



**MTA Law Working Papers
2016/3.**

**Jogkonceptió-ütköztetés
Gondolatok Szabó Miklós új könyve kapcsán**

Pokol Béla

**Magyar Tudományos Akadémia / Hungarian Academy of Sciences
Budapest**

ISSN 2064-4515

<http://jog.tk.mta.hu/mtalwp>

Pokol Béla
Jogkoncepció-ütköztetés
Gondolatok Szabó Miklós új könyve kapcsán

Egy rendszeres jogelmélet megadását a címében is felvállaló monográfia izgalmas olvasmányt ígér, annál is inkább, mert a magyar jogelméleti jogirodalomban az elmúlt félévszázadban saját végiggondoláson alapuló jogkoncepció kidolgozására csak kevesen vállalkoztak. A könyv első szemrevételezése nyomán a következőkben elemzés alá kerül a jogelmélet és a jogtudomány tudományelméleti kérdéseinek itteni megoldása; a jogfogalom kérdéseinek elemzése, mely kapcsán kritikaként kerül megfogalmazásra a jogfogalom megadásának elmaradása, mely kritika kiterjed a jogforrási problematika illetve az egész jogértelmezési problémakör kihagyására a rendszeres jogelmélet témaköreiből; a jog értelme fejezet kapcsán az „értelem” normatív értékekre-eszményekre szűkített felfogásának elemzésére kerül sor, melyet a kritika a XX. század eleji neokantiánus gondolatkörhöz való tapadás miatti tárdalom-ontológiai hibaként magyaráz: a társadalmi világ Sollen-re szűkítésével. Végül a jog rendszerszerűségéről és alkotmányosságáról a könyv állításai kerülnek kritika alá.

A magyar jogelméleti gondolkodók közül az elmúlt félévszázadban csak kevesen vállalkoztak arra, hogy önálló végiggondolás alapján egy átfogó jogkoncepciót fogalmazzanak meg, és ebbe beleérttem a máskülönbén ehhez kompetenciával rendelkező Peschka Vilmost és Kulcsár Kálmánt is. Szabó Miklós a *Rendszeres jogelmélet* c. új kötetével ezt tette, és mivel egyik témaként én is erre törekedtem az elmúlt évtizedekben, izgalmas volt elemezni az új összegzést, hogy miképpen oldja meg az itt felmerülő főbb kérdéseket. A jogkoncepció-ütköztetéskénti olvasási mód spontán módon olyan aspektusokat és dilemmákat is a felszínre hozott számomra könyv olvasása kapcsán, amelyeket saját gondolkodásomban eddig így nem észleltem. Persze ezt az alapigazságot már Luhmann gondolattechnikájával való ismerkedésemkor bevésttem magamnak pályám elején: ha az ember egy tagolt felfogás után egy ugyanarra a tárgyra vonatkozó másik elméleti tagolást is megismer, akkor nem egyszerűen két tagolást ismer már, hanem tulajdonképpen az elsőt is így érti meg mélyebben, mert csak az ütköztetés tesz láthatóvá az első tagolásban is egy sor aspektusát.

1) Az első problémám a tudományelméleti kérdések tárgyalását érinti a könyv első oldalain (13-15.p.). Történelmileg a probléma ezzel az, hogy a középkorban és az újkorban a kontinentális Európában a joggal való elméleti foglalkozást egyetemi diszciplínaként tanítása ellenére sem jogtudományként fogták fel, és a *jurisprudencia* csak az 1800-as évek elejére került átnevezésre a nemzeti nyelvekben jogtudománnyá.¹ De ugyanígy az addigi praktikus joggyakorlat-tanítás helyett ettől az időtől kezdve alakult át feszes logikai-dogmatikai elméleti tevékenységgé és ennek oktatásává az jogi egyetemi oktatás először a németeknél Savigny-ék hatására, és innen Európa többi része felé.² Problémám tehát ezzel a fejtegetéssel az, hogy nem tisztázza ezt a lényegi történeti változást a jog egyetemi-elméleti szektorában, és ezzel folytatja azt a

¹ Lásd Anette Brockmöller: Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 1997.

² Lásd Jan Schröder: Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf der deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert. Vittorio Klostermann Verlag. Frankfurt am Main. 1979.

visszavetítő felfogást e téren, amely jellemezte hosszú ideig a hazai felfogást, és az 1800-as évektől bevetté vált jelöléseket skrupulusok nélkül visszavetítve a múltba már a római jurisprudenciát is jogtudománynak keresztelték át, és római „jogtudósokról” beszéltek. E téren a zavar egyikének kifejeződése a könyvben, hogy míg először nem tekinti légből kapottnak azt az állítást, hogy a jogtudomány volt történelemben az első társadalomtudomány, addig az ehhez fűzött lábjegyzetben jelzi, hogy „Szabatos értelemben a jognak semmi köze a modern társadalomtudományokhoz, mert hiányzik belőle a „pozitivitás” és a formalitás”, amely alapvető az utóbbiak számára.” (6. lábjegyzet). De problémásnak látom - és a jelzett zavar kifejeződésének - a mai tagolást illetően a tétes jogtudományok (polgári jog, büntetőjog stb.) mellett a jogtörténet, jogszociológia és kriminológia szakjogtudománykénti elhelyezését is. Egyik gondom ezzel az, hogy az ezt jellemző leírás (14. o.) nem felel meg a tényleges helyzetnek, hisz e leírás szerint a tételes jogtudományok a jog társadalmi, politikai stb. dimenzióit is vizsgálják, mint ahogy a jogtörténet és a jogszociológia stb. is, és az elhatárolás alapja az, hogy az utóbbiakat az egyes jogrendszereken túl általában a jogra mint általános emberi jelenségre tekinti illetékesnek. A fő problémám ezzel persze az, hogy így a tételes jogtudományokra jellemző normatív-logikai gondolkodási mód, illetve ezzel szemben a jogtörténetre, a jogszociológiára, a kriminológiára jellemző ténykutató kognitív gondolkodási mód különbsége elsikkad. Ennek talán az is oka lehet a könyv e fejtegetéseinél, hogy a modern társadalomtudományokat a pozitivitás és formalitás jellemzőivel írja le, így az ezek háttérében levő a fő jellemző, a *normativitással szembeni kognitív szemléletmódra szűkülés* elsikkad.

2) Továbbfolyik ez a probléma a szűkebb tudományelméleti kérdéseket követő elemzésekben is, és „A joghoz való kognitív viszony” c. rész címének megértését keresve az olvasó nem találja az elemzésekben, hogy mihez képest kognitív a viszony, mit kell ez alatt érteni, és *mi az, ami nem kognitív?* A válasz után keresve először a reflektált/ nem-reflektált joghoz való viszony distinkciója tűnik szembe, melyre a laikustól a tanult jogászig majd a tudomány általi reflektálásig terjedő vonal jelzése áll. Ebből nem válik világossá, hogy mikortól és mitől válik kognitívvá ez a viszony, és amíg nem az, addig mi ez. A következő erre a külső/belső nézőpont különbsége, és az elemzésből az bukkan elő, hogy mindkettőt kognitívnek tekinti a szerző, bár a külső esetében jelzi, hogy ez tipikusan az empirikus társadalomtudományok nézőpontja. A belső nézőpont sajátossága – írja -, hogy az így szemlélődő „maguk és mások cselekvéseit alapvetően a jogosultság és kötelezettség fogalomkörében értelmezik és magyarázzák (nem pedig a valószínűség és a gyakoriság stb. fogalmaival).” (21. p.). Csak az utóbbi (a belső) problémáját hadd jelezzem azzal, hogy itt implicite a *tárgyi jog versus alanyi jog* distinkcióját hozta be, és az utóbbival előbukkanó jogosultság-kötelezettség dimenzió válik a belső nézőpont területévé. Ám így a jogosultság dimenziója elszakításra kerül az külső nézőpont empirikus elemzéseitől. Miért lenne a tárgyi jog elemzése a „külső” nézőpont privilégiuma, a jogosultsági pozícióké pedig a „belső” nézőponté? De az egész külső/belső nézőpont elkülönítést - Hart elemzését beleértve - félrevivőnek tekintem, és ehelyett megfelelőbbnek a *távolságteremtést versus ennek hiányát* distinkciót. Közvetlen megfigyelést persze az tud tenni, aki belül van egy cselekvési szférát illetően, de ezt pótolhatja egy megbízható és sűrű empirikus leírás erről, és akkor külsőként is épp úgy tudja megérteni a belső folyamatokat mintha ott, belül ülne. De másrészt, ha a cselekvő nem teremt távolságot a folytatott cselekvéseitől és csak partikulárisan tapad cselekvésének részleteihez illetve a vele éppen együttműködőkhöz, akkor még annyit sem ért meg a részvételével végbemenő folyamatokról, mint a külső megfigyelő (feltéve persze, ha ez utóbbi kap empirikus leírást a benti folyamatokról).³ Nem a külső/belső nézőpont az igazán feltáró

³ Hadd jelezzem, hogy alkotmánybíróként a testületi viták résztvevőjeként és ennek megfigyelőjeként – illetve tömegesen olvasva az itthon nem ismert, főként angol nyelvű empirikus elemzéseket az alkotmánybíróvási döntési szituációkról és az eltérő szerepfelfogások következményeiről - többször meg tudtam figyelni, hogy „nem

tagolás, hanem hogy kognitívan nézzük-e a cselekvéseink lefolyását, vagy normatívan, és mindkettőt lehet mind kívülről, mind belülről. Az utóbbi másfélszáz évben pedig az kezd jellemzővé válni a joggal való elméleti foglalkozásban, hogy a pusztán normatív szemléletmód mellé fokozatosan belépett a kognitív szemléletmód, illetve ennek nagytömegű elemzései, és minden normatív képződményt (normát, szabályt, jogelvet, dogmatikai formulát stb.) kognitívan is elemzés alá vesznek.

A következő szakasz e témához a könyvben a joghoz való kognitív viszony leírására a *gyakorlati észhasználat versus elméleti észhasználat* dichotómiája az 1700-as évek végéről Kanttól, melyet egyes angol-amerikai jogelméleti irányzatok máig találónak vélnék, és főként a Györfi Tamás és Bódig Mátyás írásai nyomán a hazai jogelméleti gondolkodásba is utat talált az utóbbi években. Nem vitásan az előbbiekhöz képest még ez adja vissza leginkább normatív/kognitív dichotómiát, és a joggyakorlatban, a bírói tárgyalóteremben a védenecse érdekében izzó szemmel érvelő ügyvéd - és az éberrel figyelő bíró - beállítódását jól adja vissza a normatív szemléletmód, míg az egyetemi jogász távolabb figyelő beállítottsága már nem ennyire izzóan normatív, és logikai összefüggéseket illetve körülményeket is semlegesebben jobban szem elé hozó kognitivitással átszőtt gondolkodás jellemzi. De még ez sem szakítja ki az egyetemi, tétel-jogági jogászt a normatív nézőpontból, csak a normativitás hevéssége csökken nála a közvetlen perben való részvétel hiányában. Ez csak akkor vált át döntően kognitív, ha már magát az alkalmazandó szabályokat és a releváns dogmatikai konstrukciókat is a hatásai felől nézi, vagy azt, hogy milyen társadalmi erők hozták ezt a szabályt, dogmatikai konstrukciót éppilyen formában létre, és az alternatívák e téren ettől eltérően milyen társadalmi csoportok érdekeit elégítenék ki, és kiknek a rovására. Már az 1900-as évek elejétől beindult - a társadalomtudományok 1800-as évek második felétől felgyorsuló kialakulás után -, hogy szakítani kell a különböző társadalmi intézmények normatív felfogását rögzítő, korábbi filozófiai kategóriák jó részével, és e helyett a kognitív társadalomtudományok fogalmaira és kategóriáira kell alapozni ugyanazon tárgyak elemzését. Így jött létre a gazdaságfilozófia, jogfilozófia, politikai filozófia és morálfilozófia stb. helyére a közgazdaságtan, a politikatudomány, a jogelmélet és a morálmélet. Az utóbbit Georg Simmel - még az átalakulás küzdelmeinek menetében - annyira komolyan vette, hogy az akkor még bevett „morálfilozófia” kifejezést elvetve provokatívan a „moráltudomány” kifejezést használta könyve címekeként.⁴ El kell vetni tehát megítélésem szerint véglegesen a félrevivő gyakorlati ész versus elméleti ész distinkciót, mert a valamikor az gyakorlati ész területének tárgyaiként jelzett normatív képződményeket ma már éppúgy elméleti tudományok vizsgálják, mint a normativitással nem rendelkező szabályszerűségeket is. A kognitív/normatív szemléletmód mindkét fele alkalmas mind a gyakorlat, mind az elmélet terén, csak tudni kell a mindenkor alkalmazásuknál, hogy éppen melyiknek az üzemmódjában szemlélődünk.

Az előbbi folytatásaként kell jelezni a problémát az ezt követő elemzéssel a gyakorlat/jogtudomány/jogelmélet szektorok viszonyát illetően (24-25.p.). „A jogászok jó mesteremberek” de néha tudásuk kevés, és ekkor az elméleti jogászokhoz fordulnak – írja, és ezt csak részben lehet elfogadni. Ugyanis főként a felsőbíróságokon a bírói kar mind a kontinentális Nyugat-Európában, mind Amerikában az elméleti jogászokkal összefonódva működik – egy személyben bírák és tudósok -, az alkotmánybíráskodás terjedésével pedig ez a viszony még intenzívebbé vált. De a másik oldalról is hibás a jogtudomány eseti jogtól elszakítottágát állítani. Én magam majd kétezer bíró döntést néztem át 1999-ben a Bírói Határozatokból, majd engedélyt

tudják, de teszik!”-cselekvők cselekvéseit a jelen nem lévő elemzők sokkal reflektáltabban látták, mint maguk a cselekvők. Lásd ennek leírását különösen: Pokol Béla: Az alkotmánybíráskodás szociológiája. Jogelméleti Szemle 2014/3. 158-189.p.

⁴ Georg Simmel: Einleitung in die Moralwissenschaft. Cotta's Nachfolger, Stuttgart 1892. Ez a példa ösztökélt engem is, hogy ne a „morálfilozófia” elnevezést válasszam az e témával foglalkozó tanulmányom címekeként, lásd Pokol Béla: Morálméleti vizsgálódások. A közmorál elméleti eltüntetésének kritikája. Kairosz. Budapest 2010.

kérve a Fővárosi Bíróság elnökétől, és betelepelve a bíróságra ötven teljes ügy sok ezer oldalas aktatömegeit elemeztem végig, és legalább annyit profitáltam ebből, mint a teoretikus írásokból. (Bár ezek közül is pl. Rüdiger Lautman maga is beült bíróként egy évre egy német alsóbíróságra, és így írta meg a *Stille Gewalt* c. könyvét.) Az ezek alapján készült cikkeim pedig az idézettségi listám ékkövei, így a jogtudós kollégák eseti jog iránti érdeklődésének ez is bizonyítéka. Még egy jogtörténeti hibát jelent e részben az is, hogy a jogász mesteremberek és a jogtudósok viszonyára a Róma korszakát hozza példának: „a responsumért a jogtudósokhoz forduló római tisztségviselők példáján is láthatjuk (...)” (24. p.) A *iurisconsultus* nem volt jogtudós, csak az utóbbi évszázadokban létrejött visszavetítés torzítja így el. De a másik oldalról a hozzá forduló perbeli résztvevők pedig nem voltak jogászok, ők laikusok voltak.⁵ A perben döntő *iudex* és a mai ügyvéd alakjának elődje, a perszónok (orátor, rétor mint Cicero is) nem voltak jogászok, és Ciceróék mint „második mesterséget” (a sajátjuk mögött) meg is vetették a *iurisconsultus* tevékenységét, mint az ékesszólást csak elfojtó foglalkozást.

3) A jog fogalmáról szóló fejezetet különösen odafigyelve olvastam, mert egy alternatív jogkoncepció megértéséhez mégiscsak itt lehet találni a főbb kardinális jellemzőket. A végén azonban úgy zártam - és még egyszer átmentem a fejezeten a biztonság kedvéért -, hogy a könyv nem ad jogfogalmat. Ismertem néhány megközelítést a jog felfogásait illetően, de ezután nem áll neki, hogy ezekből - vagy ezeket félretelva - vázoljon a jog lényeges jellemzőire egy felvállalt jogfogalmat. Az első válasza erre az, hogy „nem azonosítható olyan egyetlen és egységes dolog, amelyet a „jog”-nak nevezhetnénk; ezzel szemben a jogi jelenségek elkerülhetetlen pluralitásával állunk szemben. Ha pedig ilyen dolog nem létezik, akkor hiábavaló a fogalma vagy lényege után kutatni.” (37. p.) Ezzel már csak azért sem tudok egyetérteni, mert sok-sok olvasás és hosszú töprengések után, miután magam is a jog sok aspektusát észleltem a valaha diákként tanult visinszkiji „a jog a magatartási szabályok rendszere”-jogfogalom egyetlen aspektusa után - és azt, hogy egy-egy aspektusra szűkítő elméletek mellett lehetett találni olyan elméleteket is, melyek több komponenst befogva tudták meghatározni a jogot - egy többretegű jogkoncepció megkonstruálása mellett döntöttem már a '90-es évek elején. Ezután még a magyar jogelmélet-történetet visszafelé alaposabban elolvasva - amit a rendszerváltás előtt őszintén szólva tényleg elhanyagoltunk - örömmel láttam, hogy már Pulszky Ágost 1885-ös könyve is kilenc komponens egymás mellé állításával ragadta meg a jog körvonalait. Az utóbbi években pedig egy terjedelmes angol nyelvű kötet is megjelent épp a jog többretegűségének elméleteiről „*Multicentrism as an Emerging Paradigm in Legal Theory*” címmel.⁶

De nemcsak emiatt látok problémát az ide vonatkozó elemzésekben. „Ha ontológiailag kívánjuk megalapozni a jognak mint létező dolognak a fogalmát” – kezdi a fejtegetéseket, és rögtön az első ellenvetés, hogy jog – mint ahogy egyetlen társadalmi képződmény sem - nem tekinthető „dolognak”. Még ha a társadalmi lét ontológiáját akarjuk megírni, akkor sem. Csak a fizikai és az erre épülő biológiai világ „dolgai” léteznek, de kb. az 1900-as évek elejének tisztázása óta a társadalmi világ képződményeit *értelmi képződményként* ragadják meg. Felhasználva a platóni dichotómiát az érzékileg létező és az ideálisan létező között Wilhelm Dilthey volt az, aki elkezdte az 1800-as évek vége felé a természeti létezők és a szellemi létezők elválasztásával a fizikai-biológiai világ fölé emelkedő társadalmi világ sajátos anyagának feltárását. Vele párhuzamosan illetve némileg később Edmund Husserl is a társadalmi világ értelmi felépítettségének sajátosságait dolgozta ki, ahogy a főbb vonalat illetően Max Weber is a

⁵ Lásd ennek részletes elemzéséhez: Peter Stein: *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*. Edinburgh: at University Press. 1966; saját elemzéseim ehhez: Pokol Béla: A római jog rétegeinek és jogász szerepeinek történelmi differenciálódása. *Jogelméleti Szemle* 2008/3. sz. 2-18.p.

⁶ Lásd Marek Zirl-Sadowski/Mariusz Goleczki/Bartosz Wojciewski (eds.): *Multicentrism as an Emerging Paradigm in Legal Theory*. Peter Lang Verlag Frankfurt am Main, 2009.

társadalmiság értelmi felépítettségét vallotta. Alfred Schütz 1932-ben Husserl és Weber integrálásával megírta "Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt" c. könyvét, amiből később a társadalom értelmi puhaságát és formálhatóságát középpontba emelő tudásszociológia főiránya alakult ki. Ugyanekkor, de részben más irányból Nicolai Hartmann is a társadalmiság értelmi anyagát emelte a középpontba a *das geistige Sein* és a természeti világ valóságszféráinak elkülönítésével. Mindezeket aztán 1960-as évektől Niklas Luhmann foglalta össze egy egységes társadalomelméletben. („Az értelem mint a szociológia alapkategóriája” c. írását már 1986-ban beválogattam a Szociológiai Füzetek 42. számaként megjelent első hazai Luhmann-kiadásba). De nemcsak a jog dologként megragadása jelenti ezekben a fejtegetésekben problémát, hanem az, hogy az egész könyv tulajdonképpen az 1900-as évek eleji neokantiánus társadalomkép szintjén áll, és ez alapján fejt ki a jog egyes aspektusait: „két világban élünk: az okozatiság törvényeinek engedelmességet követő természeti világban (...) és a szabadság törvényeinek engedelmességet követő erkölcsi vagy társadalmi világban (..) Kant terminológiájával az előbbi a „van” (*Sein*) az utóbbi a „legyen” (*Sollen*) világa.” Ugyanezt Bibó bemutatásánál is megismétli, és itt sincs distanciálás ettől: „A korban domináns neokantiánizmus felfogását követve a természeti világ (a kanti *Sein*) sajátos törvényszerűsége a *kauzalitást*, az emberi világ (az erkölcsi világ, azaz a kanti *Sollen*) törvényének a spontaneitást vagyis a szabadságot tekinti.” (99.p.) A könyv tulajdonképpen egész végig ezt a társadalom-felfogást veszi alapul, és így a társadalmiság a természeti *Sein* világot feletti *Sollen-világgal válik azonossá*. Ez tényleg a neokantiánusok felfogása volt az 1900-as évek elején - benne a legnagyobb késői hatást kiváltó Kelsené -, de a Dilthey/Husserl/Weber/Schütz/Luhmann elméleti vonal, illetve mellettük Nicolai Hartmann épp ezt haladta meg az 1900-as évek második felére már általánosan elfogadottan.

Még a leginkább ott tűnik ezt a neokantiánus gondolati szintet meghaladni a könyv, amikor Weber nyomán az emberi világban levő értelem két szemléletmódjáról ír: „Az emberi világban - az emberi cselekvésekben - megmutatkozó értelem kétféle lehet: a cselekvő vagy a megfigyelő által a cselekvőnek tulajdonított értelem. Az előbbi az a „szubjektív értelem, melynek feltárását Weber a „megértő szociológia” feladatává teszi.” (55.p.) Ellenvetésként meg kell itt jegyezni, hogy épp ezt a leírást vitték tovább a jelzett elméleti vonalon Schützék Weber és Husserl integrálásával illetve a tudásszociológiával, és Luhmann a teljes társadalmiság értelemre alapozásával. Ezzel pedig az értelem nemcsak a cselekvésekben és ezek megfigyelésében ragadható meg, hanem az összes társadalmi struktúra, képződmény az értelem megszilárdulását jelenti. A könyv tehát itt sem lép túl a neokantiánusok *Sollen*-re szűkített társadalomfelfogásán. Ennek a *Sollen-normatív szférára szűkített társadalomképnek* aztán messze ható hatása van abban, hogy a könyv egésze egy normatív-morális képből vázolja a jog minden részletét. Lehet, hogy eltúlozom a következtetést, de mivel Szabó Mikós egész gondolatvilága sokban összefügg a korábban Györfi Tamás és Bódig Mátyás által kifejtett, jogi moralizmushoz közeleső nézetekkel, a társadalomkép egészének ez a kiindulópontban történő *Sollen*-re szűkítése megítélésem szerint már *eleve megágyazza a jogi moralizmus felé nyitottságot*. A társadalmi élt ugyanis így az erkölcsi világgal válik azonossá. (Megalapozott ítélet erről persze csak úgy lehet, ha ismét átnézem Györfi és Bódig ez irányú alapjait.)

4) Ennek a szűkítésnek felel meg a Jog értelme c. következő fejezet tényleges témája is, mert végigolvasva azt jegyeztem fel magamnak, hogy e helyett tulajdonképpen a „jog értéke, célja és funkciója” címet kellett volna adnia. *Mire kell törekednie a jognak?* - ezt érti a jog értelme alatt, illetve, hogy milyen *Sollen* -ek állnak már a jog mögött is? Ezért aztán azokat az eszményeket veszi sorba, melyeket a megítélés szerint a jognak szolgálnia kell. Ehhez képest, ha a társadalmiság egészét értelmi valóságnak fogjuk fel – ráépülve a természeti valóságra, és felhasználva annak tárgyait és okozatiságait -, akkor a jognál úgy jön be a sajátos értelemhasználatra rákérdezés, hogy a társadalom közösségének különböző irányú értelmi konstrukciói az egyes életszférákban – tudományban, művészetben, vallási alrendszerében stb. stb. - miben

térnek el a jogi szféra értelmi konstrukciójától, és történelmileg hogyan függtek ezek össze valamikor a legintenzívebben, és miként ment végbe - különösen a európai civilizáció utóbbi évszázadaiban – az egyes társadalmi alrendszerek önálló értelmi konstrukcióinak kialakulása. Ennél a kérdéses módnál azonban már el kell szakadni a *cselekvési értelem*től, és a struktúrákban, intézményekben megszilárdult értelmet is be kell tudni fogni. Ehhez azonban már túl kell menni nemcsak a neokantiánusokon, hanem Weberen is, ahogy az 1930-as évektől Schütz után már megtörtént ez a továbbvitel.

5) Problémásnak látom több helyen a jogosultságokról szóló következő fejezet elemzéseit is. Egyik problémám vele Jhering elméletének elemzésére vonatkozik, mely elméletnek itt releváns része a Jhering gondolati fejlődésének második szakaszát jelenti, a „cél a jogban” eszme középpontba kerülésével. Csak apró hiba, de hogy Jhering a pandektisztika érdekkutató iskolájának meghatározó képviselője lenne (141.p.), az egy összecsisztatást jelent a halála után épp húsz évvel színre lépő Philipp Heck-kal és az általa gründolt *Interessenjurisprudenz* iskolájával. Heck tényleg felhasználta a jogi szabály mögötti cél-gondolatot Jheringtől ahhoz, hogy ezt átalakítva a minden egyes jogszabály mögötti érdekkonfliktusok elméletét létrehozza.⁷ Egy parciálisabb témában azonban tényleg érintette Jhering is a recenzált könyv itteni témáját. Az 1868-ban megjelent „Beiträge zur Lehre vom Besitz” c. tanulmánya nyomán a Göttingenben nála tanuló magyar Schwarz Gusztáv az 1880-as évek második felében a hazai jogi életben egy vitát kezdeményezett a birtok természetéről és a birtokos jogállásáról, mely a következő évtizedekben folyamatosan vitákat váltott ki a hazai magánjogászok között. Jhering birtoktanának a lényege az volt, hogy tagadta azt a Savigny óta uralkodó nézetet, mely szerint a birtokos jogálláshoz a dolog tényleges uralom alatt tartása mellett még a sajátjaként uralás akarata is kell, mert e nélkül csak szűk körben és kivételként lehet „származékos birtoknak” tekinteni a dolog feletti tényleges uralmat. Álláspontja szerint a dolog tényleges uralom alatt tartása már megalapozza a birtokos pozíciót, és az már csak a törvényhozó pozitív jogi döntésének függvénye, hogy mely jogcímen való uralom alatt tartásnak ad birtokvédelmet és más joghatást, ám dogmatikailag ez nem köthető a tulajdonosi akarathoz. A hazai magánjog-dogmatikában Schwarz Gusztáv fellépéséig Savigny nyomán a birtok (*possessio*) és a bírlalat (*detentio*) kettébontása alakult ki arra, hogy a tulajdonosi akarattal birtoklókat és a más célzattal (pl. hasznóbérlő, zárgondnok, letéteményes stb.) bírlalókat külön osztályba sorolják. Schwarz - nemesítése után Szászy-Schwarz - Jhering nyomán ezt a kettébontást kérdőjelezte meg.⁸ Jhering tehát kettős változtatást hajtott végre az alanyi jogok korábban uralkodó koncepcióján. Első lépésben megváltoztatta az alanyi jogok alapját, és ezt nem az akarathoz, illetve ezzel a cselekvési szabadságban fogalmazta ezt meg, hanem az érdekek feletti rendelkezést pedig - szakítva a felvilágosodás individuális cselekvési szabadság-központúságával, és ennek állam általi érinthetetlenségével - *az állami törvényhozó kezébe tette le*. Nos, tehát szemben a Szabó Miklós által e fejtegetéseknél szem előtt tartott jogvédő mozgalmi jellegű, morális-természeti-jogi felhangokkal (abortusz, eutanázia állati jogok védői stb.) Jhering kifejezetten a törvénypozitivizmus felé egyengette ezzel az utat.

6) A magyar jogi terminológiát érinti a következő megjegyzésem. „A magyar ’jog’ szó eredete a ’jó’ ugyanúgy képződik mint a ’bal’-ból a ’balog’” – írja a könyv (145. p.) Ezt eredetileg Frank Ignác írta le a következőképpen: „(...) újabb időkben terjedni kezd a *jog* szó, melynek

⁷ Lásd ennek részletes leírását: Pokol Béla: Jhering jog-, morál és társadalomelmélete. Jogemléleti Szemle 2009/1. 2-38.p.

⁸ Schwarz Gusztáv az 1911-es könyvében foglalkozott részletesen ezzel a kérdéssel, lásd: „Új irányok a magánjogban.” Budapest. Athenaeum, különösen 593-594.p.

igaz régi értelme : jobb kéz, párja a balog, mely már csak bal.”⁹ Nos, tehát a jobb/bal szembeállításból eredő nyelvújítási alkotás a „jog” - 1827-ban Pauly Károly írta le ezt először -, így nem áll olyan közvetlen szemantikai összefüggésben a ’jó’-val, mint ahogy a szerző állítja, kissé módosítva Frank Ignácot. Az történelmi tény, hogy a normarendszerek és a szellemi szférák differenciálódása előtt a jog szokásjogként - Európában kb. az 1600 évek végéig - erősen bele volt fonódva a mindenkori, elterjedt erkölcsi-morális helyességi mércékbe. Ám épp ez kezdett megváltozni az 1800-as évektől a jog pozitíválódásával, tudatos írott jogként való tételezésével. Épp ezért tekintem mindig distanciálódva a Szabó Miklós könyvében minduntalan felbukkanó morállal való közvetlen újra-összekötési erőfeszítéseket. E törekvés egyik jele ez a terminológia-magyarázati probléma. De e hiba folytatása kétszer is felbukkan még a könyvben: „bár az igazságtanságra is mondjuk, hogy ez „nem igazság!” (...) a jog igazságot szolgáltat. Még ha etimológiailag megalapozatlan is, mély gyökeret eresztett a jogi közgondolkodásban Ulpiánus híres válasza a jog nevének származására: „annak pedig az igazságosság adott nevet.” (145. p. ill. 229.p.). A magyar jogi nyelvet illetően ez egyszerűen tévedés. A „nem igazság!”-felháborodott állítás, amit ma is használunk, ha az embert egy vélt joga esetén egy helyzetben megfosztják ettől, vagy az „igazságszolgáltatás” kifejezés általában is, nem az „igazságosság”-ból ered, hanem onnan, hogy kb.1840-as évekig az alanyi értelemben vett jogot „*jussnak*” vagy „*igaznak*” mondták a magyar nyelvben, még mielőtt a „jog” szót kitalálták és elterjedt volna. „Özvegyi igazság”-nak mondták akkor azt, amit ma „özvegyi jognak” nevezünk, vagy a „király igaza” volt a neve a királyt illető bevételekre (a király joga).¹⁰ Így amikor az első magyar nyelvű minisztérium 1848-ban létrejött még a régi szóhasználatot alkalmazva mondták a jogügyi minisztériumot „igazságügyi” minisztériumnak, és „igazságszolgáltatásnak” az addig „törvénykezésnek” nevezett bírói jogalkalmazást. Ennek semmi köze nem volt az igazságossághoz, mint a jogszolgáltatás magasabb minőségéhez. Ahogy pedig az utóbbi évszázadban - már a jogszolgáltatás kifejezés bevetté válásával - egy kritikai felhanggal erre asszociálnak. Franc Ignác már ismerte a „jog” szó nyelvújítását, de mivel ő az egész nyelvújítást elvetette, maradva a régi szóhasználatnál írta: „A kinek igazsága vagyon, arrul azt mondjuk, hogy szabadságában áll, hatalmában áll, ha akarja teheti, keresheti követelheti (..) E szerint valakinek igaza, igazsága van éppen az, ami önnön magáé, tulajdona, övé.”¹¹

Összegezve tehát az jog igazságossághoz közelítésére való törekvés *jogpolitikailag* mindig helyesnek minősíthető - és most tegyük akkor zárójelbe, hogy ki mit ért igazságosságon -, de ehhez túl nagy árnak kell tartani a jogi terminológia történeti változásainak ehhez történő elhajlítását.

7) A jog rendszerszerűsége a következő fejezet témája, és itt két probléma ötlött a szemembe. Az egyik összefügg a már jelzett problémával a természeti valóság feletti társadalmiság megragadásának bizonytalanságával. Matriális valóságszintek (mechanikai, és biológiai) felett a társadalmiság értelmi valóságként szerveződését nem tisztázva csak megidézi itt Kenneth E. Boulding kilenc szintű rendszerhierarchiáját, és a két legutolsó szintet felhasználva a jogot mint szociális rendszert illetve mint szimbolikus rendszert tekinti megragadhatónak, és így - . implicite - elválaszthatónak (162-163.p.). Így azt lehet levonni ebből az elemzésből, hogy a társadalmat *embercsoport anyaggal azonosítja* („egy társadalmi csoport a jogászság”) míg a szellemi rendszer képződését ettől elválasztva a jog szimbólumaival. Így leszűkítve azonban ki marad az általában a társadalmiságra jellemző értelmi struktúrák képződésének megragadása és a jog mint egyik ilyen struktúra e keretben való megértése. E megértés hiányában pedig a társadalom itt is az erkölcsi világra szűkül, azzal kerül azonosításra a tényleges kifejtésben.

⁹ Frank Ignác: Közigazság törvénye Magyarhonban. Budán, A Magyar Királyi Egyetem betűivel, 1845, 9. p.

¹⁰ Lád Kovács Gyula: A magyar jogi terminológia kialakulása. Akadémia Kiadó, Budapest 1964.

¹¹ Frank i.m. 11. p.

Mint már a fejezetet bevezető Beszélgetésben is feltűnik, hiányzik a társadalom törvényszerűségeinek elhelyezése a valóság szférái keretében: „Három szint között szoktunk lényegi különbséget tenni: az szükségszerűség, a valószínűség és a kellés rendje között: az első kettő természeti, az utolsó az erkölcsi világ rendezettségét jellemzi.” (159.p.) Hol van itt a társadalmi világ szférája?!

Másik problémám e fejezeten belül a jog rendszerszerűségének fokozatai címen adott elemzésekre vonatkozik. Négy fokozatot - vagy néha szintnek - nevezett rendszerszerűséget vázol fel. A jog rendszerszerűsége mint érvényesség, mint klasszifikációs séma, mint gyakorlati elvek koherens készlete és végül mint axiomatikus rendszer. (166-167. p.). A problémán ezzel a négy szintes leírással, hogy míg ezek közül kettő csak szórványos elméleti felvetésekben jelenik meg a jogirodalomban, addig a másik kettő jogtörténeti fejleményként több száz évet felölelő leírásokban is megjelenik. Az első a érvényesség értelmében vett rendszerszerűség igazán csak Kelsen joglépcső-elméletét jelenti, és az utolsónak említett axiomatikus rendszerszerűség is csak néhány fantasztá elképzelésében volt jelen a geometria mintájára elképzelt jogról Leibniz nyomán. A jog fogalmi-dogmatikai értelmi rendszerszerűsége, illetve ettől jó ideig különfutva a jogelvi-maximákenti rendszer képződése azonban jogtörténeti empiria szintjén is kimutatott tényleges fejleményeket jelentenek. Hadd fejtsem ezt ki részletesebben, mert tulajdonképpen Szabó Mikós - és e könyvével korábban jórészt egybehangzó felfogást kifejtő Győrfi Tamás és Bódig Mátyás - illetve az én jogszemléletem között a szembenállás főként e miatt létezik.

A feszes értelmi rendszert alkotó jogfogalmi dogmatika és ellentmondásmentes fogalmi apparátusa az 1800-as évektől az egész kontinentális Európában uralkodóvá vált, és a korábbi jogi maximák, brocardák, jogelvek mint rendszert nélküli és ellentmondásos jogi támpontok elvetésre kerültek. Ám e fejlődési folyamattal párhuzamosan az 1600-as évek elejétől egy másik folyamat is megindult, és ez egyrészt a jogon belül létrehozta a világi természetjog eszméjét, másrészt a főként jogon kívüli morálfilozófusok és más szellemi emberek által középpontba emelt emberi jogok eszméjét. Ebben a kiindulópontot a holland Hugo Grotius jelentette az 1625-ben megjelent művével, és nyomában a korábbi keresztény természetjog helyett az ésszel feltárható világi természetjog eszméje kezdett terjedni. A jogon belül ez is hozzájárult az előbb említett rendszeres jogdogmatika létrejöttéhez, de a jogon kívül az absztrakt emberi jogi kategóriák felállítását a morálfilozófusok révén egyre inkább az ideológiai-politikai harc középpontjába állította az emberi jogokat. Az absztrakt jogelvek, maximák a konkrét alkalmazásban ténylegesen egymást keresztezik az esetek nagy részében, de a nem jogász laikusok az ezekben rejlő okos jogi gondolatok lelkes híveivé váltak már az újkor kezdetétől. Az absztrakt emberi jogok ugyanígy csak egy-egy támpont megadására alkalmasak, és konkrét esetekben mindig csak egy sor egymásra tekintettel létrehozott korlátozással lehetnek megfelelőek. A feudális állapotokkal elégedetlen ideológiai-politikai harcokban azonban ezek gyújtó jelszavakká válva mint igazi kényszerítő első elvek és abszolút igazságok kerültek kiemelésre.

A francia felvilágosodás absztrakt racionalizmusa absztrakt elvekből dedukált ítéleteket és társadalomépítési terveket hozott létre a mindennapi szellemi harcokban, és amikor e szellemi mozgalom alapján a francia forradalom végbement, az absztrakt elvek és emberi jogok alapján kéréltetetlenül ítélték el az ellenségnek minősítetteket, Mindezek hatására a forradalomárok absztrakt racionalizmusa jórészt egymás általi kiirtásukhoz vezetett. (Majd kísértetiesen ugyanez ismétlődött meg az ugyanilyen elvi alapokon és gondolkodási stílussal tevékenykedő orosz bolsevik forradalomárok esetében is!) Az absztrakt elveken nyugvó ítélezés szörnyű tapasztalatai vezették aztán a francia forradalom kortárs angol gondolkodóinak egy részét arra a belátásra, hogy a pragmatikus megfontoltságot és a fennállónak mindig csak részleges változtatását részesítsék előnyben az absztrakt racionalizmussal és annak minden hagyományt kiirtó jellegével szemben.¹²

¹² Lásd Edmund Burke ezt kifejtő gondolatainak elemzését: Cass Sunstein: Burkean Minimalism. Michigan Law Review, 2007 (Vol. 105.) 353-408

A francia forradalmárok az 1789-es Emberi Jogok Nyilatkozatában hagyták örökül ez irányú hitüket, és míg a forradalmuk szörnyű tapasztalatai alapján aztán ezeknek a kontinentális Európában hosszú ideig nem volt hatásuk, a frissen alkotmányozó és függetlenné vált Egyesült Államokban beemelték ezeket mint alkotmány-kiegészítéseket az alkotmányba. Ezek jórészt politikai szabadságjogok voltak - szólásszabadság, gyülekezési szabadság stb. -, és a későbbi politikai harcokban az 1848-ban vagy még később a tervezetek szintjére eljutó európai alkotmányok egy része szintén tartalmazott már ilyeneket. Ezek azonban ekkor inkább csak feladatkitűzések voltak a törvényhozó számára, és nem eseti ítélkezés szintjén lévő jogot jelentettek. Nem változott ez az amerikaiaknál azzal sem eleinte, hogy 1803-ban az ottani legfőbb bírói fórum úgy döntött, hogy az alkotmány alapján a szövetség és a tagállamok törvényeit az alkotmányhoz mérni, és amennyiben az ott lefektetett hatásköröket túllépve hozott létre valamelyik szint törvényeket, azokat alkotmányellenesség címén nem engedi alkalmazni. Ez jelentette az alkotmánybíráskodás megjelenését a modern történelemben, de ez eleinte csak hatásköri bíráskodás volt, és a szövetségi, illetve a tagállami állami szervek egymás közti hatásköri vitáinak eldöntésére szűkölt. Ez kezdett megváltozni, amikor az 1900-as évek elejétől az alkotmányos alapjogokra és alapelvekre hivatkozva már a hatásköri vitákon túl is elkezdte a szövetségi legfőbb bírói fórum alkotmányellenesség címén megsemmisíteni a törvényeket. Ezzel az alkotmánybíráskodás nagyrészt alapjogi bíráskodássá vált, és a demokratikus akaratképzés és a kongresszusi törvényhozás konkurenciájaként is elkezdett működni. Ezek a fejlemények az 1960-as évek második felétől új jogelméleti irányzatokat hoztak létre, melyek a jogdogmatikai kategóriák mellett/helyett ismét a jogi maximák, jogelvek rehabilitálását hozták létre az amerikai jogi életben, és az alapjogi érvelések szükségszerűen eleve csak lazább érvei mellett a jog központi részeivé váltak ezek is.

(A jogelvek és jogi maximák rehabilitálása: Dworkin fellépése) Az előbb vázolt alapjogi forralom az Egyesült Államokban a korábbi dogmatikailag rendszerezettebb, törvényeken és precedenseken nyugvó jogszolgáltatás helyett az absztrakt jogi támpontokat adó alapjogokból levezetett lazább és politikai értékválasztásokon nyugvó alkotmányjogi perek tömegessé válásához vezetett, és ezekben az időközben diszkreditálódott maximák és jogelvek ismét erősebben megjelentek. Egy-egy eset eldöntésénél ugyanis a legfőbb bírúk a laza alapjogi támpontokból nem tudnak egész jogterületeket ellentmondásmentesen lefedő logikai tisztaságú jogfogalmakat kialakítani. A banktőkés köröknek a szellemi szférában és a médiában levő óriási háttere - neogramsciánusan szólva: organikus értelmisége - azonban széles szellemi, művészeti támogatást és ennek közvéleménybeli elterjesztését biztosította számukra. Az egész úgy lett beállítva, mint az 'ember jogaiért' való harc az önző politikusok törvényeivel szemben. Ez a fejlemény a jogi maximákban és a jogelvekben való gondolkodást ismét nagy mértékben rehabilitálta az amerikai szellemi életben, és ekkor lépett fel - mintegy a már végbement folyamat teoretikus összefoglalásaként - Ronald Dworkin az 1960-as évek második felében a szabályokkal szemben a jog magasabb rendű rétegeként felfogva a jogelveket. Ő az angol Hart jogfelfogása ellen lépett fel, aki 1960-ban a nagyjából konszenzussal rendelkező jogfelfogásnak adott hangot a szabályokból álló modern jogról. Dworkin ezzel szemben emelte ki, hogy ez a jog beszűkítését jelenti, hiszen a szabályszerű jogi rendelkezések felett ott vannak még a common law íratlan jogelvei, és ezek az ütköző szabályszerű rendelkezéseket háttérbe szorítva hatnak a bírói ítélkezésben. Dworkin tanulmányából nyilvánvaló, hogy az e kérdésben lezajlott hatszáz éves fejlődés és a változások minden ismerete nélkül vetette fel ezt a kérdést, és a példát egy 1897-es amerikai felsőbbbírósági ítéletből vette, ahol egy öröklési kérdést - a végrendeleti örökös meggyilkolta az örökhagyót az öröklés gyors megszerzése érdekében - a bíróság egy átfogó jogi maximára alapozva döntött el, megfosztva a gyilkos örökösöt az örökléstől, mely ítélet így másképpen szólt, mintha csak a szabályszerű öröklési jogi normákat vette volna figyelembe. E példa alapján Dworkin átfogó tézise aztán úgy szólt, hogy a jog a szabályszerű joganyag mellett a jogelvi szintű joganyagot is tartalmazza, és ütközés esetén a jogelvek szintje a felsőbb, az

tolja háttérbe a szabályokat.¹³ Ez pontosan az, amit Coke főbírától kezdve az angolok, majd az amerikaiak is vallottak - szemben a kontinentális Európa jogaiban való szerényebb jogelvi szereppel -, és ez szorult a háttérbe Dworkin előtt kb. száz évvel, ám egy-egy amerikai felsőbbbírósági döntésben azért még lehetett találni ilyen jogi érvelést és ítélethozatalt, mint ahogy kivételképpen Dworkin talált is 1897-ben (de tulajdonképpen előtte ötven évvel Benjamin Cardozo, aki könyvében a jogelvek szerepét épp erre az ítéletre alapozva vette be a jogba.)¹⁴ Ezek háttérbe kerülése azonban a feszebb jog megteremtéséért történt, és a jogdogmatikai fogalmak mellett ezek a jogelvek és maximák csak érvelési segédeszközként jöhettek számba. Dworkin ezt a háttérbe tolt szerepet változtatta meg fő elméleti téziseként.

A németeknél a jogi maximák hasonló rehabilitálásának kísérlete 1952-ben Theodor Viehwegnek a topika és a topikai maximák középpontba emelésével történt a túlzottan merevnek ítélt jogdogmatikával szemben, de az alapos megvitatás után ez csak úgy hatott a német és innen kisugározva a többi kontinentális ország jogi gondolkodásában, hogy a jogfejlesztés első fokozatában van csak helyük a topikai maximáknak, és a második lépésben az így kialakított normákat az adott jogterület fogalmi rendszerét a középpontba véve kell beilleszteni ezeket a jogdogmatikába. Így a jogi maximák ebben a felfogásban megmaradtak a jogdogmatikának és a szabálypontosságú jogi rendelkezéseknek alárendelt állapotban - úgy ahogy hatszáz éve Bartolus eldöntötte e kérdést. Persze a jogi maximák a kontinentális Európában is több-kevesebb fokban áthagyományozásra kerülnek az utóbbi jogászgenerációk között is egy szűkebb körben, de ezek inkább a „szakma” presztízsének fenntartásaként mintsem a szabályokkal szembeni jogpolitikai harcok eszközeként jelennek meg. Például a már említett német Detlef Liebs 1983-as könyvében német fordítással együtt 1640 latin nyelvű jogi maximát adott közre, melyek egy részét a képzettebb német jogászok néha még ma is használják.¹⁵

Ennek hatására a jogdogmatika háttérbetolása figyelhető meg a jog egy sor területén, és a konkrét magánjogi, büntetőjogi és perjogi szabályokat az alkotmányos alapjoggá formált emberi jogok és természetjogi elvek fényében lehet felülbírálni. A gond azonban ezekkel az emberi jogokkal és jogelvekkel abban áll, hogy ezek ugyan átfogó civilizációs értékeket jelentenek, de konkrét szinten egy-egy eset elbírálásánál kibékíthetetlenül szemben állnak egymással. Érdeemes erre a problémára hosszabban megidézni a skót Neil MacCormickot: „Why not just let the principles and values do their work without the seemingly useless interposition of rules at all? (...) Why tie ourselves down with these detailed and complex rules and statutory provisions behind which we always have to make recourse to the underlying principles and values to sort out our ever-recurrent problems of interpretation (...) So reliance on raw values and principles would have two defects (...) A determination or concretization of a principle for a specific class of case is not a deduction from it, nor a discovery of some implicit meaning; it is the act of setting a more concrete and categorical requirement in the spirit of the principle, and guided both by a sense of what is practically realizable (or enforceable), and by a recognition of the risk of conflict with other principles or values, themselves concretized through other determinations. Neither line-drawing between duty and aspiration, nor achieving some standing balance or reconciliation of potentially conflicting values or principles is possible without some recourse to determination”¹⁶ Vagyis a modern jogrendszerek dogmatikailag rendszerezett és a rendező elvek között korlátokat és kompromisszumokat beiktatva alakuló szabályai hordozzák az alapvető értékeket és jogelveket is, ám épp ezek ellentmondásainak megszüntetési kapcsán kaptak ilyen tartalmat. Így ha lehetővé tesszük, hogy e szabályok fölött közvetlenül az

¹³ Lásd Ronald Dworkin: Is Law the System of Rules. In: (uő) szerk.: The Philosophy of Law. Oxford Univ. Press. 1977, 65-89.p.

¹⁴ Lásd Benjamin Cardozo: The Nature of Juridical Process. New Haven, Yale Univ. Press. 1921.

¹⁵ Lásd Detlef Liebs: Lateinische Rechtsregel und Rechtssprichwörter. (Dritte, überarbeitete Auflage) Verlag C. H. Beck. München 1983.

¹⁶ Neil MacCormick: Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS. Oxford Journal of Legal Studies, (Vol. 10.) 547-548.p.

alapjogokhoz és a jogelvekhez lehessen fellebbezni - és nem csak ezen szabályok értelmezésére használhatók ezek, amennyiben nyitottságokat hagytak és valamilyen irányba értelmezéssel elvihető értelmük, hanem félre is lehet tolni a szabályokat ezekre támaszkodva -, akkor tulajdonképpen az eltüntetett ellentmondásokat ismét behozzuk a bíró normatív támpontjai közé. A bíró ekkor valamelyik vonatkozó alapjogot és jogelvet részesíti majd előnyben, és más alapjogokat és jogelveket kénytelen lesz háttérbe tolni, vagy nem is érintve ezeket háttérben hagyni. Mire a vesztes fél ügyvédje - ha jól végzi a feladatát, és fel van készülve a pernyerésre rendelkezésre álló teljes alapjogi anyagból - fellebbezni fog, és a háttérben hagyott alapjogokra és jogelvekre támaszkodva kéri a felsőbb bíróságot az ellenkező irányú ítélet meghozatalára. Vagyis a jog menthetetlenül nyitottá és eldönthetetlené válik az egyes esetekben.

Az amerikai Frederick Schauer más szempontból kérdőjelezi meg a szabályok és jogelvek/standardok önálló szintekre való szétválasztását. Elemzése szerint ha a jogalkotó egy területen az absztraktabb standardok szintjén történő szabályozást választja, és kerülve a területen belüli szűkebb esetsoportokra a pontosabb szabályok megadását csak absztrakt támpontokat ad meg a bírónak az eléjük tárt esetek megítéléséhez, akkor a bírói gyakorlat spontán módon elkezd az elveket/standardokat pontosabb szabályokkal kitölteni egy-egy szűkebb esetsoport vonatkozásában. Ezzel szemben, ha a jogalkotó egy területen éppen fordítottan bármilyen absztrakt normatív támpont megadását kerüli, és minden szűkebb esetsoportra pontosabb szabályokat megadva dönt el minden kérdést, akkor a bírói gyakorlat a sok-sok felmerülő eset kapcsán elkezd az absztraktabb normatív támpontokat kiemelni a részletes szabályokból, és egy idő után a szabályanyag felett egy absztrakt standard/jogelv szintű normaanyag is segíti az esetek megítélését. Vagyis a modern körülmények bonyolult viszonyai között a bírák az eseti ítélezésben együtt veszik figyelembe a konkrét szabályanyagot és a jogelveket, és ha a jogalkotó csak az egyiket hozza létre, akkor a bírák az ítélezési gyakorlatukban maguk alakítják ki a másikat. „I want to suggest that the choice between the rules and standards, between specific and vague directives, may not make nearly as much of a difference as is ordinarily assumed. And this is not because there is no difference between rules and standards. There is a difference, but is also reason to believe that the adaptive behaviour of rule-interpreters and rule-enforcers will push rules towards standards, and push standards towards rules”¹⁷

A Ronald Dworkin által átfogó szinten létrehozott hamis dualitás a szabályok és a jogelvek között és a jogelvekkel a szabályok überelése csak elméleti alapot adott arra, amit az amerikai 'alapjogi forradalom' az 1960-as években már megvalósított az Egyesült Államokban. Miközben a szabályok ténylegesen az ellentmondó alapjogok és jogelvek kompromisszumokkal konkretizált formáit jelentik, addig Dworkin mint két, egymástól független normaanyagot fogalmazta meg a szabályok szintjét és a jogelvek szintjét, és azt, hogy ha elégedetlenek vagyunk a szabály szintű normával, akkor ezt überelhetjük a „nemesebb” jogelvekkel. Ebben a teoretikus formában aztán jobban exportálhatóvá vált az amerikai alapjogi forradalom, és különösen a volt szovjet blokk közép-európai országaiban hatott a jogi gondolkodásra az 1990-es évektől. Ez azonban, mint láttuk, egy elméleti tévedést tartalmaz. Hatása inkább abban áll, hogy azok a társadalmi csoportok, melyek elégedetlenek a meglévő jog egyes részeivel, erre a jogi ideológiára alapozva a konkrét jogszabályokkal szemben fel tudnak lépni, és a „nemesebb” jogelvekre és alapjogokra támaszkodva más jogi normaanyagot kívánnak létrehozni.

Ütközve tehát Szabó Miklós jogi rendszerszerűségéről adott négyes felosztásával én csak kettőt látok jogtörténetileg létezőnek, és e kettő is sajátos egymást felváltó viszonyban áll az elmúlt évtizedek tanúsága szerint.

¹⁷ Frederick Schauer: The Convergence of Rule and Standards. New Zealand Law Review. 2003, 305. p.

8) A jog alkothatóságáról szóló fejezet fejtegetéseivel alapvetően egyetértek, de problémát azért találtam benne. Számomra a jogtörténeti elemzések egyik legfontosabb hozadéka volt az elmúlt években, hogy az európai jogtörténet kb. 800 éves fejlődésében az 1100-as évektől az 1900-as évekig az első évszázadokban a jog eszméje a változtathatlanságon nyugodott - kb. az 1600-as évek elejéig -, és csak észrevétlenül kiegészíteni lehetett a meglévő szokásjogot, de elvileg nem volt jogalkotás. Csak az újkorban a francia abszolutizmus csúcspontján XIII. majd főként XIV. Lajossal indult meg az tudatos jogalkotás, és ennek is még száz évek kellettek a fokozatos elfogadásához és elterjedéséhez Európa nyugatibb részein is, nem is beszélve a kelet-európai részekhez. Csak az 1800-as évek közepétől vált véglegesen bevetté a változtatható és hatályon kívül helyezhető jog fogalma, és a jog döntéssel létrehozhatósága. Ehhez képest az itteni elemzések ezt az alapvető változást lényegében kihagyják, és csak fokozati lépéseket lát a már aktivitásban elkezdődő jogalkotás modern korokban terjedő gyakorlatában: „Vagyis - némileg leegyszerűsítve - a hagyományos felfogásban a *lex* (törvény) az, ami alkotható, de e törvények összessége nem teszi ki a *ius* (jog) egészét, mert annak másik része nem (ember által) alkotott.” (182.p.) Ezt a kiindulópontot aztán a könyv Bódig Mátyás soraival támasztja alá „A középkorban a jogalkotási mechanizmusokat úgy építették ki, hogy bennük fejeződött ki a meghatározó társadalmi egyenlőtlenségek.” (184. p. 31. lábjegyzet.). A középkorban, sőt az újkor első évszázadában kb. az 1600 évek első harmadáig nem voltak jogalkotási mechanizmusok, és a jog eszméjében eleve nem volt benne a jog változtathatósága, hatályon kívül helyezhetőségének az eszméje. Mint ahogy a társadalmi világ minden szegmense a változtathatlanságon nyugodott akkor, és a hatályon kívül helyezésig létező jog gondolata, a következő választásig létező állami hatalomgyakorlás ló intézménye, a cáfolásig érvényes tudományos igazság eszméje, a válásig létező házasság intézménye stb. stb. mind idegen volt az európai modernitás előtti korokban. Annyit még hozzá kell tenni, hogy a társadalmi intézményeknek ez a változtathatósága - benne a jog változtathatóságának a gondolata átmenetileg részben tényleg felmerült a római fejlődés késői szakaszában, kb. Krisztus után a 200-as évektől, és Ulpianustól átvéve ez bele is került aztán a Digestába: „*princeps legibus solutus*” - a császár a törvényeknek nincs alávetve, hanem ő maga alkothatja azt meg értelemben.

Az 1050 körül Pisában megtalált Digesta, a klasszikus római jogtudomány szerzőinek kivonatos gyűjteménye, majd ennek nyomán az 1100-as évektől ismét felvirágzó római jogi egyetemi képzés tömegesen hozta létre a jogi és igazgatási technikát és a jogi érvek tárházát ismerő és kezelő jogászréteget. A megerősödő itáliai kereskedővárosok és a központi hatalommal rendelkező uralkodók az új jogászság segítségével - az eddigi keresztény egyházi tisztviselők és papság mellett - tudatosabb jogalakításba kezdtek. Velence, Pisa, Padova és más itáliai városok jogkönyvei a helyi szokásjogok feljegyzése mellett egyre inkább tudatos jogalkotással nyúltak bele a szokásjogi anyagba. Ugyanígy a Német-Római Birodalom császárává választott Hohenstauffenek, I. Frigyes majd különösen II. Frigyes, aki egyben már a Szicíliai Királyság uralkodója is volt, önálló jogalkotásba kezdtek, hivatkozva a korábbi római császárok gyakorlatára, amit a megtalált Digesta kezdő részei rögzítettek: „*princeps legibus solutus*” - a császár a törvényeknek nincs alávetve. II. Frigyes 1230-ban a szicíliai területeken egy egységes országos jogi kódex elkészítésével bízta meg a híres jogászt, Petrus de Vineát (1190-1249), aki az egyes járásokban lévő jogok feljegyzését kérte a helyi hivatalnokoktól, majd ez alapján összeállította a „Melfi konstitúció”-nak vagy más néven „*Liber Augustalis*”-nak nevezett kódexet. A király az ellenállást megelőzendő gyorsan kiadta a törvénykönyvet, és még további kiegészítésekkel és kompromisszumokat tartalmazó módosításokkal 1247-re véglegesítették. Az uralkodó a szicíliai területeken a törvénykönyvét öntudatosan „Elrendeljük...” mondattal indította, de mint a német-római birodalom császára ugyanezeket a rendelkezéseket bevezetni törekedve a birodalom egészében, még csak a tartományi főurakat eskütársként maga mellé véve és velük együtt megesküdvé bízhatott a jogi rendelkezések kötelező erejében. A normann elődök által

kiépített centralizált hivatalnoki rendszer révén a központi akarat és jogmeghatározás a szicíliai részeken már jobban át tudott menni a gyakorlatba, míg a legtöbb helyen Nyugat-Európában a királyi rendeletek kiadásánál az volt a gond, hogy a szóbeli elhangzás után a folyamatos elterjesztés és a végrehajtás ellenőrzése nem volt biztosítva. Mindenesetre II. Frigyes a félezer évvel későbbi porosz II. Frigyes abszolutista stílusát idézi meg, amikor kiadott törvénykönyvének prologusában annak kizárólagos hatályát deklarálja: „Azt akarjuk, hogy a nevünkben kibocsátott rendeletek a Mi Szicíliai Királyságunkban kizárólagos érvénnyel rendelkezzenek, és ezért elrendeljük, hogy a jövőben mindenki köteles ezt követni. Az elöregedett régi törvények és szokások, melyek a mi konstitúciónkkal szembenállnak, ezennel megszűnnek, azért, hogy a mi konstitúció-gyűjteményünkben nem szereplő törvényeknek sem ereje, sem érvénye ne legyen sem a bíróságokon, sem azokon kívül”¹⁸

Ha nem is ilyen öntudatos alkotással, de a szintén valamikori római jogi területnek számító spanyol területeken is megindultak az 1200-as évek közepén a királyi jogászok vezetésével a jogfeljegyzések és ezekből jogi kódexek kialakítása, és Kasztília királya, X. Alfonz külön a városi életre kiadta 1258-ban a „Fuero Real”, a többi részre pedig a „Siete Partidas” nevű kódexeit, melyek közül az utóbbi később áttevődve a spanyolok által meghódított Dél-Amerikába, még ma is formálja a ottani jogéletert. E hivatalos, állami hatalmon nyugvó kodifikáció mellett északabbra, a római jog által nem érintett francia részeken annyiban hatott az alig tudatos szokásjog látható alakban való kiemelésének szükséglete, hogy itt magángyűjteményként az egyik francia bailli (bíró), Philippe de Beaumanoir (1250-1296) összegezte az egyik nagy francia tartomány szokásjogát („Coutumes de Beauvaisis”), és az ebbe az irányba ható korszaklehetet mutatja, hogy szinte évre azonosan ekkor jelent meg az angoloknál is az egyik első nagy jogi összegzés Henry Bractontól (1210-1268). Európa észak-keleti részében, a római birodalomtól szintén független maradt szász-német részeken Eike von Repgow tartományi grófja unszolására, de szintén magánszorgalomból összegezte 1230 körül a helyi szokásjogot Szásztükör néven, és az itteni tudatosabb jogérzetet az is formálta, hogy itt előtte sok évtizeden keresztül a flamand és nyugatibb részekről idetelepült német csoportok a letelepedésük alkalmával - legtöbbször a helyi főurak által ösztönözve és kiváltságokat biztosítva letelepedésük fejében - kifejezett írásos megegyezésekben rögzítették a jogállásukat, az áthozott szokásjogaik használatát, illetve az itt élő szlávokhoz való viszonyukat, így a jog tudatosabb alakban élt e körülmény miatt itt, mint a nyugatibb részek tompa, kevésbé tudatos szokásjoga azt lehetővé tette. Az itt kialakított Szásztükör aztán példát adott a dél-nyugati részeknek is a területük jogainak feljegyzésére, pl. a bajor-sváb részeken így jött létre a Svábtükör néhány évtized múlva kifejezetten a Szásztükör alapul vételével, de itt a római jogi hagyomány által némileg ötvözve.¹⁹ E szokásjogi feljegyzések után a tudatos jogalkotás mindennapokat átható jellege inkább csak a városokon belül a saját városi jogokat illetően volt még hosszú ideig jellemző. A központi jog inkább csak úgy tudott érvényesülni, hogy központi bíróságokat hoztak létre, ahová a szokásjogok alapján ítélkező alsóbbaktól fellebbezni lehetett, és így lassanként az alsóbb jogi szférát is át tudták formálni. *De egész országok tekintetében a folyamatosan működő jogalkotás és az országos jog kizárólagosan ehhez kötése csak az 1600-as évek végétől az abszolutista uralkodói hatalomnak sikerült, és ez is csak az 1800-as évekre rögzítődött véglegesen.*

Nos, ennek az alapvető változásnak a jelzését és elemzését hiányolom a recenzált könyvből, és a modern jogalkotás eszméjének a visszavetítését tartom problémásnak ebben.

¹⁸ Idézi Hans Hattenhauer: Europäische Rechtsgeschichte. C. F. Müller Verlag. Heidelberg. 4. durchgesehene und erweiterte Auflage. 2004, 345. p.

¹⁹ Lásd Hajnik Imre (1891): Egyetemes európai jogtörténet. A középkor kezdetétől a francia forradalomig (Harmadik javított kiadás). Eggenberger Könyvkereskedés. Budapest. 1981. 242. p.; illetve Franz Wieacker, Franz (1967): Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. 2. neuarbeitete Auflage. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht. 1967, 277.p.

9) Végül a könyve egész tematikáját tekintve – hisz a könyv címe is Rendszeres jogelmélet tematikát jelez - gondot látok abban, hogy nemcsak a jog fogalmának megadását nem vállalta fel, hanem a jogelmélet két kardinális kérdését - amely megadja egy jogelmélet kontúrjait -, a jogértelmezés és a jogforrás problematikája hiányzik a könyvből. *Mi a jog, mit fogadjunk el egy országban jognak, és e jogforrásokból kifolyó joganyagot hogyan értelmezzük* - a modern jogelméleteknek ezek a legfőbb kérdései, és egy következő kiadásban Szabó Miklós nem tekinthet el ezek megválaszolásától.

© Pokol Béla, MTA TK

MTA Law Working Papers

Kiadó: MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont

Székhely: 1014 Budapest, Országház utca 30.

Felelős kiadó: Rudas Tamás főigazgató

Felelős szerkesztő: Szalai Ákos

Szerkesztőség: Hoffmann Tamás, Kecskés Gábor, Szalai Ákos, Szilágyi Emese

Honlap: <http://jog.tk.mta.hu/mtalwp>

Email: szalai.akos@tk.mta.hu

ISSN 2064-4515