

Tóth J. Zoltán<sup>1</sup>

## A többrétegű jogelméletéről

*Jelen vitairás Pokol Béla többrétegű jogelméletének és annak megújítási kísérletének<sup>2</sup> továbbgondolása. A továbbgondolás alapjául egy konferencia szolgált, melyet a Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kara a többrétegű jogelméletéről tartott.<sup>3</sup> A szerző ezúton mond köszönetet a konferencián részt vett előadóknak az inspiratív előadásokért és a gondolatébresztő, tartalmas vitákért.*

### I. A jog dinamikája

A jogot nemcsak a laikusok, de maguk a jogászok is sokszor azonosítják valamely jogi tevékenységgel vagy annak eredményével. Így gyakran hallani, hogy a jog egyenlő a törvények és rendeletek szövegével, vagy hogy a jog végső soron a bírói ítélkezési gyakorlat által ténylegesen alkalmazott normákból áll, esetleg a jog bizonyos jogi fogalmak és jogelvek érvényesülése, melyeket a jogtudomány dolgozott ki. Ezek az elgondolások éppen a jog sajátos működését nem veszik figyelembe, vagyis azt, hogy a jog nem egy egyszer s mindenkorra adott valami, nem egy statikus szabályhalmaz, hanem egy folyton változó, alakuló, soha nem kész rendszer. Erről a rendszerről lehet ugyan „pillanatfelvételeket” készíteni, ám a felvétel készítése utáni pillanat már nem lesz teljesen ugyanolyan, mint az az előtti. Minden egyes bírói döntés, minden egyes jogi tárgyú tanulmány, minden újonnan megszülető jogszabály alakít magán a jogon; így e tevékenységeket csak együttesen, a maguk folyamatában szemlélve láthatjuk (pontosabban, a maga teljes egészében – éppen a folyamatos változás miatt – soha nem láthatjuk), hogy mi is „a” jog.

Ennek alapján jelen tanulmányban a minden pillanatban változó statikájú, azaz minden pillanatban picit más és más tartalmú jog dinamikáját, változását meghatározó tényezőket vázolom fel, ismertetve e tényezők egymásra való hatásait, visszahatásait és kölcsönhatásait. A tanulmány alaptétele, hogy a jog különböző tevékenységi szférákból áll és azok dinamikus kölcsönhatásai révén épül fel, illetve működik; nem tekinthető tehát a jog *pusztán* jogszabályszövegeknek vagy a jogalkotás termékeinek; sem *pusztán* bírói gyakorlatnak és az ebből fakadó bírói döntések összességének; sem *kizárólag* dogmatikai kategóriák rendszerének és tudományos tevékenységnek; sem *egyedül* alkotmányos elvek konkretizálásának. Ezek ugyanis mind szerepet játszanak a jog meghatározásában és működésében, de egyikük szerepe sem kizárólagos; azok csak egymásra tekintettel, egymásból építkezve, egymásra kölcsönösen hatva adják meg azt, hogy egy jogrendszerben aktuálisan mi is tekinthető „a” jognak.

E felfogást a magyar jogelméleti gondolkodásban következetesen Pokol Béla képviselte és képviseli, aki e jogi működési módokat és azok eredményeit *a jog rétegeinek* nevezi. Mi jelen tanulmányban Pokol Béla eredeti többrétegű jogelméletéből indulunk ki,<sup>4</sup>

<sup>1</sup>Habil. egyetemi docens, KRE ÁJK Jogtörténeti, Jogelméleti és Egyházjogi Tanszék (e-mail: toth.zoltan@kre.hu).

<sup>2</sup>Lásd a későbbiekben a lábjegyzetbeli hivatkozásokat.

<sup>3</sup>„A jog többrétegűségének elmélete” c. tudományos konferencia, 2020. január 24., KRE ÁJK.

<sup>4</sup>Pokol Béla eredeti rétegelméletének koherens újragondolását végezte el az utóbbi időben; így az alkotmányos jogok rétegét a jog hagyományos rétegei (a jog hagyományos működését meghatározó jogalkotás, bírói kazuisztika és jogdogmatika) mellett, egy egységes, nóvum jelleggel megvalósuló alkotmányos réteggel és az annak részét jelentő alkotmányos jogalkotás (alkotmányozás), alkotmányos jogalkalmazás

azzal, hogy e specifikus jogi terrénumokat, illetve az azokon belüli történéseket és ezek eredményeit **a jog működési szféráinak** nevezzük.

A jognak öt<sup>5</sup> nagy működési szférája létezik, melyek összességében alkotják egy-egy jogrendszer tárgyi jogát, illetve jogi normáinak összességét. Bár *formailag* (vagyis a tételes jog által meghatározottan) – nem meglepő módon – csak maga a tételes jog (a jogszabályok szövege, a jogszabályokban foglalt jogi normák) minősülhetnek jognak, *ténylegesen* azonban mindazt a jog társadalmi normarendszeréhez tartozónak kell tekintenünk, amely az emberek és más jogalanyok jogait és kötelezettségeit meghatározza vagy befolyásolja. Ennyiben tehát mindenképpen eltér a jog alkotmányjogi és jogelméleti fogalma.

**A jog öt különböző működési szférája a következő:** *a jogalkotás és a jogszabályok (állami normatív aktusok) szövege; a jogtudományi tevékenység és a jogdogmatikai kategóriák; a bírói gyakorlat és a bírói jog; az alkotmánybíráskodás és az alkotmányos jogok, elvek, értékek; a szokásjogi jogképződés és maga a szokásjog.*

A jogalkotás, a jogtudományi tevékenység, a bírói gyakorlat, az alkotmánybíráskodás és a szokásjogi jogképződés azok a *tevékenységek (folyamatok)*, melyek a jog tárgyi normarendszerét létrehozzák, működtetik és folyamatosan változtatják; a jogszabályok (és más állami normatív aktusok), a jogdogmatikai kategóriák (fogalmak, elvek, distinkciók, értelmezési szabályok stb.), a bírói jog (bírói absztrakt normák, eseti döntések és a bíróságok egységes ítélezési gyakorlata), az alkotmányos jogok, elvek, értékek, valamint a szokásjogi normák, illetve mindezek összessége pedig az az *eredmény*, mely az előbbi tevékenységek révén mindenkor előáll (és amelyről a korábban említett „pillanatfelvétel” elkészíthető).

Ezen öt jogi működési szféra természetesen nem egyformán fontos minden jogrendszerben. Az angol *common law*-ban pl. a bírói jognak nagyobb a szerepe, mint máshol, a pozitív jog primátusa a kontinentális jogrendszerekre (így például a magyarra) jellemző, míg a szokásjog a kezdetlegesebb fejlődési fokon álló jogrendszerekben van inkább túlsúlyban; azonban ez az öt jogi szféra az, amelyek működése és sajátos konstellációja meghatározhatja, hogy egy jogrendszerben aktuálisan mi tekinthető jogi tevékenységnek, és ennek alapján a jogalanyokat mindenkor milyen jogok és kötelezettségek illethetik meg, illetve e jogok és kötelezettségek honnan származhatnak. A következőkben ezen öt szféra működésének jellegzetességeit és egymással való kapcsolatát mutatjuk be, elsősorban annak megvilágítása érdekében, hogy a legfontosabb jogot meghatározó tevékenység, a jogalkotás milyen egyéb tevékenységekre tekintettel kell, hogy működjön, és a jogalkotás termékei (a jogszabályok és az azokban foglalt normák szövegei) milyen transzformációkon mennek keresztül tényleges érvényesülésükig, illetve azok tartalmát (értelmét) milyen „környezeti tényezők”, milyen egyéb hatások befolyásolják.

---

(alkotmánybíráskodás) és alkotmányjogi dogmatika rétegével egészítette ki. Ez alapján Pokol Béla újabb elméletében az alapjogokat már nem a jogalkotás, jogalkalmazás, jogdogmatika mellett, negyedikként, hanem az utóbbi hármat összefogó hagyományos jogfejlődés termékeinek egységes rétegén túl mint egy második dinamikus konglomerátumot képzelet el, melyben a jog működésének ugyanaz a három mozzanata van meg, mint a hagyományos jogi működés során, csak eggyel „magasabb” szinten. Így az alapjogok rétege a jog hagyományos működését kettőzi meg, és jogalkotásra, jogalkalmazásra és jogdogmatikai jogfejlesztésre is sor kerül mind a rendes (törvényi-rendeleti) jog és annak alkalmazása, mind az alapjogok és annak alkalmazása szintjén. Vö.: Pokol Béla: A jogrendszer duplázódása. *Jogelméleti Szemle*, 2019/4. szám, 54-73. o.; Pokol Béla: Az alkotmányi jog kérdéseiből. *Jogelméleti Szemle*, Law Working Papers, 2019, No. 2; Pokol Béla: The gradual duplication of the legal system through constitutional adjudication. *Jogelméleti Szemle*, Law Working Papers, 2019, No. 1.

<sup>5</sup> A rétegelmélet hazai képviselője, Pokol Béla csak három plusz egy jogréteget különböztet meg: a három klasszikus jogréteg a pozitív jog, a jogdogmatika, valamint a bírói kazuisztika rétege; a felvilágosodástól kialakuló, döntően kartális alkotmányokban megfogalmazott alkotmányos alapjogok rétege pedig egy új, végső formáját még el nem ért jogréteg, mely feszültséget vitt az előbbi három jogréteg hagyományos rendszerébe. E felfogás megjelenését l.: Pokol Béla: A jog szerkezete. Rejtjel Kiadó, Budapest, 1998, 49-62. o.; bővebb kifejtését pedig l.: Pokol Béla. A jog elmélete. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001, 13-147., 269-294. o.

## II. A jogalkotás és a tételes jog

A tudatos, központi (állami) jogalkotás Európában a XVIII-XIX. századtól virágzott fel, és vált a jogi normák létrehozatalának elsődleges módjává. A *jogalkotás* és a tételes jogszabályok (állami normatív aktusok) primátusa tehát *egy viszonylag új jelenség*, mely a választott képviselőkől álló, népképviselési elven működő *modern parlamentek megjelenésével jött létre*. Állami jogalkotás természetesen azt megelőzően is létezett, hiszen akár az uralkodók, akár arra rendelt más szervek (sokszor maguk a parlamentek) – külön-külön, de akár együtt is – adtak ki általánosan kötelező normákat tartalmazó közjogi aktusokat (törvényeket, rendeleteket, dekrétumokat), illetve adtak felhatalmazást helyi szintű szabályrendeletek (például városi statútumok) kiadására, mégis: a feudalizmust (és az azt megelőző korszakokat) a legtöbb országban és a történelem legnagyobb részében leginkább a szokásjogi, illetve az akkor a szokásjoggal még szorosan összekapcsolódó bírói jogképz(őd)és jellemezte. Csak a modern parlamentek (országoként időben változó) megjelenésével vált bevetté, hogy a jogi normákat formalizált eljárás során egy (arra – szintén formalizált eljárás útján meghozott – korábbi jogszabályok által felhatalmazott), kifejezetten jogalkotó hatalommal felruházott, fő funkcióját tekintve tehát *elsődlegesen jogalkotást végző* testület alkossa meg. Ettől az időszaktól kezdve tehát a jog alkotása *önálló célzatos tevékenységgé* vált: a korábban organikus módon, célzatos jogalkotási szándék nélkül létrejövő jogi normákat felváltotta a jogi normák formalizált jogforrásokba (jogszabályokba) foglalt rendszere, melyek alkotója a legfőbb népképviselési szerv, a parlament (továbbá az általa adott jogalkotási felhatalmazással élő több más állami szerv) lett.

A jog képződésének mai kiindulópontja tehát az állami szervek által alkotott (végső soron az elvileg a nép akaratát kifejező parlament akaratán alapuló) tételes jog, vagyis a törvények, rendeletek normáinak összessége, az ún. pozitív jog.<sup>6</sup> E jogi működési szféra és ezáltal a modern jogrendszerek általános jellemzője, hogy az, hogy mi (tételes) jog és mi nem (tételes) jog, elsődlegesen az alapján dől el, hogy a jogalkotásra vonatkozó *formai előírásokat a jogalkotó szerv betartotta-e*. Amennyiben e formai előírásokat a jogalkotó nem sértette meg (például a miniszter létező törvényi felhatalmazás alapján, a felhatalmazás kereteit túl nem lépve alkotott rendeletet, a parlament az előírt szavazási arányokkal fogadta el a törvényt stb.), akkor a norma érvényes lesz.

A jog alkotottságából (tudatos létrehozottságából) az is következik, hogy e *szabályok rugalmasan változtathatók*: a politikai vagy más praktikus jogalkotói célok, érdekek és értékek alapján mindenkor új és új jogi normák (azokat tartalmazó jogszabályok) alkothatók, illetve régiek módosíthatók vagy helyezhetők hatályon kívül. E jogképzési technika tehát – pl. a szokásjoggal ellentétben – a megváltozott társadalmi körülményekhez, gazdasági feltételekhez, politikai prioritásokhoz stb. tudja igazítani a jog tartalmát, miközben a jogrendszer egységét nem veszélyezteti. Akár – a jobbiztonságot szem előtt tartva – hónapról hónapra (sőt még sűrűbben) új szabályok hozhatók létre vagy változtathatók meg régiek, ha a társadalmi környezet (vagy a politikai célok) változása azt szükségessé teszi.

Bármilyen legitim és társadalmilag elfogadott cél is vezérelje azonban a jogalkotót, az – akár minden igyekezete ellenére is – nem feltétlenül tükröződik a jogszabályok szövegében. A tételes jog nyelvi eszközökkel szabályoz (e szabályozás fogalmilag nem is képzelhető el másként), ezért – a nyelv természetéből fakadóan – *a megalkotott jogszabályszöveget mindig értelmezni kell*. Ezen értelmezést két másik jogi működési szféra, *a jogtudomány és a bírói gyakorlat végzi el*. Másik oldalról ez azt is jelenti, hogy *a pozitív jog egyrészt a bírói ítélkezési tevékenység* (legfőbb) *alapja, másrészt a jogdogmatikai jogfejlesztés egyik hajtóereje*.

---

<sup>6</sup> A „pozitív jog” kifejezést először Pierre Abélard használta a XII. században. (Vö.: Coing, Helmut: A jogfilozófia alapjai. Osiris Kiadó, Budapest, 1996, 197. o.)

### III. A jogtudományi tevékenység és a jogdogmatika

A **jogtudomány**, pontosabban az egyes tételes jogok (tehát például a polgári jog, a büntetőjog, a munkajog stb.) tudománya a jelenleg létező jogi normák jelentése, elhatárolása stb. *fejlesztésének* – a jobb, helyesebb, adekvátabb gyakorlati alkalmazhatóság érdekében történő – lehetséges megoldásait, a jogászság egésze által még el nem fogadott, de elfogadásra igényt tartó *de lege ferenda* (jövőre vonatkozó) *javaslatait* tartalmazza. A jogtudomány tehát olyan tevékenység, mely részint valós, már bekövetkezett jogalkalmazási problémák, részint még nem realizálódott, de a jövőben valós veszélyt jelentő, hipotetikus jogértelmezési anomáliák megoldási módjára vonatkozóan kínál olyan mércéket, elhatárolási szempontokat, fogalmakat, értelmezési módszereket, melyek alapján ezen problémák a társadalom által elfogadható módon kiküszöbölhetők.

E megoldási javaslatok, fogalomképzések egy részét a gyakorló jogászok közössége elfogadja és alkalmazásba veszi: a bíróságok ítéleteiket ezek alapján indokolják meg, az attól eltérő jogalkalmazói aktusokat a gyakorló jogászok e szempontok alapján kritizálják; más részük megmarad kitalálók szellemi termékének, anélkül, hogy azokat a gyakorlatba átültetnék. Az előbbieket mint a jogászság egésze által elfogadott fogalmak, szempontok és módszerek alkotják a (mindenkor létező) jogdogmatikai rendszert; a többi fogalom, elhatárolás stb. pedig megmarad „pusztán” a jogtudomány részének, melyet azonban a gyakorló jogászok bármikor elővehetnek és alkalmazhatnak, ha kialakul azon meggyőződésük, hogy az aktuálisan felvetődő jogalkalmazási nehézségek azok használatba vétele révén oldhatók meg. A **jogdogmatika** tehát a létező (normatív érvényes és szociológiailag érvényesülő) jog (jogi normák) rendszerezésének, fogalmi pontosításának, distinkcióképzésének az *eredményeit*, a jogászság egésze által elfogadott megoldásait tartalmazza, azaz a jog *de lege lata* vizsgálatát nyújtja.

*A jogtudomány tehát a jogdogmatikai kategóriák kialakítását végző tevékenység*, melynek eredményei közül azok a fogalmak stb. válnak ténylegesen a (mindenkori) jogdogmatika részévé, melyeket a jogászok nagy többsége (aktuálisan) helyesnek és a gyakorlatban felvetődő problémák megoldására alkalmazhatónak tart. Ennek alapján az, hogy a jogtudományi gondolkodás mely eredménye tekinthető a jogdogmatika részének (és így a jogászok által figyelembe veendőnek és alkalmazandónak, illetve mások cselekvései helyessége mércéjének), mindig azon viszonyulástól függ, mely a jogászok részéről e szempontok megfelelőségéről kialakult. A jogdogmatika fogalmi, elhatárolási szempontjai, értelmezési módszerei stb. tehát soha nem egzaktak és megkérdőjelezhetetlenek; azok a jogászok mindenkori megítélésétől függenek. Bizonyossággal legfeljebb annyi állítható, hogy meghatározott szempontok gyakorlati helyessége valószínűsíthető, amennyiben ezen szempontokat a jogászok már évszázadok, esetleg évezredek óta folyamatosan alkalmazzák; így e szempontok jogi jellege egyenértékű lesz a tételes jog normáival (bizonyos esetekben pedig gyakorlati fontosságában felül is múlja azokat).

*A jogdogmatika* mint a tételes (pozitív) jog normáinak rendszerezését, fogalmi pontosítását (átértelmezését), alkalmazási körök egymástól történő elhatárolását és osztályba sorolásukat biztosító fogalmi háló mindig *jogászi* (jogtudósi, illetve néha jogalkalmazói-bírói) *jogfejlesztés eredményeként jön létre* és válik a jogászság egésze által elismertté: olyanná, amelyet – praktikus okokból, az eldöntendő esetek megfelelő megoldását lehetővé tevő jellegük miatt – alkalmazásra érdemesnek tartanak. Az aktuálisan létező jogdogmatikai fogalmak így mindig egy lassú, kitérőktől (a gyakorlatban be nem vált fogalmi tagolásoktól) sem mentes, *organikus jogfejlődés eredményeként* alakulnak ki, és általánosan elfogadottá válásukkal *a jogászság kollektív bölcsességeként* jelennek meg.

*A jogdogmatikai fogalom- és rendszerképzés főbb technikái az analitikus (deduktív) fogalomalkotás, az átfogó, absztrakt jogi kategóriák (jogelvek, jogintézmények, a jog*

*működését leíró fogalmak) induktív létrehozása, az előbbieket közti összefüggések, viszonyok tisztázása (hierarchia felállítása, distinkcióképzés), valamint a jogértelmezés adekvát módszereinek meghatározása.*

A *deduktív fogalomalkotás* egy létező jogi normában logikailag benne rejlő, de a norma szövegében meg nem jelenő alkotóelemek, elemi jogi fogalmak kibontása, analitikai szétválasztása. Az *induktív fogalomalkotás (absztrahálás)* az egyes jogi normák mindegyikében látenszen, de immanensen benne levő jogi fogalmak, tulajdonságok kiemelése, új terminussal történő kifejezése, vagyis e közös tulajdonságok önálló elnevezése. Így jönnek létre az átfogó, sok konkrét jogi norma mindegyikét átható önálló jogelvek; az azonos vagy jellegében nagyon hasonló életviszonyok meghatározásául szolgáló jogi fogalmak (jogintézmények meghatározása, illetve a jog rendszerét leíró fogalmak definiálása); a jog működését általában, a jog egészét vagy főbb összefüggő részeit tekintve leíró fogalmak (jogcím, felelősség, kötelezettség, szankció, érvényesség stb.); illetve a tételes jog egyes konkrét fogalmait összefoglaló kategóriák.

Végül a jogtudományi tevékenység eredményeként létrehozott, a jogászság döntő része által adekvátként elismert és alkalmazott *jogi viszonyok leírása* is a jogdogmatika része. Így a *hierarchikus viszonyok meghatározásaként* létezik a főszabály-kivétel konstrukció; a normahierarchia definiálása; az általános és a különös (speciális) szabály kapcsolatának definiálása, ideértve az ún. szubszidiaritás elvének meghatározását is; az elvek és a szabályok viszonyának rendezése; stb. Szintén a jogi viszonyok leírásához tartozik a *distinkcióképzés* is, mely nem más, mint annak definiálása, hogy egy szabályozási területen létező jogi kategóriák alkalmazási köre pontosan mely esetekre tejed ki, és azok milyen következményekkel járnak [pl. a szerződést biztosító mellékkötelek egyes fajtáinak (zálogjog, kezesség, foglалó, kötbér, óvadék, jogvesztés kikötése, bankgarancia stb.) meghatározása, a tételes jogban gyakran részben egymást fedő tényállási elemeik elvi elhatárolása, az igénybe vételük esetén a feleket megillető egyes konkrét jogok és kötelezettségek definiálása stb.].

Egy adott jogrendszer mindenkor létező („hatályos”, azaz a gyakorló jogászok által egy bizonyos időszakban egyöntetűen elfogadott) jogdogmatikája tehát jogi fogalmak, kategóriák, jogelvek, jogi distinkciók (elhatárolási szempontok), jogi viszonyok és értelmezési szabályok rendszere. Bár a jogdogmatikai fogalomképzés történhet pusztán tudományos vagy oktatási célból is, *a jogdogmatikai rendszer alapvető célja – a gyakorlati jogalkalmazás igényének megfelelően – a tételes jogi hiátusok rendezése. A tételes jog négyféle hiátussal, illetve hibával rendelkezhet*, melyek korrekciója válhat szükségessé.

1. Előfordulhat, *hogy a pozitív jog nem szabályoz egy életviszonyt, pedig szabályoznia kellene.* Ez az ún. *joghézag* esete, kitöltésének módszere pedig az *analógia* (mely egy, a jogtudomány által kialakított, dogmatikai kategóriaként létező technika).

2. Az is lehetséges, hogy a tételes jog ugyanazt az életviszonyt – jogalkotói hiba eredményeképpen – *egyszerre többféle, egymásnak ellentmondó, illetve egymással össze nem férő módon szabályozza.* Ilyenkor el kell tudni dönteni, hogy a több létező jogi norma közül melyik alkalmazható.

3. Gyakori, hogy a törvényi-rendeleti szinten ugyan egyetlen, és csak egyetlen norma található, de annak *szövegezése homályos*, így pusztán a szöveg alapján nem tudható akár az, hogy kik a norma címzettjei, akár az, hogy a címzetteknek pontosan mit kell, tilos vagy szabad tenniük, akár az, hogy e kötelezettség, tilalom vagy lehetőség milyen körülmények között, milyen feltételek megvalósulása esetén áll fenn.

4. Végül az is előfordulhat, hogy a tételes jogi szabályozás ugyan egyértelmű, de *annak alkalmazása a konkrét esetben olyan*, a jogalkotó által előre nem látott, illetve nem kalkulált következménnyel jár, *amely a társadalom (és a bíró) erkölcsi elveivel, a társadalom többségének (és a bírónak) az igazságérzetével alapvetően ellenkező.* Ilyen esetben nem értelmezési problémával, hanem a jog – más normarendszerek alapján történő – igazolásának

jogalkalmazási problémájával állunk szemben. A jogdogmatika olyan értelemezési szabályokat (is) tartalmaz, melyekkel megoldható, hogy a szöveg szó szerinti jelentése alapján egyértelmű, mégis helytelen tételes jogot ne kelljen alkalmazni (p. *argumentum a minore ad maius*, *argumentum a maiore ad minus*, *argumentum ad absurdum*, *argumentum a contrario*, *argumentum a simile*). Híres jogtörténeti példaként említhető az az 1930-as francia törvény, amely – egy szövegezésbeli pontatlanság miatt – azt írta elő, hogy a vonat utasainak tilos fel- és leszállni, amikor a vonat *nem* mozog;<sup>7</sup> természetesen a francia bíróságok nem a szöveg, hanem a józan ész alapján alkalmazták a törvényt, melynek során az *argumentum ad absurdum* dogmatikai értelmezési elve (azaz egy tételes jogon *kívüli* szempont alkalmazása) segített nekik. Samuel Pufendorf nyomán szintén nevezetes példa az a bolognai statútum is, amely azt írta elő, hogy aki a nyílt utcán vért ont, azt a legszigorúbb büntetéssel sújtsák – amely büntetésre Pufendorf (és William Blackstone, a legnagyobb angol jogász)<sup>8</sup> szerint természetjogi alapon nem kerülhetne sor azon orvossal szemben, aki egy gutaütött emberen az élete megmentése érdekében eret vág, akkor sem, ha a cselekmény szó szerint beleillik a statútum tényállásába.<sup>9</sup>

*A jogdogmatika e jogalkalmazási problémák kiküszöbölését végzi el, azáltal, hogy a jogtudományi tevékenység eredményeként létrejövő és a jogászok által adekvátként elfogadott új fogalmak, kategóriák, distinkciók stb. révén átértelmezi a pozitív jogi normákat, ha azok homályosak, hiányosak, ellentmondóak vagy „helytelenek”, összességében tehát továbbfejleszti, megváltoztatja a jogot.*

Ennek eredményeként *a jogdogmatika részint hat a bírói gyakorlatra és az az által formálódó bírói jogra, részint visszahat a jogalkotási tevékenységre, és ezáltal maga is formálja a pozitív jogot.* A bírói gyakorlatban a bírók a törvényi, rendeleti normák alkalmazását nem mechanikusan és közvetlenül végzik, nem szó szerint alkalmazzák azokat, hanem e normák „dogmatizált” értelmét, a jogdogmatikai fogalmak és elhatárolások fényében továbbfejlesztett változatát veszik figyelembe mint olyan fogalmi rendszert, mely az életviszonyok megfelelő szabályozását és helyes (az erkölcsi-igazságossági elveknek, valamint a konzisztencia követelményének megfelelő) értelmét tartalmazzák. A jogalkotó pedig szintén nem érdektelen a jogtudomány általánosan elfogadott eredményeivel szemben: amennyiben azok praktikus helyessége és megfelelősége bebizonyosodik (a bíróságok „sikerrel” alkalmazzák azokat a bírói gyakorlatban), előbb-utóbb a jogszabályok szövegébe is bekerülnek, ily módon a jogdogmatikai rendszer „pozitíválódik”, a jogdogmatikai fogalmak és elhatárolások egyszersmind a tételes jog részévé is válnak (miközben megmaradnak dogmatikai kategóriaként is).

#### *IV. A bírói gyakorlat és a bírói jog*

*A bíróságoknak két alapvető feladata van: a jogszolgáltatás (jogalkalmazás) és a jogfejlesztés.* Az előbbi a laikusok számára is egyértelmű, hiszen ahhoz, hogy a tételes jogi normák a gyakorlatban érvényesüljenek (ezáltal pedig „érvényesnek” minősülhessenek, azaz a jogi jellegre igényt tarthassanak), mindenképpen szükséges, hogy azokat az arra rendelt

<sup>7</sup> Cass. Crim. 8 March 1930, D.P. 1930.1.101 Idézi: Troper, Michel – Grzegorzczak, Christophe – Gardies, Jean-Louis: *Statutory Interpretation in France*, p. 192. In: Neil D. MacCormick – Robert S. Summers (eds.): *Interpreting statutes: a comparative study*. Dartmouth Publishing Company, Aldershot [etc.], 1991, pp. 171-212.

<sup>8</sup> Vö.: Blackstone, William: *Commentaries on the Laws of England*. Book the First. Clarendon Press, Oxford, 1975, p. 60.

<sup>9</sup> Vö.: Posner, Richard A.: *How Judges Think*, p. 199. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London, England, 2008. Magyarul idézi: Molnár András: *Pragmatizmus és legalizmus* – Richard Posner és Antonin Scalia a bírói szerepről, 38. o. *De iurisprudencia et iure publico* – Jog- és politikatudományi folyóirat, 2009/1. szám, 29-68. o.

szervek a jogalanyokkal betartassák. A bíróságok azonban nemcsak érvényesítik a törvények, rendeletek szabályait és elveit, nemcsak elbírálják a jogvitákat és büntetőügyeket, illetve döntenek a hatáskörükbe utalt más kérdésekben, hanem ezen tevékenységük során tovább is fejlesztik a jogot, azaz olyan értelemmel ruházzák fel a jogszabályokat, amely azok szövegében nem volt benne. Ilyen tekintetben jogfejlesztő, a tételes jogot átértelmező tevékenységük hasonlít a jogtudományon belüli tevékenységre, eredménye, az ún. bírói jog pedig ugyanúgy többet, illetve mást tartalmaz, ahogyan a jogdogmatika is megváltoztatja az írott jogszabályok eredeti értelmét.

E bírói *jogfejlesztő tevékenység legfőbb alapja és hajtóereje éppen a jogdogmatika*: a bíróságok a jogalkalmazás során felvetődő jogalkalmazási-jogértelmezési problémákat nagyrészt a jogászság egésze, így a bíróságok által is elfogadott jogdogmatikai kategóriákat figyelembe véve küszöbölik ki, vagyis a jogdogmatikai kategóriák a bíróságok ítélkező tevékenységére való hatásuk következtében tudnak érvényesülni. A bírói jogfejlesztés *másik fő hajtóereje a jogon kívüli társadalmi normarendszerek összessége, különösen az erkölcs*: a társadalmilag elfogadott és a bíró által is magáénak vallott erkölcsi szabályok, melyek figyelembe vétele megakadályozza a bírót abban, hogy a tételes jogi normák szövegének ugyan megfelelő, de az erkölcsi normákkal, a társadalom tagjai által egyöntetűen elfogadott igazságossági szempontokkal ellenkező pozitív jogi előírásokat a jogalanyokkal szemben kikényszerítsék. Ezen kívül a bírók természetesen figyelembe vehetik a jogszabályok (át)értelmezésekor a többi társadalmi normarendszer normáit is: a különböző foglalkozási, hivatásrendi, szakmai etikai normákat, vallási jogrendszerekben a vallási szabályokat (de pl. pusztán az illem, az etikett és a protokoll, a divat szabályait – közvetlen erkölcsi elem híján – nem).

A bírói jogalkalmazás (jogszolgáltatás) tehát pusztán a tételes jogi normák érvényesítését, a jogsértő jogalanyokkal szembeni kikényszerítését jelenti, azaz *nem változtatja meg a létező jogot; a jogfejlesztés ellenben megváltoztatja azt. A jogfejlesztés eredménye praeter legem vagy contra legem döntések meghozatala lehet. Praeter legem* döntés esetén *a bíróság a törvény szövegén túlmegy*, olyan határozatot hozva, mely az alkalmazandó tételes jogi norma szövegében nincs benne, ám abból levezethető, azzal összhangba hozható (azzal nem ellentétes); *contra legem* döntés esetén pedig olyan határozatot hoz, mely *kifejezetten ellentétes az alkalmazandó törvény vagy rendelet szövegével*. (Ilyenre általában a tételes jogi és az erkölcsi normák ütközése esetén kerül sor, amikor más mód nincs arra, hogy a bíró az általa helytelennek tartott társadalmi következményekkel járó ítélet meghozatalát elkerülje. Alkalmazása ugyanakkor nyíltan semmibe veszi a jogot.)<sup>10</sup> Míg a *praeter legem* határozat tiszteletben tartja a jogbiztonság elvét, mivel pusztán a jogszabálysöveg által nyitva hagyott kérdések eldöntését (a nyitott kérdések közötti választást) jelenti, addig a *contra legem* határozat – bármennyire is igazságos legyen egyébként – ellentétes a jogbiztonság elvével, mert a jogszabály szövegében egyértelműen benne levő értelmet rontja le, így ezen értelemmel nyíltan szemben áll.

---

<sup>10</sup> Ma leggyakrabban Gustav Radbruch híres formuláját hozzák fel ennek igazolására, mely szerint az alapvető erkölcsi-igazságossági elvekkel szembenálló norma nem jog, csak pusztán törvény, ezért azt nemcsak nem kell, de nem is szabad alkalmazni, mivel „[a] bírói *ethos*nak minden áron – a bíró élete árán is – az igazságosságra kell törekednie”. [Radbruch, Gustav: Törvényes jogtalanság és törvényfeletti jog, 193. o. In: Varga Csaba (szerk.): Jog és filozófia. Antológia a század első felének kontinentális jogi gondolkodása köréből. Osiris Kiadó, Budapest, 1998, 187-194. o.] Ha azonban ennek megítélését a bíróra bizzuk, és csak a bíró dönthet róla legitim módon, mikor áll fenn ez a helyzet, akkor tisztában kell lenni azzal, hogy ez bírói önkényhez vezethet. Utóbbira szemléletes példa „Magnaud, a jó bíró”, aki véleményünk szerint – *epitheton ornansa* ellenére – egyáltalán nem volt jó bíró. („Magnaud, a jó bíró” megítéléséhez lásd: Radin, Max: Good Judge of Chateau-Thierry and His American Counterpart. California Law Review, Vol. 10, Issue 4, pp. 300-310. Magyarul pedig állításunk inverzének alátámasztási kísérletére lásd: Jakab András: Ki a jó jogász, avagy tényleg jó bíró volt-e Magnaud? Jogesetek Magyarázata, 2010/1. szám, 83-93. o.)

Bár a jogbiztonság, vagyis a kiszámítható jogszolgáltatás biztosítása érdekében a *contra legem* bírói jogfejlesztést fő szabály szerint kerülni kell, az néha mégis megvalósul (néha pedig szükségszerű, hogy arra sor kerüljön); ez utóbbi esetben a döntés tartalmilag új jogot hoz létre. Sőt, *mivel az állami végrehajtási kényszer nem a törvények, rendeletek szövegéhez, hanem a jogsértés elbírálásához, végső soron a bírósági ítélethez kapcsolódik* (a jogerős bírói ítéletet hajtja végre a bírósági végrehajtó), *ezért függetlenül attól, hogy a bírói jognak mi a viszonya a tételes jogi előírásokhoz* (az előbbi hűen követi-e és alkalmazza-e az utóbbit, avagy túlmegy-e az utóbbi tartalmán, esetleg kifejezetten szembenáll-e vele), *az a norma, amit a bíróságok ténylegesen követnek és alkalmaznak, az lesz „a” jog*, mert a norma csak a bírósági kikényszerítés során fog érvényesülni, így szociológiai értelemben csak ekkor lesz „kötelező”, csak ekkor lesz biztosított annak követettsége. Ha az ilyen bírói jog tartalmában több vagy más, mint a pozitív jog előírásai, akkor az előbbi tekinthető jognak, mert annak érvényesítése történik meg az állami kényszerapparátus tevékenységén keresztül.

A bírói gyakorlat jogfejlesztő tevékenysége révén előálló ún. *bírói jog tartalmilag három részből tevődik (tevédhet) össze: az ún. absztrakt bírói normákból, a bírói eseti döntésekből, és az eseti döntések sokaságából kialakuló, „egységes és töretlen” ítélkezési gyakorlatból.*

1. *A bírói absztrakt normák olyan elvi jellegű bírói jogértelmező aktusok, melyeknek kifejezett célja, hogy bizonyos életviszonyokat normatív módon, a címzettek, a szabályozandó élethelyzetek és magatartások osztályát meghatározva szabályozzák.* Ilyen esetben a szabályozás épp úgy általános jellegű, azaz tulajdonságok meghatározása (és nem egyedi címzettek megnevezése) révén, a jövőre vonatkozóan történik, mint egy tételes jogi törvényi, rendeleti) norma esetében; az egyetlen különbség, hogy ezen általános jelleggel szabályozó, jövőre vonatkozó normát nem a jogalkotó, hanem valamely bíróság (Magyarországon leggyakrabban a Kúria) hozza létre.

2. *A bírói eseti döntések olyan, konkrét ügyekben, jogvitákban, eljárásokban született határozatok, melyek az adott ügy eldöntésén túl, de az adott ügygel összefüggő módon valamilyen elvi kérdésben is állást foglalnak.* Kötelező erejük a magyar jogrendszerben nincs (az angolszász típusú *common law* precedensjogában ellenben pl. van); az adott ügyön túli alkalmazásuk a bírói eseti döntést meghozó bíróság érvelésének meggyőző erejétől függ. Magyarországon a legtöbb hivatkozott eseti döntés ún. BH, vagyis az egykori Bírósági Határozatok (ma már: Kúriai Döntések) címmel megjelenő, a Kúria (korábban az egykori Legfelsőbb Bíróság) által kiadott hivatalos folyóiratban megjelenő, elvi jelentőségű kérdésben is állást foglaló határozat.

3. *Végül a bírói vagy ítélkezési gyakorlat az eseti döntések tömegéből kialakuló, a bíróságok által hasonló módon eldöntött ügyek alapján kirajzolódó egységes bírói felfogást jelenti, mely egy adott jogértelmezési problémára azonos jogi megoldást alkalmaz.* E gyakorlat tulajdonképpen *a bíróságok kollektív bölcsességének az eredménye*, amely a gyakorlatban bevált jogértelmezési, jogfejlesztő megoldások bíróságok általi általános elfogadottságát és követettségét jelenti. Magyarországon a bírói gyakorlatban kialakult normák követését ugyan semmilyen tételes jogi norma nem írja elő, a bíróságok azonban e normákat ugyanúgy tiszteletben tartják, mintha azok bírói absztrakt normába (vagy törvénybe, rendeletbe) lennének foglalva, azaz jogi (bírói jogi) jellegük megkérdőjelezhetetlen.

A *bírói gyakorlat* és az annak jogfejlesztő tevékenysége eredményeként kialakult bírói jog szintén kapcsolatban áll a többi jogi működési szférával: *az hat és visszahat mind a jogdogmatikára, mind a jogalkotásra.* A bírói gyakorlat a bírói jogfejlesztés alapjául szolgáló impulzusokat ugyan a tételes jogból és a jogdogmatikai rendszerből meríti, ám azok nemesak a bírói jog input oldalán, hanem az output oldalon is megjelennek: a bírói jog eredményeit mind a pozitív jog alkotója, mind a jogtudomány szereplői felhasználják. Vagyis egyfelől *a bírói jogi normák egy része a jogalkotás során bekerül a törvények, rendeletek szövegébe is;*



másfelől a *jogtudósok*, illetve a jogtudományi tevékenységgel is foglalkozó gyakorló jogászok a praxisban felvetődő problémákra alkalmazható új jogi megoldások kidolgozásakor figyelembe veszik és *hasznosítják a bírói gyakorlat révén létrehozott eredményeket is*.

#### V. Az alkotmányos jogok, elvek, értékek és az alkotmánybíráskodás

*Az alkotmányos jogok, elvek és értékek* tételes jogilag meghatározott katalógusát egy adott állam alkotmánya vagy alkotmányos jogszabályai tartalmazzák (így Magyarországon az Alaptörvény); kibontásuk, *tartalmuk meghatározása* azonban mindig egy (vagy több) *speciális jogalkalmazó szerv feladata*, mely(ek) alkotmánybíráskodást végez(nek). E szerv lehet egy elkülönült alkotmánybíróság (mint Magyarországon), a rendes bírósági hierarchia csúcsán elhelyezkedő legfelső bíróság vagy akár a bírói szervek összessége (mint az Egyesült Államokban), egy parlamenti testület (mint Finnországban); a lényeg, hogy az az alkotmányos jogok érvényesülését ténylegesen biztosítsa, azaz hatásköre legyen arra, hogy az alkotmányellenes normatív és/vagy egyedi aktusokat megsemmisítse, vagy alkalmazásukat megtiltsa. Ennek során természetesen – ahogyan azt a rendes bíróságok is teszik a jogszabályok szövegével – nemcsak alkalmazza, érvényesíti, hanem tovább is fejleszti e normatív szempontokat, azaz ténylegesen meghatározza, hogy az egyes alkotmányos jogok, elvek és értékek mit (és mit nem) jelentenek. Ahhoz, hogy ez a jogi működési szféra egy jogrendszerben létezzen, három dologra van szükség: arra a tartalomra (azon jogokra és kötelezettségekre), amelyet az alkotmány vagy az alkotmányos jogszabályok magukba foglalnak (vagyis az ún. alkotmányos jogok, elvek és értékek katalógusára); egy vagy több formális jogforrásra, amely ezt a tartalmat a tételes jog részévé teszi (azaz magára az alkotmánytörvényre vagy alkotmányos jogszabályokra); végül az ezeket érvényre juttató és pontosító, az alkotmánybíráskodás jogával felruházott szerve, mely e tartalom konkretizálását és továbbfejlesztését végzi el, és ezáltal a működő jog részévé teszi e jogokat (és kötelezettségeket), elveket és értékeket.

Az alkotmányba foglalt és ténylegesen érvényesülő jogok eredetileg emberi jogokként fogalmazódtak meg a felvilágosodás menetében, kisebb részben a XVII., nagyobb részben a XVIII. században. Az emberi jogok azokat a jogokat jelentik, melyek az ember ember mivoltából fakadnak; melyek az embert születésénél fogva megilletik, mert annak filozófiai lényegéhez tartoznak. Emberi jogok nélkül az ember csupán biológiai létezésének tényével és fiziológiai jellemzőivel lenne leírható; mivel azonban *az ember morális lény*, aki képes magát elhelyezni a világban és a társadalomban, képes a jó és rossz, helyes és helytelen, méltányos és méltánytalan megkülönböztetésére, valamint saját helyzete és mások cselekedetei e szerinti értékelésére, rendelkezik vágyakkal, várankozásokkal és én-képpel, ezért a modern alkotmányosság feladata, hogy biztosítsa ezen morális státusz védelmét. Az **emberi jogok** tehát azon természetes vagy erkölcsi jogok, melyek az ember biológiai és morális státuszával állnak összefüggésben, és amelyek személyisége elismerésének, tiszteletének és védelmének, illetve a társadalomban elfoglalt, másokkal születésénél fogva egyenrangú és egyenjogú pozíciójának feltételeit és garanciáit jelentik.

Az emberi jogok azáltal válnak **alkotmányos joggá**, hogy azokat egy adott állam alkotmánya elismeri. Erre a XVIII. század végétől került sor, amikor először az első francia alkotmány 1791 szeptemberében, majd az Egyesült Államok alkotmánya (az első tíz alkotmánykiegészítéssel, az ún. *Bill of Rights*-szal) 1791 decemberében határozott meg alkotmányos jogokat. E jogok tényleges érvényesítése azonban csak később [az Egyesült Államokban 1803-tól, Európában pedig csak a XX. századtól (a legtöbb országban csak a II. világháborút közvetlenül követően, vagy még később)] történik meg, és csak ekkortól jön létre – az alkotmánybíráskodás révén – ténylegesen az alkotmányos jogok, elvek és értékek

működési szférája a jogban.

Az Egyesült Államokban a *Marbury v. Madison*-ügyben született döntéssel 1803-ban létrejövő ún. *decentralizált alkotmánybíráskodási modell*ben az alkotmánybíráskodást nem egy kifejezetten e funkcióra létrehozott, elkülönült szerv végzi, hanem azt a rendes bíróságok látják el, mégpedig bármely rendes bíróság; a bíróságok az alapul fekvő, döntésre eléjük kerülő ügyekben (vagyis eseti jogvitákban) végzik az alkotmányértelmezést (ami azt is jelenti, hogy csak konkrét normakontroll létezik, absztrakt, konkrét ügytől független normakontroll nem); a döntések formailag csak a konkrét ügyre hatnak ki, elvi jelentőségük csak a precedensrendszer működése révén van; végül a bíróságok – a hatalmi ágak elválasztásának elvét tiszteletben tartva – az alkotmány valamely rendelkezésével vagy elvével szembenálló normát nem semmisítik meg, csak mellőzik a konkrét ügyben annak alkalmazását (így a vizsgált norma nem válik hatálytalanná). Ezzel szemben az alkotmánybíráskodás Hans Kelsen által kidolgozott, az európai országok nagy részében működő ún. *centralizált modell*jében nem a rendes bíróságok (különösen nem bármely bíróság), hanem kifejezetten egy arra létrehozott, minden más állami szervtől elkülönült és független szerv, az alkotmánybíróság látja el a jogszabályok alkotmányossági vizsgálatának feladatát; az alkotmánybíróság a normakontrollt konkrét ügytől függetlenül, absztrakt jelleggel (is) végzi; a döntések *erga omnes* hatályúak, azaz mindenkire kötelezőek (még a konkrét normakontroll eseteiben is); végül az alkotmánybíróság az alkotmányellenesnek talált jogszabályt vagy jogszabályi rendelkezést megsemmisíti, vagyis az a döntéssel formailag is hatálytalanná válik.

**Valójában azonban sem az alkotmány kartális mivolta, sem maga az alkotmánybíráskodás** (akár a centralizált, akár a decentralizált modellben) **nem szükségszerű feltétele az emberi jogok védelmének.** Nincs alkotmánybíráskodás pl. Hollandiában, Új-Zélandon, vagy akár (lényegileg) az Egyesült Királyságban,<sup>11</sup> de ettől ezek még jogállamok, az emberi jogok védelmével; létezik ugyanis olyan, hogy **jogi és politikai kultúra** – vagyis attól, hogy egy kartális alkotmány nem tiltja és egy alkotmánybíróság nem szankcionálja, még nem feltétlenül tesznek meg mindent. Hasonlóan, az alkotmányos jogok az ún. történeti alkotmánnyal rendelkező országokban is érvényesülhetnek. [A kartális és a történeti alkotmányt gyakran az írott és az íratlan alkotmány terminusaival különböztetik meg, ez azonban megtévesztő, mert bár a kartális alkotmány valóban (szükségképpen) írott, ám nagyjából ugyanaz igaz a történeti alkotmányra is. *A történeti alkotmány egyrészt abban különbözik a kartálistól*, hogy vannak nem írott (alkotmányos szokásokon, évszázadok alatt kialakított és egyöntetűen tiszteletben tartott, bár írott jogforrásban nem szereplő konvenciókon, hagyományokon, azaz az ún. alkotmányos kultúrán) alapuló elemei is, másrészt (és főként) abban, hogy sem az alkotmányos szokások, sem az alkotmány fogalma alá tartozó írott jogi normák köre nem adható meg egzakt jelleggel. Vagyis a történeti alkotmányoknak vannak olyan részei, amelyek tekintetében széles körű egyetértés van abban, hogy azok az adott állam alkotmányához tartoznak, míg más normák besorolása vitatott. Ebből következik az is, hogy a történeti alkotmány soha le nem zárt (hacsak egy kartális

---

<sup>11</sup> Mindazonáltal az Egyesült Királyságot egyre többen mondják korlátozott alkotmánybíráskodással rendelkező állammak. Ezt két okból teszik. Egyrészt létezik a „*declaration of incompatibility*” intézménye, miszerint az Emberi Jogok Európai Egyezményével ellentétes jogszabály alkalmazása esetén a Supreme Court kimondhatja a belső jog Egyezménynek való meg nem felelősségét – bár ennek közvetlen következménye nincs, törvényhozási kötelezettséget jogilag nem keletkeztet. Emellett az ezredforduló környékén ún. devolúciós (hatáskör-átruházási) törvények (*devolution statutes*) születtek az Egyesült Királyságban, mellyel a Parlament bizonyos hatásköröket átadott Wales, Észak-Írország, illetve Skócia (walesiek, skótok, észak-írek által választott) törvényhozó szerveinek. (Scotland Act 1998, Northern Ireland Act 1998, Government of Wales Act 2006.) A skót, észak-ír, walesi törvényhozó szervek csak ebben az átruházott hatáskörben jogosultak a saját területük vonatkozásában jogot alkotni. Ha felmerül a gyanú, hogy átlépi a Parlament által rájuk ruházott hatáskört, akkor a Supreme Court állapíthatja meg, hogy a devolúciós törvényt tényleg megsértették-e. (Ez ugyan még nem normakontroll, hanem hatásköri bíráskodás, de kétségtelenül beleillik a kelseni alkotmánybíráskodási modellbe.)

alkotmányt el nem fogadnak utóbb), hanem szerves, organikus módon fejlődik, időről időre új és új normák vonatkozásában alakul ki konszenzus arról, hogy azok is az alkotmányos hagyomány elemei, melyek időnként módosítják régi alkotmányos normák értelmét vagy alkalmazását, néha pedig kifejezetten lerontják azok érvényesülését, és új, az addigától eltérő követelményeket állítanak azok helyébe.]

Az alkotmányos jogok alapjául szolgáló *emberi jogoknak* – Karel Vašák kategorizálása alapján<sup>12</sup> – hagyományosan *három generációját* különböztetik meg. Az *első generációs emberi jogokat* a Felvilágosodás menetében, döntően a XVIII. század végétől kezdődően elismert és megfogalmazott (de alapjait tekintve már a XVII. század elejétől igényelt) *politikai* (pl. választójog, közhivatal viseléséhez való jog) és *polgári jogok* (az ún. klasszikus szabadságjogok: szólásszabadság, sajtószabadság, gyülekezési szabadság, egyesülési szabadság, mozgásszabadság; tulajdonhoz való jog; élethez való jog; testi integritáshoz való jog; stb.) jelentik. A *második generációs emberi jogok* az ún. *gazdasági, szociális és kulturális jogok*, melyek a XIX. század végétől, XX. század elejétől már nem az egyének negatív jellegű szabadságát, vagyis állami beavatkozástól való mentességét garantálják, hanem az államot a megélhetés, a munkavállalás, illetve a társadalmi életben való aktív részvétel lehetővé tétele érdekében tevőleges cselekvésre kötelezik (munkához való jog, a biztonságos és egészséges munkafeltételekhez való jog, pihenéshez való jog, szociális biztonsághoz való jog, művelődéshez való jog, a tudományos kutatás szabadsága, tanszabadság stb.). Végül a *harmadik generációs emberi „jogok”* az ún. *szolidaritási* (más elnevezéssel: *globalizációs*) *jogok*, melyek a XX. század végétől olyan, alanyi jogként nem elismert kívánalmakat fogalmaznak meg, melyek egyéni garantálása és egyéni gyakorlása a védeni kívánt érdek természete miatt lehetetlen, és amelyek tipikusan az államok együttműködését feltételezik, az emberiség egésze érdekeinek védelmezése végett (egészséges környezethez való jog, a fenntartható fejlődéshez való jog, a tudományos eredmények terjesztéséhez és felhasználásához való jog, kollektív nemzetiségi jogok, fogyasztói jogok, illetve legújabban ilyen az egészséges élelemhez és az ivóvízhez való jog).

Amikor az alkotmánybíráskodás mint a jog legújabb működési szférája létrejött és stabilizálódott, vagyis az emberi jogi indíttatású alkotmányos jogok, elvek és értékek védelme elfogadottá vált a legtöbb jogrendszerben (így a magyarban is), hatása mind a három másik jogréteg vonatkozásában megjelent. *E szféra elsődlegesen és célzottan a jogalkotásra, illetve a pozitív jogra kíván hatni, mely abban áll, hogy a jogalkotót immáron nemcsak jogpolitikai* (a politikus jogalkotó hatalmon maradását szolgáló praktikus) *szempontok befolyásolják, hanem a jog részévé vált, erkölcsi eredetű alapjogok is.* Ha ugyanis van egy olyan szerv, mely a jogalkotás eredményeit (törvényeket, rendeleteket, vagy azok bizonyos részeit) alkotmányellenessé nyilváníthatja és megsemmisítheti (akár formailag is hatályon kívül helyezheti azokat, akár „pusztán” azok alkalmazását ténylegesen mellőzheti), akkor a jogalkotónak muszáj lesz figyelnie ezen, a tételes jogban abszorbeálódott-feloldódott erkölcsi szempontokra is; ha pedig nem figyel rá, produktumai nem sokáig maradnak hatályban.

Végső soron *a voluntarista, a pusztán politikai akaraton alapuló tételes jog, illetve az erkölcs, az igazságosság ellentéte figyelhető meg a tételes jog és az alkotmányos jogok, elvek és értékek közötti konfliktusban,* melynek feloldása során az erkölcsnek megfelelő döntés lehetősége és annak elsődlegessége formális elismerést kapott az alkotmánybíráskodás bevezetésével. *Az alkotmánybíráskodás klasszikus és elsőrendű feladata* valójában épp ez: *ti. hogy korlátozza a többség érdekében hivatkozó politikai testületek tételes jogot alkotó hatalmát, ezáltal a pozitív jogot tartalmi alapon (erkölcsi-alapjogi) korlátok közé szorítsa.*<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Vö. magyarul: Szigeti Péter – Takács Péter: A jogállamiság jogelmélete. Napvilág Kiadó, Budapest, 2004, 290. o.

<sup>13</sup> Alexis de Tocqueville volt az első, aki – már 1840-ben, két amerikai útját követően – a törvények bírói felülvizsgálatának lehetőségét abból a szempontból elemezte, hogy az mennyiben járul hozzá a „többség

*Az alkotmánybíráskodás* azonban nemcsak a jogalkotásra *hat*, hanem a *jogtudományi tevékenységre és az abban formálódó jogdogmatikára is*. E hatás lényege, hogy a jogtudósok, illetve a gyakorlati problémák elvileg helyes kiküszöbölése módjainak megtalálásán dolgozó gyakorlati jogászok nemcsak a tételes jog szabályaiból és elveiből, illetve ezek meghozatalának jogpolitikai okainak elemzéséből kapnak indíttatást jogi fogalmak, distinkciók, értelmezési szabályok stb. kialakítására, hanem az alkotmányos alapjogok, alapelvek, alapértékek rétegéből, illetve az ezeket részben értelmező, részben kialakító, részben továbbfejlesztő alkotmánybírói gyakorlatból is. Ha ez a hatás egy jogrendszerben létrejön, az annyit jelent, hogy a tételes jogi dogmatikai kategóriákat (a hagyományos jogtudományi tevékenység mellett, vagy helyett, azaz részben vagy egészben) az alkotmánybírói gyakorlatban kialakuló alkotmányos elvek, mércék és szempontok figyelembe vételével hozzák létre. Vagyis az addigi organikus jogdogmatikai fogalom- és distinkcióképzés helyét egy mesterséges, meghatározott premisszákból (az alapjogi követelményekből) építkező kategóriaképzés veszi át, mely azonnali érvényesülésre tart igényt, és melyet nem jellemez a hagyományos dogmatikai kategóriaképzés lassú, fokozatos formálódást biztosító, az esetleges helytelenségek korrigálását is lehetővé tevő útja. Ha létrejön, úgy ez a fajta, alapjogi indíttatású dogmatikai rendszer lép a hagyományos jogági dogmatikai rendszerek helyébe – gyakran lerombolva az évszázadok, évezredek kollektív jogászai bölcsességeként, lépésenként kialakult és leellenőrzött, a gyakorlati jogalkalmazás számára már bizonyítottan bevált jogági dogmatikai rendszerek fogalmait, elveit, elhatárolási szempontjait.<sup>14</sup>

Végül az alkotmánybíráskodás, illetve az ennek során létrejövő vagy átértelmeződő *alkotmányos jogok, elvek és értékek (összefoglalóan: alkotmányos szempontok) hatnak a bírói*

---

**zsarnoksága**” kialakulásának megakadályozásához. Tocqueville szerint hiba a többséget egy *ország* többségével azonosítani. A legfőbb törvényeket, az igazságosság törvényeit ugyanis az *egész emberiség* többsége alkotta meg. Ha egy nép többségének törvényei ellenkeznek az emberiség többségének általános törvényeivel, akkor ez utóbbinak kell érvényesülnie. Ha csak egy nép többsége fejezi ki akaratát, ez még nem jelenti a törvény abszolút érvényét. Ugyanis ahogy egy nagyobb nemzet zsarnokosodhat egy kisebbel, vagy egy nagyobb hatalmú ember az alávetettjeivel szemben, ugyanúgy egy nép többsége is elnyomhatja az általa alkotott törvényekkel a kisebbséget. Ezt pedig, mint a „többség zsarnokságát”, meg lehet, és meg is kell akadályozni. (Vö.: Tocqueville, Alexis de: A demokrácia Amerikában. Gondolat Könyvkiadó, Budapest, 1983.) A többség zsarnokságának megakadályozása szolgálja a még ma is viszonylag képlékeny tartalmú jogállamiságot, melyet sokan a demokrácia és a jogállamiság ellentétéként fogalmazznak meg; valójában azonban a jogállamiság „magját” jelentő követelmények érvényesülése nélkül tartalmi értelemben vett demokrácia sem létezhetne. A demokrácia nem egyszerűen a többség által megválasztott politikai döntéshozó akaratának korlátlan érvényesítése; maga a demokrácia követeli meg, hogy a jogalkotó (a kormánytöbbség) bizonyos dolgoktól tartózkodjon, akkor is, ha megtételére politikai hatalma van (amennyiben döntése ellehetetlenítené a demokrácia működését). Így mindenképpen biztosítani kell a választópolgárok egyenlő részvételi lehetőségeit a választásokon. Demokrácia csak akkor lehet, ha mindenki azonos *jogokkal*, továbbá azonos *esélyekkel* rendelkezik a választáson való részvételre, politikai akaratát kinyilvánítására. Hasonlóan demokrácia-probléma az a jogállamisággal összefüggő elvárás is, hogy a választópolgárok hozzáférhessenek mindazon információkhoz, melyek a politikai véleményük kialakítására hatással lehetnek. Pluralizmus (valódi, érdemben működő többpártrendszer) nélkül sincs demokrácia. Végül a tartalmi értelemben vett demokrácia egyenlő lehetőséget biztosít annak, hogy esetről esetre bárki kerülhessen többségi és kisebbségi pozícióba is, ne pedig egy homogén többség juttassa érvényre mindenkor az akaratát egy homogén kisebbséggel szemben. (Vö.: Györfi Tamás: Demokrácia, 379-380. o. In: Takács Péter – H. Szilágyi István – Fekete Balázs: Államelmélet. Fejezetek és előadások az állam általános elmélete köréből. Szent István Társulat, Budapest, 2012, 376-381. o.) A jogállamiságról, illetve a demokrácia és a jogállam kapcsolatáról lásd: Tóth J. Zoltán: A jogállamiság tartalma. Jogtudományi Közöny, 2019/5. szám, 197-212. o.; Tóth J. Zoltán: A demokrácia és a jogállamiság kapcsolata. Jogtudományi Közöny, 2019/7-8. szám, 302-317. o.

<sup>14</sup> E problémákhoz a német gyakorlatból lásd: Diederichsen, Uwe: Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 198 (1998), S. 171–260. Magyarul: Molnár András – Téglási András – Tóth J. Zoltán: A magánjogi és az alapjogi érvelések együttlélése – feszültségek és dilemmák. Jogelméleti Szemle, 2012/2. szám, 88-117. o.

*gyakorlatra és az az által formálódó bírói jogra is.* A bírók az ítélkezési tevékenységük során a bírói jogfejlesztés egyik alapjaként tekintenek az emberi jogi minimumot (néha pedig annál jóval többet) jelentő alkotmányos jogokra, elvekre és értékekre, így a pozitív jog továbbfejlesztése során a jogdogmatika és a többi társadalmi normarendszer mellett e jogi működési szféra eredményei is befolyásolják a bírókat. E hatás közvetett módon minden olyan jogrendszerben megjelenik, ahol létezik az alkotmánybíráskodás, illetve léteznek az alkotmánybíráskodás révén érvényre juttatott alkotmányos szempontok; azonban jóval erősebb ott, ahol e szempontok nemcsak „átszivárognak” a bírói gyakorlatba, hanem közvetlenül is megjelennek. Utóbbi akkor történik meg, ha a rendes bíróságoknak ítélkezésük során kifejezett törvényi kötelezettségük figyelemmel lenniük az alkotmányos szempontokra, vagyis ha az alkotmánybíráskodás jogával felruházott szervnek explicit jogszabályi felhatalmazása van arra, hogy mindazokat a bírói döntéseket megsemmisítse, melyeket ellentétesnek tart ezen alkotmányos szempontokkal. Mivel azt, hogy az alkotmányba foglalt alkotmányos jogok, elvek és értékek milyen tartalommal bírnak, vagyis konkrét esetekben milyen jogokat és kötelezettségeket keletkeztetnek, mindig az azt értelmező és alkalmazó szerv, azaz maga az alkotmánybíróság (vagy az alkotmánybíráskodás jogával az adott jogrendszerben felruházott más személy vagy testület) határozza meg, így végső soron ez esetben maga az alkotmánybíróság dönthet arról, hogy egy rendes bíróság megsértette-e a konkrét esetben ezen alkotmányos szempontokat. E rendes bírói felelősség intézményes alkotmánybírósági érvényesítésére az ún. *valódi alkotmányjogi panasz* szolgál.

Ezen, 2012. január 1-je óta Magyarországon is létező jogintézmény lényege, hogy a bírósági eljárásban érintett bármely személy vagy szervezet az Alkotmánybírósághoz fordulhat akkor is, ha nem a bíróság által alkalmazott jogszabályt tartja alaptörvényellenesnek (alkotmányellenesnek), hanem (a jogszabály alkotmányosságának elismerése mellett) magát a bírósági döntést vagy a bírósági döntéshez vezető bírósági eljárást. (Ha az érintett a bírósági döntés alapjául szolgáló jogszabályt vagy jogszabályhelyet tartja alaptörvényellenesnek, úgy beadványa ún. normakontroll-indítvány lesz, annak sikere pedig közvetlenül nem a bírói gyakorlatra, hanem a pozitív jogi rétegre, a hatályos normák rendszerére hat, azaz – az indítványozó kérelmének sikere esetén – nem egy bírói döntés, hanem egy jogszabály megsemmisítését fogja eredményezni.) A valódi alkotmányjogi panasznak a jogrendszer működésének egészére való hatása tehát abban áll, hogy a bíróságoknak közvetlenül figyelembe kell venniük a tételes jogszabályokon és az azokkal kapcsolatban kialakult jogdogmatikai kategóriákon kívül (sőt akár azokkal szemben is) az alkotmányos szempontokat, mégpedig azon értelemben, ahogyan azt az alkotmánybíróság meghatározza. Ezzel pedig a bírói jogfejlesztés erős, sőt – az alkotmányellenes bírói döntések formális alkotmánybírósági megsemmisíthetősége révén – áthághatatlan korlátot kap, mely által az alapjogokat értelmező alkotmánybíróság az addigi – akár mégoly egységes és töretlen – bírói gyakorlattal teljesen szembenálló jogi tartalom alkalmazására kényszerítheti a rendes bíróságokat.

## *VI. A szokásjogi jogképződés és a szokásjog*

A szokásjogi jogképződés a jog legkezdetlegesebb fokán, már a primitív társadalmakban is megjelenik; sokáig a jogfejlődés egyetlen, később pedig „csak” a legfontosabb eszköze. A jog által szabályozott emberi közösségek normái hosszú ideig szokásjogi normák, melyek kialakulásuk kezdetén nem, vagy csak nehezen választhatók el az erkölcsi, vallási és egyéb társadalmi normáktól, és azok később is rendre „átfolynak” egymásba. *A szokásjog*, vagyis a jogi jelleggel rendelkező társadalmi normarendszer *a szokásokból alakul ki.* A **szokás** egy meghatározott magatartási minta létét jelenti, melyet a

közösség tagjai követnek; a követés motívuma azonban a hagyomány, a pusztá (szó szerinti értelemben vett) megszokás, nem pedig a norma tisztelete vagy a szankciótól való félelem.<sup>15</sup> A szokás kialakulásához hozzájárulhatnak babonák, valós tapasztalatok (például bizonyos ételek fogyasztásának tilalma, ha azok mérgezőnek bizonyultak) és egyszerű véletlenek is; e jellegüket (normativitásuk hiányát) mindaddig megőrzik, amíg a társadalom tagjai el nem kezdenek e magatartási mintákra kötelezőként tekinteni. *Amennyiben e magatartási mintákhoz (utólag) a kötelező erő tudata társul* (vagyis az emberek jó része már nemcsak azért követi az adott mintát, mert így szokta meg, hanem mert úgy gondolja, hogy az számára kötelező, és mások is ekként tekintenek arra), úgy a szokásból **szokásjog** lesz, amikor is a korábbi, egységesen követett magatartási minták már normatív erővel (is) bírnak.

A szokásjogra a *lassú, spontán, organikus jogfejlődés* a jellemző; a szokásjogi normák norma-jellege a társadalomnak az adott szabályhoz való kollektív viszonyulásában rejlik. Ennek a „tehetetlensége” meglehetősen nagy, így e viszonyulásra a hirtelen változások nem jellemzők. *A szokásjog változásának tendenciái tipikusan csak generációk közötti relációban figyelhetők meg; abban nincsenek nagy, látványos „ugrások”, éles fordulatok vagy erős törések.*

A szokásjog további jellemzője a *partikularizmus*, vagyis a különböző szokásjogi normarendszerek laza egymás mellett élése (például más-más szabályok vonatkoznak különböző státuszú emberekre: nemesekre, papokra, városi polgárookra és jobbágyokra; helyi lakosokra és idegenekre; földművesekre, kézművesekre és kereskedőkre; stb.), valamint annak területi specifikációja, a *territorializmus* (azaz a különböző földrajzi területeken: az egyes vármegyékben, városokban, sőt uradalmakban szintén más-más jogi normák érvényesülnek). A partikularizmussal együtt jár a *jogbizonytalanság* is: az egymás mellett létező, és önmagukban sem precíz, pusztán a mindennapi gyakorlatból kiolvasható (vagy nem kiolvasható), csak nagy vonalakban meghatározott jogi normák pontos tartalma mindig kérdéses. Ez a bizonytalanság ugyan valamelyest csökkenthető azzal, ha az éppen létező és a gyakorlatban aktuálisan alkalmazott szokásjogi normákat megpróbálják írásba foglalni (ez az ún. *kompiláció*, amitől azonban a jog nem lesz „írott jog” vagy „tétéles jog”), ám egy per kimenetele megjósolásának a nehézsége így is jóval nagyobb lesz, mint a tudatos jogalkotással létrehozott pozitív jogi normák léte esetén.

Magyarországon is évszázadokon keresztül (az államiság kialakulásától kezdve

---

<sup>15</sup> Minden társadalom létrejöttének előfeltételeként (tulajdonképpen a társadalmiság „nulladik lépéseként”) a közösségen belül kialakulnak bizonyos közös és általánosan bevett **szokások**. Ezen szokások vagy az adott közösség hiedelemvilágából [pl. a transzcendens erőkkkel kapcsolatos (azaz kezdetleges „vallási”) elképzeléseiből], vagy praktikus megfontolásokból (pl. a fizikálisan erősebb férfiak vadásznak, a fizikálisan gyengébb nők gyűjtögetnek és utódokat nevelnek), vagy korábbi gyakorlati tapasztalatokból (pl. a fogyasztható és nem fogyasztható termékek megkülönböztetése) fakadnak. E korszakban jogi normák még nincsenek; a közösségi összetartás alapja a vérségi vagy vérséginek vélt kapcsolatok (nagy családot, nemzetségeket együttelese). *A „társadalom” fejlődésének e kezdeti korszakában a kisebb közösségeken (pl. nagycsaládokon) belül előfordulhat, hogy a közösség életének nincs egyszemélyi vagy testületi irányítója; a szokások, hagyományok, a vérségi összetartozás-tudat és a közös érdekek önmagukban is elégségesek lehetnek arra, hogy mindenki által elfogadott (és megváltoztatni nem kívánt) szervezőelvet jelentsenek. Az összetettebb, több tagból álló, nagyobb közösségeken belül azonban már szükségszerűen vannak olyan személyek vagy személyi csoportok, aki(k) szervezi(k) a közösség életét, feladatokat határoz(nak) meg.* A közösség e személyek bizonyos, a közösség által hasznosnak tartott (vélt vagy valós) kvalitásaihoz, képességeihez (fizikai erő, eszeség, ügyesség, a transzcendens világgal fennálló feltételezett kapcsolat), illetve állapotbeli szempontokhoz [életkor; apaság (patriarchális közösségekben) vagy anyaság (matriarchális közösségekben)] köti azt, hogy azok egyedi rendelkezéseit, a társadalom szervezése érdekében szükséges operatív döntéseit (pl. a soron következő vadászat módjának és körülményeinek meghatározása, az egyes csoporttagok feladatainak kijelölése) elfogadják. *E rendelkezések még nem normák, csak utasítások vagy parancsok*, mivel azoknak általános, a jövőre nézve minden hasonló esetre vonatkozó „hatálya” nincs, pusztán egyedi helyzetekben határoznak meg egyszer végrehajtandó feladatokat (és a soron következő hasonló helyzetekben a hasonló cselekvésekhez a korábbival akár azonos tartalmú, de mindenképpen új utasításokra vagy parancsokra van szükség).

egészen a XIX. századig) a legfontosabb jogi működési szféra a szokásjogi jogképződés útján létrejött szokásjogi normarendszer volt, mely (bár dekretális szabályozás a XI. század legelejétől létezett, vagyis a király már ekkortól szabályozott néhány fontos életviszonyt általa kiadott írott jogforrások, ún. dekrétumok útján) csak a XIX. századtól rendszeressé váló törvényhozási tevékenység eredményeképpen adta át a helyét a pozitív jognak (miközben pl. a büntetőjog tekintetében egészen 1880. július 1-jéig, az első magyar írott büntető törvénykönyv, az ún. Csemegi-kódex hatályba lépéséig a jogalkalmazás végeredményben a szokásjogon nyugodott).

A szokásjog mára, a pozitív jog korszakában elvesztette régi jelentőségét, de még létezik. A legfontosabb szokásjogi tevékenység a bírói gyakorlat, amennyiben annak nincs írott (például az ítélezési gyakorlat alapjául szolgáló eseti döntésekben, avagy a bírói absztrakt normákban megjelenő) formája; ha van, úgy azt a bírói joghoz soroljuk (noha történetileg, a korábbi évszázadokban épp maga a bírói gyakorlat volt a szokásjogi jogképződés legfőbb forrása). Ilyen, a bírói szokásjoghoz tartozó normák a bizonyításfelvételre és a bizonyítékok értékelésére vonatkozó, a gyakorlatban jól bevált ítélezési elvek (pl. az, hogy – bár ma már nem minősül a „bizonyítékok királynőjének” – a vádlott beismerő vallomása a legnagyobb súllyal figyelembe veendő bizonyítékok között van).

De természetesen nemcsak a bírói eljárásban léteznek (még mindig, bár egyre ritkuló számban és egyre fogyó jelentőséggel) szokásjogi normák, hanem más jogi tevékenységek vonatkozásában is. Híres *alkotmányjogi szokásjogi norma* pl. a köztársasági elnökre vonatkozó, semmilyen tételes jogszabályban meg nem található, mégis kötelező azon szabály, amely meghatározza az elnök számára, hogy a választásokat követően kit kell felkérnie kormányalakításra, illetve kit kell jelölnie elsőként az Országgyűlés számára miniszterelnök-jelöltnek. E szokásjogi szabály – melyhez hasonló szokásjogi norma sok más, parlamentáris kormányzati rendszerrel rendelkező országban is található – így szól: a köztársasági elnöknek a parlamentbe bejutott pártok hivatalos miniszterelnök-jelöltjei közül annak a pártnak a miniszterelnök-jelöltjét kell jelölnie az Országgyűlésnek, amely párt első helyen végzett azon pártok közül, amelyek kormányzóképesek.<sup>16</sup>

## VII. Összegzés helyett

Látható tehát, hogy egy jogrendszer normái nemcsak az írott (tételes, pozitív) jogból állnak, hanem egyéb normarendszerek (gyakran írott formában nem létező, de ténylegesen ható, érvényesülő) normáiból is. Néhány megjegyzés mindazonáltal kínálkozik a konklúzióhoz, illetve a korábbiakban elmondottakhoz.

1) Mindenekelőtt le kell szögezni, hogy **nincs minden jogrendszerben minden jogréteg vagy jogi tevékenységi szféra**. Primitív jogrendszerekben csak szokásjog, később bírói jog is van, és csak ezt követően jön létre a pozitív jog. Alkotmányos jogok még kevesebb jogrendszerben vannak, és a jogdogmatika léte sem nélkülözhetetlen a kezdetlegesebb jogrendszerekben. [Nem is biztos, hogy bináris kategóriákként (van-nincs) érdemes felfogni ezeket, hanem **skalárisan** (*mennyire* van pl. jogdogmatika – az angolszász

---

<sup>16</sup> Sokan ezt a szabályt egyszerűen úgy interpretálják, mint az elnök azon kötelezettségét, hogy a választásokon „győztes” (azaz a relatív többséget, az Országgyűlésben a legtöbb mandátumot megszerző) párt miniszterelnök-jelöltjét kell neki magának is jelölnie, ez azonban felületlen leegyszerűsítés. Ha ugyanis az első helyezett párt csak relatív többséget szerzett, ám a koalíciós tárgyalásokon nem talál olyan koalíciós partner(ek)e)t, akivel vagy akikkel együtt az országgyűlési képviselői helyek abszolút többségét biztosíthatná, úgy a köztársasági elnöknek nem lenne más választása, mint a második (vagy harmadik stb.) azon párt miniszterelnök-jelöltjét felkérni kormányalakításra, aki más pártokkal együtt ezt az abszolút többséget, mely a stabil kormányzáshoz szükséges, el tudja érni.

jogi doktrínák pl. elméleti jogászai tevékenységet jelentenek, de nem olyan kifinomult, rendszerezett módon, mint pl. a kontinentális jogrendszerek jogági dogmatikái.)]

2) Felvetődik az alapjogi réteggel, ezáltal közvetve az egész *alkotmányjoggal kapcsolatban* az a kérdés is, hogy *a többi jogág mellett vagy felett létezik-e*. A válasz alighanem az, hogy is-is. Egyrészt mellettük, hiszen rengeteg alkotmányjogi jogszabály van, akár Magyarországon is, az Abtv.-től a Bszi.-ig, másrészt az alapjogi rész áthat más jogágakat is, vagyis azok normáit is az alkotmány fényében kell értelmezni. Ilyen értelemben azt mondhatjuk, hogy **az alkotmányjog primus inter pares a jogágak között**.

Az alkotmányjogi réteget így fel lehet fogni egy speciális tételes jogként is: speciális, mert pozitív jogi alkotásához nagyobb szavazati arány kell (már ahol), de egyébként önmagában úgy működik, mint a rendes jog [van jogalkotás, van alkotmányi dogmatika (melyet ugyanúgy részben a tudomány, részben a jogalkalmazói gyakorlat fejleszt), és van alkotmánybíráskodás (állambíráskodás, alapjogi bíráskodás, választási bíráskodás, politikai bíráskodás)]; de fel lehet fogni úgy is, mint egy hierarchikus viszonyt, mely hasonló, mint a törvények és rendeletek közti hierarchikus viszony (csak egy újabb szinttel kiegészítve).

Ez alapján azonban (ha az alapjogi réteget egy, a „rendes”, hagyományos jogréteg felletti, magasabb szintű jogréteggé fogjuk fel) **a jövő lehet még újabb réteg, pl. nemzetközi vagy más szupranacionális jog, mely az alkotmányok felett állhat majd, és amellyel az alkotmányok nem lehetnek ellentétesek** – végső soron az is csak pozitív jog lesz, illetve lehet (jogdogmatikával és nemzetközi bíráskodással), csak egy még magasabb szinten.

3) Az utóbbi kijelentést látszik igazolni, hogy **az alkotmányos jogoknak az 1803-as *Marbury v. Madison*-ügyben született döntéssel való megjelenése olyan evolúciós fejlődést jelentett a jogtörténetben, mint évezredek óta semmi más**; alapvetően változtatta meg a jog fogalmát magát. Bár a szabályok addig is változtak, de a keret nem változott; ha voltak is különbségek pl. a klasszikus római jog és a középkori jogok, vagy a kora újkori jogrendszerek között, azok közel sem voltak olyan jelentősek, mint amilyen jelentős különbség egy, az alkotmányos jogokat (és magát az alkotmányfogalmat) nem ismerő, illetve egy azt ismerő jogrendszer között áll fenn. Az alkotmányfogalom és az alkotmányos jogok koncepciójának megjelenése óta a jog teljesen más, mint előtte valaha volt. Talán ehhez fogható hatása csak a *XII. táblás törvényeknek* volt, mely megismerhetővé tette az addig titkos jogot. Előtte pedig *Hammurapi „törvénykönyvének”*, a tálió elvével, mely – bár ma már barbárnak gondoljuk – akkor a civilizált (büntető)jog irányába tett első, hatalmas lépés volt, mert jogi korlátok közé szorította az addig korlátlanul alkalmazható önkényt, a magánbosszút.

4) Paradox módon az egyre több tételes szabály éppen a *jogelkerülést*, a felelősség alóli mentesülést eredményezi. Ezeket ugyanis úgy kell(ene) megfogalmazni, hogy minél pontosabban lefedje a tiltott, elvárt vagy megengedett magatartásokat, ám az ilyen szabályozás ezzel éppen maga teremti meg a kibújás lehetőségét. Ha ugyanis a jogalkotó nem látja előre a szabályozás minden elemét, úgy az élelemesek igyekezni fognak a *joghézagokat* megtalálni. Az egyértelmű, precíz, hibamentes megfogalmazásra törekvés így maga után vonja, hogy ha ez nem sikerül (márpedig a nyelv immanens sajátosságai miatt soha nem sikerülhet tökéletesen), akkor megtalálják a szöveg szintjén szükségszerűen meglévő kiskapukat. Ha ezeket megpróbáljuk befoltozni, még több, még újabb szabályokkal, akkor még több értelmezési feladatot adunk, azaz még több problémát hozunk létre. Ily módon lehetséges, hogy a kevés rendelkezést tartalmazó, **elvekkel szabályozó jogrendszerek jobban szolgálták az igazságosságot**, mert nem a szabály betűjének követését várták el (ilyen sokszor nem is volt, hiszen ezek nem voltak leírva), hanem a szabály értelmét, „szellemét”. Ha ugyanis nincs precízen megfogalmazva egy elvárás, hanem csak elvi szinten, akkor sokkal nehezebb kibújni alóla. Ezért lehet, hogy pl. a *szokásjogi jogrendszerek* igazságosabbak voltak (és a jogi antropológiai kutatások bizonyították, hogy kiválóan



működtek), mert egy általánosabb norma alól sokkal nehezebb kibújni, mint egy rendelkezés betű szerinti betartásával: minél általánosabb egy norma, annál jobban a tartalomra figyel, nem pedig a formára. Összességében azonban a jogban nem a jogszerűség látszata a fontos, hanem a tartalmi szempontok (végső soron az igazságosság); ahogy a rómaiak is tudták: *summum ius summa iniuria*. Mivel a XIX. századtól fokozatosan pozitíválódó és egyre szabályközpontúbb jog elkerülhetetlenül egyre rigorózusabb lesz (és egyre inkább a formára, a látszatra figyel), ezek az egyre vállalhatatlanabb eredmények szükségszerűen visszavezetik a jogot annak alapjaihoz, az elvekhez. **Az alkotmánybíráskodás** megjelenése ennek fényében nem más, mint **annak az igénynek a kifejeződése, hogy az írott szabályok betű szerinti (formális) betartása helyett a szabály mögötti értelmet vegyék figyelembe** mind a címzettek, mind a jogsértéseket elbíráló bíróságok; azaz jogtörténeti léptékkel mérve annyi történik, hogy az alkotmányos jogok és az alkotmánybíráskodás megjelenésével **a szabályok és elvek közti örök körforgásban most ismét az elvek primátusa kap hangsúlyos szerepet.**