű szabályozás pozitív folyamataként értékelik – elsősorban a liberálisnak tekinthető szerzők. A másik, konkurens értékelés azzal érvel, hogy ami nem állami, *az egy szupranacionális szereplők által diktált, közel sem semleges jogászjogi jogréteg. Ez az üzleti-jogászjogi, nagy amerikai ügyvédi irodák által kimunkált jog szemben áll a nemzeti törvényhozással, és szemben áll a nemzetközi jogi egyezményekben rögzített emberi jogok nem egy vonatkozásával, követelményével. Lerontja azokat.* Azt tekinthetjük-e a természetesnek, hogy az erősebb diktálja a quasi jogot, vagy pedig az, hogy a sok gyenge kikényszeríti az állami-nemzetközi jogi-emberi jogi szabályozást a kevés hatalmassal, a szupranacionális erőkkel szemben? – kérdezi a baloldali értékelés.[374]

Szerintünk két folyamatról van szó: *létezik egy új lex mercatoria, egyfajta szabadjog, amely egy kockázatáttelepítés*, gyengébbekre hárítás abban a kétségtelenül kölcsönös, de nem szimmetrikus, hanem aszimmetrikus dependenciákkal járó globalizációs erőtérben, amelyben a nemzetközi kereskedelem zajlik. Így lehet látni, hogy *a globalizáció szülte nemzetállami dereguláció hogyan egészül ki egy világjogi regulációval (komplementer szereppel), egy voltaképpen szabadjogi reregulációval. Jogmegkettőződéskénti adaptációval.*

8.3.3. A munkajog liberalizációja: fragmentált munkaerőpiac – flexibilis munkaviszonyok („flexploitation")

A globális gazdaságban majd minden nemzetköziesedett – kivéve a munkaerőpiacokat. Itt elvileg szó sincs a munkaerő legális, szabad áramlásáról. Mindenütt féltve őrzött kvóták vannak. Ezeket át-áttörik a délről és keletről északra áramló, nehezen kezelhető migrációs hullámok, az EU-ban legális belső mozgással.[375] A második és

[374] A baloldalisággal aligha vádolható F. Galgano (2006: 99) sokatmondó, spontán őszinteséggel jegyzi meg: „Az önszerveződő és önmagát kitaláló civil társadalmat, ha jobban megnézzük, a societas divitum, a társadalom gazdag fele alkotja, míg a szegények (societas pauperum) továbbra is az államhoz kénytelenek követeléseiket intézni. Ugyanez történik a polgári igazságszolgáltatás területén is: a societas divitum bírósága választott bíróság, ami drága, de gyors és hatékony, ezen kívül a felek különleges szakmai hozzáértésük alapján kiválasztott bírákra bízhatják a döntést. A societas pauperum bírósága ellenben továbbra is a taláros bíróság, amely olcsó vagy ingyenes, de lassú és szervezetlen, valamint nem szakosodik. A választottbíráskodás gyors fejlődésben van, sokasodnak az állandó fórumok. Mindez az egészségügyi ellátással mutat rokonságot, ahol a lényegi különbség a bizalmi, választott orvos és a társadalombiztosítás által biztosított névtelen orvos által nyújtott szolgáltatások eltérő színvonalában jelentkezik" (*Globalizáció a jog tükrében. A gazdaság jogi elemzése.* 2006: 99).

[375] Az EU keleti nyitása (2004) óta a munkásmigrálás megkétszereződött nyugatra. Ezek a bérmunkából élők érdekvédelem nélkül, kiszolgáltatottan élnek nyomott béreik mellett, távol családjuktól, ba-

harmadik ipari forradalmakhoz kötődő nagyüzemi, taylori–fordi üzemszervezési forma visszaszorulása és ezzel a szakszervezetek konfliktus- és szerveződési képességének jelentősége legyengült. Egyrészt a munkafolyamatokat individualizáló technikai-technológiai fejlődéssel lehetővé vált ezek autonómiaszintre emelése (személyesség), a figyelem ellenőrző téloszának rehabilitálása. Másrészt a termelés perifériákra kihelyezésével és a távmunka révén történő kihelyezhetőségével országokat, kontinenseket hidal át a munkaerő logisztikája, parancsnoklása, igazgatása, gyakran a TNC-k filiáléinál. Fragmentálódik a munkaerőpiac. A „délocalisation" a centrumban csökkentette az adóbevételeket, egyidejűleg növelve a munkanélküliség problématömegét, de egyben lenyomva a munkaerő árát és elősegítve az úgynevezett piackonform szabályozásokat, egészében a munkajog liberalizációját.

Az egykor *tipikus munkavégzés* négy ismérvvel jellemezhető. Időbelileg fixált a heti, havi munkaidő, amelyre határozatlan idejű munkaszerződést kötöttek, a szerződésben állandó, vagy legalábbis a munkavégzés megjelölt telephelyei szerepelnek, s végül a munkáltató és a munkavállaló kétpólusú munkaszerződést köt egymással. Ezzel szemben a mai, flexibilis vagy atipikus foglalkoztatás részmunkaidős, határozott idővel lejáró (fix-term contract), nem állandó telephelyen, hanem távmunkában vagy otthoni munkában végzik el, gyakran vállalkozói önfoglalkoztatásként. De idetartozik a munkaerő-kölcsönzés is, amely hárompólusú jogviszonyként konstituálódik a munkavállaló, az azt a kölcsönbe adó és a kölcsönbe vevő felek között (Göndör, 2004; Artner, 2018).

Terjed a *részmunkaidős* foglalkoztatás (az e téren élenjáró Hollandiában az összfoglalkoztatottak majdnem 40%-a ilyen, s különösen a nők esetében terjedt el ez a forma). Bár *a jog elvileg erre is az egyenlő bánásmód elvét* igyekszik érvényesíteni, mégis de facto pénzbelileg hátrányos (nyugdíj, táppénz, gyed vonatkozásában) a dolgozóknak a részmunkaidő. Az információs szektor és az informatika széleskörű előretörése következtében terjed a *távmunkavégzés*. Nyilvánvaló, hogy a távmunka a telekommunikáció fejlődésével sok területen vált lehetségessé, hisz fizikai jelenlét nélkül, s gyakorlatilag időbeli veszteség nélkül váltak megoldhatóvá olyan munkafeladatok, amelyek korábban a telephelyen történő fizikai jelenlétet feltételezték. Kedvezően érinthetnek speciális helyzetben lévő egyéneket, ugyanakkor kiiktatják a munkavállalók személyes, kollektív érintkezését, s ezáltal a távmunkának nincs potenciális politikuma, érdekérvényesítő képessége. Ezen folyamatok a *bérarányok csökkenéséhez* vezettek a fejlett országokban: a tőke sikeresen levetette magáról a welfare state terheit, a bérek aránya a GDP-ben (az évi hozzáadott értékben) ingadozásokkal, de hosszabb távon csökken. „A fejlődő országokra vonatkozó adatok

---

rátaiktól. Elsősorban mezőgazdasági idénymunkából, ápolói-gondozói munkából egzisztálnak, vagy a szállításban és az építőiparban, a vendéglátásban, a hotelszektorban és a turizmusban tevékenykednek.

https://intereconomics.eu/contents/year/2019/number/1/article/fifteen-years-of-convergence-east-west-imbalance-and-what-the-eu-should-do-about-it.html

tekintetében a Nemzetközi Munkaügyi Szervezet (ILO) a béraránycsökkenés „évszázados trendjéről beszél, amely az OECD-országok esetében már az 1960-as évek végétől elkezdődött" (Artner, 2018: 69).

Az atipikus foglakoztatási formák tehát az alkalmai munkavállalást, a „kényszervállalkozó a legjobb »munkavállaló« kívánalmát" és a prekariátusnak nevezett szociológiai jelenség[376] kialakulását váltották ki: a jogalkotók leépítették-csökkentették a *munkajog vegyes szakjogi jellegé*ből a *közérdeket védő garanciális elemeket* és a *munkáltató és munkavállaló közötti magánjogi jellegű szerződést,* a szabad, individuális munkaszerződést rehabilitálták. Teljes visszatérés persze soha sincs a múlthoz, a „manchesteri kapitalizmus" 19. századi formáihoz.

Hogyan értékelhető ez a közhatalmi cselekvésekkel átformált alkalmazkodási folyamat? A munkaerőpiacon is együtt vannak jelen a deregulációs tendenciák és az új típusú regulációk. Deregulálják a klasszikus munkásmozgalom nagy vívmányait, hogy véget vessenek a munkásmozgalmak, a szocializmus, a szociáldemokrácia, a baloldal körülbelül 1889–1989/91 közötti virágkorának. Másfelől a munkaviszonyok sem kerülnek a non-ius senkiföldjére, csak éppen egy már fragmentált, individualizált és alacsonyabb egészségügyi és társadalombiztosítási járulékfizetést eredményező, az öngondoskodás ideológiáját priorizáló jogi szabályozás váltotta fel a korábbit. *A munkavállalókat tehát bizonyos szempontokból egyidejűleg érintik pozitívan és még többeket negatívan az úgynevezett flexibilis munkavégzési formák és az új jogi regulációk – a munkáltatókat azonban kizárólag előnyösen érintik.*

[376] A prekariátus a proletár és prekárius (precarity; précarité: bizonytalanság, függés, ínség) szavakból képzett szóösszetétel, amely a sokak által posztmodern munkaviszonyoknak nevezettek következménye: a munkaközvetítőkön vagy munkaerő ügynökségeken keresztül az ideiglenes (temporary agency workers) vagy a „nulla órás" (zero-hour) szerződésekkel foglalkoztatottak nyomorúságos bérezésére és kiszolgáltatott helyzetére vonatkozik. Utóbbiban a munkáltató nem vállal kötelezettséget a dolgozó munkával való ellátására és havi bérezésére, míg a munkavállalónak alkalmi jelleggel, azonnal rendelkezésre kell állnia. Ez az állandó készenléti állapot individuál- és szociálpszichikailag is nyomasztó, magas fokú kiszolgáltatottsággal jár. Alapjelentése tehát a flexibilis munkaviszonyok által kizsákmányolt dolgozó. (Artner, 2018: 83–84.) Egy másik társadalomelméleti változat arra használja a fogalmat, hogy megmagyarázza: a baloldal potenciális szociális bázisát, az egykori osztálytudatos proletariátust hogyan váltotta fel a prekariátus. A posztmodern állapotot Lyotard szerint az jellemzi, hogy a projekt-rend az élet minden szférájába behatol, így a tőkeakkumuláció Nagy Áramlásától a privát szféráig. Ez az „Életem a Cégem" – mentalitás. A posztmodern, posztfordista hálózati munkaszervezet pedig a projektek logikáját követi. A hierarchizált nagyvállalatok, ipari komplexumok helyébe az alvállalkozók, a rugalmas szakosodás, az outsourcing, a franchise világa lépett, a munkaerőkölcsönzés, a távmunka, a részmunkaidő" (Tallár Ferenc: Az elfeledett egyenlőségről – avagy tényleg közömbös-e a prekariátus? *Dinamó Műhely,* 2014, 06.23.)

KITEKINTÉS*:*

8.4. ADAPTÁCIÓ NÉLKÜLI JOGFEJLŐDÉS: A JOG EGY HIPERCIKLIKUSAN KONSTITUÁLT MAGAS SZELEKTIVITÁSÚ, AUTONÓM SZOCIÁLIS (KOMMUNIKATÍV) RENDSZER (GUNTHER TEUBNER)

A jogrendszer autonómiáját talán legdifferenciáltabban felfogó és hozzánk közel álló felfogásával – annak minden problémája ellenére – is foglalkoznunk érdemes. A jog mint al- vagy részrendszernek a rendszerelméleti, objektivisztikus felfogása nem esik messze a jogi objektiváció létmódjainak azon általunk képviselt társadalom- és jogelméleti megközelítésétől, amelyik a dialektikus filozófiai hagyomány ontológiáját a nem-lineáris, komplex rendszereknek a társadalmi létre is érvényes tulajdonságaival kötötte össze. Mindkét felfogás számára létezik a jogfejlődés problémája. A jog autonómiája mindkét esetben, bár nem egyformán értelmezett, de történeti termék. Ennek az alrendszerkénti önállósulásnak Teubnernél fokozatai vannak.[377] A jogrendszer alrendszerként a legmagasabb fokozatot, az autopoietikus autonómiát csak akkor éri el, ha már túljutott az ezt megelőző két fokozaton: egyrészt azon a *társadalmilag diffúz jogon*, amely sajátlagosan nem különült el a társadalmi kapcsolatoktól, szokásoktól, konvencióktól, közmoráltól. Ezt mind a normakontinuum-elméletünk, mind pedig H. L. A. Hartnak a jogrendszer centrumát definiáló megoldása –amely „elsődleges és másodlagos szabályok egysége", választ ad arra, hogy ki azonosíthat vagy alkothat érvényesen elsődleges, kötelezettségeket megállapító szabályokat, ki változtathatja meg és ki alkalmazhatja ezeket érvényesen – akceptálja. Teubnernél az autonómia második fokához, „A »részlegesen autonóm joghoz« való átmenet kritikus küszöbét akkor lépik át, ha a jogrendszer egy vagy több rendszerkomponense – önleírás és önkonstitúció révén – önállósítja magát az általános társadalmi interakció alkotórészeitől" (Teubner, 1994: 105–106). Ekkor kezdenek elhatárolódni az egyéb normaorinetált társadalmi kommunikációktól a jogi kommunikációk,[378] mert olyan jogi kommunikációk keletkeznek, amelyek jogi kommunikációkkal foglalkoznak – „jog a jogért". Persze látnunk kell, hogy a kom-

[377] Egymondatos meghatározását idézve: „*Társadalmi* részrendszerek akkor tesznek szert autonómiára, ha az alrendszerben a rendszer alkotórészeit (elem, struktúra, folyamat, identitás, határ, környezet, teljesítmény, funkció) önreferenciálisan határozzák meg *(= önmegfigyelés);* ha pótlólagosan ezeket az önmegfigyeléseket a rendszerben műveletileg alkalmazzák *(= önkonstitúció);* és ha, végezetül az önmagukat által konstituált rendszerkomponensek egymást kölcsönösen létrehozva egy hiperciklusban összekapcsolódnak egymással *(= autopoézisz)*" (kiemelés tőlem – Sz. P., Teubner, 1994: 100).

[378] Az egyéb normaorientált társadalmi kommunikáció persze jogi pluralizmusként – így a társadalmilag diffúz jog kortárs jelenségeként – megjelenik Teubnernél, itt és későbbi munkásságában is (*Rechtspluralismus in der spätmodernen Gesellschaft,* 1995 és 1996). A lex mercatoria jelenségét – éppen úgy, mint a szokásjogi jogképződést – aligha, vagy csak roppant erőltetett módon lehet a jog önkonstituáló cirkularitásaként értelmezni. A globális szabadjog aktív adaptáció a világgazdaság és kereskedelem új kihívásaihoz. A jog egyfelől mint a kereskedelmi kapcsolatokban meglévő *szabályozá-*

munikáció kissé elvont, mindenre kiterjeszthető általánosságán belül a jogi kommunikáció éppúgy viselkedik, mint a tiszta pozitivista Kelsen „Mídász királya": amit megérint, az joggá válik. Teubner ezen a ponton el is határolódik Luhmann felfogásától, mert tőle eltérően a másodlagos normák mechanizmusait még nem lehet a jog autopoeziszével azonosítani. Ezek csak a *részlegesen autonóm jog fejlődési fokának* megnyilvánulásai, a jog önleírásai (pl.: jogfogalmak definíciói, normák, jog és jogtalanság stb. meghatározásait tartalmazó önleírások). Csak az elsődleges (társadalmi) rendtől már teljesen elváló második rend tekinthető önkonstitucionáló, tehát ebben az értelemben autopoietikus második rendnek. Akkor, amikor „a jogrendszer rendszerkomponensei hiperciklikusan kapcsolódnak össze egymással". Modern formájában a második rendhez tartozó jogrendszer eleget tesz az autopoietikus szociális rendszer követelményeinek. „Elemei a jogos és a jogtalan megkülönböztetésére vonatkozó kommunikációk, melyek jogi cselekvésekként jogi cselekvések által reprodukálódnak. A kommunikációkat a jog saját, különálló folyamataiban specializált jogi elvárások közvetítésével vezérlik, és normativitásra vonatkozó tematikus specializálódásuk révén meghatározzák a rendszer határait. A jogrendszer műveletei során állítja elő a rendszerhez tartozó saját környezetet, a »jogi valóságot«, amely szigorúan a rendszerhez viszonyított – tehát relatív – módon, a külvilág belső modelljének konstrukciójaként érthető meg. Ebben áll a műveletileg zárt jogrendszer információs nyitottsága" (Teubner, 1994a: 70–71).

Azért jegyezzük meg: a jog mint szociális rendszer kommunikatív értelmi rendszeréhez képest nem egészen világos fogalmilag *a társadalom, mint elsődleges rendszer* bevezetett terminológiája,[379] hiszen mindkettőt, a „szociálisat" és a „társadalmit" is kommunikatív cselekvésként és értelemi rendként kezeli (lásd még a 41. lábjegyzetünkben tőle idézett fogalmát: nagyon eltérően a társadalomontológiai kategóriától). Azonban nem szinonimákról van szó. Hiszen az elsődleges rendszerre azért is szüksége van Teubnernak, mint korábban említettük (V. fejezet 5.1.), mert az oksági kapcsolatok kölcsönhatásait nem zárja ki se a társadalom és a jog, se a gazdaság és a jog között, és nem kívánja tagadni a jog gazdasági és politikai függésének empirikus evidenciáját. A jog autonómiája azonban szerinte ettől a szinttől elválik.

---

si igényekre reagál, másfelől a jogi formába öntéssel, ha tetszik, innovatív kommunikációval fogalmilag kezelhetővé, kiszámíthatóvá teszi a szabályozás módját.

[379] „A társadalmat autopoietikus kommunikációs rendszerként értelmezzük. A társadalom olyan kommunikációkból áll, amelyek más kommunikációk előállításának tulajdonságával rendelkeznek. A társadalom általános kommunikációs körforgásából specializált kommunikációs körforgások különülnek el, melyek közül néhány oly mértékben önállósodik, hogy már másodfokú autopoietikus szociális rendszereknek tekinthetők. …A rendszer valamennyi alkotórésze önreproduktív módon jön létre: specifikus különálló kommunikációk mint elemek, önmaguk által generált elvárások mint struktúrák, önálló folyamatok, tematikusan definiált határok, önmaguk által definiált rendszerkörnyezetek, önmaguk által meghatározott azonosság. A rendszernek ezek az önreferenciálisan létrehozott alkotórészei a hiperciklus révén kapcsolódnak össze egymással. A társadalmi alrendszerek műveletileg zártak, viszont az információk tekintetében nyitottak környezetükre" (Teubner, 1994a: 70).

„A két jelenség – egyfelől a cirkularitás, másfelől a kölcsönös oksági függés – éles fogalmi elválasztásához ragaszkodni kell. A jog autonómiája saját önreprodukciójának cirkularitására vonatkozik, nem pedig a környezettel való oksági interdependenciájára. Ez azonban nem jelenti azt, hogy jelentéktelenek lennének egymás számára. Ellenkezőleg, a jogi műveletek cirkularitásaként értelmezett jogi autonómia kiválóan alkalmas arra, hogy oksági összefüggések számára hipotéziseket általánosítson" (Teubner, 1994: 102). A jog autonómiájának saját szintjét második rendhez tartozó autopoietikus szociális rendszernek tekinti Teubner. „Azért tartozik a második rendhez, mert a társadalommal mint első rendhez tartozó autopoietikus rendszerrel szemben önálló műveleti zártságot alakít ki, amennyiben rendszerének alkotóelemeit önreferenciális módon konstituálja, és egy hiperciklusban ezeket összekapcsolja egymással" (Teubner, 1994: 95).

Az egymással kommunikáló szociális rendszerek, köztük a társadalom és a jog is a világmegismerés és önreflexió (kommunikatív) mechanizmusaival rendelkeznek. A rendszerelmélet egyik legfontosabb újítása Teubner szerint, hogy „a jog nem azonos a jogászok tudatának termékeivel, sem ezek eljárásszerű vagy más módon létrejött aggregálásával, hanem egy emergens realitás, az önmagát dinamizáló jogi kommunikáció terméke." Mivel ebben a kommunkációban az *egyes egyének* éppúgy részt vesznek, mint a különböző *társadalmi értelemtartalmak, amelyek* felé a rendszer kognitíve nyitott, de önreferenciális zártságával e kognitív ráhatásokat a *jog csak jogilag alakszerű normatív fenntartás alatt fogadja be*, ezért mindig saját magát hozza létre, autopoietikus részrendszer. Az átfogóbb (társadalmi) rendszerrel és környezetével tehát a kommunikáció mindent elnyelő-befogadó gépezete alakszerű normatív fenntartások (tulajdonképpen jogivá történő átírások) közepette kapcsol össze, ami az önépítés magasabb szintjére emeli a kommunikációs áramlásokat. „A jogi normák nem pszichikai, s nem is szociálpszichikai jelenségek abban az értelemben, hogy tudattartalmak konszenzusát képviselik, hanem olyan szociális jelenségek, melyek realitása egyszerűen abban áll, hogy kommunikálnak róluk. A »jogi valóság« *nem* a szociális valóság jogilag releváns része, s *nem* is az, ahogyan a jogászok (valamennyi kiválásukból fakadó torzítással együtt) elképzelik maguknak a világot, *hanem a világ konstrukciója*, úgy ahogy az a jogi kommunikációk specifikus korlátozásai révén létrejön. A »jogi valóság« kettős vonatkozásban különbözik a jogász tudati világától: egyrészről szociális és nem pszichikai konstrukció, tehát kommunikációk terméke, másrészről különösen magas szelektivitású szociális konstrukció, mivel egy autonóm szociális rendszeren, a hiperciklikusan konstituált jogrendszeren belül jön létre" összegzi sorait (Teubner, 1994: 111–112).

A jog mint alrendszer egy ilyen nyelvi kifejezésmóddal és absztrakciós fokon sok mindent kifejez ebből az objektivációs formából, de nagyon kevéssé hasonlít a jog létezésmódjára. Ezért akceptálásunk melletti kritikai felvetéseink: 1. A specifikus korlátozás amit korlátoz, annak nem szüntethetőek meg teljesen a tulajdonságai a kommunikációs nyelvezettel: ez az „üzenet". (Mintha Teubner is ezt érzékeltetné az

általunk kurzivált terminusokkal: a rendszer saját „környezetét, a »*jogi valóságot*«, amely szigorúan a rendszerhez viszonyított – tehát *relatív – módon*" konstruálja.) Ezért a két szint elválasztásánál jobb megoldás az, hogy a magasabb szintre emelés, az emergencia nem egyszerűen elválasztottságot, hanem megszüntetve-megőrzött elválasztottságot ad. Teubnernél nincs megőrzés. Ez esetben, a relatív autonómia felfogásában, ahol a jogrendszer önreferenciális, de nem önépítő, nincs szükség az empirikus-történeti anyaggal szembeni makacs védelemre. Itt a jogi jelenségvilág – tények; jogitények; jogalkotás; jogalkalmazás; jogképződés; jogügyletek;jogkövetés; jogsértés; alkotmányosság; törvényesség; jogbiztonság; stb. – rendszerezése és magyarázata nem megy veszendőbe, míg az autopoietikus megoldásokban elesik. Ha a jog nem formálná saját képére és nem emelné saját egynemű közegébe – az általa kialakított jogfogalmak, normák, intézményi rendeltetések, jogdogmatika, eljárások stb. – a naturális életviszonyokat, konfliktusokat, tényeket, értékeket, akkor ezek nem lennének sem szabályozhatóak, sem megoldhatóak. Azért van szükség az autonóm közegre és eljárásokra, mert ami kezelhetetlen a tények, a naturális életviszonyok szintjén, az kezelhetővé válik a jogrendszer közegébe történő átfordításokkal, jogi értelemmel *és intézményi rendeltetéssel*. A jog sajátosságaival és nem kommunikatív kiüresítéssel. 2. Az empíriától való elzárkózás – a jog attól jog, hogy mindent jogiasít – nem a jogos–jogtalan bináris kódjával kezdődik, hanem *a jogi relevanciáéval*. Ott világos, hogy a társadalmi-gazdasági-politikai létezésből *csak ahhoz lehet viszonyulnia az autonómiáját fokozatosan kiépítő jogi részrendszernek, amit a társadalmi lét jogelőttiként már előállított* (akár releváns, akár nem).

A jog és gazdasági, politikai, társadalmi környezete közötti kölcsönös függőség két irányú, rész és egész nem additív és nem ok–okozat arányos alkalmazására törekedtünk, amikor a nem lineáris, komplex rendszerek elméleti keretét felhasználtuk az önreferenciális, de nem önépítő autopoietikus jogrendszer relatív autonómia tézisének igazolására, a jog sajátosságának feltárása érdekében. (Eltérően a Luhmann és Teubner által értelmezett és konstruktivistaként alkalmazott rendszerelmélettől.) Így a jogrendszer egyszerre valóságkonstruáló, de a társadalmi léttől saját fejlettsége legmagasabb szintjén sem teljesen elszakadó rendszer. Egy adott fokon elért autocirkularitása mindaddig fennállhat, ameddig önreferenciális módon konstituált elemeinek hiperciklikussága alkalmas funkcióinak ellátására. Rottleuthner autopoiézisszel szembeni azon kritikus kérdését: „Hol van a »fejlődésnek az a pontja«, ahol a jogrendszer autopoietikus zártságúvá sűrűsödik"? – át kell fogalmaznunk: az egyszer már autopoietikus zártságúvá sűrűsödött, tökéletesedett jogrendszer – ha valóban létezik ilyen – örök érvényűvé válhat? Számunkra csak az anyag, a teisták számára pedig csak Isten az örök, a hipercirkularitásos jogrendszer lenne a harmadik ilyen létező: minden változást és mozgást magába foglaló? Aligha tartható a jogi önnemzésnek ezen „sub specie aeternitatis" ízű tökéletessége. Ez „a már jogból csinál jogot, és csak abból" mindaddig fennáll, ameddig nem éri a jogrendszert olyan külső rendszersokk – *forradalom, ellenforradalom, ex lex állapotok* vagy

a társadalmi formán/rendszeren belüli *korszakváltás,* útelágazás, csomóponti válság –, amely az alrendszer belső elemeinek (szabályainak, eljárásainak, intézményeinek, funkcióinak) önépítő egyensúlyát fel nem bomlasztja. Egészen addig a jogrendszer szelektál, hogy mit és hogyan minősít jognak, *ameddig a társadalmi-történelmi-politikai valóság nem szelektálja ki a hiperciklikusság egy adott önrefrencialitását*. Ennek módozatai pedig *tartalmilag nem, csak formálisan mint bárminő változások lehetnek bekódoltak a jogi alrendszerbe*. A társadalmi rendszer sokkja illegitimmé teszi saját autonóm alrendszerének belső önértelmezéseit és önkonstitúcióit és alkalmazkodásra kényszeríti. A hiperciklikusság sem védheti meg az autonóm alrendszert az olyan átalakulási-alkalmazkodási kényszerektől, amelyeket a történelem produkál. (Kivéve, ha az az információelméleti átírással és konstruktivista értelmezéssel a formális legalitás hiperciklikus leírásaként – eléggé elvont módon – teoretizáltak.)

A jog adaptációs képességét a kiváló skót jogtörténész, összehasonlító jogász Alan Watson (1933–2018) *The Evolution of Law*-ját[380] Teubner figyelmünkre méltón interpretálja, ezért kommentárunk előtt teljességében idézzük: „mintha a jog elkezdene önálló életet élni és elszakad attól, hogy a társadalom más aspektusainak egyszerű reflexe legyen. A jogszabályok a mögöttük álló szociális értékek »rövidítéseivé« válnak, egyúttal azonban kezdenek eloldódni ezektől az értékektől. Ez pedig azzal a következménnyel jár, hogy a jog és a társadalom kapcsolta meglazul: hogy a jog éppenséggel nem mindig megfelelő módon reflektál a társadalmi szükségletekre és értékekre; s hogy ezen túlmenően lehetséges a jogrendeknek egy teljességgel más társadalmi kontextusba történő átültetése [legal implantation – Sz. P.]. *Watson* magyarázatának inkább csak a jogi elitek szerepéhez, a jogászi kultúrához, valamint a jogászok jogtudatához van köze. Ámde a professzionalizmus csupán másodlagos jelenség a jogban rejlő önreferencia strukturális jelenségeihez képest.[381] A jogi »standardok« *Watson* által elemzett önálló élete az önreferencia és a formalitás összefüggéseivel magyarázható: ha a jogi normák a megadott módon önreferenciálisan konstituálódnak (ez a másodlagos normák révén végbemenő önleírás és önkonstitúció), úgy abban az értelemben válnak »formálissá«, hogy a társadalmi környezetre történő utalások kikapcsolódnak az önmagára való utalások javára" (Teubner, 1994: 107).

Igen, az arányeltolódás egészen messzemenően végbemehet az önmagára utalások javára, de mégsem határtalanul. Ezért az önreferencialitás elismert jelentőségét nem azonosítanánk az önnemzéssel-önkonstituálással, bármilyen hosszú, hipercirkulációs folyamatként gondolják is azt el. Éppen azért nagy egy fejlett, modern jogrendszer reflexív flexibilitása, mert belső műveleti és jogértelmi gazdagsága az alkalmazkodóképességét lehetővé teszi. A jog valóságkonstruáló ereje csak formálisan

[380] 1985, Baltimore, John Hopkins University.

[381] A jogértelmi kommunikációkban vajon a képzett és tapasztalt jogászság az önreferencia strukturális jelenségeiben akkor is másodlagos szerepet tölt be, amikor éppen kialakít egy új struktúrát?

– információkénti átiratában – helyezheti hatályon kívül a társadalmi-történelmi valóság összfolyamatának egy jogrendszert tartalmi alkalmazkodásra kényszerítő hatalmát. A teubneri absztrakciós szintnek az az ára, hogy minden jogi jelenség, joggyakorlati tapasztalat, önkéntes jogkövetés és intézményi funkció eltűnik az önleírás és az önkonstituálás hiperciklikus információ áramlásában. A formális-cirkuláris műveleti és önértelmezési kontinuitást pedig időnként félrelökik valaminő diszkontinuitások. A jogrendszer teljesítőképessége pedig éppen nem önmagára utalás, hanem a jogrendszer funkcióinak – regulatív, konfliktusfeloldó, szociálintegratív – betöltésén, annak milyenségén múlik. Van hatékonysági és végső értékkritériuma működése társadalmi elbírálásának.

8.5. A JOG FEJLETTSÉGÉNEK HELYES JOGI MÉRTÉKE – A VÉGSŐ ÉRTÉKKRITÉRIUM

„Gondoljatok az emberi erőre,
Nem születtünk tengni, mint az állat,
hanem tudni és haladni előre."

(Dante: Isteni színjáték)

Ha pusztán azt néznénk, hogy egy jogrendszer mennyire adekvátan alkalmazkodik történetileg változó társadalmi, gazdasági, kulturális környezetéhez, akkor az antihumánus, retrográd rendszerekhez való alkalmazkodás – azok értékorientációjának előmozdításához – mint értékességgel bíró képződményhez jutnánk el. A hatékonyságot állítva egy humánus értékrendtől függő hatékonyság helyébe. Ez tehát csak egy értékközömbös, akár jogpozitivista, akár a jogi információk hipercirkularitásos leírásával megelégedő teoretikus álláspont esetén tartható.

Ha pusztán azt néznénk, hogy minden gazdálkodási és társadalmi rendszer történeti termék, amelyik létrehozza a saját kultúráját, s adaptációs formáival és jogi eszközeivel így vagy úgy a saját szükségleteit elégíti ki, azokra reagál, akkor ezzel a történetiség elvével szentesítenénk és tennénk egyformává minden jogi létezőt. Az igaz ugyanis, hogy *minden jogrendszernek megvan a saját története, de ebből még nem következik, hogy minden szabály, jogintézmény vagy nemzeti jogrendszer egyformán értékes (vagy értéktelen) volna*. Ha az eseménytörténetiség szellemében „önmagát önmagával" mérjük, mint a történeti-jogi iskola Savigny-féle álláspontja, akkor nehéz túlkerülni ezen a problémahelyzeten. Kell egy magasabb fokú értékmérő, amely nem áll ellentétben azzal a ténnyel, hogy mivel a társadalmak történeti képződmények, a jog pedig társadalmi képződmény, ezért a jogi jelenségek is történeti képződmények. Keletkeznek, fennállnak, modifikációik és variációik nagy számát termelik újjá, míg történeti életük végpontjára nem jutnak, s meg nem szűnnek. Vagy legalábbis – mivel teljes megszűnés egy jogrendszer esetében valószínűtlen

– túlélő elemei át nem alakulnak egy másik jog alárendelt elemeivé. Roscoe Pound általunk nagyra értékelt, szociológiai, pragmatikus jogelméletével kapcsolatban is rámutattunk, hogy a szabályozásioptimum-megoldás nem lehet értékközömbös viszonyulás, ahol Pound az újhegeliánus jogbölcselő Kohlerre támaszkodva *az adott kor adott civilizációjához kötött relatív természetjogával haladta meg az értékközömbösséget*, de az adott kor értékviszonyait *már nem vonatkoztatta* végső, nembelileg érvényes értékmérőre.

A megoldáshoz a klasszikus német filozófiát, Robert von Mohl materiálislegalitás-koncepcióját és Jürgen Habermas kritikai nézőpontjait vigyük tovább. Láttuk, a természetjog funkciója elsősorban abban rejlik, hogy vagy legitimáló-cselekvésmotiváló, vagy kritikai, programadó mércéket fogalmaz meg és állít fel a létezővel szemben. Így történetileg a polgári társadalomban „A törvénynek megfelelő szabadság bizonyossága, melyről Humboldt ábrándozott, egy olyan jogrend megbízhatóságára és kiszámíthatóságára utal, amely mind tartalmában, mind formájában megfelel a polgárság mint osztály – s vele együtt a társadalom nagy többsége – érdekeinek, vagyis a feudális önkény mindenkit egyaránt kötelező törvényekkel való felváltásának" (Péteri, 1989: 726). A felvilágosult észjogi kritika erősen hatott a 19. század közjogi és a „Rechtsstaatlichkeit" irodalmára. Ezt a hatást jelzi többek között Robert von Mohl megoldása, aki „az állami tevékenység joghoz kötöttségének formai elvét (formális legalitás) *összekapcsolja, s egyben alárendeli egy felsőbb eszménynek, az ember felszabadulásának, egyénisége szabad kifejtésének,* s a jogszerűséget e magasabb rendű célok szolgálatába állítja (anyagi legalitás)" (Péteri, 1989: 729). Azonban a materiális legalitás tartományában fennáll az ellenkező „szolgálat" veszélye: a kényszerítőerővel (impérium) rendelkező normatív, intézményi és szervezeti összetevőjű jogrendszer a mai modernitás körülményei között is képes az *életvilág gyarmatosítására* (Habermas, 1992), és nemcsak az egyének, hanem a társadalom vonatkozásában is. A gazdasági és állami-politikai rendszerintegráció imperatívuszait szolgáló „eljogiasítás" során a jog az interszubjektív privát és civil szféra[382] autonómiáját sértő jogként egzisztálhat. Ennek semlegesítését a diskurzus

[382] Habermasnál a civil társadalom *nem* a skót felvilágosodás (Ferguson)–Hegel–Marx-vonalán kidolgozott jelentésű fogalom. „Azokat a nem kormányzati (állami) és *nem gazdasági* (piaci) kapcsolatokat, valamint önkéntes társulásokat öleli fel, amelyek a nyilvános szféra kommunikációs struktúráit lehorgonyozzák az életvilág társadalmi komponensében" (1992: 443). Olyan kapcsolatok és társulások közötti kommunikáció, amelyek nem kormányzatiak és nem gazdaságiak. A polgári (és nem „udvari") és politikai nyilvánosság előtt zajló kommunikációs folyamatban kell a civil társadalomnak érvényesítenie saját akaratát, hogy ebben a *deliberatív demokráciában* megvédhesse a saját életvilágát az agresszíven tolakodó, nyomuló rendszerparancsnoklatokkal szemben, a szociális integráció érdekében. A civil társadalom kommunikatív hatalmán, a kölcsönösségen, a toleráncián és szolidaritáson keresztül – tehát értékorientált cselekvések révén – védhető meg az életvilág gyarmatosítása az elpiacosodástól és elbürokratizálódástól. A nyilvános térben zajló, békésen megvitató tanácskozás, *a deliberáció központi intézményei* a médiánál is fontosabb *parlamentek, a közhatalmat gyakorló törvényhozás* következtében. Ehhez a deliberatív demokráciához kapcsolódik az *alkotmányos patriotizmus* fogalma, amely az

kommunikatív cselekvésformája, a deliberatív (tanácskozó) demokrácia képezheti a népszuverenitással és az emberi jogokkal, melyben a pozitív, formális jogot az észszerű akaratképzés politikai médiuma egy republikánus társadalmi kontrollon keresztül formálja meg. A jogi normák legitimitását ugyanis a politikai törvényhozás demokratikus eljárásának észszerűsége adja, az méri meg.[383]

Egy jogrendszer minősítésének jogimmanens mértékeként vezettük be *az alkotmányosság* helyes jogi, jogelméleti értelemben vett mércéjét. Ez a jogimmanens, önreflexiós szint megemelését jelentette (5.6.6.). A jogimmanens mértéken azonban megszüntetve-megőrizve kell túllépnünk, amikor egy működő jogrendszer teljesítményét társadalmi hatása vonatkozásában vetjük fel, *amikor a részrendszert az egészre vonatkoztatottan nézünk. Mi lehet egy jogrendszer esetében ez a történetiséggel nem szembenálló, a formális legalitás kiszámíthatóságát és az alkotmányosság öntisztító mechanizmusát megtartva meghaladó, végső értékmérő?* Amiben a relatív, korhoz és rendszerhez kötődő jogimmanens és a jogon túllévő abszolút értékmérők egymásra vonatkoztatottak lehetnek?

A*z ember nembeli lényegének* – munkájának, nyelvének, kultúrájának, univerzalitásának – történelmi kibontakoztatásában játszott szerepük szerint lehet megítélni a történetileg előállott jogi képződményeket, jogrendszereket. Azt, hogy végső soron hogyan, mennyiben segítették elő vagy éppen gátolták értékvonatkozásaikkal, jogos-jogtalan minősítéseikkel és eljárásaikkal *az emberi társadalmak, s a társadalomban élő egyes emberek*[384] *szabadságfokának* – az adott kor adott feltételei között elérhető – *kibontakoztatását.* Peschka Vilmos (1979) jogelméleti megoldását vittük át a jogfejlődésre alkalmazva, ahol *a nem túlélése előfeltétele szabadságfoka vizsgálatának*. A jog éppen azért kaphat jelentős szerepet a végső érték, a nembeli lényeg szabadságfokának perspektívájába állítva, mert szabályozó hatalmánál fogva az összfolyamat önfényű, sui generis tényezője. A mindenkori emberi-társadalmi állapotokban újratermelődő együttélési magatartásminták és konfliktusfeloldások adekvát rendje keresésének végső mértéke az elérhető szabadságfok biztosítása.

---

egyénekben, állampolgárokban megalapozza a köztársasági ethoszt és hazafias identitást. Demokraták nélkül nem lehet működőképes az alkotmányos hatalmat intézményesítő polgári demokrácia.

[383] Minket a materiális legalitás értéktartalmainak vonatkozásában érdekelt Habermas *Fakticität und Geltung*ja, amely az elszemélytelenítő-elidegenítő tendenciákkal szemben keres kritikai lehetőséget. Karácsony András dolgozata a kommunikatív cselekvéselméletének változatai szempontjából tárgyalja Habermas felfogását, amely a demokratikus jogállamiság diszkurzív alapjogaira fut ki (jogegyenlőség; egyéni, alanyi jogi státusz; az állammal szembeni jogvédelmi alapjogok; a vélemény és akaratképzés egyenlő részvételi joga a politikai autonómia gyakorlásához; egzisztenciális életfeltételeket biztosító alapjogok). Habermas: A demokratikus társadalom jogelmélete. In Balogh–Karácsony: *Német társadalomelméletek.* Balassi kiadó, 2000, 177–182.

[384] „A dolgok és összefüggéseik végső mértéke az ember" (a szofista Prótagorasz *homo mensura* tételének továbbfejlesztett változatként).

ÖSSZESÍTETT IRODALOM

Ágh Attila 1973. Az óázsiai termelési mód Mezopotámiában. *Világosság* 7 (melléklet).

Anderson, Perry 1989. *Az abszulutista állam.* Gondolat, Budapest.

Aronson, Elliot 1980. *A társas lény*. 2. változatlan kiadás. KJK, Budapest. (Fordította Erős Ferenc.)

Artner Annamária 2018. *Marx 200. Öröksége, a munka helyzete és a felzárkózás lehetősége a globális kapitalizmusban.* Eszmélet Alapítvány, Budapest.

Aszmusz, V. F. 1973. *Marx és a polgári historizmus.* Gondolat Kiadó, Budapest. (Fordította Szüszmann György.)

Attali, Jacques 2005. *Karl Marx ou l'esprit du monde.* Biographie Fayard.

Balogh István – Karácsony András 1997. Társadalomelmélet és jog. *Világosság* 7, 7–21.

Balogh István – Karácsony András 2000. *Német társadalomelméletek.* Balassi, Budapest

Barry, Brian 1960. The Use and Abuse of „Public Interest". In Schubert, Glendon Jr.: *The Public Interest: A Critique of the Theory of the Political Concept*. 196–197.

Bartha Eszter 2011. *Magányos harcosok. Munkások a rendszerváltás utáni Kelet-Németországban és Magyarországon*. L'Harmattan Kiadó – ELTE BTK, Budapest.

Badó Attila 2017. A *bírói függetlenség egyes garanciális elemeinek összehasonlító vizsgálata.* Kézirat, Szeged, http://docplayer.hu/107875554-Mta-doktori-ertekezes-tezisei-a-biroi-fuggetlenseg-egyes-garancialis-elemeinek-osszehasonlito-vizsgalata-bado-attila.html

Bayer József 1989. *Az érték antinómiái. Az újkantiánus értékelmélet és hatása a szociológia módszertanára.* Akadémiai Kiadó, Budapest.

Bayer József 1999. *A politikatudomány alapjai.* Napvilág Kiadó, Budapest.

Bayer József 2001. A politika tartalmi oldala (policy). In Pesti (szerk.) 2001, 9–24.

Bell, John 1983. *Policy Arguments in Judical Decision.* Oxford, Clarendon Press.

Belovics –Békés–Busch–Domonkos–Gellér–Margitán–Molnár–Sinku 2014. *Büntetőjog. Általános rész.* 5. kiadás. HVG–Orac, Budapest.

Belovics Ervin (szerk.) 2017. *Büntetőjog I. Általános rész*. HVG-ORAC, Budapest.

Békés–Földvári–Gáspár–Tokaji 1980. *Magyar Büntetőjog. Általános rész*. BM Könyvkiadó, Budapest.

Bódig Mátyás 2004. *Jogelmélet és gyakorlati filozófia.* Prudentia Iuris 23. Miskolc.

Bódig Mátyás – Győrfi Tamás – Szabó Miklós (szerk.) 2004. *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái.* Miskolc.

Bretter Zoltán 2004. *Politika a határon. A Devlin–Hart vita.* Pesti Kalligram Kiadó.

Brian, Barry 1960. The Use and Abuse of „The Public Interest". In Jr. Glendon Schubert: *The Public Interest: A Critique of the Theory of the Political Concept.* 196–197.

Brósz –Pólay 1992. *Római jog.* Hetedik kiadás. Tankönyvkiadó – Új Mandátum Könyvkiadó, Budapest. (Fordította Dezsényi Katalin, Endreffy Zoltán.)
Carbonnier, Jean 1972. *Sociologie Juridique.* Armand Collin, Paris.
Coing, Helmut 1996. *A jogfilozófia alapjai.* Osiris Kiadó, Budapest.
Cornu, August 1968. *Marx és Engels 1818–1844.* Kossuth, Budapest.
Cs. Kiss Lajos 2002. Egy keresztény Epimétheusz. In Schmitt 2002, 241–286.
Cs. Kiss Lajos (szerk.) 2004. *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmittről.* Gondolat Kiadó, Budapest.
Cusanus, Nicolaus 1998. *A tudós tudatlanság.* Paulus Hungarus – Kairosz Kiadó, Budapest. (Fordította Erdő Péter.)
Cusanus, Nicolaus 2001. *Az együgyü ember és a bölcsesség.* Farkas Lőrinc Imre Könyvkiadó, Budapest. (Fordította Révész Mária Magdolna.)
Cusanus, Nicolaus 2008. *De Deo abscondito. A rejtett Istenről.* Kairosz Kiadó, Budapest. (Fordította Alácsi Ervin János.)
Czebe András 2020. A bűn jelenségeiről való tudományos gondolkodás forradalma. In *A forenzikus azonosság mögött rejlő objektív dialektikus viszony.* PhD-értekezés, SZE DF ÁJK DI. Elérhető: doktiskjog.sze.hu.
Czebe András 2020. A forenzikus azonosság fuzzy halmaza. *Ügyészek Lapja* 2–3. sz.
Dardot, P. – Laval, Ch. 2013. *A globálrezon. A neoliberalizmus múltja és jelene.* EgyKettő Kiadó, Budapest. (Fordította Loppert Csaba.)
David, René 1977. *A jelenkor nagy jogrendszerei. Összehasonlító jog.* KJK, Budapest.
Deli Gergely 2014. *Salus rei publicae. A helyes döntés kritériuma a római magánjogban.* Gondolat Kiadó, Budapest.
Deli Gergely 2020. A római jog szingularitása. Időszerűtlen gondolatok a jog „elgépiesedéséről". In Szigeti Péter (szerk.): *Ordo et connexio idearum.* 197–215.
Dezalay, Yves 1992. *Marchands de droit, la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit.* Fayard, Paris.
Duverger, Maurice 1973. *Sociologie de la politique.* Párizs, PUF.
Durkheim, Emil 1978. *A társadalmi tények magyarázatához.* KJK, Budapest.
Elekes Lajos 1975. A német historizmus. In uő: *A történelem felfogása korunk polgári tudományában.* Kossuth Könyvkiadó, 123–161.
Dworkin, Ronald 1977. *Taking Rights Seriously.* Harvard University Press, Cambridge, Mass.
Engels, Friedrich 1963. *A család, a magántulajdon és az állam eredete.* MEM 2. kötet, Kossuth Könyvkiadó, 152–295.
Engels, Friedrich 1969. (1880.) *A szocializmus fejlődése az utópiától a tudományig.* MEM, 19. kötet, 177–218.
Eörsi Gyula 1975. *Összehasonlító polgári jog (Jogtípusok, jogcsoportok és a jogfejlődés útjai).* Akadémiai Kiadó, Budapest.
Favre, Pierre et Monique 1980. *Le marxisme après Marx.* (3ème ed.) PUF, Paris.
Fekete Balázs 2011. *A modern jogösszehasonlítás paradigmái.* Gondolat Kiadó, Budapest.
Fikentscher, Wolfgang 1975–1977. *Methoden des Rechts.* I–V. kötet, Tübingen.
Fleck Zoltán 2004. *Szociológia jogászoknak.* Napvilág Kiadó.
Forgács Imre 2015. *Az eltűnő munka nyomában (A Big Data és a pénztőke évszázada).* Gondolat Kiadó, Budapest.
Forgács Imre 2016. Senki földje a jogban: a globális vállalat. *Jogtudományi Közlöny* .

Foulquié, P. 1966. *La dialectique*. (6 ème ed.) PUF, Paris.
Földi András 1998. *Az európai magánjog fejlődésének főbb útjai.* Budapest.
Földi András 2001. *A jóhiszeműség és a tisztesség elve.* Budapest.
Frank, Jerome 1977. A jog és a modern értelem. In Varga Csaba(szerk.): *Modern polgári jogelméleti tanulmányok.* MTA ÁJI, Budapest.
Frank, Jerome 2006. Az alapvető mítosz. In Badó Attila (szerk.): *Bíráskodás az elme ítélőszéke előtt. Válogatott írások.* Szent István Társulat, Budapest.
Gajduschek György 2009. Governance, policy network – informális politikai szereplők a döntéshozatalban. *Politikatudományi Szemle* 2, 58–80.
Galgano, Francesco 2006. *Globalizáció a jog tükrében. A gazdaság jogi elemzése*. HVG–Orac. (Fordította Metzinger Péter.)
Gedő Éva 2010. Egzisztencia és normativitás. Megjegyzések Schmitt politikum-fogalmához. *Világosság* LI. évf., 91–100.
Gilbert, Alan 1988. Marx és az állam. In Ágh Attila (szerk.): *Politikai marxizmus az angolszász világban.* Kossuth Kiadó, Budapest.
Gombár Csaba 1980. *Politika – címszavakban.* Politikatudományi Füzetek 1. Budapest, ELTE ÁJK.
Gramsci, Antonio 1970. *Filozófiai írások.* Kossuth Kiadó, Budapest.
Gramsci, Antonio 1977. *Az új fejedelem. Jegyzetek Machiavellihez.* Magyar Helikon, Budapest. (Fordította Betlen János.)
Győrfi Tamás 2001. *Az alkotmánybíráskodás politikai karaktere.* Fundamentum könyvek, INDOK, Budapest.
Győrfi Tamás 2006. *A kortárs jogpozitivizmus perspektívái.* Prudentia Iuris 25. k., Bíbor, Miskolc.
Habermas, Jürgen 1992. *Fakticität und Geltung Suhrkamp.* Frankfurt am Main.
Hamza Gábor – Sajó András 1980. Savigny a jogtudomány fejlődésének keresztútján. *Állam- és Jogtudomány* 1.
Hamza Gábor 2002. *Az európai magánjog fejlődése. A modern magánjogi rendszerek kialakulása a római jogi hagyományok alapján.* Budapest.
Hardt, Michael – Negri, Antonio 2000. *Empire.* Exils, Párizs.
Harmathy Attila 2009. Az Európai Unió Alapjogi Chartája és a nemzeti jogalkalmazás. *Állam- és Jogtudomány,* L/63, 273–291.
Hart, H. L. A. 1995. *A jog fogalma.* Osiris Kiadó, Budapest. (Fordította Takács Péter.)
Hart, H. L. A. 1999. *Jog, szabadság, erkölcs.* Osiris Kiadó, Budapest.
Hartmann, Nicolai 1949. Alte und neue Ontologie. In *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofia*, tomo 2. Mendoza.
Hartmann, Nicolai 1972. *Lételméleti vizsgálódások.* Gondolat Kiadó, Budapest. (Fordította Redl Károly.)
Hartmann, Nicolai 1970. *Teleológiai gondolkodás.* Akadémiai Kiadó, Budapest. (Fordította Redl Károly.)
Hegel, G. W. F. 1961. *A szellem fenomenológiája.* Akadémiai Kiadó, Budapest. (Fordította Szemere Samu.)
Hegel, G. W. F. 1979. *A logika tudománya I–II.* Akadémiai Kiadó, Budapest. (Fordította Szemere Samu.)

Hegel, G. W. F. 1977. *Előadások a filozófia történetéről I.* 2., változatlan kiadás. Akadémiai Kiadó, Budapest.

Hegel, G. W. F. 1979. *A logika tudománya I.* Akadémiai Kiadó, Budapest. (Fordította Szemere Samu.)

Heidegger, Martin 1994. Mi a metafizika? (Fordította: Vajda Mihály.) In uő: *„…költőien lakozik az ember…" Válogatott írások.* T-twins-Kiadó – Pompei, Budapest.

Hobbes, Thomas 1970. *Leviatán, vagy az egyházi és világi állam anyaga, formája és hatalma*. Magyar Helikon. (Fordította Vámosi Pál.)

Hobsbawn, Eric 2013. Történelem: a ráció új korszaka. *Eszmélet,* 97. 5–15. Magyar Helikon. (Fordította Vámosi Pál.)

Horváth Barna 1928. *Természetjog és pozitivizmus*. Dunántúl Egyetemi Nyomdája, Pécs.

Iggers, Georg G. 1988. *A német historizmus.* Gondolat Kiadó, Budapest.

Kapitány Ágnes – Kapitány Gábor 2013. *A „szellemi termelési mód".* Kossuth Kiadó, Budapest.

Kocka, Jürgen 2011. A történelem és a társadalomtudományok ma. *Eszmélet,* 92.

Körösényi András 2011. „A politikai mint konstitutív." *Századvég, Új folyam,* 60. 3–24.

Krausz Tamás 1991. *Pártviták és történettudomány.* Akadémiai, Budapest.

Krausz Tamás – Szigeti Péter (szerk.) 2007. *Államszocializmus. Értelmezések – viták – tanulságok*. L'Harmattan Kiadó – Eszmélet Alapítvány, Budapest.

Kriegel, Blandine 1994. Démocratie et État de Droit. In *Les paradigmes de la démocratie.* (Red.: Jacques Bidet.) PUF, Paris.

Kulcsár Kálmán 1971. *A népi ülnök a bíróságon.* Akadémiai Kiadó, Budapest.

Kulcsár Kálmán 1976. *A jogszociológia alapjai.* KJK, Budapest.

Kulcsár Kálmán 1997. *Jogszociológia*. Kulturtrade, Budapest.

Labica, George (ed.) é. n. *Dictionnaire critique du marxisme*. PUF, Paris.

Lenkovics Barnabás 2017. Emberi jogunk a tulajdonjog! (Egy probléma vázlata). In *Unitas multiplex. Ünnepi tanulmányok Szigeti Péter 65. születésnapjára.* Juris Dictio, Gondolat Kiadó – SZE DF ÁJK , Budapest–Győr.

Iggers, G. Georg 1988. *A német historizmus. A német történetfelfogás Herdertől napjainkig.* Társadalomtudományi Könyvtár, Gondolat Kiadó, Budapest. (Fordította Telegdy Bernát és Gunst Péter.)

Institut Giangiacomo Feltrinelli 1976. *Histoire du marxisme contemporain 1–2.*

Jellinek , Georg 1920. *Allgemeine Staatslehre.*

Justinianus császár Institutiói. 1997. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest.

Kant, Immanuel 1981. *A tiszta ész kritikája.* Akadémiai Kiadó, Budapest.

Kelsen, Hans 1997 (1927), u. e. Prudentia Iuris 7. k. *Az államelmélet alapvonalai* . Szeged. (Fordította Moór Gyula.)

Kelsen, Hans 1960 (1934). *Reine Rechtslehre.* Wien.

Kelsen, Hans 1977 (1941). A jog mint sajátos társadalmi technika. In Varga Csaba (szerk.): *Modern polgári jogelméleti tanulmányok.* MTA ÁJI, Budapest.

Kelsen, Hans 1963. A jogi pozitivizmus és a természetjog problémája. In Varga Csaba (szerk.): *Jog és jogfilozófia.* Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981.

Kelsen, Hans 1988. *Tiszta jogtan.* ELTE Bibó István Szakkollégium kiadványa, Budapest. (Fordította Bibó István.)

Kirchmann, Julius von 1990. *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft.* Rudolf Haufe Verlag, 23.
Krausz Tamás – Szigeti Péter (szerk.) 2007. *Államszocializmus. Értelmezések – viták – tanulságok.* L'Harmattan Kiadó – Eszmélet Alapítvány, Budapest.
Kulcsár Kálmán 1989. *A modernizáció és a jog.* KJK, Budapest.
Kulcsár Kálmán 1997. *Jogszociológia.* Kulturtrade Kiadó, Budapest.
Lévayné Fazekas Judit 2020. A magánjog kihívásai a XXI. században. *Jog–Állam–Politika* (különszám) XII. évf.
Lipset, Seymour, Martin – Stein, Rokkan 1990. Cleavage Structures. Party Systems, and Voter Alignments. In Peter Mair (ed.): *The West European Party System.* Oxford University Press, 91–111.
Losoncz Márk 2018. Marx, a rendszer-teoretikus, a komplexitás gondolkodója. In Antall Attila – Földes György – Kiss Viktor: *Marx… Interpretációk, irányzatok, iskolák.* Napvilág Kiadó, Budapest.
Lukács György 1965. *Az esztétikum sajátossága I–II.* Akadémiai Kiadó, Budapest.
Lukács György 1971. *Utam Marxhoz II.* Magvető Kiadó, Budapest.
Lukács György 1976. *A társadalmi lét ontológiájáról I–II–III.* Magvető Kiadó, Budapest.
Lukács György 1978. Carl Schmitt. In *Az ész trónfosztása.* Magvető Kiadó, Budapest, 583–593.
Maczonkai Mihály 2005. *Jogszociológia*. Dialóg Campus.
Mannheim Károly 1994. *A konzervativizmus.* Cserépfalvi Kiadó, Budapest.
Mansur Olson 1997 (1965). *A kollektív cselekvés logikája.* Osiris Kiadó, Budapest.
Marcuse, Herbert 1982. *Ész és forradalom.* Társadalomtudományi Könyvtár, Gondolat Kiadó, Budapest.
Márkus György 1966. *Marxizmus és „antropológia".* Akadémiai Kiadó, Budapest.
Márkus György 1998. A politikai filozófia mint fenomenológia. Széljegyzetek a hegeli Jogfilozófiához. In *Metafizika – mi végre?* Osiris Kiadó, Budapest.
Marx – Engels *Válogatott Művek.* Kossuth Könyvkiadó, Budapest.
Mehring, Franz 1957. *Marx Károly életrajza.* Budapest.
Marx, Karl – Engels, Friedrich 1960. (1845–46.) *A német ideológia.* MEM 3. k., Budapest.
Marx, Karl 1970. *Gazdasági-filozófiai kéziratok 1844-ből.* 2., változatlan kiadás. Kossuth Kiadó, Budapest.
Marx, Karl 1974. *A Tőke I–II–III.*, MEM. 23. k. 1986; MEM 24. k. 1968; MEM 25. k. Kossuth Kiadó, Budapest.
Marx, Karl 1976. *Értéktöbblet-elméletek.* MEM 26/II. Budapest.
Marx, Karl 1962. *Luis Bonaparte brumaire tizennyolcadikája.* MEM 8. k., Budapest.
Marx, Karl 1957. (1843.) *A hegeli jogfilozófia kritikájából.* MEM 1. k., Budapest.
Mészáros István 2008. *A tőkén túl. Az átmenet elméletének alapvetése.* I. k. L'Harmattan Kiadó, Budapest. (Fordította Csala Károly.)
Mészáros, M. – Molnár, P. 1986. Az ellentétek ontológiája a mechanikai mozgás leírásában. *Magyar Filozófiai Szemle* 30.
Miliband, Ralph 1988. A régi rend védelme. In Ágh Attila (szerk.): *Politikai marxizmus az angolszász világban.* Kossuth Kiadó, Budapest.
Moór Gyula 1945 (reprint: 1992). *A jogbölcselet problémái.* Magyar Szemle Társaság, Budapest.

Montesquieu 2000. *A törvények szelleméről.* Osiris, Attraktor, Budapest. (Fordította Csécsy Imre és Sebestyén Pál.)
Mueller, D. C. 1979. *Public Choise.* Cambridge University Press, Cambridge.
Munda, Andrej *Autopoietic Systems Theory within Hegelians Speculative Philosophy.* http://www.academia.edu/10461277/Autopoietic_Systems_Theory_within_Hegelians_ Speculative_ Philosophy .
Nagy Ferenc 2007. A magyar büntetőjog (át)alakulása a rendszerváltozás óta. In Jakab A. – Takács P. (szerk.): *A magyar jogrendszer átalakulása 1985/1990 – 2005.* I. k. Gondolat Kiadó – ELTE ÁJK, Budapest.
Nagy Zsolt 2015. *Jogszociológiai irányvonalak.* Iurisperitus Kiadó, Szeged.
Nonet P. – Selznick P. 1978. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law.* Octagon Books Inc., New York.
Offe, Claus 1977. *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates.* Suhrkamp Verlag.
Offe, Claus 1982. *Politikai uralom és osztálystruktúrák. A későkapitalista társadalmi rendszerek elemzéséhez. Válogatás a polgári politikatudomány fejezeteiből.* ELTE ÁJK, Budapest, 129–154.
Ojzerman, Teodor 1987. *A marxista filozófia kialakulása.* Második, átdolgozott kiadás. Kossuth Kiadó, Budapest. (Fordította Márkus György.)
Paczolay Péter 1992. Bevezetés. In Schmitt 1992, VII–XIII.
Paksy Máté 2014. *A konstitucionalizmus archeológiája.* Gondolat Kiadó, Budapest.
Paksy Máté 2019. *A jogászi értelem egysége – hangjai sokféleségében. Értekezések a modern jogi gondolkodásról.* Prudentia Iuris, 34. Bíbor Kiadó, Miskolc.
Pesti Sándor (szerk.) 2001. *Közpolitika. Szöveggyűjtemény.* Rejtjel Kiadó, Budapest.
Peschka Vilmos 1965. *Jogforrás és jogalkotás.* Budapest.
Peschka Vilmos 1979. *A jogszabályok elmélete.* Budapest.
Peschka Vilmos 1980. *Jog és jogfilozófia.* KJK, Budapest.
Peschka Vilmos 1974. Thibaut és Savigny vitája. *Állam- és Jogtudomány* 17 .évf., 3, 353–381.
Peschka Vilmos 1988. *A jog sajátossága.* Akadémiai Kiadó, Budapest.
Petrella, Ricardo (ed.) 1995. *Limites el la competitivité. Pour un nouveau contrat mondial.* Labor, Bruxelles.
Pethő Sándor 1993. *Norma és kivétel. Carl Schmitt útja a totális állam felé.* Doxa könyvek, MTA Filozófiai Intézet, Budapest.
Pethő Sándor 1991. *Folytonosság és megszakítottság Carl Schmitt államelméletében, 1910–1933.* Kandidátusi értekezés tézisei. Budapest.
Pokol Béla 1991. *A jog szerkezete.* Gondolat Kiadó, Budapest.
Pokol Béla 2007. Jogdogmatika – tézisek. In Szabó Miklós (szerk.): *Jogdogmatika és Jogelmélet.* Prudentia Iuris 16. kötet, Bíbor Kiadó, Miskolc, 81–89.
Polányi Károly 1997 (2004). *A nagy átalakulás.* Napvilág Kiadó, Budapest.
Pound, Roscoe 1942. *Social Control Through Law.* Transaction Publisher.
Pound, Roscoe 1963. *The Spirit of the Common Law.* 2. ed. Beacon Press, London.
Pound, Roscoe 1981. Társadalomirányítás a jog útján. In Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia.* Akadémiai Kiadó, Budapest. (Fordította Sajó András.)
Poulantzas, Nicos 1982. *Pouvoir politique et classes sociales de l'état capitaliste.*
Poulantzas, Nicos 1981. *L'État, le Pouvoir le Socialisme.* (2ème édition) Quadrige PUF, Paris.

Pődör Lea 2020. Essay Cases and Hard Cases – A General Overview of an Eternal Question of Legal Theory. *Jog–Állam–Politika* 1. szám, 55–67.
Popper, Karl 1989. *A historicizmus nyomorúsága*. Akadémiai Kiadó, Budapest. (Fordította Kelemen Tamás.)
Puskás Ildikó 2000. *Állandóság a változásban. T'ung-Pien Tőkei Ferenc 70. születésnapjára* Politika + Kultúra Alapítvány, Budapest.
Radbruch, Gustav 1956. *Fünf Minuten Rechtsphilosophie.* Koehler Verlag, Stuttgart.
Radbruch, Gustav 1977 (1946). A törvényes jogtalanság és a törvényfeletti jog. In *Modern polgári jogelméleti tanulmányok.* (Szerk. Varga Csaba.) MTA ÁJI, Budapest.
Radbruch, Gustav 1981. Jogfilozófia. (1950, 5. Aufl.) In *Jog és filozófia. Antológia* (szerk. Varga Csaba) Akadémiai kiadó, Budapest.
Ramonet, Ignacio 2002. *Guerres du XXI e siècle. Peurs et menaces nouvelles.* Galilée.
Ránki György 1977. *Közgazdaság és történelem – a gazdaságtörténet válaszútjai.* Akadémiai Kiadó, Budapest.
Raz, Joseph 1985 (2004). Autoritás, jog és moralitás. In *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 311–342. (Fordította Hegyi Szabolcs.)
Rickert, Heinrich 1929. *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung.* Mohr, Tübingen.
Rickert, Heinrich 1923. *Kultúrtudomány és természettudomány.* Franklin, Budapest. (Fordította Posch Árpád.)
Rigó Anett 2002. „Szigeti Péter vonzásában" (A valóság vonzásában c. könyvéről). *Eszmélet* 14. évf. 55. szám, 153–159.
Rousseau, J-J. 1978. A társadalmi szerződésről avagy a politikai jog elvei. In *Értekezések és filozófiai levelek.* Magyar Helikon, Budapest. (Fordította Kis János.)
Sabourin, Éric 2019. Reciprocitás és rurális társadalomszervezetek. *Eszmélet* 31 évf. 123. szám.
Sajó András 1983. *Kritikai értekezés a jogtudományról.* Akadémiai, Budapest.
Sajó András 1989. A közérdek-fogalom (értelemadási kísérlet). In *Van és legyen a jogban. Tanulmányok Peschka Vilmos 70. születésnapjára.* KJK–MTA JTI, Budapest, 240–267.
Sajó András (szerk.) 2004. *Befogadás és eredetiség a jogban és a jogtudományban.* Áron Kiadó, Budapest.
Samu Mihály (szerk.) 1990. *Állam és Jogelmélet.* Tankönyvkiadó, Budapest.
Savigny, Friedrich Carl 1840–1849 . *System des heutigen römischen Rechts.* I–VIII. Berlin.
Sárközy Tamás 2007. A jog szerepének átalakulása a gazdaságban. A magyar gazdasági jog fejlődése 1988–2005 között. In *A magyar jogrendszer átalakulása 1985 (1990) – 2005.* I. k. (Szerk. Jakab András – Takács Péter.) Gondolat–ELTE ÁJK.
Schmitt, Carl 1912. *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis.* Otto Liebmann, Berlin.
Schmitt, Carl 1932. *Legalität und legitimität.* Duncker & Humblot, München–Leipzig.
Schmitt, Carl 1934. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens.* Hanseatische, Hamburg.
Schmitt, Carl 1957 (1928). *Verfassungslehre.* Duncker & Humblot, München–Leipzig.
Schmitt, Carl 1985. A pluralizmus mint az állam felbomlásának elmélete. (Fordította Bayer József.) In Bayer József – Hardi Péter: *Pluralizmus. Viták a polgári politikai pluralizmus-koncepciókról.* Kossuth Kiadó, Budapest, 128–133.

Schmitt, Carl 1992 (1922). Politikai teológia. (Fordította Paczolay Péter.) Tempus, Összehasonlító Jogi Kultúrák. ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, Budapest.
Schmitt, Carl 2000. *Der Hüter der Verfassung.* Tübingen, 1931. In Takács Péter (szerk.) *Államtan*. Kézirat. Budapest. (Fordította Cserne Péter.)
Schmitt, Carl 2002. *A politikai fogalma. Válogatott politikai és államelméleti tanulmányok.* Osiris Kiadó – Pallas Stúdió – Attraktor Kiadó, Budapest. (Fordította Cs. Kiss Lajos.)
Schmitt, Carl 2002. A Führer oltalmazza a jogot. In Schmitt 2002.
Schmitt, Carl 2003. A birodalmi elnök mint az alkotmány őre. In Takács Péter (szerk.): *Államtan*. Szent István Társulat, Budapest, 260–288. (Fordította Cserne Péter.)
Schumpeter, Joseph A. 1980. *A gazdasági fejlődés elmélete.* KJK, Budapest.
Sève, Lucien 1984. *Bevezetés a marxista filozófiába.* Kossuth Kiadó, Budapest. (Fordította Loppert Csaba, Nagy János, Székely Andorné.)
Sève, Lucien et al. 2005. *Emergence, complexité et dialectique: Sur les système dinamiques non linéaires.* Odile Jacob, Paris.
Shklar, Judith N. 1994. *Montesquieu.* Atlantisz Kiadó, Budapest.
Simon Endre 1984. Bevezetés. In Arisztotelész: *Politika.* Második kiadás. Gondolat Kiadó, Budapest.
Somló Bódog 1920. *Jogi alaptan.* Grill testvérek, Budapest.
Störig, Hans Joachim 1997. *A filozófia világtörténete.* Helikon Kiadó, Budapest.
Szabó Ervin 1958. A materialista történetfelfogásról. (1903) In *Válogatott írásai*. Kossuth Kiadó, Budapest.
Szabadfalvi József 2001. A jogszabály. In *Bevezetés a jog- és államtudományokba.* Prudentia Iuris 2. Miskolc.
Szabadfalvi József 2000. *Historical Jurispudence. Történeti Jogtudomány Jogfilozófiák*. (Szerk. Varga Csaba) Budapest.
Szabó Imre (főszerk.) 1980. *Az állam- és jogtudományi enciklopédia I–II.* Akadémiai Kiadó, Budapest.
Szabó Miklós 1996. *A jogdogmatika előkérdéseiről.* Bíbor Kiadó, Miskolc.
Szabó Miklós 2005. *Ars iuris A jogdogmatika alapjai.* Prudentia Iuris 24. Miskolc.
Szabó Miklós 2014. *Logica Magna. Utazások a logika birodalmában.* Prudentia Iuris 29. Miskolc.
Szabó Miklós 2015. *Rendszeres jogelmélet.* Prudentia Iuris 30. Miskolc.
Szabó Miklós 2016/17. Az esetnorma Peschka Vilmos jogfilozófiájában. In *Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae tom. LIII–LIV.* ELTE, Budapest, 91–100.
Szabó Miklós 2020. Ars casus formandi. In *Ordo et connexio idearum.* (szerk. Szigeti Péter), Gondolat – SZE DF ÁJK, Budapest-Győr, 173–186.
Szabó Miklós 2017. A jogeset dialektikájához. A kazuisztika. In *Unitas multiplex* (szerk. Takács Péter) Gondolat – SZE DFK, Budapest–Győr, 316–327.
Szalai Erzsébet 2011. *Koordinátákon kívül: Fiatal felnőttek a mai Magyarországon.*
Szerdahelyi István 2018. A társadalmi formák elméletéhez. *Ezredvég* 1. szám, 179–201.
Szigeti József 1984. *A tudományos gondolkodás forradalma.* Kossuth Kiadó, Budapest.
Szigeti József 1991. *Racionalizmus és irracionalizmus dialektikája.* Akadémiai Kiadó, Budapest.

Szigeti József 1998. Az azonosság és nem-azonosság azonossága. *Magyar Filozófiai Szemle* 43. évf. 4–5–6. szám, 445–507.

Szigeti József 1999 (2000). The Principle of the Identity of Identity and Not-Identity. *Nature, Society, and Thought* Vol. 12, No. 3, 261–384. University of Minnesota, Minneapolis.

Szigeti Péter 1991. *Szervezett kapitalizmus.* Mediant Kft., Budapest.

Szigeti Péter 2002. Természetjog és pozitív jog viszonya: negatio és affirmatio jogon belüli feszültségének dialektikus közvetítettsége. In Szabó Miklós (szerk.): *Natura Iuris.* Prudentia Iuris, 17. Bíbor Kiadó, Miskolc.

Szigeti Péter – Takács Péter 2004. *A jogállamiság jogelmélete.* 2., javított, bővített kiadás. Napvilág Kiadó, Budapest.

Szigeti Péter 2004. A decizionizmus két terepe Carl Schmittnél – a szuverenitás makro- és a bírói ítélet mikroszintjén. In Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Carl Schmitt jogtudománya*. 338–357.

Szigeti Péter 2005. Jogrend-felfogások: Hans Kelsen és Roscoe Pound koncepciójának mai értéke. *Világosság* különszáma Kelsen jogfilozófiájáról 10. 99–111.

Szigeti, Péter 2005. *Zwei Terrains des Dezisionismus bei Carl Schmitt: auf der makroebene der Souverenität und auf der mikroebene des richterlichen Urteils.* Annales, Sectio Iuridica, Tomus XLVI.

Szigeti Péter (szerk .) 2005. Politikai hatalom – társadalmi uralom: a „politikum", a „politikai cselekvés" és az „állami" mozzanatainak viszonya. Leviatan. Különszám : *Államelmélet – Politikai filozófia – Jogbölcselet.* Universitas Kht., Győr, 85–107.

Szigeti Péter 2005. *Világrendszernézőben Globális „szabad verseny" – a világkapitalizmus jelenlegi stádiuma.* Budapest, Napvilág Kiadó.

Szigeti Péter 2006. A kormányzás mint társadalmi tevékenység – szaktudományok és totalitás szemlélet. In uő: *Norma és valóság. Tanulmányok.* Publicationes Jaurinenses. Op. 8. Széchenyi István Egyetem – MTA PTI, Universitas Győr Kht., Győr.

Szigeti Péter 2008. *A Magyar Köztársaság jogrendszerének állapota 1989–2006. Komplex jog- és alkotmányelméleti, jogszociológiai és szakjogi elemzés.* Akadémiai Kiadó, Budapest.

Szigeti Péter 2011. A választójog jogdogmatikája – jegesetek tükrében. In *Társadalomkutatás – mi végre?* 142–161. Universitas Győr, elektronikusan elérhető: http://mek.oszk.hu/09900/09957/

Szigeti Péter 2011. *Társadalomkutatás – mi végre?* Publicationes Jaurinenses op. 9. Széchenyi István Egyetem, Universitas-Győr.

Szigeti Péter 2013. A kritikai társadalomtudományi megismerés specifikumai. *Jog–Állam–Politika,* 1. szám, 39–70.

Szigeti Péter 2015. A nemzetállami szuverenitás közjogi fogalmának védhetősége és ami azon túl van… In Takács Péter (szerk.), 2015, 211–221.

Szigeti Péter 2017. Kapitalizmusfogalmak és a tőkés termelési mód elmélete. *Eszmélet* 115 . szám melléklete.

Szigeti Péter 2018. A termelési módok társadalmi formameghatározottsága. A formációelmélet jelentőségéről és hasznáról. In *Marx… Interpretációk, irányzatok, iskolák.* (Szerk. Antal Attila, Földes György, Kiss Viktor.) Napvilág Kiadó, Budapest.

Szigeti Péter (szerk.) 2020. *Ordo et connexio idearum.* Gondolat – Széchenyi István Egyetem ÁJK Kiadása, Budapest–Győr.

Szilágyi Péter 1998. *Jogi alaptan.* 4., átdolgozott kiadás. Osiris, Budapest 2011 ELTE Eötvös Kiadó, Budapest.

Szilágyi Péter 2016–2017. *Peschka emlékkötet*. ELTE, Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae tom. LIII–LIV., 121–152. ELTE, Budapest.

Szilágyi Péter 2017. A társadalomelméleti és a politikai filozófiai alapozású jogelméletek különbsége. In *Unitas multiplex.* (Szerk. Takács Péter) Gondolat – SZE DFK, Budapest–Győr, 328–342.

Takács Péter (szerk.) 1995. *Joguralom és jogállam. Antológia a Rule of Law és a Rechtsstaat irodalmának köréből.* Jogfilozófiák, Tempus, Budapest.

Takács Péter 2000. *Nehéz jogi esetek.* Napvilág Kiadó, Budapest.

Takács Péter 2003. *Államtan. Írások a XX. századi általános államtudomány köréből. Jogfilozófiák.* Szent István Társulat, Budapest.

Takács Péter 2010. *John Austin és a klasszikus iskola jogelmélete.* Bibliotheca Iuridica, Budapest.

Takács Péter 2015. *Az állam szuverenitása. Eszmény és/vagy valóság. Interdiszciplináris megközelítések.* Gondolat – MTA JTI, Budapest–Győr.

Takács Péter 2017. *Unitas multiplex. Ünnepi tanulmányok Szigeti Péter 65. születésnapjára.* Juris Dictio, Gondolat – SZE DF ÁJK, Budapest–Győr.

Teubner, Gunther 1994 (1989). Társadalomirányítás a reflexív jog révén. In *A társadalom és a jog autopoietikus felépítése. Válogatás a jogi konstruktivizmus irodalmából.* (Szerk. Cs. Kiss Lajos – Karácsony András) Jogfilozófiák, Tempus, Budapest.

Teubner, Gunther 1995. Die Zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der spätmodernen Gesellschaft. In *Festschrift für Josef Esser.* Müller, Karslruhe.

Teubner, Gunther 1996. Globale Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. In Gunther Teubner (ed.): *Global Law without a State*. Dartsmouth, Aldershot–Brookfield–Singapore–Sydney.

Therborn, Göran 2010. *A marxizmustól a posztmarxizmus felé?* L'Harmattan Kiadó – Eszmélet Alapítvány, Budapest. (Fordította Bozsó Péter.)

Tocqueville, Alexis de 1983. *A demokrácia Amerikában.* Gondolat Kiadó, Budapest. (Fordította Frémer Jusztina.)

Tőkei Ferenc 1965. *Az „ázsiai termelési mód" kérdéséhez.*

Tőkei Ferenc 1968. *A társadalmi formák elméletéhez.* Kossuth Kiadó, Budapest.

Tőkei Ferenc 1977. *A társadalmi formák marxista elméletének néhány kérdése.*

Tőkei Ferenc (szerk.) 1982. *Az ázsiai termelési mód a történelemben.* Gondolat Kiadó, Budapest.

Tőkei Ferenc 1989. *Primitive Society and Asiatic Mode of Production.* Union Générale d'Éditions, Paris.

Tullock, Gordon 1965. Entry barriers in politics. *American Economic Review* 55, 458–466.

Varga Csaba 1998. *Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról.* Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Budapest.

Varga Csaba 1999. *A jog mint folyamat.* Osiris Kiadó, Budapest.

Varga Csaba 2002 (1979). *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség.* Második, utószóval bővített, javított kiadás. Akadémiai Kiadó, Budapest.

Varga Jenő 1965. *Tanulmányok a kapitalizmus politikai gazdaságtanának problémáiról.*

Vastagh Pál 2019. Egy „idegen test" a szocialista államszervezetben (Adalékok az Alkotmányjogi Tanács létrejöttének történetéhez). *Közjogi Szemle* XII. évf. március, 46–59.

Verdross, Alfred 1958. *Abendländische Rechtsphilosophie.* Springer Verlag, Wien.
Vékás Lajos 2016–2017. Magánjogi kérdések jogelméleti megközelítése Peschka Vilmos jogfilozófiai munkásságában. In *Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae tom. LIII–LIV*., 21–43. ELTE, Budapest.
Wallerstein, Immanuel 1976. *Class-Conflict in Contemporary World-Economy.* Working Papers of Fernand Braudel Center XI, 7.
Wallerstein, Immanuel 1980. A világkapitalizmus felemelkedése és jövőbeni összeomlása. In *Fejlődés – Tanulmányok.* 4. kötet. ELTE ÁJK, Budapest.
Wallerstein, Immanuel 2006. *Comprendre le monde. Introduction á l'analyse des systèmes-monde.* Éditions La Découverte, Paris.
Wallerstein, Immanuel 2010. *Bevezetés a világrendszerelméletbe*. L'Harmattan Kiadó – Eszmélet Alapítvány, Budapest.
Weber, Max 1989. *A politika mint hivatás.* Medvetánc Füzetek. (Fordította Lannert Judit és László Géza.)
Wiener György 2000. Közösségi és állami tulajdon az „ázsiai" termelési módban. In *Állandóság a változásban. T'ung-Pien Tőkei Ferenc 70. születésnapjára.* Politika + Kultúra Alapítvány, Budapest.
Wheen, Francis 2004. *Karl Marx.* Napvilág Kiadó, Budapest. (Fordította Gömbölyös Magdolna, Konok Péter.)
Wohlgemuth, Michael 2000. „Political Entrepreneurship and Bidding for Political Monopoly." *Journal of Evolutionary Economics* 10, 273–295.